Sammlung der Leitentscheide der Rekurskommission Personalverleih

Bedienungsanleitung

Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Sie finden nachfolgend in jeder der drei Amtssprachen ein Inhaltsverzeichnis, welches der Systematik des GAV Personalverleih nachgebildet ist. Nicht zu jedem Artikel des GAV Personalverleih ist bereits ein (Leit-) Entscheid ergangen, weshalb die Sammlung noch unvollständig ist. Das Inhaltverzeichnis ist weiter gegliedert in Stichworten, wovon jedes mit je einem Link zu einer Regeste (Zusammenfassung des Hauptthemas) wie auch zum entsprechenden ganzen Entscheid versehen ist. Die Regesten sind dreisprachig, der ganze Entscheid ist nur in seiner Originalsprache wiedergegeben. Gehen Sie mit dem Cursor auf die jeweiligen blauen und unterstrichenen Codes, klicken Sie den gewählten Code mit der linken Maustaste an und Sie gelangen automatisch zur Regeste oder zum ganzen Entscheid.

Weiter können Sie mit der normalen Suchfunktion (ctrl+f) das Dokument nach eigenen Stichwörtern erforschen.

Recueil des arrêts principaux de la Commission de recours Location de services

Mode d'emploi

Chères lectrices, chers lecteurs,

Veuillez trouver ci-après, dans chacune des langues officielles, un sommaire calqué sur la nomenclature de la CCT Location de services. Un arrêt (principal) n'a pas

encore été prononcé pour chaque article de la CCT Location de services, ce qui explique pourquoi le recueil est encore incomplet. Le sommaire est répertorié en mots clés dont chacun est muni d'un lien vers un regeste (résumé du thème principal) de même que vers l'arrêt intégral correspondant. Les regestes sont trilingues, l'arrêt intégral est uniquement reproduit dans sa langue d'origine. Pointez le curseur sur les codes bleus soulignés respectifs à côté des mots clés et cliquez le code choisi avec le bouton gauche de la souris pour accéder automatiquement au regeste ou à l'arrêt intégral.

Vous pouvez en outre explorer le document avec vos propres mots clés en vous servant de la fonction de recherche normale (ctrl+f).

Raccolta delle decisioni principali della commissione di ricorso per il settore del prestito di personale

Istruzione d'uso

Gentili Lettrici e Lettori

Qui di seguito trovate un indice in ognuna delle tre lingue ufficiali, riprodotto secondo la sistematica del CCL per il settore del prestito di personale. Non essendo stata ancora pronunciata una decisione (principale) per ogni articolo del CCL per il settore del prestito di personale, la raccolta è ancora incompleta. L'indice è suddiviso in lemmi, ognuno dei quali è corredato di un link a un regesto (riassunto dell'argomento principale) come anche alla relativa decisione completa. I regesti sono riprodotti nelle tre lingue, la decisione completa unicamente nella sua lingua originale. Con il cursore andate sui codici blu e sottolineati accanto ai lemmi e con il tasto sinsitro cliccate il codice scelto per arrivare automaticamente al regesto o alla decisione completa.

Inoltre, con la normale funzione di ricerca (ctrl+f) potete esplorare il documento secondo propri lemmi.

Inhaltsverzeichnis

GAV Personalverleih

1. Allgemeine Bestimmungen
Art. 1 **Räumlicher Geltungsbereich**
Sitz Einsatzbetrieb im Ausland: Regeste: 78/2015 R782015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 78/2015 GS782015

Art. 2 **Betrieblicher Geltungsbereich**
Arbeitsspitzen: Regeste: 62/2015 R622015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 62/2015 GS622015

Art. 3 **Betriebe mit anderen Gesamtarbeitsverträgen**
Sonderlösungen in Merkblättern: Regeste: 4/2014 R42014
Entscheid: Geschäfts-Nr. 4/2014 GS42014

Art. 4 Personeller Geltungsbereich
Art. 5 Beschäftigungsdauer
Art. 6 Allgemeinverbindlicherklärung

Art. 7 **Vollzug, berufliche Weiterbildung und Sozialfonds**
Fernkurs / Einzelkurs: Regeste: 56/2017 R562017
Entscheid: Geschäfts-Nr. 56/2017 GS562017

Gesuch vor Kursbeginn: Regeste: 62/2017 R622017
Entscheid: Geschäfts-Nr. 62/2017 GS622017

Anspruchsfrist: Regeste: 80/2016 R802016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 80/2016 GS802016

Art. 8 Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih.
Art. 9 Verbot der Verleihung von Streikbrechern und Verbot von Schwarzarbeit

2. Materielle Bestimmungen
Art. 10 Probezeit
Art. 11 Kündigung

Art. 12 **Arbeitszeit**
Überzeitzuschlag: Regeste: 63/2015 R632015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 63/2015 GS632015

Überzeitarbeit, Vor- und Nachholzeit: Regeste: 64/2016 R642016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 64/2016 GS642016

Kompensationspflicht während Einsatz: Regeste: 26/2016 R262016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 26/2016 GS262016

Art. 13 **Ferien**
Ferienentschädigung Regeste: 77/2015 R772015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 77/2015 GS772015

Art. 14 Feiertage
Art. 15 Kurzabsenzen
Art. 16 Schweizerischer obligatorischer Militär-, Schutz- oder Zivildienst
Art. 17 Mutterschaft

Art. 18 **Entlöhnung**
Elektronische Datenbank (tempdata): Regesten: 15/2013 R152013 und 8/2016 R82016
Entscheide:Geschäfts-Nr. 15/2013 GS152013 und
Geschäfts-Nr. 8/2016 GS82016

Falsche Daten: Regeste: 15/2013: R152013
Entscheid: Geschäfts-Nr. 15/2013 GS152013

Berechnung Zuschläge: Regeste: 8/2016 R82016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 8/2016 GS82016

Art. 19 **Lohnklasseneinteilung**
Lebenslauf: Regeste: 26/2016 R262016 und 20/2020
Entscheid: Geschäfts-Nr. 26/2016 GS262016 und
Geschäfts-Nr. 20/2020

Verhältnismässigkeit bei Nicht-Aufführen der Lohnklasse: Regeste: 18/2019
Entscheid: Geschäfts-Nr. 18/2019

Art. 20 **Mindestlohn**
Nichtanrechnung Auslagenersatz: Regeste: 78/2015 R782015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 78/2015 GS782015

Anrechnung Krankenkassenprämien: Regeste: 78/2015 R782015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 78/2015 GS782015

Art. 21 Sonderfälle

Art. 22 **Örtliche Berechnungsgrundlage**
Ort des Einsatzbetriebes: Regeste: 8/2016 R82016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 8/2016 GS82016

Art. 23 Lohnauszahlung
Art. 24 Lohnzuschläge
Art. 25 Nachtarbeit
Art. 26 Arbeitssicherheit / Spezielle/gefährliche Arbeiten
Art. 27 Auswärtige Verpflegung
Art. 28 Krankheit
Art. 29 Krankentaggeldversicherung
Art. 30 Unfall

Art. 31 **Berufliche Vorsorge**
Unterstützungspflichten: Regeste: 05/2017 R052017
Entscheid: Geschäfts-Nr. 05/2017 GS052017

3. Schuldrechtliche Bestimmungen
Art. 32 Vollzug
Art. 33 Regionale Paritätische Berufskommissionen

Art. 34 **Zusammenarbeit mit Paritätischen Berufskommissionen anderer Branchenverbände**

Zusammenarbeitsvereinbarung: Regeste: 77/2015 R772015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 77/2015 GS772015

Rückdelegation: Regeste: 77/2015 R772015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 77/2015 GS772015

Art. 35 **Betriebsprüfungen**
Vollzugskompetenz: Regesten: 2/2015 R22015 und 13/2014 R132014
Entscheide: Geschäfts-Nr. 2/2015 GS22015 und
Geschäfts-Nr. 13/2014 GS132014

Wartefrist UVG-Taggelder: Regeste: 2/2015 R22015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 2/2015 GS22015

Annahmeverzug: Regeste: 13/2014 R132014
Entscheid: Geschäfts-Nr. 13/2014 GS132014

Prüfungskognition: Regeste: 15/2013 R152013
Entscheid: Geschäfts-Nr. 15/2013 GS152013

Erneute Lohnbuchkontrolle: Regeste: 48/2014 R482014
Entscheid: Geschäfts-Nr. 48/2014 GS482014

Rahmen- bzw. Einsatzverträge: Regeste: 8/2016 R82016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 8/2016 GS82016

Art. 36 Prüfinstanzen
Art. 37 Konsequenzen bei kleinen oder geringfügigen Verstössen gegen den GAV Personalverleih

Art. 38 **Konsequenzen bei festgestellten Verstössen**
Kontrollrenitenz: Regesten: 71/2015 R712015, 61/2016 R612016, 14/2019 und 36/2019, 15/2019 und 37/2019
Entscheide: Geschäfts-Nr. 71/2015 GS712015
Geschäfts-Nr. 61/2016 GS612016
Geschäfts-Nr. 14/2019 und 36/2019 (Verfahren vereinigt)
Geschäfts-Nr. 15/2019 und 37/2019 (Verfahren vereinigt)

Androhung Konventionalstrafe bei Kontrollrenitenz: Regeste: 61/2016 R612016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 61/2016 GS612016

Berechnung Konventionalstrafe: Regesten: 103/2015 R1032015 und 9/2016 R92016
Entscheide: Geschäfts-Nr. 103/2015 GS1032015 und
Geschäfts-Nr. 9/2016 GS92016

Kontrollkosten: Regeste: 103/2015 R1032015
Entscheid: Geschäfts-Nr. 103/2015 GS1032015

Art. 39 **Rekursinstanz**
Verletzung des rechtlichen Gehörs: Regeste: 40/2014 R402014
Entscheid: Geschäfts-Nr. 40/2014 GS402014

Unzureichende Begründung: Regeste:26/2016 R262016
Entscheid: Geschäfts-Nr. 26/2016 GS262016

Art. 40 Schiedsgericht
Art. 41 Bestimmungen anderer Gesetze
Art. 42 Rechtsdomizil und Gerichtsstand
Art. 43 Inkrafttreten und Gültigkeitsdauer des GAV Personalverleih

Sommaire

CCT Location de services

1. Dispositions générales

Art. 1 **Champ d'application territorial**
Siège de l' entreprise locataire de services à l' étranger: Regeste: 78/2015 R782015
Décision: Affaire-Nr. 78/2015 GS782015

Art. 2 **Champ d'application pour les entreprises**
Pics de Travail Regeste: 62/2015 R622015
Décision: Affaire-Nr. 62/2015 GS622015

Art. 3 **Entreprises dotées d'autres conventions collectives de travail**
Solutions spéciales dans aide-mémoire: Regeste: 4/2014 R42014
Décision: Affaire-Nr. 4/2014 GS42014

Art. 4 Champ d'application pour le personnel
Art. 5 Durée d'engagement
Art. 6 Décision d'extension du champ d'application

Art. 7 **Exécution, formation continue et fonds de prévoyance sociale**
Cours par correspondance / cours individuels: Regeste: 56/2017 R562017
Décision: Affaire-Nr. 56/2017 GS562017

Demande avant le début de la formation: Regeste: 62/2017 R622017
Décision: Affaire-Nr. 62/2017 GS622017

Délai d'indemnisation: Regeste: 80/2016 R802016
Décision: Affaire-Nr. 80/2016 GS802016

Art. 8 Association paritaire exécution, formation continue et fonds social
Art. 9 Interdiction du placement de briseurs de grève et interdiction du travail au noir

2. Dispositions matérielles

Art. 10 Temps d'essai
Art. 11 Résiliation

Art. 12 **Temps de travail**
Supplément pour travail supplémentaire: Regeste: 63/2015 R632015
Décision: Affaire-Nr. 63/2015 GS632015

Travail supplémentaire, temps anticipé et à récupérer: Regeste: 64/2016 R642016
Décision: Affaire-Nr. 64/2016 GS642016

Obligation de compensation pendant l'engagement: Regeste: 26/2016 R262016
Décision: Affaire-Nr. 26/2016 GS262016

Art. 13 **Vacances**
Indemnité de vacances: Regeste: 77/2015 R772015
Décision: Affaire-Nr. 77/2015 GS772015

Art. 14 Jours fériés
Art. 15 Absences de courte durée
Art. 16 Service militaire obligatoire ou service civil suisses
Art. 17 Maternité

Art. 18 **Rémunération**
Banque de données électroniques (tempdata): Regestes: 15/2013 R152013 et
8/2016 R82016
Décisions: Affaire-Nr. 15/2013 GS152013 et
Affaire-Nr. 8/2016 GS82016

Données fausses: Regeste: 15/2013: R152013
Décision: Affaire-Nr. 15/2013 GS152013

Calcul indemnités: Regeste: 8/2016 R82016
Décision: Affaire-Nr. 8/2016 GS82016

Art. 19 **Classification dans les classes de salaire**
Curriculum vitae: Regeste: 26/2016 R262016 et 20/2020
Décision: Affaire-Nr. 26/2016 GS262016 et Affaire-Nr. 20/2020

Proportionnalité en cas de non-indication de la classe salariale: Regeste: 18/2019
Décision: affaire-Nr. 18/2019

Art. 20 **Salaire minimum**
Non considération du remboursement de débours: Regeste: 78/2015 R782015
Décision: Affaire-Nr. 78/2015 GS782015

Considération des primes de caisse-maladie: Regeste: 78/2015 R782015
Décision: Affaire-Nr. 78/2015 GS782015

Art. 21 Cas spéciaux

Art. 22 **Base de calcul locale**
Lieu de l'entreprise locataire de services: Regeste: 8/2016 R82016
Décision: Affaire-Nr. 8/2016 GS82016

Art. 23 Versement du salaire
Art. 24 Suppléments de salaire
Art. 25 Travail de nuit
Art. 26 Sécurité au travail / travaux spéciaux/dangereux
Art. 27 Repas pris à l'extérieur
Art. 28 Maladie
Art. 29 Assurance d'indemnité journalière en cas de maladie
Art. 30 Accident

Art. 31 **Prévoyance professionnelle**
Obligations de soutien: Regeste: 05/2017 R052017

Décision: Affaire-Nr. 05/2017 GS052017

3. Dispositions obligationnelles

Art. 32 Exécution

Art. 33 Commissions paritaires professionnelles régionales

Art. 34 **Collaboration avec les commissions paritaires professionnelles d' autres associations de branche**

Accord de collaboration: Regeste: 77/2015 R772015
Décision: Affaire-Nr. 77/2015 GS772015

Redélégation: Regeste: 77/2015 R772015
Décision: Affaire-Nr. 77/2015 GS772015

Art. 35 **Contrôles de gestion**

Compétence d' exécution: Regestes: 2/2015 R22015 et 13/2014 R132014
Décisions: Affaire-Nr. 2/2015 GS22015 et
Affaire-Nr. 13/2014 GS132014

Délai d'attente pour bénéficier d' indemnités journalières de la LAA: Regeste: 2/2015 R22015
Décision: Affaire-Nr. 2/2015 GS22015

Demeure de l'employeur: Regeste: 13/2014 R132014
Décision: Affaire-Nr. 13/2014 GS132014

Compétence de contrôle: Regeste: 15/2013 R152013
Décision: Affaire-Nr. 15/2013 GS152013

Nouvelle contrôle dans la compatibilité salariale: Regeste: 48/2014 R482014
Décision: Affaire-Nr. 48/2014 GS482014

Contrats-cadres resp. de mission: Regeste: 8/2016 R82016
Décision: Affaire-Nr. 8/2016 GS82016

Art. 36 Instances de contrôle

Art. 37 Conséquences en cas de petites ou de faibles contraventions à la CCT Location de services

Art. 38 **Conséquences en cas de contraventions établies**

Refus de contrôle: Regestes: 71/2015 R712015, 61/2016 R612016,14/2019 et 36/2019, 15/2019 et 37/2019
Décisions: Affaire-Nr. 71/2015 GS712015
Affaire-Nr. 61/2016 GS612016
Affaire-Nr. 14/2019 et 36/2019 (procédures jointes)
Affaire -Nr. 15/2019 et 37/2019 (procédures jointes)

Menace d' une peine conventionnelle pour refus de contrôle: Regeste: 61/2016 R612016
Décision: Affaire-Nr. 61/2016 GS612016

Calcul de la peine conventionnelle: Regestes: 103/2015 R1032015 et 9/2016 R92016
Décisions: Affaire-Nr. 103/2015 GS1032015 et
Affaire-Nr. 9/2016 GS92016

Frais de contrôle: Regeste: 103/2015 R1032015
Décision: Affaire-Nr. 103/2015 GS1032015

Art. 39 **Instance de recours**
Violation du droit d' être entendu: Regeste: 40/2014 R402014
Décision: Affaire-Nr. 40/2014 GS402014

Insuffisance de motivation: Regeste: 26/2016 R262016
Décision: Affaire-Nr. 26/2016 GS262016

Art. 40 Tribunal arbitral
Art. 41 Dispositions d'autres lois
Art. 42 Domicile juridique et for judiciaire
Art. 43 Entrée en vigueur et durée de validité de la CCT Location de services

Indice

CCL per il settore del prestito di personale

1. Disposizioni generali
Art. 1 **Campo di applicazione dal profilo geografico**
Azienda acquisitrice sede à l'estero: Regesto: 78/2015 R782015
Decisione: Incarto n. 78/2015 GS782015

Art. 2 **Campo di applicazione dal profilo aziendale**
Situazioni di ingente lavoro / picchi di lavoro: Regesto: 62/2015 R622015
Decisione: Incarto n. 62/2015 GS622015

Art. 3 **Aziende con altri contratti collettivi di lavoro**
Soluzioni particolari in memorandi: Regesto 4/2014 R42014
Decisione: Incarto n. 4/2014 GS42014

Art. 4 Campo d'applicazione dal profilo personale
Art. 5 Durata dell'impiego
Art. 6 Dichiarazione di obbligatorietà generale (DOG)

Art. 7 **Applicazione, aggiornamento professionale e fondo sociale**
Corso per corrispondenza / lezioni private: Regesto 56/2017 R562017
Decisione: Incarto n. 56/2017 GS562017

Richiesta prima dell' inizio del corso: Regesto 62/2017 R622017
Decisione: Incarto n. 62/2017 GS622017

Periodo di riferimento: Regesto 80/2016 R802016
Decisione: Incarto n. 80/2016 GS802016

Art. 8 Associazione per l'applicazione, la formazione e il fondo sociale
Art. 9 Divieto di prestare crumiri e divieto di lavoro nero

2. Disposizioni materiali
Art. 10 Periodo di prova
Art. 11 Disdetta

Art. 12 **Orario di lavoro**

Supplemento per lavoro straordinario: Regesto: 63/2015 R632015
Decisione: Incarto n. 63/2015 GS632015

Lavoro straordinario, tempo lavorato in anticipo e recuperato: Regesto: 64/2016 R642016
Decisione: Incarto n. 64/2016 GS642016

Obbligo di compensazione durante l'impiego: Regesto: 26/2016 R262016
Decisione: Incarto n. 26/2016 GS262016

Art. 13 **Vacanze**
Indennità di vacanze: Regesto: 77/2015 R772015
Decisione: Incarto n. 77/2015 GS772015

Art. 14 Giorni festivi
Art. 15 Assenze di breve durata
Art. 16 Servizio militare o civile obbligatorio
Art. 17 Maternità

Art. 18 **Retribuzione**
Banca dati elettronica (tempdata): Regesti: 15/2013 R152013 e 8/2016 R82016
Decisioni: Incarto n: 15/2013 GS152013 e
Incarto n. 8/2016 GS82016

Dati erronei: Regesto 15/2013: R152013
Decisione: Incarto n. 15/2013 GS152013

Calcolo indennità: Regesto 8/2016 R82016
Decisione: Incarto n. 8/2016 GS82016

Art. 19 **Assegnazione alle classi salariali**
Curriculum vitae: Regesto:26/2016 R262016 e 20/2020
Decisione: Incarto n. 26/2016 GS262016 e Incarto n. 20/2020

Proporzionalità in caso di mancata indicazione della classe salariale: Regesto: 18/2019
Decisione: Incarto n. 18/2019

Art. 20 **Salario minimo**
Non conteggio rimborso spese: Regesto: 78/2015 R782015
Decisione: Incarto n. 78/2015 GS782015

Conteggio premi della cassa malattia: Regesto: 78/2015 R782015
Decisione: Incarto n. 78/2015 GS782015

Art. 21 Casi particolari

Art. 22 **Base di calcolo locale**
Luogo dell' azienda acquisitrice: Regesto 8/2016 R82016
Decisione: Incarto n. 8/2016 GS82016

Art. 23 Versamento del salario
Art. 24 Supplementi
Art. 25 Lavoro notturno
Art. 26 Sicurezza sul lavoro / lavori speciali e lavori pericolosi
Art. 27 Pasti fuori sede

Art. 28 Malattia
Art. 29 Assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia
Art. 30 Infortunio

Art. 31 **Previdenza professionale**
Obblighi di mantenimento: Regesto 05/2017 R052017
Decisione: Incarto n 05/2017 GS052017

3. Disposizioni inerenti al diritto delle obbligazioni
Art. 32 Applicazione
Art. 33 Commissioni professionali paritetiche regionali

Art. 34 **Collaborazione con commissioni professionali paritetiche di altre associazioni di categoria**
Accordo di collaborazione: Regesto: 77/2015 R772015
Decisione: Incarto n 77/2015 GS772015

Delegazione a ritroso: Regesto: 77/2015 R772015
Decisione: Incarto n. 77/2015 GS772015

Art. 35 **Controlli aziendali**
Competenza di applicazione: Regesti: 2/2015 R22015 e 13/2014 R132014
Decisioni: Incarto n. 2/2015 GS22015 e
Incarto n. 13/2014 GS132014

Termine di attesa delle indennità giornaliere LAINF: Regesto: 2/2015 R22015
Decisione: Incarto n. 2/2015 GS22015

Mora del datore di lavoro: Regesto: 13/2014 R132014
Decisione: Incarto n. 13/2014 GS132014

Competenza di controllo: Regesto: 15/2013 R152013
Decisione: Incarto n. 15/2013 GS152013

Nuovo controllo del libro paga: Regesto: 48/2014 R482014
Decisione: Incarto n. 48/2014 GS482014

Contratti-quadro risp. di missione: Regesto: 8/2016 R82016
Decisione: Incarto n. 8/2016 GS82016

Art. 36 Organi di controllo
Art. 37 Conseguenze in caso di lievi violazioni del CCL per il settore del prestito di personale

Art. 38 **Conseguenze in caso di constatazione di violazioni**
Renitenza a sottoporsi al controllo: Regesti: 71/2015 R712015, 61/2016 R612016, 14/2019 e 36/2019, 15/2019 e 37/2019
Decisioni: Incarto n. 71/2015 GS712015
Incarto n. 61/2016 GS612016
Incarto n. 14/2019 e 36/2019 (procedure riunite)
Incarto n. 15/2019 et 37/2019 (procedure riunite)

Diffida d'una pena convenzionale per renitenza al controllo: Regesto: 61/2016 R612016
Decisione: Incarto n. 61/2016 GS612016

Calcolo della pena convenzionale: Regesti: 103/2015 R1032015 e 9/2016 R92016
Decisioni: Incarto n. 103/2015 GS1032015 e
Incarto n. 9/2016 GS92016

Costi di controllo: Regesto: 103/2015 R1032015
Decisione: Incarto n. 103/2015 GS1032015

Art. 39 Istanza di ricorso
Violazione del diritto di essere ascoltato: Regesto: 40/2014 R402014
Decisione: Incarto n. 40/2014 GS402014

Insufficienza di motivazione: Regesto: 26/2016 R262016
Decisione: Incarto n. 26/2016 GS262016

Art. 40 Tribunale arbitrale
Art. 41 Disposizioni di altre leggi
Art. 42 Domicilio legale e foro giudiziario competente
Art. 43 Entrata in vigore e validità del CCL per il settore del prestito di personale

71/2015:

Italienisch

Nel caso di renitenza a sottoporsi al controllo ai sensi dell'art. 31 cpv. 4 o 5 del Regolamento APP (precedentemente cpv. 5 e 6), ovvero sia in caso della prova di pagamenti compensatori come anche nel caso della presentazione di documenti necessari per il controllo, l'intensità della renitenza di non lieve portata deve essere presunta in base all'importanza centrale del potere di controllo e dell'obbligo di sottoporsi al controllo, vale a dire che si tratta per principio di una infrazione non lieve ai sensi dell'art. 20 cpv. 2 LC risp. l'art. 38 cpv. 2 CCL PP e soltanto eccezionalmente - in casi palesi e leggeri - di una infrazione lieve ai sensi dell'art. 37 CCL PP. Gli organi di controllo dispongono di una grande competenza discrezionale. Questa deve essere esercitata doverosamente e deve soddisfare i principi di carattere costituzionale dell'eguaglianza dei diritti, del divieto dell'arbitrario e in particolare del principio di proporzionalità. Al contempo, per evitare la perpetuazione e l'ampliamento di contravvenzioni metodiche come anche per l'accertabilità dello stato della riparazione e della fornitura della prova è senz'altro indicato, nel caso di renitenza a sottoporsi al controllo di non aspettare con l'inflizione di pene convenzionali e di pronunciare anche forti condanne efficacemente attuabili, naturalmente adeguate alle condizioni concrete. (consid. II.C.1)

Deutsch

Bei Kontrollrenitenz gemäss Art. 31 Abs. 4 oder Abs. 5 Reglement PVP (vormals Absätze 5 und 6), mithin sowohl beim Nachweis von Ausgleichszahlungen wie auch beim Einreichen kontrollnotwendiger Dokumente, ist nicht geringfügige Renitenzintensität aufgrund der zentralen Bedeutung von Kontrollbefugnis und Kontrollunterziehungspflicht der Regelfall. D.h. es ist grundsätzlich ein nicht geringfügiger Verstoss im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG bzw. Art. 38 Abs. 2 GAVP anzunehmen und nur ausnahmsweise - in offensichtlichen und leichten Fällen - ein geringfügiger Verstoss im Sinne von Art. 37 GAVP. Den Kontrollorganen kommt dabei eine grosse Ermessenskompetenz zu. Diese ist pflichtgemäss auszuüben und hat den verfassungsrechtlichen Prinzipien der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots und insbesondere des Verhältnismässigkeitsprinzips zu genügen. Gleichzeitig ist es zur Verhinderung der Perpetuierung und Ausweitung methodischer Verstösse wie auch zur Feststellbarkeit von Nachbesserungsstatus und Nachweiserbringung durchaus angezeigt, bei Kontrollrenitenz nicht mit der Ausfällung von Konventionalstrafen zuzuwarten und auch durchsetzungswirksam hohe – selbstredend den konkreten Verhältnissen angemessene – Strafen auszusprechen. (Erw. II.C.1)

Französisch

En cas de refus de contrôle selon l'art. 31 al. 4 ou al. 5 du règlement AFPL (ex alinéas 5 et 6), donc aussi bien en cas de justification de paiements compensatoires que de remise des documents nécessaires au contrôle, une intensité de refus non insignifiante en raison de l'importance centrale du pouvoir de contrôle et de l'obligation de se soumettre au contrôle est la règle, c.-à-d. qu'il faut supposer en principe une violation grave (précisément: non faible) dans le sens de l'art. 20 al. 2 LSE resp. l'art. 38 al. 2 CCTL et uniquement à titre exceptionnel - dans les cas évidents et peu graves - une violation mineure dans le sens de l'art. 37 CCTL. Une grande compétence d'appréciation est accordée aux organes de contrôle. Cette dernière doit être exercée conformément au règlement et satisfaire aux principes constitutionnels d'égalité juridique, d'interdiction de l'arbitraire et en particulier au principe de la proportionnalité. Il est simultanément tout à fait indiqué, pour empêcher la perpétuation et la généralisation de violations méthodiques de même que pour pouvoir constater le statut de la rectification et la fourniture de preuves, de ne pas attendre pour prononcer des peines conventionnelles en cas de refus de contrôle et de donner aussi des peines suffisamment élevées pour être efficaces – bien entendu adaptées aux circonstances concrètes. (consid. II.C.1)

61/2016:

Italienisch

La sola diffida d'una pena convenzionale per renitenza a sottoporsi al controllo ai sensi dell'art. 31 cpv. 4 o 5 del Regolamento APP (precedentemente cpv. 5 e 6), rappresenta una decisione incidentale non impugnabile, per il quale motivo il ricorso non è ammissibile. In analogia alla Legge sul Tribunale federale (LTF), il ricorso è ammissibile contro decisioni incidentali notificate separatamente se, alternativamente, esse possono causare un pregiudizio irreparabile o se l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defatigante o dispendiosa (art. 93 cpv. 1 lett. a e b LTF). La decisone incidentale in questione non pregiudica in nessun modo e non è di nessun valore per la decisione finale. La diffida ai sensi dell'art. 31 cpv. 4 o 5 del Regolamento APP pone soltanto la formale premessa irremissibile per potere infliggere una pena convenzionale nella fattispecie. Essendo contestabili tutti gli elementi della renitenza a sottoporsi al controllo impugnando la decisione finale, la decisione incidentale della sola diffida non crea nessuna forma d'irreparabilità. Inoltre, anche se il ricorso verrebbe accolto, non indurrebbe anche una sentenza finale evitando una procedura probatoria defatigante o dispendiosa, anche perché

non è ancora possibile stabilire la mancata produzione dei documenti richiesti. (consid. 4, 6 e 7)

Deutsch

Die blosse Androhung einer Konventionalstrafe infolge Kontrollrenitenz gemäss Art. 31 Abs. 4 oder Abs. 5 Reglement PVP (vormals Absätze 5 und 6) stellt einen nicht anfechtbaren Zwischenentscheid dar, weshalb auf den Rekurs nicht eingetreten wird. Analog dem Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) sind Zwischenentscheide anfechtbar, wenn sie entweder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung des Rekurses sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG). Der vorliegende Zwischenentscheid hat keine Auswirkung auf das weitere Verfahren und den Endentscheid. Die Androhung gemäss Art. 31 Abs. 4 oder Abs. 5 Reglement PVP ist nur die formelle Voraussetzung, um eine entsprechende Konventionalstrafe auszusprechen. Zudem sind alle konstitutiven Elemente der Kontrollrenitenz noch mit dem Endentscheid anfechtbar. Somit entsteht kein nicht wiedergutmachbarer Nachteil. Zudem würde mit der Gutheissung des Rekurses nicht direkt ein Endentscheid erwirkt, der ein aufwendiges Beweisverfahren vermeiden würde, zumal das Ausbleiben der verlangten Unterlagen noch nicht festgestellt werden kann (Erw. 4, 6 und 7).

Französisch

La simple menace d'une peine conventionnelle à la suite d'un refus de contrôle selon l'art. 31 al. 4 ou al. 5 du règlement AFPL (ex alinéas 5 et 6) constitue une décision incidente non susceptible de recours et c'est pourquoi aucun recours n'est introduit. Par analogie avec la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), une décision incidente est susceptible de recours si elle peut causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. a et b LTF). La présente décision incidente est sans aucun préjudice de la suite de la procédure et de la décision matérielle. La menace selon l'art. 31 al. 4 ou al. 5 du règlement APFL est seulement la condition formelle pour prononcer une peine conventionnelle correspondante. Tous les éléments constitutifs du refus de contrôle sont en outre encore susceptibles de recours avec la décision définitive. Il n'en résulte par conséquent aucun préjudice irréparable. Une décision finale qui éviterait aussi une longue procédure probatoire étant donné que l'absence des documents exigés ne peut pas encore être constatée n'aurait en outre pas été obtenue directement si le recours était approuvé. (consid. 4, 6 et 7)

2/2015:

Italienisch

Ai sensi dell'art. 35 CCL PP si possono eseguire controlli delle imprese, nella misura in cui sono interessate le disposizioni del CCL PP. La relativa competenza di applicazione (che comporta le conseguenze di controllo e di sanzione) delle CPPR è limitata al rispetto di norme, che si riflettono immediatamente e in modo specifico soltanto nel CCL PP. La copertura del termine di attesa delle indennità giornaliere LAINF da parte del datore di lavoro è disciplinato nell'art. 324b cpv. 3 CO e non nel CCL PP. Per l'attuazione della loro richiesta i lavoratori devono essere rimandati al tribunale civile, che riguardo a questo diritto rappresenta il proprio meccanismo di attuazione cogente.

La CPSPP ha osservato, precisando per il caso dell'omissione della copertura del termine di attesa per le indennità giornaliere ai sensi dell'art. 324b cpv. 3 CO, che la competenza di controllo è da approvare e da unire alla competenza di raccomandare i pagamenti compensativi. Vale a dire il fatto può – eventualmente anche come presunzione - essere constatato e registrato nel rapporto e il pagamento compensativo può essere consigliato, rammentando che i lavoratori interessati nel caso di mancato pagamento, verrebbero informati circa i loro possibili diritti. Non sussiste nessuna competenza obbligatoria vincolante risp. competenza di esigere la prova di pagamenti compensativi o persino competenza sanzionatoria. Le mancanze in questo ambito non possono avere né efficacia penale secondo il calcolatore delle pene convenzionali né portare a pene convenzionali in seguito a renitenza a sottoporsi al controllo nell'ambito dell'art. 38 cpv. 3 CCL PP in combinato disposto con l'art. 31 cpv. 5 (precedentemente cpv.7) Regolamento APP (prova dei pagamenti compensativi) (consid. II.3).

Deutsch

Gemäss Art. 35 GAVP können Betriebsprüfungen durchgeführt werden, soweit Bestimmungen des GAVP betroffen sind. Die diesbezügliche Vollzugskompetenz (beinhaltend die Kontroll- und Sanktionskompetenz) der RPKP ist auf die Einhaltung von Normen beschränkt ist, die sich unmittelbar und spezifisch nur im GAVP niedergeschlagen haben. Die Deckung der Wartefrist der UVG-Taggelder durch den Arbeitgeber ist in Art. 324b Abs. 3 OR geregelt und nicht im GAVP. Arbeitnehmende sind zur Durchsetzung ihrer Forderung auf den Zivilweg zu verweisen, welcher bezüglich dieses Anspruchs den eigenen zwingenden Durchsetzungsmechanismus darstellt. Die SPKP hat für den Fall der Unterlassung der Deckung der Wartefrist für UVG-Taggelder gemäss Art. 324b Abs. 3 OR präzisierend festgehalten, dass die Kontrollkompetenz zu bejahen und mit der Kompetenz zur Empfehlung der Ausgleichszahlungen zu verbinden ist. D.h. es darf der Sachverhalt – allenfalls

vermutungsweise – festgestellt und im Kontrollbericht festgehalten und die Ausgleichzahlung empfohlen werden unter Hinweis darauf, dass die betroffenen Arbeitnehmer bei Nichtbegleichen über ihre möglichen Ansprüche orientiert würden. Es besteht aber keine verbindliche Verpflichtungskompetenz bzw. Kompetenz, den Nachweis von Ausgleichzahlungen zu verlangen, oder gar Sanktionskompetenz. Weder dürfen Verfehlungen in diesem Bereich strafwirksam nach Konventionalstrafenrechner sein noch zu Konventionalstrafen infolge Kontrollrenitenz im Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 3 GAVP i.V.m. Art. 31 Abs. 5 (vormals Abs. 7) Reglement PVP führen (Nachweis der Ausgleichzahlungen) (Erw. II.3).

Französisch

Selon l'art. 35 CCTL, des contrôles de gestion peuvent être réalisés dans la mesure où des dispositions de la CCTL sont concernées. La compétence d'exécution (qui comporte les compétences de contrôle et de sanction) des CPPR à ce sujet est limitée au respect des normes qui se retrouvent immédiatement et spécifiquement seulement dans la CCTL. La couverture par l'employeur du délai d'attente pour bénéficier d'indemnités journalières de la LAA est régie par l'art. 324b al. 3 CO et non dans la CCTL. Il convient de renvoyer les employés devant les juridictions civiles qui représentent leur propre mécanisme d'application contraignant en ce qui concerne ce droit. La CPSLS a spécifié précisément, pour le cas de l'omission de la couverture du délai d'attente pour les indemnités journalières de la LAA selon l'art. 324b al. 3 CO, qu'il faut approuver la compétence de contrôle et la lier à la compétence de recommandation des paiements compensatoires. C.-à-d. que les faits – éventuellement présumés – peuvent être constatés et consignés dans le rapport de contrôle et que le paiement compensatoire peut être recommandé en rappelant que les employés concernés seront informés de leurs droits éventuels en cas de non-paiement. Il n'y a cependant pas de compétence d'engagement obligatoire ou de compétence d'exigence de la justification de paiements compensatoires ou même de compétence de sanction. Les manquements dans ce domaine ne peuvent ni être punitifs selon le calculateur des peines conventionnelles ni entraîner des peines conventionnelles à la suite d'un refus de contrôle en rapport avec l'art 38 al. 3 CCTL et en relation avec l'art. 31 al. 5 (ex al. 7) du règlement APFL (justification des paiements compensatoires) (consid. II.3).

13/2014:

Französisch

Selon l'art. 35 CCT Location de services, les commissions paritaires professionnelles régionales de la location de services (CPPR : anciennement RPKA) peuvent ordonner et faire aboutir des contrôles de gestion tant que les dispositions de la CCT Location de services sont concernées. Il en découle que la compétence d'exécution (qui comporte les compétences de contrôle et de sanction) des CPPR est strictement limitée aux dispositions figurant explicitement dans la CCTL. Selon l'art. 324 al. 1 CO, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Ainsi, le risque d'entreprise et le risque économique sont tous deux à la charge de l'employeur. Si l'employé est en mesure de fournir sa prestation de services mais que l'employeur la décline pour des motifs techniques liés à l'exploitation de l'entreprise ou pour des motifs économiques, l'employeur se retrouve en demeure et doit le salaire aussi longtemps que le travailleur offre sa prestation de travail. In casu, le respect des horaires contractuels, soit le fait que les heures indiquées dans le contrat soient effectivement payées mêmes si elles n'ont pas été nécessaires et de ce fait pas travaillées, découle de l'art. 324 CO et n'est pas réglé dans la CCTL . Pour cette raison, la CPRR n'a pas de compétence d'exécution dans ce domaine. L'employé doit dès lors être renvoyé à faire valoir en justice ses prétentions en lien avec les heures de travail contractuelles, ce qui représente pour ce droit-là le propre mécanisme obligatoire d'exécution.

La CPSLS (anciennement: SPKA) a, en lien avec la demeure de l'employeur (art. 324 al. 1 CO), précisé cette absence de compétence d'exécution en ce sens que la compétence de contrôle demeure cependant et qu'elle doit être mise en relation avec la compétence d'émettre des recommandations sur le paiement compensatoire. Cela signifie que l'état de fait peut être établi – au moins de manière supposée – et retenu dans le rapport de contrôle et que les recommandations idoines peuvent être émises avec l'indication que les travailleurs concernés soient informés sur leurs droits potentiels. Il ne reste toutefois aucune compétence de contrainte, respectivement de compétence d'exiger la preuve des corrections, et aucun pouvoir de sanction. Les manquements dans ce domaine ne peuvent non plus être sanctionnés selon le calculateur de peines conventionnelles, ni mener à des peines conventionnelles pour refus de contrôle selon l'art. 38 al. 3 CCTL et 31 al. 7 Règlement PVP (actuellement art. 31 al. 5 Règlement PVP) (consid. II.5).

Deutsch

Gemäss Art. 35 GAV Personalverleih können die Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (RPKP; vormals Regionale Paritätische

Kommissionen Arbeitsverleih, RPKA) hinsichtlich der Bestimmungen des GAV Personalverleih Betriebskontrollen anordnen und durchsetzen. Daraus folgt, dass die Vollzugskompetenz (beinhaltend die Kontroll- und Sanktionskompetenz) der RPKP strikt auf jene Befugnisse beschränkt ist, die explizit im GAVP angeführt werden. Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann, oder er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Folglich liegen sowohl das unternehmerische als auch da s wirtschaftliche Risiko beim Arbeitgeber. Wenn der Arbeitnehmer in der Lage ist, seine Dienstleistung zu erbringen, diese aber vom Arbeitgeber aus technischen Gründen in Zusammenhang mit dem Betrieb des Unternehmens oder aus wirtschaftlichen Gründen abgelehnt wird, befindet sich der Arbeitgeber in Verzug und schuldet dem Arbeitnehmer dessen Gehalt so lange, wie dieser die Leistung seiner Arbeit anbietet. In casu ergibt sich die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit, also die tatsächliche Entlöhnung der im Vertrag festgelegten Stunden, selbst wenn diese nicht erforderlich waren und aufgrund dessen nicht geleistet wurden, aus Art. 324 OR und ist nicht im GAVP geregelt. Aus diesem Grund hat der GAVP in diesem Bereich keine Vollzugskompetenz. Der Arbeitnehmer muss daher darauf verwiesen werden, seine Ansprüche in Zusammenhang mit der vertraglich festgelegten Arbeitszeit auf dem Zivilweg geltend zu machen, welcher bezüglich dieses Anspruchs den eigenen zwingenden Durchsetzungsmechanismus darstellt.

Die SPKP (vormals SPKA) hat im Zusammenhang mit dem Verzug des Arbeitgebers (Art. 324 Abs. 1 OR) diese an sich fehlende Vollzugskompetenz dahingehend präzisiert, dass die Kontrollkompetenz gleichwohl zu bejahen und mit der Kompetenz zur Empfehlung der Ausgleichszahlungen zu verbinden ist. D.h. es darf der Sachverhalt – allenfalls vermutungsweise - festgestellt und im Kontrollbericht festgehalten und die Ausgleichzahlung empfohlen werden unter Hinweis darauf, dass die betroffenen Arbeitnehmer bei Nichtbegleichen über ihre möglichen Ansprüche orientiert würden. Es besteht aber keine verbindliche Verpflichtungskompetenz bzw. Kompetenz, den Nachweis von Ausgleichzahlungen zu verlangen, oder gar Sanktionskompetenz. Weder dürfen Verfehlungen in diesem Bereich strafwirksam nach Konventionalstrafenrechner sein noch zu Konventionalstrafen infolge Kontrollrenitenz im Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 3 GAVP i.V.m. Art. 31 Abs. 7 Reglement PVP führen (aktuell Art. 31 Abs. 5 Reglement PVP) (Erw.II.5).

Italienisch

Ai sensi dell’articolo 35 CCL per il settore del prestito di personale, le Commissioni Paritetiche Professionali Regionali per il settore del prestito di personale (CPPR) possono ordinare e fare eseguire dei controlli di gestione per quanto concerne le

disposizioni del CCL per il settore del prestito di personale. Da questo consegue che la competenza di esecuzione (che comporta le conseguenze di controllo e di sanzione) delle CPPR è strettamente limitata alle disposizioni figuranti esplicitamente nel CCL PP. Ai sensi dell'articolo 324 cpv. 1 CO, se il datore di lavoro impedisce per suo errore l'esecuzione del lavoro o si trova in mora di accettarlo per altri motivi, egli rimane obbligato a pagare i salari, senza che il lavoratore debba ancora fornire il proprio lavoro. Così il rischio di impresa e il rischio economico sono entrambi a carico del datore di lavoro. Se il dipendente è in grado di fornire la sua prestazione di servizi ma che il datore di lavoro declina per dei motivi tecnici legati alla gestione dell'impresa o per dei motivi economici, il datore di lavoro si trova in mora e deve il salario per tutto il tempo in cui il lavoratore offre la propria prestazione di lavoro. In casu, il rispetto degli orari contrattuali, a prescindere dal fatto che le ore indicate nel contratto siano effettivamente pagate anche se non sono state necessarie e dunque non lavorate, deriva dall'articolo 324 CO e non è disciplinato nel CCL PP. Per questa ragione, la CPPR non ha nessuna competenza di esecuzione in questo ambito. Il dipendente deve di conseguenza essere rimandato a fare valere in giudizio al tribunale civile le sue pretese in linea con le ore di lavoro contrattuali, cosa che riguardo a questo diritto rappresenta il proprio e costrittivo meccanismo di esecuzione.

La CPSPP (prima CPPC) ha, in linea con la mora del datore di lavoro (articolo 324 cpv. 1 CO), precisato che deve essere ammessa una competenza di controllo, la quale deve essere collegata alla competenza di raccomandare un versamento compensatorio. Questo comporta che può essere constatata e riportata nel rapporto di controllo la fattispecie e che può essere raccomandato inoltre che venga effettuato un versamento compensatorio sotto l'indicazione, che i lavoratori interessati saranno informati dei loro diritti, nel caso non venga effettuato il versamento compensatorio. Non vi è però alcuna competenza vincolante, con la quale si potrebbe obbligare di dimostrare che il versamento compensatorio sia stato effettuato e non vi è nemmeno una competenza sanzionatoria. Ciò comporta che le infrazioni in quest' ambito non possono essere punite ai sensi del regolamentare calcolatore delle pene convenzionali e non possono condurre a pene convenzionali dovute a renitenza a sottoporsi al controllo ai sensi dell'art. 38 cpv. 3 CCL PP in combinato disposto con l'art. 31 cpv. 7 del Regolamento APP (attualmente articolo 31 cpv. 5 Regolamento APP) (consid. II.5).

40/2014:

Französisch

Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend l'obligation de motiver les décisions de telle façon que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Pour satisfaire cette exigence, il suffit de mentionner au moins brièvement les motifs sur lesquels la décision est fondée. L'autorité ou le juge n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (voir notamment ATF 129 I 232 consid. 3.2 p. 236; 126 I 97 consid. 2b p. 102). Cette garantie tend à assurer une décision compréhensible pour son destinataire. Le droit d'être entendu étant une garantie constitutionnelle de caractère formel, sa violation, en l'occurrence l'insuffisance de motivation, entraîne l'annulation de la décision viciée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (B. Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 241 et références citées).

La motivation de la présente décision ne suffisait pas aux critères cités ci-dessus. L'intimée n'a pas donné suite à la dernière réquisition de la Commission de recours, avec laquelle elle avait reçu un ultime délai non-prolongeable pour lui faire parvenir les documents, qui aurait pu motiver la décision contestée en respect du droit d'être entendu. Au vu des pièces requises et non transmises, et l'absence totale de la motivation de la décision du 7 octobre 2014, malgré les deux réquisitions de la Commission de recours, la décision de l'intimée sera annulée conformément à la jurisprudence constante du tribunal fédéral (consid. II.2 et 3).

Deutsch

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der in Art. 29 Abs. 2 BV verankert ist, beinhaltet die Verpflichtung, Entscheide so zu begründen, dass der Betroffene sie verstehen und seine Rekursrechte richtig ausüben kann. Um dieser Anforderung zu genügen, ist es ausreichend, die Gründe, auf denen der Entscheid basiert, zumindest kurz anzuführen. Die Behörde bzw. der Richter ist nicht dazu verpflichtet, alle von den Parteien vorgelegten Fakten, Beweismittel und Vorwürfe darzulegen und zu erörtern, sondern kann sich vielmehr auf jene beschränken, die ohne Willkür als sachdienlich betrachtet werden (siehe insbesondere BGE 129 I 232 Erw. 3.2 S. 236; 126 I 97 Erw. 2b S. 102). Durch diese (Verfahrens-) Garantie soll sichergestellt werden, dass ein Entscheid für den Betroffenen verständlich ist. Da es sich beim Anspruch auf rechtliches Gehör um ein verfassungsmässig garantiertes Recht formeller Natur handelt, führt seine Verletzung durch unzureichende Begründung zur Aufhebung des fehlerhaften Entscheides, und zwar unabhängig davon, wie die Erfolgschancen der

rekurrierenden Partei in der Sache selbst stehen (B. Bovay, Procédure administrative, Bern 2000, S. 241 und zitierte Verweise).

Die Begründung des vorliegenden Entscheides genügt den oben genannten Kriterien nicht. Die Rekursgegnerin ist der letzten Aufforderung der Rekurskommission, innert einer letztmaligen und nicht erstreckbaren Frist die Unterlagen zu übermitteln, mit welchen der wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs angefochtene Entscheid hätte begründet werden können, nicht nachgekommen. Angesichts der ausbleibenden Übermittlung der geforderten Unterlagen und des gänzlichen Fehlens einer Begründung des Entscheides vom 7. Oktober 2014 trotz zweifacher Aufforderung durch die Rekurskommission wird der Entscheid der Rekursgegnerin gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgehoben (Erw. II.2 und 3).

Italienisch

Il diritto di essere ascoltato, garantito dall'articolo 29 cpv. 2 comprende l'obbligo di motivare le decisioni in modo tale, che il giudicabile possa comprenderle ed esercitare i propri diritti di ricorso consapevolmente. Per soddisfare questa esigenza, basta menzionare almeno brevemente i motivi sui quali è basata la decisione. L'autorità o il giudice non ha l'obbligo di esporre e di discutere tutti i fatti, i mezzi probatori e i motivi invocati dalle parti, ma può invece limitarsi a quelli che, senza arbitrarietà, possono essere ritenuti pertinenti (vedi segnatamente DTF 129 I 232 consid. 3.2 p. 236; 126 I 97 consid. 2b p. 102). Questa garanzia tende ad assicurare una decisione comprensibile per il suo destinatario. Essendo il diritto di essere ascoltato una garanzia costituzionale di carattere formale, la sua violazione, all'occorrenza l'insufficienza di motivazione, comporta l'annullazione della decisione viziata indipendentemente dalle possibilità di successo del ricorrente sul merito (B. Bovay, Procédure administrative, Berna 2000, p. 241 e riferimenti citati).

La motivazione della presente decisione non bastava ai criteri summenzionati. L'opponente non ha dato seguito all'ultima requisizione della Commissione di ricorso, con la quale aveva ricevuto un ultimo termine non prorogabile per farle pervenire i documenti che avrebbero potuto motivare la decisione contestata in rispetto del diritto di essere ascoltato. Visto i documenti richiesti e non trasmessi, e l'assenza totale della motivazione della decisione del 7 ottobre 2014, malgrado le due requisizioni della Commissione di ricorso, la decisione dell'opponente sarà annullata conformemente alla giurisprudenza costante del Tribunale federale (consid. II.2 e 3).

62/2015:

Französisch

Dans ses observations du 9 novembre 2015, l'intimée indique finalement qu'elle avait certes admis deux pics de travail de 3 semaines pour ces deux collaborateurs, mais qu'elle considérait que les deux semaines de désherbage (semaines 27-28) ne constituaient pas, selon elle, des pics de travail. Selon l'art. 2 al. 3 CCTL, l'extension de la CCT « s'applique à tous les travailleurs qui sont loués par les entreprises indiquées à l'alinéa 2. Sont exclus les travailleurs dont le salaire dépasse le gain maximal assuré par la SUVA. Sont également exclus les travailleurs qui sont loués à des entreprises agricoles en difficulté (par ex. absences pour vacances et empêchement de travailler du directeur de l'entreprise ou pics de travail).»

La location de services dans l'agriculture est soumise à la CCT sauf en cas de difficultés passagères (par ex. absences pour raison de vacances, empêchement de travailler du chef d'exploitation, pics de travail). Il est recommandé au bailleur de services de requérir de l'exploitation agricole en question une confirmation écrite de la difficulté passagère (arrêt de travail ordonné par le médecin, déclaration d'accident, etc.) (FAQ CCT Locations de services, ch. 1.4; http://www.tempservice.ch/tempservice/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=118280).

Enfin, l'intimée n'a pas été en mesure, en dépit de deux échanges d'écriture, d'établir en quoi la différence d'activité (à savoir le désherbage en lieu et place de l'ébourgeonnage et de l'effeuillage) constituait un motif objectif justifiant un traitement différencié de ces périodes de travail. La fluctuation de motivation, ajoutée à l'absence de motivation de la décision du 22 juin 2015, démontre que l'intimée ne dispose pas de critères objectifs qu'elle puisse appliquer uniformément et en respect du principe de l'égalité de traitement dans l'évaluation des pics de travail. A défaut de différences objectives, les semaines de désherbage (semaines 27-28) auraient donc dû être acceptées comme pics de travail (consid. II.3).

Deutsch

In ihrer Stellungnahme vom 9. November 2015 gibt die Rekursgegnerin schliesslich an, sie anerkenne, dass für diese zwei Mitarbeiter zwei Arbeitsspitzen von 3 Wochen vorgelegen hätten, aber die anderen zwei Wochen, in denen die Mitarbeiter gejätet hätten (Wochen 27-28), würden ihrer Meinung nach nicht als Arbeitsspitzen gelten. Gemäss Art. 2 Abs. 3 GAVP gilt die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV für alle Arbeitnehmenden, die von Betrieben gemäss Absatz 2 ausgeliehen werden. Ausgenommen sind Arbeitnehmende mit Löhnen über dem maximal versicherten Verdienst nach SUVA. Ausgenommen sind weiter Arbeitnehmende, die bei Engpässen in landwirtschaftliche Betriebe verliehen werden (z.B.

Ferienabwesenheiten und Arbeitsverhinderungen der Betriebsleiter oder Arbeitsspitzen).

Der Personalverleih in der Landwirtschaft untersteht dem GAVP, mit Ausnahme von Engpässen (z.B. Ferienabwesenheiten, Arbeitsverhinderungen der Betriebsleiter, Arbeitsspitzen...). Es wird dem Verleiher empfohlen, vom landwirtschaftlichen Betrieb eine schriftliche Bestätigung über den Engpass (Krankschreibung, Unfallmeldung etc.) einzuholen (FAQ GAV Personalverleih, Kap. 1.4; http://www.tempservice.ch/tempservice/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=118280).

Letztendlich konnte die Rekursgegnerin trotz zweier Schriftenwechsel nicht darlegen, aus welchem Grund die unterschiedliche Natur der Arbeiten (nämlich Jäten anstelle von Auslauben und Entblättern) eine objektive Begründung für eine unterschiedliche Behandlung dieser Arbeitszeiten darstellen solle. Die wechselhafte Begründung, welche sich der im Entscheid vom 22. Juni 2015 fehlenden Begründung hinzugesellt, zeigt, dass die Rekursgegnerin nicht über objektive Kriterien verfügt, die sie einheitlich und in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Gleichbehandlung bei der Beurteilung von Arbeitsspitzen anwenden kann. Mangels objektiver Unterschiede hätten die Wochen, in denen gejätet wurde (Wochen 27-28), folglich als Arbeitsspitzen qualifiziert werden müssen (Erw. II.3).

Italienisch

Nelle sue osservazioni del 9 novembre 2015, l'opponente riconosce finalmente che ci siano state due situazioni di ingente lavoro (picchi di lavoro) di 3 settimane per questi due collaboratori, ma che lei considerava che le due settimane di diserbatura (settimane 27-28) non costituissero, secondo lei, dei picchi di lavoro. Ai sensi dell'articolo 2 cpv. 3 CCL PP, la dichiarazione d'obbligatorietà generale vale per tutti i lavoratori che vengono prestati dalle aziende conformemente alla cifra 2. Sono esclusi i lavoratori con salari al di sopra del guadagno massimo assicurato in base alla SUVA. Sono anche esclusi lavoratori che vengono prestati nelle aziende agricole in caso di difficoltà (per esempio assenze dovute alle vacanze e impedimenti al lavoro del dirigente dell'azienda o a situazioni di ingente lavoro).

Il prestito di personale nel settore agricolo è sottomesso al CCL PP eccetto in caso di necessità (p. es. assenze per vacanze, impedimento di lavoro del responsabile dell'azienda, grande mole di lavoro). Si consiglia al prestatore di chiedere dall'azienda agricola una conferma scritta che attesti tale necessità (certificato di malattia, notifica di infortunio, ecc.) (FAQ CCL Prestito di personale, cfr. 1.4; http://www.tempservice.ch/tempservice/it-CH/dynasite.cfm?dsmid=118280).

Infine, l'opponente non è stata in grado, nonostante due scambi di scritti, di stabilire in cosa la differenza di attività (da sapere il diserbaggio al posto della scacchiatura e

della sfogliatura) costituisse un motivo oggettivo giustificante un trattamento differente di questi periodi di lavoro. La fluttuazione della motivazione, aggiunta all'assenza di motivazione della decisione del 22 giugno 2015, dimostra che l'opponente non dispone di criteri oggettivi che potesse applicare uniformemente e in rispetto del principio dell'uguaglianza di trattamento nella valutazione dei picchi di lavoro. In mancanza di differenze oggettive, le settimane di diserbaggio (settimane 27-28) avrebbero dovuto dunque essere valutate come picchi di lavoro (consid. II.3).

63/2015:

Französisch

Selon l'art. 12 al. 1 CCTL, le temps de travail normal est de 42 heures par semaine. De la 43e à la 45e heure hebdomadaire, il s'agit d'heures supplémentaires à payer sans supplément ou à compenser à 1:1. L'art. 12 al. 2 CCT dispose que, de la 10e au maximum à la 12e heure de travail quotidienne, et de la 46e au maximum à la 50e heure hebdomadaire, il s'agit de travail supplémentaire devant être rémunéré, les jours de semaine, avec un supplément de salaire de 25%, et les dimanches avec un supplément de 50%. Demeurent réservées les dispositions de la loi fédérale sur le travail (RS 822.11) et de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (RS 822.111). Selon l'art. 13 al. 2 de la Loi sur le travail (LTr), le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée. S'agissant du travail anticipé, la majoration pour heures supplémentaires (recte: « temps supplémentaire ») en cas de dépassement de la durée maximale de la journée de travail fixée par contrat à neuf heures n'est pas due si ces heures supplémentaires (recte: « temps supplémentaire ») constituent du temps anticipé. Il n'est pas dû non plus de supplément, pour le temps à récupérer imputable aux travailleurs/euses (FAQ CCT Locations de services, ch. 3.2; http://www.tempservice.ch/tempservice/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=118286).

In casu, la recourante invoque précisément l'art. 13 al. 2 LTr pour justifier le fait que les heures de travail supplémentaire ont été intégralement compensées par un congé de même durée en semaine et conclure, dans la mesure où la compensation en temps libre est sans autre possible, qu'aucun correctif n'est à apporter. De son côté, l'intimée justifie le paiement obligatoire des heures de travail supplémentaire en se référant à l'art. 12 CCTL qui, d'après elle, exclut par son silence la compensation après la 46ème heure et autorise uniquement le paiement du travail supplémentaire dans ces cas.

A cet égard, force est pourtant de constater que l'intimée a effectivement pris en compte le travail anticipé pour les heures effectuées entre la 46ème et la 50ème heure suite aux justifications produites par la recourante et que, finalement, elle ne

réclame que le paiement des heures effectuées au-delà de la 50ème heure. Or, l'art. 12 CCTL règle exclusivement le travail supplémentaire hebdomadaire compris entre la 46ème et la 50ème heure. Aussi, toute heure effectuée au-delà de la 50ème heure est régie directement par les dispositions de la LTr, conformément à l'art. 41 CCTL. L'art. 13 al. 2 LTr prévoyant expressément la possibilité de convenir de compenser le travail supplémentaire par un congé de même durée, c'est à tort que l'intimée a retenu un manquement de la recourante sur ce point (consid. II.3).

Deutsch

Gemäss Art. 12 Abs. 1 GAVP beträgt die wöchentliche Normalarbeitszeit 42 Stunden. Die 43. bis 45. Wochenstunde gelten als zuschlagsfrei zu bezahlende oder 1:1 zu kompensierende Überstunden. Nach Art. 12 Abs. 2 GAVP gelten die 10. bis und bis maximal 12. Tagesarbeitsstunde und die 46. bis und mit maximal 50. Wochenarbeitsstunde als Überzeit und werden an Wochentagen mit 25 % Lohnzuschlag, an Sonntagen mit 50% Lohnzuschlag ausbezahlt. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes (SR 822.11) und der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111). Gemäss Art. 13 Abs. 2 des Arbeitsgesetzes (ArG) ist kein Zuschlag auszurichten, wenn Überzeitarbeit im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird. Was die Vorholzeit betrifft, ist der Überzeitzuschlag für die Überschreitung der vertraglichen Tageshöchstarbeitszeit von 9 Stunden nicht geschuldet, sofern es sich bei den Mehrstunden um Vorholzeit handelt. Für Nachholzeit, welche durch den Arbeitnehmer verursacht wird, sind ebenfalls keine Überzeitzuschläge geschuldet (FAQ GAV Personalverleih, Kap. 3.2; http://www.tempservice.ch/tempservice/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=118286).

In casu beruft sich die Rekurrentin zweifellos auf Art. 13 Abs. 2 ArG zur Rechtfertigung der Tatsache, dass die Überzeit vollständig durch Freizeit von gleicher Dauer unter der Woche ausgeglichen wurde, und schliesst daraus, dass keinerlei Berichtigungen vorzunehmen seien, solange der Ausgleich durch Freizeit ohne weiteres möglich sei. Die Rekursgegnerin wiederum stützt die zwingend vorgesehene Auszahlung der Überzeit auf Art. 12 GAVP, der ihrer Meinung nach einen Ausgleich nach der 46. Stunde stillschweigend ausschliesst und in diesen Fällen nur eine Auszahlung der Überzeit zulässt.

In diesem Zusammenhang ist allerdings festzustellen, dass die Rekursgegnerin aufgrund der von der Rekurrentin vorgelegten Nachweise, die Vorholzeit für die Arbeit, die zwischen der 46. und der 50. Stunde geleistet wurde, effektiv berücksichtigt hat, und dass letztendlich nur die Entlöhnung der Arbeitszeit nach der 50. Stunde eingefordert wird. Indes wird in Art. 12 GAVP ausschliesslich die wöchentliche Überzeit zwischen der 46. und der 50. Stunde geregelt. Ausserdem

werden in Übereinstimmung mit Art. 41 GAVP alle Arbeitsstunden, die über die 50. Stunde hinausgehen, direkt durch die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes geregelt. Da Art. 13 Abs. 2 ArG ausdrücklich die Möglichkeit vorsieht, einen Ausgleich der Überstunden durch Freizeit von gleicher Dauer zu vereinbaren, hat die Rekursgegnerin zu Unrecht an einer Verfehlung seitens der Rekurrentin in diesem Punkt festgehalten (Erw. II.3).

Italienisch

Ai sensi dell'articolo 12 cpv. 1 CCL PP, l'orario di lavoro normale ammonta a 42 ore settimanali. Dalla 43a alla 45a ora settimanale si tratta di ore supplementari da pagare senza supplemento o da compensare in tempo libero di pari durata. L'art. 12 cpv. 2 CCL PP dispone che, dalla 10a ad al massimo alla 12a ora di lavoro giornaliero, e dalla 46ema ad al massimo alla 50esima ora settimanale, si tratta di lavoro straordinario che deve essere rimunerato, i giorni della settimana con un supplemento di salario del 25%, e le domeniche con un supplemento del 50%.

Sono fatte salve le disposizioni della Legge federale sul lavoro (RS 822.11) e dell'Ordinanza 1 relativa alla legge sul lavoro (RS 822.111). A norma dell'articolo 13 cpv. 2 della Legge sul lavoro (LL), il lavoro supplementare non da alcun diritto a nessun supplemento di salario allorché questo è compensato, con il consenso del lavoratore ed entro un termine ragionevole, con congedo della stessa durata. In caso di superamento dell'orario di lavoro giornaliero contrattuale massimo di 9 ore il supplemento per il lavoro straordinario non è dovuto qualora il tempo supplementare sorga come conseguenza di lavoro prestato in anticipo. I supplementi per il lavoro straordinario non sono dovuti neanche per il tempo da recuperare a causa della lavoratrice o del lavoratore (FAQ CCL prestito di personale, cfr. 3.2; http://www.tempservice.ch/tempservice/it-CH/dynasite.cfm?dsmid=118286).

In casu, la ricorrente invoca precisamente l'articolo 13 cpv. 2 LL per giustificare il fatto che le ore di lavoro straordinario sono state integralmente compensate con un congedo della stessa durata in settimana e conclude, che nella misura in cui la compensazione in tempo libero sia senz'altro possibile, non debba essere apportato nessun correttivo. Dal canto suo, l'opponente giustifica il pagamento obbligatorio delle ore di lavoro straordinario riferendosi all'articolo 12 CCL PP che, secondo lei, esclude con il suo silenzio la compensazione dopo la 46a ora e autorizza soltanto il pagamento del lavoro straordinario in tale caso.

A tale proposito, bisogna constatare che l'opponente ha effettivamente messo in conto il lavoro anticipato per le ore effettuate tra la 46esima e la 50esima ora secondo i giustificativi prodotti dalla ricorrente e che, infine, essa non reclama

nient'altro che il pagamento delle ore eseguite oltre la 50esima ora. Orbene, l'articolo 12 CCL PP regola esclusivamente il lavoro straordinario settimanale compreso tra la 46esima e la 50esima ora. Quindi, ogni ora eseguita oltre la 50esima ora è regolata direttamente dalle disposizioni della LL, conformemente all'articolo 41 CCL PP. L'art. 13 cpv. 2 LL, prevedendo espressamente la possibilità di convenire di compensare il lavoro straordinario mediante un congedo corrispondente, è a torto che l'opponente ha considerato una mancanza della ricorrente su questo punto (consid. II.3).

15/2013:

Deutsch

Gemäss Art. 18 Abs. 1 GAV Personalverleih (nachfolgend „GAVP") gelten die auf der elektronischen Datenbank (tempdata) erfassten Lohnklassen, Lohneinteilungen und Löhne als integrierender Bestandteil des GAVP und falsch publizierte Daten können den unterstellten Betrieben nicht zum Nachteil gereichen (Erw. 4).

Die Prüfungskognition der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (nachfolgend RPKP) ist grundsätzlich gemäss Art. 35 GAVP und Art. 2 des Reglements PVP auf die Einhaltung der Normen des GAVP beschränkt. Entsprechend kann die RPKP die Entschädigung bei ungerechtfertigtem Nichtantritt oder fristlosem Verlassen der Arbeitsstelle nach Art. 337d OR, den in Abzug gebrachten Betrag für den administrativen Aufwand sowie die Lohnabzüge für Krankenkassenprämien und Miete nicht prüfen und die Rekurskommission kann infolge fehlender Kognition nicht darüber entscheiden (Erw. 6).

Französisch

Selon l'art. 18 al. 1 CCT Location de services (ci-dessous «CCTL»), les classes de salaire, classifications de salaire et salaires saisis dans la banque de données électroniques (tempdata) sont réputés comme partie intégrante de la CCTL et des données faussement publiées ne peuvent pas porter préjudice aux entreprises assujetties (consid. 4).

La compétence de contrôle des Commissions professionelles paritaires régionales de la location de service (ci-après CPPR) est en principe limitée au respect des normes de la CCTL selon l'art. 35 CCTL et l'art. 2 du règlement de l'AFPL. La CPPR ne peut donc pas examiner l'indemnité en cas de non-entrée en service injustifié ou d'abandon sans délai de l'emploi selon l'art. 337d CO, le montant déduit pour les frais administratifs ainsi que les retenues sur le salaire pour les primes de caisse-

maladie et la location et la Commission de recours ne peut pas décider là-dessus en raison d'un manque de compétence (consid. 6).

Italienisch

In conformità all'articolo 18 cpv. 1 CCL per il settore del prestito di personale (qui di seguito denominato «CCL PP») le classi salariali, le assegnazioni alle classi e i salari inseriti nella banca dati elettronica (tempdata) costituiscono parte integrante del CCL PP e i dati pubblicati erroneamente non possono andare a detrimento delle imprese assoggettate (consid. 4).

La competenza di controllo delle Commissioni professionali paritetiche regionali per il settore del prestito di personale (qui di seguito denominate «CPPR») è per principio limitata ai sensi dell'articolo 35 CCL PP e dell'articolo 2 del Regolamento dell'APP al rispetto delle norme del CCL PP. Di conseguenza la CPPR non può controllare l'indennizzo nel caso di mancato inizio o di abbandono ingiustificato dell'impiego secondo l'articolo 337d CO, l'importo portato in detrazione per il dispendio amministrativo nonché le detrazioni salariali per i premi della cassa malati e l'affitto e, a causa della mancante competenza, la Commissione di ricorso non può decidere in merito (consid. 6).

4/2014:

Deutsch

Der GAV Personalverleih verweist grundsätzlich auf die allgemeinverbindlich erklärten rechtskräftigen, gesamtarbeitsvertraglich geregelten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen von im Einsatzbetrieb geltenden GAV (vgl. Art. 3 Abs. 1 GAV Personalverleih). Sonderlösungen für verliehenes Personal im Bereich der Überstunden müssen deshalb direkt im GAV, der für den Einsatzbetrieb gilt, geregelt sein. In Merkblättern enthaltene Sonderlösungen für verliehenes Personal sind unbeachtlich. Im Übrigen ist eine Ungleichbehandlung des verliehenen Personals und des festangestellten Personals in Bezug auf Lohn und Arbeitszeit unter dem Gesichtswinkel von Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11) unzulässig. (Erw. 3).

Französisch

La CCT Location de services renvoie en principe aux dispositions étendues en vigueur en matière de salaire et de temps de travail régies dans la convention

collective de travail appliquée dans l'entreprise locataire(cf. art. 3 al. 1 CCT Location de services). Par conséquent, les solutions spéciales pour le personnel loué dans le domaine des heures supplémentaires doivent être directement régies dans la CCT appliquée dans l'entreprise locataire. Les solutions spéciales pour le personnel loué contenues dans des aide-mémoire ne sont pas pertinentes. Une inégalité de traitement du personnel loué et du personnel permanent en ce qui concerne le salaire et le temps de travail du point de vue de l'art. 20 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE, RS 823.11) est au demeurant inadmissible (consid. 3).

Italienisch

Il CCL per il settore del prestito di personale rimanda fondamentalmente alle disposizioni in materia di salario e orario di lavoro legalmente valide, disciplinate a livello di contratto collettivo di lavoro del CCL dichiarato d'obbligatorietà generale, valido nell'azienda acquisitrice (cfr. articolo 3 cpv. 1 CCL per il settore del prestito di personale). Pertanto, le soluzioni particolari per il personale dato in prestito nell'ambito delle ore supplementari devono essere disciplinate direttamente nel CCL valido nell'azienda acquisitrice. Le soluzioni particolari contenute nei memorandi per il personale dato in prestito sono irrilevanti. Per il resto, un'ineguaglianza di trattamento del personale dato in prestito e del personale fisso per quanto concerne il salario e l'orario di lavoro è illecita dal punto di vista dell'articolo 20 della Legge sul collocamento del 6 ottobre 1989 (LC, RS 823.11) (consid. 3).

48/2014:

Deutsch

Nach einer bereits durch die Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (nachfolgend RPKP) angeordneten und durchgeführten (Erst-)Kontrolle können die RPKP für den gleichen Zeitraum erneut eine Vollkontrolle anordnen. Hierfür müssen die RPKP ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben, d.h. es müssen objektive und stichhaltige Gründe im massgeblichen Einzelfall vorliegen. Kann aufgrund fehlender Unterlagen die Lohneinstufung nicht bestimmt und somit die Einhaltung der Mindestlohnbestimmungen gemäss Art. 20 GAV Personalverleih (nachfolgend „GAVP"), welche zentraler Punkt einer jeden Lohnbuchkontrolle sind, nicht überprüft werden, liegen objektive und stichhaltige Gründe für das Anordnen einer neuerlichen Kontrolle vor. Da die Einstufung und die (Mindest-)Löhne Auswirkungen auf weitere Kontrollpunkte wie etwa Lohnzuschläge zeitigen, ist die Anordnung der neuerlichen Kontrolle als Vollkontrolle anstelle einer Nachprüfung

unter dem Blickwinkel der gewissenhaften Wahrnehmung des Kontrollauftrags und der vollumfänglichen Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP verhältnismässig (Erw. 4).

Liegen objektive Gründe vor, die das Anordnen einer erneuten Vollkontrolle rechtfertigen, liegt es in der Kompetenz der RPKP, die Kontrollperiode über den im Rahmen der ersten Kontrolle festgelegten Zeitraum hinaus auszudehnen. Eine im Rahmen einer (ersten) Kontrolle festgelegte Kontrollperiode kann nachträglich ausgedehnt werden, obschon dies im SPKP-Verfahrensreglement nicht explizit geregelt ist (Erw. 5).

Französisch

Après un (premier) contrôle déjà ordonné et réalisé par les Commissions professionnelles paritaires régionales de la location de service (ci-après CPPR), les CPPR peuvent de nouveau ordonner un contrôle complet pour la même période. Les CPPR doivent pour cela exercer leur pouvoir d'appréciation conformément au règlement, c.-à-d. qu'il doit y avoir des raisons objectives et solides dans le cas individuel concerné. S'il n'est pas possible, en raison de documents manquants, de déterminer la classe de salaire et donc de vérifier le respect des dispositions relatives au salaire minimum selon l'art. 20 CCT Location de services (ci-après «CCTL») qui sont le point central de tout contrôle dans la comptabilité salariale, il y a des raisons objectives et solides pour ordonner un nouveau contrôle. Comme la classe et les salaires (minimaux) ont des répercussions sur d'autres points de contrôle comme par exemple les suppléments de salaire, ordonner le nouveau contrôle en guise de contrôle complet au lieu d'une vérification du point de vue de l'accomplissement consciencieux du mandat de contrôle et de la vérification intégrale du respect des dispositions de la CCTL regarde le principe de la proportionnalité (consid. 4).

Si des raisons objectives justifient que soit ordonné un nouveau contrôle complet, il appartient aux CPPR d'étendre la période de contrôle au-delà de la période fixée dans le cadre du premier contrôle. Une période de contrôle fixée dans le cadre d'un (premier) contrôle peut être étendue ultérieurement bien que cela ne soit pas régi explicitement dans le règlement de procédure CPSLS (consid. 5).

Italienisch

Dopo un (primo) controllo già ordinato ed eseguito dalle Commissioni professionali paritetiche regionali per il settore del prestito di personale (qui di seguito denominate «CPPR»), le CPPR possono ordinare di nuovo un controllo completo per lo stesso periodo. A questo proposito le CPPR devono esercitare debitamente la loro competenza discrezionale, vale a dire devono esistere motivi oggettivi e validi nel

singolo caso determinante. Se a causa di documentazioni mancanti non è possibile controllare l'inquadramento salariale e di conseguenza il rispetto delle disposizioni in materia di salario minimo ai sensi dell'articolo 20 CCL per il settore del prestito di personale (qui di seguito «CCL PP»), che rappresentano il punto centrale di ogni controllo del libro paga, sussistono motivi oggettivi e validi per ordinare un nuovo controllo. Poiché l'inquadramento e i salari (minimi) hanno conseguenze su ulteriori punti di controllo, come ad es. i supplementi del salario, è proporzionale ordinare il nuovo controllo come controllo completo al posto di una verifica dal punto di vista dell'esercizio coscienzioso del compito di controllo e della completa verifica del rispetto delle disposizioni del CCL PP (consid. 4).

Se sussistono motivi oggettivi, che giustificano l'ordine di un nuovo controllo completo, rientra nella competenza delle CPPR, di ampliare il periodo di controllo oltre a quello stabilito nel lasso di tempo nell'ambito del primo controllo. Un periodo di controllo stabilito nell'ambito di un (primo) controllo può essere successivamente ampliato, sebbene questo non sia esplicitamente disciplinato nel Regolamento di procedura CPSPP (consid. 5).

64/2016:

Deutsch

Zur Bestimmung, wann nach Arbeitsgesetz Überzeitarbeit vorliegt und somit Art. 12 f. ArG zur Anwendung gelangt, ist Art. 9 ArG heranzuziehen. Dieser hält fest, dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 bzw. 50 Stunden beträgt. Wird diese wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten, spricht man von Überzeitarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes. Insofern entspricht bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden die arbeitsgesetzliche Überzeitarbeit der Wochenüberzeit nach GAVP. Im Gegensatz zum GAVP kennt aber das Arbeitsgesetz keine generelle tägliche Höchstarbeitszeit. Leistet ein Mitarbeitender lediglich Tagesüberzeit im Sinne des GAVP und nicht zugleich Wochenüberzeit im Sinne des GAVP, kann keine arbeitsgesetzliche Überzeit, unabhängig ob für ihn die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 oder 50 Stunden gilt, vorliegen und die arbeitsrechtlichen Bestimmungen gelangen nicht zur Anwendung (Erw. C.2.b.ba).

Die SPKP hat in Ziff. 3.2 der Frequently Asked Questions (FAQ), die am 21. November 2012 publiziert wurden (abrufbar auf www.tempservice.ch unter der Rubrik „Dokumente"), die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 GAVP dahingehend präzisiert, dass der Überzeitzuschlag für die Überschreitung der vertraglichen

Tageshöchstarbeitszeit – und expressis verbis nur für die Tagesüberzeit und nicht die Wochenüberzeit - von 9 Stunden nicht geschuldet ist, sofern es sich bei den Mehrstunden um Vor- oder Nachholzeit handelt. Gemäss gefestigter Praxis der Rekurskommission ist die erwähnte, in FAQ 3.2 spezifizierte Regelung der Vor- und Nachholzeit restriktiv anzuwenden. Sie darf nicht einer Flexibilisierung der Arbeitszeit und dem Ausgleich von unregelmässigem Arbeitsanfall und damit einer Annäherung an die Arbeit auf Abruf dienen. Die Vor- und Nachholzeit hat daher dem Wunsch der Mitarbeitenden zu entsprechen und muss vorgängig abgemacht werden, denn nur auf diese Weise ist den Mitarbeitenden bekannt, wofür sie Vor- und Nachholzeit leisten werden. In diesem Sinne hat die Vor- und Nachholzeit einer erkennbaren Systematik zu folgen. Vorliegend fehlt es zum einen an der erkennbaren Systematik der geleisteten Tagesüberzeitstunden und zum anderen am klaren Bruch durch Kompensation im Wochenverlauf der geleisteten Arbeitszeiten. Im Übrigen fehlt auch jeglicher Anhaltspunkt, dass eine mit dem Mitarbeitenden vorgängige Vereinbarung vorlag und die Vor- und Nachholzeit - würde sie alsdann vorliegen - dem Wunsch des Mitarbeitenden entsprochen habe.

Die Beweislast richtet sich nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Danach hat derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus einer unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet. Vorliegend unterliess es die Rekurrentin – wie soeben dargelegt – darzutun, dass es sich bei den Stunden um Vorhol- und Nachholzeit handelte, noch reichte sie irgendwelche diesbezüglichen Beweise ein. Entsprechend liegen die Voraussetzungen zur Freizeitkompensation der Tagesüberzeit nicht vor und der Überzeitzuschlag von 25 % ist geschuldet (Erw. c.2.b.bb).

Französisch

Pour déterminer quand il y a travail supplémentaire selon la loi sur le travail et donc quand il faut appliquer l'art. 12 ss LTr, il faut invoquer l'art. 9 LTr. Cet article stipule que la durée maximale de la semaine de travail est de 45, respectivement 50 heures. Si cette durée maximale de la semaine de travail est dépassée, on parle de travail supplémentaire dans le sens de la loi sur le travail. Dans ce contexte, le travail supplémentaire selon la loi sur le travail correspond au travail supplémentaire hebdomadaire selon la CCTL pour une durée maximale de la semaine de travail de 45 heures. Mais la loi sur le travail ne prévoit pas, à la différence de la CCTL, de durée maximale générale de la journée de travail. Si un collaborateur n'accomplit que

du travail supplémentaire journalier dans le sens de la CCTL et pas en même temps du travail supplémentaire hebdomadaire dans le sens de la CCTL, il ne peut pas y avoir de travail supplémentaire selon la loi sur le travail, indépendamment du fait si la durée maximale de la semaine de travail de 45 ou 50 heures s'applique à lui, et les dispositions de la loi sur le travail ne sont pas appliquées (consid. C.2.b.ba).

La CPSLS a précisé au chiff. 3.2 des Frequently Asked Questions (FAQ), publiée le 21 novembre 2012 (peut être consultée sur www.tempservice.ch à la rubrique «Documents»), la disposition de l'art. 12 al. 2 CCTL, que le supplément pour temps supplémentaire n'est pas dû pour le dépassement de la durée maximale de la journée de travail contractuelle – et explicitement seulement pour le travail supplémentaire journalier et non le travail supplémentaire hebdomadaire - de 9 heures dans la mesure où il s'agit pour le temps supplémentaire de temps anticipé ou à récupérer. Selon la pratique bien établie de la Commission de recours, la règle mentionnée sur le temps anticipé et à récupérer, spécifiée dans la FAQ 3.2, doit être appliqué de manière restrictive. Elle ne peut pas servir à flexibiliser le temps de travail et à compenser une charge de travail irrégulière et se rapprocher ainsi du travail sur appel. Le temps anticipé et à récupérer doit donc répondre aux souhaits des collaborateurs et être convenu au préalable car c'est la seule manière dont les collaborateurs savent pourquoi ils vont accomplir du temps anticipé ou à récupérer. Le temps anticipé et à récupérer doit suivre dans ce sens un système identifiable. Dans le cas présent, il manque d'une part le système identifiable de travail supplémentaire quotidien accompli et d'autre part une rupture claire par compensation dans le déroulement de la semaine des temps de travail accomplis. Il manque aussi au demeurant tout indice qu'il y avait un accord préalable avec le collaborateur et que le temps anticipé et à récupérer - s'il existait alors - avait répondu aux souhaits du collaborateur.

Le fardeau de la preuve s'oriente sur la règle générale du fardeau de la preuve de l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). Doit ensuite assumer les conséquences de l'absence de preuves celui qui dérive des droits d'un fait non prouvé. Dans le cas présent, la recourante a négligé – comme on vient de l'exposer – de démontrer qu'il s'agissait d'heures de temps anticipé et à récupérer et n'a pas non plus remis de preuves quelconques les concernant. Les conditions de compensation par du temps libre du travail supplémentaire journalier ne sont donc pas réunies et le supplément pour travail supplémentaire de 25 % est dû (consid. c.2.b.bb).

Italienisch

Per determinare quando sussiste lavoro straordinario ai sensi della Legge sul lavoro e quindi si applica l'articolo 12f LL, si deve ricorrere all'articolo 9 LL. Questo stabilisce, che l'orario di lavoro massimo settimanale ammonta a 45 risp. 50 ore. Se questo orario di lavoro massimo settimanale è superato, si parla di lavoro straordinario ai sensi della Legge sul lavoro. A tale riguardo, nel caso di un orario di lavoro massimo settimanale di 45 ore, il lavoro straordinario secondo la Legge sul lavoro corrisponde al lavoro straordinario settimanale secondo il CCL PP. Ma contrariamente al CCL PP, la Legge sul lavoro non conosce un orario di lavoro giornaliero massimo generale. Se un collaboratore presta soltanto lavoro straordinario giornaliero ai sensi del CCL PP e non al contempo lavoro straordinario settimanale ai sensi del CCL PP, non può trattarsi di lavoro straordinario giusta la Legge sul lavoro, indipendentemente se per lui vige l'orario di lavoro massimo settimanale di 45 o 50 ore, e le disposizioni della Legge sul lavoro non trovano applicazione (consid. C.2.b.ba).

Alla cifra 3.2. delle Frequently Asked Questions (FAQ), che sono state pubblicate il 21 novembre 2012 (consultabile su www.tempservice.ch alla rubrica «Documenti»), la CPSPP ha precisato la disposizione dell'articolo 12 cpv. 2 CCL PP in tal senso, che il supplemento per il lavoro straordinario non è dovuto per il superamento dell'orario di lavoro massimo giornaliero contrattuale – ed expressis verbis soltanto per il lavoro straordinario giornaliero contrattuale e non per il lavoro straordinario settimanale - di 9 ore, qualora il tempo supplementare sorga come conseguenza di lavoro prestato in anticipo o recuperato. In conformità alla prassi consolidata della Commissione di ricorso, la regola menzionata, specificata in FAQ 3.2 del tempo lavorato in anticipo o del tempo recuperato deve essere applicata in modo restrittivo. Essa non deve servire a una flessibilizzazione dell'orario di lavoro e alla compensazione di volume di lavoro irregolare e quindi a un avvicinamento al lavoro su chiamata. Il tempo lavorato in anticipo o recuperato deve dunque corrispondere al desiderio dei collaboratori e deve essere concordato preventivamente, poiché soltanto in questo modo i collaboratori sanno per quale motivo prestano tempo di lavoro in anticipo o recuperato. In questo senso il tempo di lavoro in anticipo o recuperato deve seguire una sistematica riconoscibile. Nel presente caso manca da un lato una sistematica riconoscibile delle ore di lavoro straordinario giornaliere prestate e dall'altro l'interruzione chiara mediante la compensazione durante la settimana degli orari di lavoro prestati. Per il resto manca anche qualsiasi punto di riferimento che esistesse un precedente accordo con il collaboratore e il tempo di lavoro in anticipo o il tempo recuperato corrispondesse al desiderio del collaboratore.

L'onere della prova si orienta secondo la regola dell'onere della prova generale dell'articolo 8 del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC, RS 210). Secondo questo deve sostenere le conseguenze della mancanza di prove colui che deduce dei diritti da un fatto non provato. Nel presente caso, la ricorrente ha omesso – come appena spiegato – di dimostrare, che nel caso delle ore si trattasse di tempo di lavoro anticipato o di recupero e non ha presentato qualsiasi prove riguardo a ciò. Quindi non esistono i presupposti per la compensazione con tempo libero delle ore di lavoro straordinario giornaliere e il supplemento per il lavoro straordinario del 25% è dovuto (consid. c.2.b.bb).

77/2015:

Deutsch

Liegt eine Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen den Sozialpartnern des GAV Personalverleih (nachfolgend GAVP) und der anderen betroffenen GAV nach Art. 34 Abs. 1 GAVP vor, so kann mittels Vollmacht die Kontrollkompetenz zurückdelegiert werden. Infolge dieser Rückdelegation waren in casu die Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih befugt, die Kontrolle zur Einhaltung der Bestimmungen des GAVP, einschliesslich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV Gebäudetechnik, Elektro sowie Gerüstebau anzuordnen und durchzusetzen (vgl. Art. 35 GAVP; Erw. II. 1)

Gemäss Art. 18 Abs. 1 GAVP gelten die auf der elektronischen Datenbank (tempdata) erfassten Lohnklassen, Lohneinteilungen und Löhne als integrierender Bestandteil des GAVP. Gemäss tempdata müssen die Ferienentschädigungen stets auf dem vertraglich festgelegten Basislohn zuzüglich Feiertagsentschädigung berechnet werden. Die in Art. 13 Abs. 1 GAVP geregelte Höhe der Ferienentschädigung ist zwingend und gilt unabhängig davon, ob der vertraglich festgelegte Basislohn über dem Mindestlohn liegt. Wird den Mitarbeitenden bis zum zurückgelegten 20. Altersjahr und ab dem vollendeten 50. Altersjahr der Prozentsatz für 20 Arbeitstage Ferienanspruch (8.33 %) ausbezahlt, aber beziehen diese 25 Arbeitstage Ferien in natura, liegt im Umfang einer Ferienwoche unbezahlter Urlaub und ein Verstoss gegen Art. 13 Abs. 1 GAVP vor (Erw. II. 3).

Französisch

S'il existe un accord de collaboration entre les partenaires sociaux de la CCT Location de services (ci-après «CCTL») et autres CCT concernées selon l'art. 34 al.

1 CCTL, il est possible de redéléguer la compétence de contrôle au moyen d'une procuration. À la suite de cette redélégation de compétence, les Commissions paritaires professionnelles régionales de la location de services étaient habilitées en l'occurrence à ordonner et imposer le contrôle du respect des dispositions de la CCTL, y compris les dispositions en matière de salaire et de temps de travail de la CCT de la branche des techniques du bâtiment, de l'installation électrique et des échafaudeurs (cf. art. 35 CCTL; consid. II. 1)

Selon l'art. 18 al. 1 CCTL, les classes de salaire, classifications de salaire et salaires saisis dans la banque de données électroniques (tempdata) sont réputés comme partie intégrante de la CCTL. Selon tempdata, les indemnités de vacances doivent toujours être calculées sur le salaire de base fixé contractuellement plus l'indemnité pour jours fériés. Le montant de l'indemnité de vacances régi par l'art. 13 al. 1 CCTL est contraignant et s'applique que le salaire de base fixé contractuellement soit supérieur au salaire minimum ou non. Si le pourcentage pour un droit à 20 jours de vacances (8.33%) est payé aux collaborateurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus et à partir de l'âge de 50 ans révolus, mais s'ils ont ces 25 jours ouvrés de vacances en nature, il y a des congés non payés équivalents à une semaine de vacances et une violation à l'art. 13 al. 1 CCTL (consid. II. 3).

Italienisch

Se tra i partner sociali del CCL per il settore del prestito di personale (qui di seguito denominato «CCL PP») e gli altri CCL interessati secondo l'articolo 34 cpv. 1 CCL PP esiste un accordo di collaborazione, è possibile delegare a ritroso la competenza di controllo mediante delega. In seguito a questa delega a ritroso, nel presente caso le Commissioni professionali paritetiche regionali per il settore del prestito di personale erano autorizzate a ordinare e a fare attuare i controlli per l'adempimento delle disposizioni del CCL PP, comprese le disposizioni concernenti il salario e l'orario di lavoro del CCL della tecnica della costruzione, dell'installazione elettrica e dell'installazione delle telecomunicazioni nonché per la posa dei ponteggi (cfr. l'articolo 35 CCL PP; consid. II. 1)

A norma dell'articolo 18 cpv. 1 CCL PP le classi salariali, le assegnazioni alle classi e i salari inseriti nella banca dati elettronica (tempdata) constituiscono parte integrante del CCL PP. Secondo tempdata le indennità di vacanze devono essere sempre calcolate sul salario di base stabilito contrattualmente più l'indennità per il giorno festivo. L'importo dell'indennità di vacanze disciplinata all'articolo 13 cpv. 1 CCL PP è cogente e vale indipendentemente dal fatto, che il salario di base pattuito contrattualmente sia superiore al salario minimo. Se ai collaboratori fino al 20° anno di età compiuto e dal 50° anno di età compiuto viene pagato il tasso percentuale diritto alle vacanze per 20 giorni di lavoro (8.33 %), ma questi percepiscono 25 giorni

di ferie in natura, sussiste nella misura di una settimana di vacanze congedo non pagato e una violazione dell'articolo 13 cpv. 1 CCL PP (consid. II. 3).

78/2015:

Deutsch

In einem früheren Entscheid 3/2012 beschloss die Rekurskommission über die Unterstellung der Rekurrentin, die sich auf den Verleih von im Ausland ansässigen und tätigen Mitarbeitenden spezialisiert hatte, unter den GAV Personalverleih (nachfolgend „GAVP"). Dabei hielt die Rekurskommission fest, vor dem Hintergrund, dass die in der Schweiz domizilierte Rekurrentin als Arbeitgeberin auftritt, die mit dem verliehenen Personal abgeschlossenen Arbeitsverträge dem schweizerischen Recht unterstehen und die Arbeitnehmer der Sozialversicherung in der Schweiz angeschlossen sind, sei bei der Auslegung des räumlichen Geltungsbereichs nach Art. 1 GAVP auf den Sitz des Verleihunternehmens abzustellen, zumal der GAVP gerade das vertragliche Verhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer regelt und insoweit Minimalbestimmungen aufstelle. Nun kann Art. 22 GAVP, wonach Grundlage für die Lohnabrechnung und sämtliche Leistungen und Abzüge in der Regel der Ort des Einsatzbetriebes bildet, nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Ort des Einsatzbetriebes in der Schweiz liegt. Würde für die Bestimmung des Mindestlohns auf den ausländischen Ort des Einsatzbetriebes abgestellt, hätte dies zur Folge, dass die Unterstellung unter den GAVP zur Farce verkäme, da das Herzstück – die Mindestlohnvorschriften gemäss Art. 20 GAVP – nicht beachtet werden müsste. Somit ist die Unterstellung von Betrieben unter einen bestimmten GAV unabdingbar mit der Durchsetzbarkeit der dort geregelten Mindestlöhne verbunden. Eine Befreiung wäre nur denkbar, wenn sie im betreffenden GAV explizit vorgesehen ist. Eine solche Befreiung findet sich im GAVP in Art. 3 Abs. 3 GAVP. Diese Befreiung wurde jedoch nur vereinbart, weil die in diesen sechs erwähnten Branchen geltenden Löhne in der Schweiz über den Mindestlöhnen gemäss Art. 20 GAVP liegen. Entsprechend kommt dieser Ausschluss beim Personalverleih an einen Einsatzbetrieb im Ausland, in welchem die Löhne in der Regel deutlich tiefer sind, nicht zur Anwendung. Zum anderen macht der Wortlaut „in der Regel" von Art. 22 GAVP deutlich, dass ausnahmsweise auch andere Anknüpfungspunkte, wie der Sitz des Personalverleihers oder der Arbeitsort massgebend sein können (Erw. II. 1.).

Handelt es sich bei einer pauschalen Entschädigung um Auslagenersatz und nicht um einen Lohnbestandteil, so kann diese Entschädigung nicht an den geschuldeten Mindestlohn gemäss Art. 20 GAVP angerechnet werden (Erw. II. 3.)
Vom Arbeitgeber bezahlte Krankenkassenprämien des Arbeitnehmers sind Lohnbestandteil, sofern die Pflicht zu deren Übernahme schriftlich festgehalten ist.

Vorliegend verpflichtete sich der Personalverleiher im Leih-Arbeitsvertrag zur Übernahme der Krankenkassenprämien, sodass die vom Arbeitgeber bezahlten Krankenkassenprämien bei der Berechnung des Mindestlohnes miteinzubeziehen waren (Erw. II. 3.).

Französisch

Dans un arrêt antérieur 3/2012, la Commission de recours a tranché sur l'assujettissement de la recourante, qui s'était spécialisée dans la location de collaborateurs résidant et travaillant à l'étranger, à la CCT Location de services (ci-après «CCTL»). La Commission de recours a stipulé, en regard du fait que la recourante domiciliée en Suisse se présente comme employeuse, que les contrats de travail conclus avec le personnel loué sont soumis au droit suisse et que les employés sont affiliés à l'assurance sociale en Suisse, qu'il faut prendre en considération, lorsque l'on interprète le champ d'application territorial selon l'art. 1 CCTL, le siège de l'entreprise de location, d'autant plus que la CCTL régit justement la relation contractuelle entre le bailleur et l'employé et met en place à cet égard des dispositions minimales. L'art. 22 CCTL, selon lequel le lieu de l'entreprise de location constitue en règle générale la base du décompte de salaire et de toutes les prestations et déductions, ne peut être appliqué que si le lieu de l'entreprise locataire de services se situe en Suisse. Si l'on se basait sur le lieu étranger de l'entreprise locataire de services pour déterminer le salaire minimum, cela aurait pour conséquence la transformation de l'assujettissement à la CCTL en mascarade car la pièce maîtresse – les dispositions concernant le salaire minimum selon l'art. 20 CCTL – ne devrait pas être respectée. L'assujettissement des entreprises à une certaine CCT est donc inextricablement lié à l'applicabilité des salaires minimaux qui y sont régis. Une exemption ne serait concevable que si elle est explicitement prévue dans la CCT en question. Une telle exemption se trouve dans la CCTL à l'art. 3 al. 3 CCTL. Cette exemption n'a cependant été convenue que parce que les salaires appliqués dans les six branches mentionnées sont, en Suisse, supérieurs aux salaires minimaux selon l'art. 20 CCTL. Cette exclusion n'est par conséquent pas appliquée en cas de location de personnel à une entreprise locataire de service à l'étranger où les salaires sont en règle générale nettement inférieurs. Le terme «en principe» de l'art. 22 CCTL montre d'autre part clairement que d'autres facteurs de rattachement comme le siège du bailleur de services ou le lieu de travail peuvent aussi être déterminants (consid. II. 1.).

Si une indemnité forfaitaire est un remboursement de débours et non un élément du salaire, cette indemnité ne peut pas être ajoutée au salaire minimum dû selon l'art. 20 CCTL (consid. II. 3.)
Les primes de caisse-maladie de l'employé payées par l'employeur font partie du salaire dans la mesure où l'obligation de les prendre en charge est consignée par

écrit. Dans le cas présent, le bailleur de services s'est engagé dans le contrat de travail en régie à prendre en charge les primes de caisse-maladie de sorte que les primes de caisse-maladie payées par l'employeur devaient être inclues dans le calcul du salaire minimum (consid. II. 3.).

Italienisch

In una precedente decisione 3/2012 la Commissione di ricorso decise circa l'assoggettamento della ricorrente, che si era specializzata sul prestito di collaboratori residenti all' estero e che lavoravano all'estero, sotto il CCL per il settore del prestito di personale (qui di seguito denominato «CCL PP»). In questo contesto la Commissione di ricorso ha stabilito, alla luce del fatto, che la ricorrente domiciliata in Svizzera si presenta come datore di lavoro, che i contratti di lavoro stipulati con il personale dato in prestito sono soggetti al diritto svizzero e i lavoratori sono affiliati all'assicurazione sociale in Svizzera, nel caso dell'interpretazione del campo d'applicazione dal profilo geografico giusta l'articolo 1 CCL PP deve essere fatto riferimento alla sede dell'azienda prestatrice, tanto più che il CCL PP disciplina proprio il rapporto contrattuale tra l'azienda prestatrice e il lavoratore e in tal misura fissa disposizioni minime. L'articolo 22 CCL PP, secondo il quale la base per il conteggio del salario e per tutte le prestazioni e detrazioni è formata in principio dal luogo in qui si trova l'azienda acquisitrice, può trovare applicazione soltanto, se il luogo dell'azienda acquisitrice si trova in Svizzera. Se per la determinazione del salario minimo si facesse riferimento al luogo straniero dell'azienda acquisitrice, questo avrebbe come conseguenza che l'assoggettamento al CCL PP diventerebbe una farsa, poiché il nucleo centrale – le disposizioni per il salario minimo in conformità all'articolo 20 CCL PP - non dovrebbe essere osservato. Di conseguenza l'assoggettamento delle aziende sotto un determinato CCL è inalienabilmente connesso con l'esecutività dei salari minimi ivi disciplinati. Un esonero sarebbe soltanto concepibile, se è previsto esplicitamente nel relativo CCL. Un tale esonero si trova nel CCL PP all'articolo 3 cpv. 3 CCL PP. Questo esonero è stato tuttavia concordato soltanto perché i salari vigenti in questi sei rami menzionati in Svizzera sono superiori ai salari minimi ai sensi dell'articolo 20 CCL PP. In conformità, questa esclusione non trova applicazione nel caso di prestito di personale a un'azienda acquisitrice all'estero, dove di regola i salari sono sensibilmente più bassi. D'altro canto, il tenore «in principio» dell'articolo 22 CCL PP chiarisce, che eccezionalmente possono essere determinanti anche altri punti de connessione, come la sede del prestatore di personale o il posto di lavoro (consid. II. 1.).

Se nel caso di un'indennità forfettaria si tratta di un rimborso spese e non di una componente del salario, questa indennità non può essere computata al salario minimo dovuto ai sensi dell'articolo 20 CCL PP (consid. II. 3.).

I premi della cassa malattia del lavoratore pagati dal datore di lavoro sono una componente del salario, se è stato stabilito per iscritto l'obbligo di accollarseli. Nel presente caso il prestatore di personale si impegnava nel contratto di lavoro a prestito ad accollarsi i premi della cassa malattia, cosicché i premi della cassa malattia pagati dal datore di lavoro dovevano essere considerati nel calcolo del salario minimo (consid. II. 3.).

103/2015:

Deutsch

Vorschriften zur Berechnung der Konventionalstrafe finden sich in Art. 38 Abs. 4 und Abs. 5 GAVP sowie im Anhang 1 des Reglements Paritätischer Verein Personalverleih (nachfolgend „PVP"). In einem ersten Schritt ist die Grundkonventionalstrafe, die sich auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten Lohnsumme berechnet, festzulegen, wobei bei einem prozentualen Anteil von weniger als 3 % (heute von weniger als 2 % gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. a Reglement PVP) keine Konventionalstrafe auszusprechen ist. Liegt der prozentuale Anteil bei 3 % oder mehr (heute bei 2 % oder mehr) wird die Grundkonventionalstrafe in der Folge aufgrund von strafbeeinflussenden Faktoren - Wiedergutmachung, Verschulden, Wiederholungsfall - erhöht oder gesenkt (aktualisierender Einschub: nicht geldwerte Verfehlungen waren damals ebenso strafschärfend einzusetzen, werden heute jedoch gesondert sanktioniert; vgl. dazu Art. 31 Abs. 1 lit. c sowie Anhang 1.2 in der aktuellen Fassung Reglement PVP). Wie die einzelnen Kriterien anzuwenden sind, geht detailliert aus dem Konventionalstrafenrechner hervor (Erw. II. 3.).

Werden mehrere Mitarbeitende zu Unrecht nach dem GAVP anstatt einem anderen allgemeinverbindlich erklärten GAV und somit zu tief entschädigt, handelt es sich nicht um einen Folgefehler, sondern um einen mehrfachen Fehler. Aufgrund der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und der Praktikabilität ist es sachgerecht, sämtliche Verstösse, d.h. sämtliche festgestellten geldwerten Verfehlungen pro Einsatz und Mitarbeiter in die Berechnung der Konventionalstrafe einzubeziehen, diese aber wertneutral, d.h. ohne Strafmilderung und -schärfung zu berücksichtigen (Erw. II. 3.).

Es ist sachgerecht, dass bei der anteilsmässigen Überwälzung der Kontrollkosten die Kriterien der Kooperationsbereitschaft und das Verschulden eine Rolle spielen. Fehlt die Kooperationsbereitschaft, wird die Kontrolle aufwändiger, zeitintensiver und somit teurer. Steigt der Verschuldensgrad, führt dies dazu, dass der kontrollierte Betrieb einen grösseren Anteil an den gesamten Kontrollkosten übernehmen muss. Der

Verschuldensgrad muss dabei zwingend, unabhängig von allfälligen Fehlern der Rekursgegnerin bei der Festlegung der Konventionalstrafe, demjenigen entsprechen, der für die Berechnung der Konventionalstrafe eingesetzt wird (Erw. II. 4.).

Französisch

Les règles de calcul de la peine conventionnelle se trouvent dans l'art. 38 al. 4 et al. 5 CTTL ainsi que dans l'annexe 1 du règlement de l'Association paritaire location de services (ci-après «AFPL»). Il convient de fixer dans un premier pas la peine conventionnelle de base qui se calcule sur base du pourcentage des manquements à valeur pécuniaire de la masse salariale contrôlée, aucune peine conventionnelle ne devant être prononcée en cas de pourcentage inférieur à 3 % (aujourd'hui inférieur à 2 % selon l'art. 31 al. 1 let. a du règlement AFPL). Si le pourcentage est de 3 % ou supérieur (aujourd'hui de 2 % ou supérieur), la peine conventionnelle de base est augmentée ou diminuée ensuite en raison de facteurs influençant la peine - réparation, faute, cas de récidive – (rajout d' actualisation: il fallait également recourir jadis à des manquements à valeur non pécuniaire pour aggraver la peine, mais ils sont sanctionnés à part aujourd'hui; cf. à ce sujet l'art. 31 al. 1 let. c ainsi que l'annexe 1.2 dans la version actuelle du règlement AFPL). La manière d'appliquer les différents critères ressort de manière détaillée du calculateur des peines conventionnelles (consid. II. 3.).

Si plusieurs collaborateurs sont indemnisés à tort selon la CCTL au lieu d'une autre CCT déclarée de force obligatoire et sont donc indemnisés trop peu, il ne s'agit pas d'une erreur subséquente mais d'erreurs multiples. En raison de l'égalité de droit, de la sécurité juridique et de la praticabilité, il convient d'inclure tous les manquements, c.-à-d. tous les manquements à valeur pécuniaire constatés par engagement et par collaborateur, dans le calcul de la peine conventionnelle mais d'en tenir compte de manière neutre, c.-à-d. sans atténuer ni aggraver la peine (consid. II. 3.).

Il est approprié que les critères du type de collaboration et de la faute jouent un rôle dans la répercussion proportionnelle des frais de contrôle. En l'absence de collaboration, le contrôle devient plus long, plus chronophage et donc plus cher. Si la gravité de la faute augmente, il en résulte que l'entreprise contrôlée doit prendre en charge une part plus grande de l'ensemble des frais de contrôle. La gravité de la faute doit donc impérativement, indépendamment d'éventuelles erreurs de l'intimée lors de la fixation de la peine conventionnelle, correspondre à celle qui a été utilisée pour calculer la peine conventionnelle (consid. II. 4).

Italienisch

Le norme per il calcolo della pena convenzionale si trovano all'articolo 38 cpv. 4 e cpv. 5 CCL PP nonché nell'appendice 1 del Regolamento dell'Associazione paritetica per il prestito di personale (qui di seguito «APP»). In un primo passo deve essere stabilita una pena convenzionale di base, calcolata sulla base della quota percentuale delle infrazioni di valore monetario della somma di salario controllata, tenendo conto che nel caso di una quota percentuale inferiore al 3% (oggi inferiore al 2% in conformità all'articolo 31 cpv. 1 lett. a Regolamento APP) non deve essere pronunciata nessuna pena convenzionale. Se la quota percentuale è 3% od oltre (oggi il 2 % od oltre) la pena convenzionale di base sarà successivamente aumentata o diminuita in base a fattori che influenzano la pena - risarcimento, colpa, recidiva - (inserimento attualizzante: allora le infrazioni non aventi valore monetario erano da impiegare altrettanto in modo aggravante, oggi vengono invece sanzionate separatamente; cfr. in merito l'articolo 31 cpv. 1 lett. c nonché l'appendice 1.2 nella versione attuale del Regolamento APP). Come si devono applicare i singoli criteri, si evince in modo dettagliato dal calcolatore delle pene convenzionali (consid. II. 3.).

Se più collaboratori sono pagati ingiustamente secondo il CCL PP invece che secondo un altro CCL dichiarato di obbligatorietà generale e quindi in modo troppo basso, non si tratta di un errore successivo, bensì di un errore multiplo. In base all'uguaglianza giuridica, alla certezza del diritto e alla praticabilità, è appropriato inserire nel calcolo della pena convenzionale tutte le infrazioni, vale a dire tutte le mancanze di valore monetario accertate per ogni impiego e collaboratore, ma di considerarle di valore neutro, vale a dire senza attenuazione e aggravamento della pena (consid. II. 3.).

E' appropriato che per l'imputazione pro quota dei costi di controllo, i criteri della disponibilità a collaborare e la colpa abbiano un ruolo. In mancanza di disponibilità a collaborare, il controllo è più complesso, richiede più tempo ed è quindi più caro. Se sale il grado di colpa, questo comporta, che l'impresa controllata deve accollarsi una quota maggiore delle spese di controllo complessivi. In questo contesto il grado di colpa deve assolutamente corrispondere a quello impiegato per il calcolo della pena convenzionale, a prescindere da eventuali errori dell'opponente nello stabilire la pena convenzionale (consid. II. 4.).

8/2016:

Deutsch

Stellt die Rekursgegnerin im Rahmen einer Lohnbuchkontrolle fest, dass die Einsatz- oder Rahmenarbeitsverträge Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März

1911 (OR, SR 220) oder des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11) verletzen, darf sie die entsprechenden Behörden informieren. Sie ist aber nicht befugt, Verstösse selber zu rügen und/oder Empfehlungen abzugeben (Erw. II. 2.).

Gestützt auf Art. 2 und Art. 3 der Richtlinie Vollzugskompetenz, welche die Schweizerische Paritätische Kommission Personalverleih erlassen hat, darf die Rekursgegnerin aber Differenzen zwischen den Rahmenarbeits- bzw. Einsatzverträgen und den Bestimmungen des GAV Personalverleih (nachfolgend „GAVP“) im Rahmen einer Kontrolle feststellen und Änderungen empfehlen. Eine Sanktionierung ist jedoch nur zulässig, soweit solche Verfehlungen in den Einsatzverträgen festgestellt werden (Erw. II. 2.).

Art. 18 GAVP stellt klar, dass die auf der elektronischen Datenbank (tempdata) erfassten Lohnklassen, Lohneinteilungen und Löhne als integrierender Bestandteil des GAVP gelten. Entsprechend handelt es sich bei der elektronischen Datenbank nicht bloss um eine Handlungsanweisung. Entsprechend ist im Anwendungsbereich des GAVP klar definiert und verbindlich festgelegt, wie die Lohnzuschläge für Feiertage, Ferien und 13. Monatslohn festzusetzen sind. Es besteht kein Raum, von dieser Berechnungsmethode abzuweichen, selbst wenn der vereinbarte Basislohn im Einzelfall über dem Mindestlohn gemäss GAVP liegen sollte. Eine Kürzung der nach GAVP festgelegten prozentualen Ferien- oder Feiertagsentschädigungen zu Gunsten eines über dem Mindestlohn liegenden Gehalts ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 13, Art. 14 GAVP und Art. 329d OR unzulässig. Wird ein Lohnzuschlag für Feiertage und Ferien falsch berechnet, so hat dies unmittelbare Auswirkungen auf den 13. Monatslohn und dieser bedarf ebenfalls einer Korrektur (Erw. II. 4e).

Gemäss Art. 22 GAVP gilt für die Lohnberechnung sowie für sämtliche Leistungen und Abzüge, z.B. für Sonntagszuschläge, grundsätzlich der Ort des Einsatzbetriebes als Grundlage. Ist im Einsatzvertrag der Einsatzort, z.B. infolge der Formulierung „nach Vereinbarung“, nicht genauer definiert, gilt als Grundlage der Ort des Einsatzbetriebes (Erw. II. 4f).

Französisch

Si l’intimée constate, dans le cadre d’un contrôle dans la comptabilité salariale, que les contrats de mission ou contrats-cadres de travail enfreignent les dispositions du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) ou de la loi sur le service de l’emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE, SR 823.11), elle peut en informer les autorités correspondantes. Mais elle n’est pas habilitée à faire valoir ces manquements et/ou à formuler des recommandations (consid. II. 2.).

En vertu de l'art. 2 et l'art. 3 de la Directive relative à la compétence d'exécution édictée par la Commission paritaire suisse Location de services, l'intimée peut cependant constater des différences entre les contrats-cadres de travail resp. de mission et les dispositions de la CTT Location de services (ci-après «CCTL») dans le cadre d'un contrôle et recommander des changements. Une sanction n'est cependant admissible que dans la mesure où ces manquements sont constatés dans les contrats de mission (consid. II. 2.).

L'art. 18 CCTL précise que les classes de salaire, classifications de salaire et salaires saisis dans la banque de données électroniques (tempdata) sont réputés comme faisant partie intégrante de la CCTL. La banque de données électroniques n'est par conséquent pas une simple instruction pour agir. La manière de fixer les suppléments de salaire pour les jours fériés, les vacances et le 13e mois est par conséquent clairement définie et fixée de manière contraignante dans le champ d'application de la CCTL. Il n'y a pas de marge de manœuvre pour diverger de cette méthode de calcul même si le salaire de base convenu devrait être, dans le cas individuel concerné, supérieur au salaire minimum selon la CCTL. Une réduction des indemnités de vacances ou de jours fériés fixées selon la CCTL en faveur d'un salaire supérieur au salaire minimum est inadmissible du point de vue de l'art. 13, de l'art. 14 CCTL et de l'art. 329d CO. Si un supplément de salaire pour les jours fériés et les vacances est mal calculé, cela a des répercussions immédiates sur le 13e mois de salaire et ce dernier requiert également une correction (consid. II. 4e).

Selon l'art. 22 CCTL, le lieu de l'entreprise locataire de services constitue en principe la base du calcul du salaire ainsi que de toutes les prestations et déductions, p.ex. pour les suppléments pour travail dominical. Si le lieu de mission n'est pas défini de manière plus précise dans le contrat de mission, p.ex. à la suite de la formulation «à convenir», le lieu de l'entreprise locataire de services vaut de base (consid. II. 4f).

Italienisch

Se nell'ambito di un controllo del libro paga l'opponente constata che i contratti di missione o i contratti quadro violano le disposizioni del Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (CO, RS 220) o della Legge sul collocamento del 6 ottobre 1989 (LC, RS 823.11), essa è autorizzata a informare le relative autorità. Ma essa non è autorizzata a eccepire le infrazioni e/o a dare suggerimenti (consid. II. 2.).

Visto l'articolo 2 e l'articolo 3 della direttiva sulle competenze in materia di applicazione, emanata dalla Commissione Professionale Paritetica Svizzera per il settore del prestito di personale, l'opponente può, nell'ambito di un controllo, constatare le differenze tra i contratti-quadro risp. i contratti di missione e le disposizioni del CCL per il settore del prestito di personale (qu di seguito «CCL PP») e raccomandare modifiche. Un'applicazione di sanzioni è tuttavia permessa soltanto

nella misura in cui tali violazioni sono constatate nei contratti di missione (consid. II. 2.).

L'articolo 18 CCL PP chiarisce che le classi salariali, le assegnazioni alle classe e i salari inseriti nella banca dati elettronica (tempdata) sono considerati parte integrante del CCL PP. Di conseguenza la banca dati elettronica non è soltanto un'istruzione per agire. Ne segue che nel settore di applicazione del CCL PP è definito chiaramente e stabilito in modo vincolante, come si devono stabilire i supplementi del salario per i giorni festivi, le vacanze e la 13a mensilità. Non esiste nessun spazio per allontanarsi da questo metodo di calcolo, anche se il salario di base pattuito nel singolo caso dovesse essere superiore al salario minimo secondo il CCL PP. Una riduzione delle indennità percentuali per le vacanze o i giorni festivi stabilite secondo il CCL PP a favore di un salario superiore al salario minimo non è permesso dal punto di vista degli articolo 13, articolo 14 CCL PP e dell'articolo 329d CO. Se un supplemento del salario per i giorni festivi e le vacanze è calcolato erroneamente, questo ha effetti immediati sulla 13a mensilità e anche questo ha bisogno di una correzione (consid. II. 4e).

In conformità all'articolo 22 CCL PP vale per principio come base per il calcolo del salario come anche per tutte le prestazioni e detrazioni, ad es. i supplementi per la domenica, il luogo in cui si trova l'azienda acquisitrice. Se nel contratto di missione il luogo della missione non è definito in modo più preciso, ad es. in seguito alla dicitura «secondo accordo», vale come base il luogo in cui si trova l'azienda acquisitrice (consid. II. 4f).

9/2016:

<u>Deutsch</u>

Keinen unmittelbaren Einfluss in den Konventionalstrafenrechner haben die Grösse der fehlbaren Unternehmung und die Kooperationsbereitschaft während der Lohnbuchkontrolle gefunden. Ersteres Kriterium soll gemäss GAVP jedoch nur dann eine Rolle spielen und angemessene Beachtung finden, wenn die Maximalstrafe von CHF 50'000.- ausgesprochen wird und als Notventil dazu dienen, dass eine Konventionalstrafe von CHF 50'000.- die wirtschaftliche Existenz des kontrollierten Betriebes in Frage stellen könnte (Art. 38 Abs. 5 GAVP; Erw. II.6.f.). Das Kriterium der Kooperationsbereitschaft sagt nichts über die Schwere der festgestellten geldwerten und/oder nicht geldwerten Verfehlungen aus, sondern spielt lediglich betreffend den Aufwand der Kontrolle eine Rolle. Entsprechend wird die Kooperationsbereitschaft als Kriterium in sachgerechter Weise nur bei der

Überwälzung der Kontrollkosten berücksichtigt (Anhang 2 des Reglements PVP) (Erw. II. 2.).

Art. 38 Abs. 5 GAVP, der darauf hinweist, dass bei Rückfall oder mehrmaliger Verletzung des GAVP der volle Rahmen der Konventionalstrafe ausgeschöpft werden kann, hat im Lichte von Art. 38 Abs. 4 GAVP keinen eigenständigen Charakter. Entsprechend kann aus Art. 38 Abs. 5 GAVP nicht abgeleitet werden, dass die Maximalstrafe nur in diesen beiden Konstellationen ausgesprochen werden darf (Erw. II. 3.)

Verfehlungen, die die Rekursgegnerin gemäss Ziffer 4 der Richtlinie Vollzugskompetenz zur Begleichung der Ausgleichzahlungen empfehlen kann (Karenztage bei einem Unfall (Art. 324b Abs. 3 OR) sowie den Annahmeverzug (Art. 324 OR)), dürfen infolge Unsanktionierbarkeit nicht in die Berechnung der Grundkonventionalstrafe einfliessen (Erw. II. 6.a).

Französisch

La taille de l'entreprise fautive et le type de collaboration pendant le contrôle dans la comptabilité salariale n'ont eu aucune influence immédiate dans le calculateur des peines conventionnelles. Le premier critère ne doit cependant, selon la CCTL, jouer un rôle et être considéré que si la peine maximale de CHF 50'000.- est prononcée et servir de soupape de sécurité dans le cas où une peine conventionnelle de CHF 50'000.- pourrait remettre en question l'existence économique de l'entreprise contrôlée (art. 38 al. 5 CCTL; consid. II.6.f)). Le critère du type de collaboration ne dit rien de la gravité des manquements à valeur pécuniaire et/ou non pécuniaire constatés mais joue seulement un rôle concernant les dépenses pour le contrôle. Le type de collaboration est par conséquent prise en compte comme critère approprié uniquement en cas de répercussion des frais de contrôle (annexe 2 du règlement AFPL) (consid. II. 2.).

L'art. 38 al. 5 CCTL, qui signale qu'il est possible d'épuiser la peine conventionnelle maximale prévue en cas de récidive ou de violation répétée de la CCTL, n'a aucun caractère autonome à la lumière de l'art. 38 al. 4 CCTL. On ne peut par conséquent pas déduire de l'art. 38 al. 5 CCTL que la peine maximale ne peut être prononcée que dans ces deux constellations (consid. II. 3.)

Les manquements que peut recommander l'intimée selon le chiffre 4 de la Directive relative à la compétence d'exécution pour régler les paiements compensatoires (jours de carence en cas d'accident (art. 324b al. 3 CO) ainsi que la demeure de l'employeur (art. 324 CO)) ne peuvent pas être pris en compte dans le calcul de la peine conventionnelle de base par suite de non-sanctionnabilité (consid. II. 6.a).

Italienisch

Non hanno trovato nessuna influenza immediata nel calcolatore delle pene convenzionali le dimensioni dell'azienda giudicata colpevole e la disponibilità a collaborare durante il controllo del libro paga. Secondo il CCL PP, il primo criterio deve tuttavia avere un ruolo e trovare considerazione adeguata soltanto se viene pronunciata la pena massima di CHF 50'000.- e servire come valvola di emergenza, qualora una pena convenzionale di CHF 50'000.- potrebbe mettere in discussione l'esistenza economica dell'impresa controllata (articolo 38 cpv. 5 CCL PP; consid. II.6.f)). Il criterio della disponibilità a collaborare non si esprime in merito alla gravità delle infrazioni aventi o no valore monetario, bensì ha un ruolo soltanto per quanto concerne il dispendio del controllo. Di conseguenza, della disponibilità a collaborare come criterio in modo adeguato è tenuto conto soltanto per l'imputazioni dei costi di controllo (appendice 2 del Regolamento APP) (consid. II. 2.).

L'articolo 38 cpv. 5 CCL PP, che indica che in caso di recidività o di violazione ripetuta del CCL PP si può sfruttare tutto l'ambito della pena convenzionale, non ha nessun carattere autonomo alla luce dell'articolo 38 cpv. 4 CCL PP. Di conseguenza, dall'articolo 38 cpv. 5 CCL PP non è possibile dedurre che la pena massima può essere pronunciata soltanto in queste due costellazioni (consid. II. 3.)

Le violazioni, che l'opponente, in conformità alla cifra 4 della direttiva sulle competenze in materia di applicazione può raccomandare per il regolamento dei pagamenti compensatori (giorni di carenza nel caso di infortunio (articolo 324b cpv. 3 CO) come anche la mora dell'accettazione del lavoro (articolo 324 CO)), non possono essere inclusi nel calcolo della pena convenzionale di base in seguito alla mancanza di sanzionabilità (consid. II. 6.a).

26/2016:

Deutsch

Es genügt den Begründungsanforderungen nach Art. 6 Abs. 1 des Reglements der Rekurskommission nicht, wenn die Rekurrentin den Entscheid oder einzelne Punkte allgemein in Frage stellt. Sie hat darzulegen, welche Punkte sie bestreitet und weshalb sie diese als fehlerhaft einstuft. Ausserdem hat sie hierzu die Erwägungen der Rekursgegnerin, welche sie kritisiert, genau zu bezeichnen und die Aktenstücke zu nennen, auf denen ihre Kritik beruht (Erw. I. 4.).

Der Lebenslauf ist ein wichtiges Einstufungsinstrument für die Lohnklasseneinteilung. Obwohl er eine Parteibehauptung darstellt, erbringt diese durchaus den Beweis des

ersten Anscheins, solange nicht begründete Zweifel an deren Richtigkeit bestehen (Erw. II. 3.).

Die während eines Einsatzes geleisteten, aber während dieser Zeit aus betrieblichen Gründen nicht mehr abbaubaren Überstunden gemäss GAV Elektro durch die „künstliche“ Verlängerung des Einsatzes einer Kompensation zuführen zu wollen, ist nicht rechtens und verstösst gegen die Vorschriften, die Überstunden mit einem Zuschlag auszubezahlen oder durch Freizeit während des Einsatzes zu kompensieren (Erw. II. 4.).

Die Überstunden gemäss GAV Elektro können nicht vorsorglich bereits zu einem früheren Zeitpunkt und zu einem Zeitpunkt, in welchem der Arbeitnehmer arbeitsunfähig war und z.B. Unfalltaggeld bezog, ausgeglichen werden. Überdies ist ein Einsatzbetrieb kaum damit einverstanden, dass diejenigen Überstunden, die zuvor bei einem anderen Einsatzbetrieb geleistet wurden, während des bei ihm laufenden Einsatzes kompensiert werden. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, dass der zweite Einsatzbetrieb wider Erwarten nicht im Umfang der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit Arbeit anbieten konnte und die Rekurrentin dieses Risiko somit in unzulässiger Weise auf die Mitarbeitenden überwälzen wollte, indem die zuvor geleisteten Mehrstunden faktisch als kompensiert gelten sollten (Erw. II. 4.)

Französisch

Le fait que la recourante remette en question la décision ou différents points en général ne satisfait pas aux exigences en matière de justification selon l’art. 6 al. 1 du règlement de la Commission de recours. Elle doit exposer quels points elle conteste et pourquoi elle les considère comme erronés. Elle doit en outre qualifier avec précision dans ce but les considérations de l’intimée qu’elle critique et nommer les pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (consid. I. 4.).

Le curriculum vitæ est un instrument important pour la classification des salaires. Bien qu’il représente une allégation faite par une partie, la preuve de la première parution est apportée tant qu’il n’y a pas des doutes fondés quant à son exactitude (consid. II. 3.).

Compenser les heures supplémentaires selon CCT de l’installation électrique accomplies pendant un engagement mais pas réduites pendant ce temps pour des raisons de gestion par le prolongement «artificiel» de l’engagement n’est pas légal et enfreint les règles prescrivant de payer les heures supplémentaires par un supplément ou de les compenser par du temps libre pendant l’engagement (consid. II. 4.).

Les heures supplémentaires selon CCT de l'installation électrique ne peuvent pas déjà être compensées à titre préventif à un moment antérieur et à un moment où l'employeur était incapable de travailler et touchait par exemple des indemnités journalières pour accident. Une entreprise locataire n'est de surcroît guère d'accord pour que les heures supplémentaires accomplies auparavant dans une autre entreprise locataire soient compensées pendant l'engagement chez elle. On peut donc plutôt supposer que la seconde entreprise locataire ne pouvait pas contre toute attente fournir du travail équivalent au temps de travail conclu contractuellement et que la recourante voulait ainsi répercuter de manière inadmissible ce risque sur les collaborateurs en faisant considérer dans les faits les heures supplémentaires accomplies avant comme étant compensées (consid. II. 4.)

Italienisch

Non soddisfa i requisiti di motivazione secondo l'articolo 6 cpv. 1 del Regolamento della Commissione di ricorso, se la ricorrente mette in discussione la decisione o singoli punti in generale. Essa deve spiegare quali punti contesta e perché li considera scorretti. Inoltre deve, a questo proposito, indicare precisamente i considerandi dell'opponente che critica, e indicare gli atti, sui quali si poggia la sua critica (consid. I. 4.).

Il curriculum vitae è uno strumento di inquadramento importante per la classificazione delle classi salariali. Sebbene rappresenti un'affermazione di parte, fornisce senz'altro la prova della prima impressione, fintanto che non sussistono dubbi fondati alla sua esattezza (consid. II. 3.).

Volere portare le ore supplementari ai sensi del CCL dell'installazione elettrica fornite durante un impiego, ma non più ridotte durante questo periodo per motivi aziendali, a una compensazione attraverso un prolungamento «artificiale» dell'impiego è illegale e viola le disposizioni di pagare le ore supplementari con un supplemento o di compensarle con tempo libero durante l'impiego (consid. II. 4.).

Le ore supplementari ai sensi del CCL dell'installazione elettrica non possono essere compensate preventivamente già in un precedente momento e in un momento, nel quale il lavoratore era incapace al lavoro e percepiva ad es. l'indennità giornaliere per l'infortunio. Inoltre un'azienda acquisitrice non è certamente d'accordo che le ore supplementari prestate prima presso un'altra azienda acquisitrice siano compensate durante l'impiego in corso presso di lei. E' piuttosto probabile, che la seconda azienda acquisitrice, diversamente dalle aspettative, non fosse in grado di offrire lavoro nella misura dell'orario di lavoro pattuito e la ricorrente volesse trasferire in

modo illecito questo rischio sui collaboratori, facendo valere le ore supplementari fornite prima come di fatto compensate (consid. II. 4.)

05/2017:

Deutsch

Zur beweisrechtlichen Lage bei BVG-Versicherungsunterstellung infolge Unterstützungspflichten: Art. 31 GAVP lässt es grundsätzlich zu, dass die Mitarbeitenden entweder auf Vertrauensbasis versichert werden oder aber ein Nachweis verlangt wird. Wird die Einstufung aufgrund von Zweifeln nicht auf Vertrauensbasis, sondern erst nach Vorweisen einer Urkunde durch den Mitarbeitenden vorgenommen, so hat die Personalverleiherin nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB den Beweis zu erbringen, dass sie den betroffenen Mitarbeitenden um Aushändigung eines Dokumentes, welches die Unterstützungspflicht attestiert, ersucht hat. Wird dieser Beweis vom Arbeitgeber nicht erbracht, ist vermutungsweise von der Unterstützungspflicht auszugehen mit der Folge, dass die Einstufung auf Vertrauensbasis gestützt auf den vom Mitarbeiter eingereichten Lebenslauf zu erfolgen gehabt hätte.

Im umgekehrten Fall kann vorkommen, dass der Arbeitnehmende die Angaben im Lebenslauf entkräftet und aussagt, dass ihn trotzdem keinerlei Unterstützungspflicht treffe. Abgesehen davon, dass diese Aussage unbewiesen bleibt und der Arbeitgeber gemäss Art. 8 ZGB die Folgen davon zu tragen hätte, gilt bei dieser im Vergleich zum oben geschilderten Fall umgekehrten Konstellation Folgendes: bestreitet der Arbeitnehmer trotz dossierkundigen Hinweisen die Unterstützungspflicht und damit die unmittelbare BVG-Unterstellung aus diesem Grunde, hat der Arbeitgeber dieser Behauptung nachzugehen und dem Arbeitnehmer eine Frist anzusetzen, um einen sogenannten Negativbeweis dieser fehlenden Unterstützungspflicht zu liefern. Bis zum Ablauf dieser Frist – welche verhältnismässig anzusetzen ist (Einschub: in der Regel 2 Wochen) – ist der Arbeitgeber von der sofortigen bzw. ab dem 1. Einsatztag vorzunehmenden BVG-Versicherungsunterstellung befreit und selbstredend ist er bei Erbringung des Negativbeweises entlastet. Wir dieser Negativbeweis hingegen innert Frist nicht erbracht, hat der Arbeitgeber von einer Unterstützungspflicht auszugehen und den Arbeitnehmer rückwirkend ab dem 1. Einsatztag zu versichern. Dieses Vorgehen hat der Arbeitgeber zu beweisen und das Ausbleiben dieses Nachweises verpflichtet ihn gemäss Art. 8 ZGB - bei dossierkundigen Hinweisen auf eine Unterstützungspflicht - zur BVG-Unterstellung ab dem 1. Tag (Erw. II.4).

Französisch

Sur la situation juridique en matière de fardeau de la preuve en cas d'assujettissement à l'assurance LAA par suite des obligations d'entretien envers des enfants (soutien): l'art. 31 CCTL permet en principe d'assurer les collaborateurs sur une base de confiance ou en exigeant une preuve. Si le classement est fait en raison de doutes sans reposer sur une base de confiance mais seulement après la présentation d'un document par le collaborateur, la bailleuse de services doit, selon la règle du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC, apporter la preuve qu'elle a prié le collaborateur concerné de lui remettre un document attestant de l'obligation de soutien. Si cette preuve n'est pas fournie par l'employeur, il faut partir d'une obligation de soutien présumée, avec la conséquence que le classement aurait du être fait sur une base de confiance s'appuyant sur le curriculum vitæ remis par le collaborateur.

Il peut arriver dans le cas inverse que l'employé invalide les données dans le curriculum vitæ et déclare qu'aucune obligation de soutien ne le concerne néanmoins. À part le fait que cette déclaration reste non prouvée et que l'employeur devrait en assumer les conséquences selon l'art. 8 CC, le point suivant est valable dans cette constellation inverse par rapport au cas décrit ci-dessus: si l'employé conteste l'obligation de soutien malgré les remarques du dossier et donc l'assujettissement immédiat à la LAA pour cette raison, l'employeur doit examiner cette prétention et fixer à l'employé un délai pour fournir une preuve négative de cette absence d'obligation de soutien. Jusqu'à l'écoulement de ce délai – qui doit être fixé de manière appropriée – (rajout : en règle générale 2 semaines) l'employeur est libéré de l'assujettissement immédiat à l'assurance LAA ou à partir du 1er jour de l'engagement et, cela va sans dire, déchargé à partir de la fourniture de la preuve négative. Si cette preuve négative n'est par contre pas apportée dans le délai, l'employeur doit présumer une obligation de soutien et assurer l'employé rétroactivement à partir du 1er jour de l'engagement. L'employeur doit prouver cette procédure et l'absence de cette preuve l'engage selon l'art. 8 CC - en cas d'indication dans le dossier d'une obligation de soutien - à l'assujettissement à la LAA à partir du 1er jour. (consid. II.4).

Italienisch

Riguardo alla situazione giuridica della prova nel caso di assoggettamento all'assicurazione LPP in seguito a obblighi di assistenza nei confronti di figli (mantenimento): In linea di massima l'articolo 31 CCL PP consente che i

collaboratori siano assicurati o sulla fiducia o si richieda una prova. Se l'inquadramento, in base a dubbi, non viene eseguito sulla fiducia bensì soltanto dopo la produzione di un documento da parte del collaboratore, la prestatrice di personale deve fornire la prova secondo la regola generale dell'onere della prova dell'articolo 8 CC, che lei ha richiesto al collaboratore interessato la consegna di un documento attestante l'obbligo di mantenimento. Se il datore di lavoro non fornisce questa prova, si deve partire dal presupposto dell'obbligo di mantenimento, con la conseguenza, che l'inquadramento avrebbe dovuto essere eseguito sulla fiducia visto il curriculum vitae presentato dal collaboratore.

Nel caso contrario può succedere, che il lavoratore invalidi le indicazioni nel curriculum vitae e dichiari di non avere ciononostante nessun obbligo di mantenimento. A prescindere dal fatto che questa dichiarazione rimane non dimostrata e il datore di lavoro dovrebbe sostenere le conseguenze ai sensi dell'articolo 8 CC, vale per questa costellazione inversa rispetto al caso sopra descritto, quanto segue: se il lavoratore contesta l'obbligo di mantenimento nonostante indicazioni agli atti e quindi per questo motivo l'assoggettamento immediato alla LPP, il datore di lavoro è tenuto a controllare questa affermazione e a fissare al lavoratore un termine per fornire una cosiddetta prova negativa di questo obbligo di mantenimento mancante. Fino alla scadenza di questo termine – che deve essere fissato in modo appropriato (inserimento: di regola 2 settimane) - il datore di lavoro è esonerato dall'esecuzione immediata dell'assoggettamento alla LPP risp. dal 1° primo giorno di impiego ed è ovviamente scagionato al momento della fornitura della prova negativa. Se questa prova negativa non viene fornita entro il termine, il datore di lavoro deve partire dal presupposto dell'obbligo di mantenimento e assicurare il lavoratore retroattivamente dal 1° giorno di impiego. Il datore di lavoro deve dimostrare questo modo di procedere e la mancanza di questa prova lo obbliga, in conformità all'articolo 8 CC - nel caso di indicazioni agli atti di un obbligo di mantenimento - all'assoggettamento alla LPP dal 1° giorno. (consid. II.4).

56/2017:

<u>Deutsch</u>

Gemäss nArt. 18 Abs. 2 alinea 4 RegPVP sind Weiterbildungsleistungen ausgeschlossen, wenn es sich dabei um Fernkurse oder Einzel- bzw. Privatlektionen handelt.

Der Kurstitel „eBerlitz Program Phone Lessons & Cyber Teachers" legt semantisch

nahe, dass ein Fernkurs mittels telefonischer Kommunikation und im Cyber-Raum anzutreffender Lehrkräfte gegeben sein kann. Der Homepage des Bildungsinstituts ist zu entnehmen, dass unter „CyberTeachers E-Learning“ ein individuelles Training via Online-Plattform zu verstehen ist. Sobald die Kursbesucher sich auf der webbasierten Plattform registriert haben, absolvieren sie einen Online-Sprachtest und eine anschliessende Abfrage der Interessen und Aufgaben. Auf dieser Basis wird ihnen ein Trainingsplan erstellt, der die jeweiligen Sprachkenntnisse, Lernziele und Interessen berücksichtigt. Diesen können sie nach eigenem Zeitplan im Selbststudium sowohl über ihren Desktop als auch über ihr Tablet oder Ihr Smartphone bearbeiten und auf diese Weise ihre Fertigkeiten verbessern. Mit „Phone Lessons“ sind effektiv Kurseinheiten gemeint, anlässlich derer eine Lehrkraft direkt mit dem Kursbesucher telefoniert und bei Involvierung von Cyber-Teachers kann zusätzlich rund um die Uhr auf verfügbare Live-Tutoren und Live-Kurse mit einem Trainer und anderen Nutzern in Chatrooms gegriffen werden.

Aufgrund der Beschreibungen der Kurstitelbegriffe ist zweifellos von einem Fernkurs auszugehen. Weiter gestaltet sich die fragliche Weiterbildung einstiegshalber individuell, wobei mit dem Chatroom auch ein kollektives Element gegeben ist. Die Frage nach einem Einzel- bzw. Privatkurs braucht jedoch nicht vertieft zu werden, da die Lerninhalte jedenfalls nur über Desktop, Tablet oder Smartphone zugänglich sind und infolgedessen allein im Zuge des reglementarischen Ausschlusses von Fernkursen kein Anspruch auf die beantragte Weiterbildungsleistung besteht (Erw. II.3.b)).

Französisch

Selon le nouvel article 18 al. 2 sous-section 4 RegAFPL, des prestations de formation continue sont exclues lorsqu’il s’agit de cours par correspondance ou cours particuliers et individuels.

Le titre du cours « eBerlitz Program Phone Lessons & Cyber Teachers» suggère sémantiquement qu’il s’agit d’un cours à distance par communication téléphonique et qui pourrait être donné par des enseignants sur une plateforme de cybermonde. La page d’accueil de l’institut de formation indique que, par « CyberTeachers E-Learning » il faut entendre une formation individuelle par le biais d’une plateforme en ligne. Dès que les participants au cours se sont enregistrés sur la plateforme web, ils effectuent un test linguistique en ligne suivi d’un questionnaire sur les intérêts et les devoirs. Une planification de la formation prenant en considération le niveau de connaissance de la langue, les buts de la formation et les intérêts des participants est établie sur cette base. Ils peuvent les travailler selon un calendrier propre en auto-formation, aussi bien sur leur ordinateur portable que sur leur tablette ou leur

téléphone intelligent, et améliorer ainsi leurs aptitudes. Par « Phone Lessons », l'on entend effectivement des modules de cours lors desquels un enseignant s'entretient directement par téléphone avec le participant au cours et, par l'implication de Cyber-Teachers; le participant peut de surcroît accéder 24 heures sur 24 à des enseignants disponibles et à des cours dispensés par un formateur en ligne et avec d'autres utilisateurs dans une chatroom.

Sur la base des descriptions de l'appellation du cours il s'agit indubitablement d'un cours à distance resp. par correspondance. En outre au début la formation l'accès se modèle individuellement; même si un élément collectif est donné par la chatroom. La question d'un cours individuel ou privé n'a pourtant pas besoin d'être approfondie, puisque la matière de cours n'est accessible que sur un ordinateur portable, une tablette ou un téléphone intelligent et, par conséquent, dans le seul cadre de l'exclusion réglementaire des cours à distance resp. par correspondance, il n'existe aucun droit à la prestation de formation continue demandée (consid. II.3.b)).

Italienisch

Ai sensi del nuovo articolo 18 cvp. 2 alinea 4 RegAPP, delle prestazioni di aggiornamento professionale sono escluse se si tratta di corsi per corrispondenza o lezioni singole o private.

Il titolo del corso "eBerlitz Program Phone Lessons & Cyber Teachers" suggerisce semanticamente che si tratta di un corso a distanza per comunicazione telefonica e che potrebbe essere dato da insegnati su una piattaforma di cyberspazio. La home page dell'istituto di formazione indica che tramite "CyberTeachers E-Learning" vi si deve capire una formazione individuale via una piattaforma in linea. Non appena i partecipanti al corso si sono registrati sulla piattaforma web, eseguono un test linguistico in linea seguito da un questionario sugli interessi e compiti. Una pianificazione della formazione che tiene conto del livello di conoscenze della lingua, degli obiettivi della formazione e degli interessi dei partecipanti è stabilita su questa base. Possono lavorare secondo un proprio calendario in auto-formazione, sia sul loro computer portatile che sulla loro tablet o smartphone e migliorare in tale modo le loro capacità. Il concetto di "Phone Lessons" indica dei moduli di corso nei quali un insegnante si trattiene direttamente per telefono con il partecipante al corso e tramite il coinvolgimento di Cyber-Teachers il partecipante può inoltre accedere 24 ore su 24 a degli insegnanti disponibili e a dei corsi impartiti da un'allenatore in linea e con altri utilizzatori in una chatroom.

Sulla base delle descrizioni dell'appellazione del corso trattasi indubbiamente di un corso a distanza risp. per corrispondenza. Inoltre l'iniziale accesso alla formazione è impostato individualmente; anche se un elemento collettivo è dato dalla chatroom. La questione di lezioni singole o private comunque non bisogna essere approfondita,

visto che la materia del corso è accessibile solo su computer portatile, tablet o smartphone e, di conseguenza, già solamente nell'ambito dell'esclusione regolamentare dei corsi a distanza risp. per corrispondenza non esiste un qualsiasi diritto alla prestazione di aggiornamento professionale richiesta (consid. II.3.b)).

62/2017:

Französisch

L'art. 18 al. 11 du Règlement AFPL prévoit également que les demandes de versement de contributions à la formation continue doivent être adressées signées au Secrétariat Formation avant le début de la formation en y joignant les décomptes de salaire pour les heures de mission effectuées selon l'al. 6 de cette disposition et une copie d'une pièce d'identité officielle. Le timbre postal ou la date d'envoi de l'e-mail font foi.

L'employeur des recourants fait valoir en particulier que le retard dans le dépôt de la demande est dû au fait qu'il n'était pas au courant que la demande devait être envoyée avant le début du cours. S'il reconnaît le retard, il indique toutefois que les demandes devraient être réappréciées à titre d'exception. L'argument selon lequel ce manquement est excusable ne saurait être suivi. Les informations concernant les conditions de la formation sont explicitées très clairement sur le site internet de temptraining (http://temptraining.ch/dynasite.cfm?dsmid=115736). Le fait que l'employeur des recourants indique qu'il n'était pas au courant que la demande devait être envoyée avant le début du cours n'y change rien.

En tout état de cause et indépendamment de cela, il appartient en premier lieu aux recourants en personne de s'assurer que les conditions pour bénéficier de la formation continue sont remplies. A cet égard, il y a lieu de garantir une égalité de traitement entre l'ensemble des bénéficiaires de la formation continue.

Afin de ne pas devoir supporter l'intégralité des frais de formation, il ne reste en définitive aux recourants que la possibilité de prendre contact, le cas échéant, avec l'agence temporaire concernée en lien avec la formation continue et de faire valoir auprès d'elle leur droit au remboursement en cas de négligence commise par le conseiller en personnel compétent (consid. II.4).

Deutsch

Art. 18 Abs. 11 des Reglements PVP sieht weiter vor, dass Gesuche um Ausrichtung von Weiterbildungsbeiträgen unterzeichnet unter Beilage der Lohnabrechnung(en) für die erbrachten Einsatzstunden gemäss Abs. 6 dieser Bestimmung sowie einer Kopie eines amtlichen Ausweises vor Kursbeginn an die Geschäftsstelle Weiterbildung zu richten sind. Massgebend sind Poststempel oder Datum des E-Mail- Versandes.

Der Arbeitgeber der Rekurrenten macht insbesondere als Ursache für die verspätete Gesuchseinreichung geltend, er habe nicht gewusst, dass das Gesuch vor Kursbeginn zu stellen sei. Obschon er die Verspätung anerkennt, weist er darauf hin, dass die Gesuche ausnahmsweise neu zu beurteilen seien. Dem Einwand, die Verfehlung sei entschuldbar, kann nicht gefolgt werden. Die Informationen über die Bedingungen der Weiterbildungsleistungen sind klar und deutlich auf der Internetseite von temptraining aufgeführt (http://temptraining.ch/dynasite.cfm?dsmid=115736). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Arbeitgeber geltend macht, er habe nicht gewusst, dass das Gesuch vor Kursbeginn einzureichen sei.

In jedem Fall und unabhängig davon liegt es in erster Linie in der Verantwortung der Rekurrenten selbst, dafür besorgt zu sein, dass die Bedingungen für den Anspruch auf Weiterbildungsleistungen erfüllt werden. In diesem Zusammenhang ist die Gleichbehandlung unter allen Anspruchsberechtigten der Weiterbildungsleistungen zu gewährleisten.

Um die aus ihrer Sicht hohen Kurskosten nicht selber tragen zu müssen, bleibt den Rekurrenten somit letztlich nur die Möglichkeit, mit dem ihn im Zusammenhang mit der Ausbildung beratenden Temporärbüro in Kontakt zu treten und bei allfälligen Versäumnissen des zuständigen Personalberaters seinen Anspruch auf Rückerstattung dort geltend zu machen (Erw. II.4).

Italienisch

L'art. 18 cvp. 11 del Regolamento APP prevede ugualmente che le richieste di prestazioni per l'aggiornamento professionale devono essere munite di firma e inoltrate debitamente riempite al Segretariato per l'aggiornamento professionale prima dell'inizio del corso corredate dal conteggio salariale / dai conteggi salariali per le ore di missione effettuate giusta al cpv. 6 di questa disposizione nonché da una copia di un documento d'identità ufficiale. Fanno fede il timbro postale e la data dell'invio del messaggio e-mail.

Il datore di lavoro dei ricorrenti fa valere in particolare che il ritardo nella presentazione della richiesta sia dovuto al fatto che egli non sia stato al corrente che

la richiesta dovesse essere spedita prima dell'inizio del corso. Se ammette il ritardo, indica tuttavia che le richieste dovrebbero essere riapprezzate a titolo eccezionale. L'argomento secondo il quale questo mancamento sia scusabile è privo di fondamento. Le informazioni per quello che riguarda le condizioni dell'aggiornamento sono esplicitate in modo molto chiaro sul sito Internet di temptraining (http://temptraining.ch/dynasite.cfm?dsmid=115736). Il fatto che il datore di lavoro dei ricorrenti indichi che non sia stato al corrente che la richiesta dovesse essere spedita prima dell'inizio del corso non cambia niente.

In ogni caso e malgrado tutto ciò, è compito primario dei ricorrenti in persona di assicurarsi che le condizioni per beneficiare dell'aggiornamento professionale siano soddisfatte. È indispensabile garantire a questo riguardo una parità di trattamento tra tutti i beneficiari dell'aggiornamento professionale.

Nell'ambito di non dovere sopportare l'integralità dei costi di formazione, non rimane ai ricorrenti che rivolgersi all'agenzia temporanea interessata concernente la questione della formazione per l'aggiornamento professionale e fare valere contro di lei il loro eventuale diritto di rimborso, qualora il consigliere del personale competente avesse commesso una negligenza imputabile (consid. II.4).

80/2016:

Französisch

L'art. 18 al. 7 du règlement de l'AFPL prévoit enfin que le délai d'indemnisation commence le dernier jour de mission, lequel sera fixé par les relevés de salaire produits dans la première demande déclenchant le droit à formation, et prend fin 12 mois plus tard. Les cours doivent impérativement commencer pendant une période donnant droit aux prestations. A l'échéance du délai de 12 mois, et après un délai d'attente de 12 mois faisant suite à la prestation d'heures de mission selon l'al. 6 de cette disposition, un nouveau délai d'indemnisation commence.

En l'espèce, la question de savoir si, comme le soutient la recourante, son délai d'indemnisation se termine effectivement le 31 août 2016, et non le 30 juillet 2016, n'est toutefois pas décisive et peut être laissée ouverte. Même s'il devait être retenu que le délai d'indemnisation se terminait le 31 août 2016, la demande de formation doit dans tous les cas être refusée, puisque le cours, qui se déroule du 27 septembre 2016 au 20 avril 2017, a manifestement lieu hors du délai d'indemnisation (consid. II.6).

Deutsch

Art. 18 Abs. 7 des Reglements PVP sieht schliesslich vor, dass die Anspruchsfrist mit dem letzten Einsatztag, der bei erster anspruchsauslösender Gesuchstellung mittels Lohnabrechnungen ausgewiesen wird, beginnt und 12 Monate später endet. Kurse müssen innerhalb einer Anspruchsfrist beginnen. Nach Ablauf der 12-monatigen Frist beginnt – nach einer Wartefrist von 12 Monaten nach der Leistung von Einsatzstunden gemäss Abs. 6 dieser Bestimmung - eine neue Anspruchsfrist.

Vorliegend ist die von der Rekurrentin geltend gemachte Frage, ob die Anspruchsfrist effektiv am 31. August 2016 endet statt am 30. Juli 2016, nicht entscheidend und kann offen gelassen werden. Selbst wenn anzunehmen wäre, die Anspruchsfrist endete am 31. August 2016, ist das Gesuch um Weiterbildungsleistungen abzuweisen, weil der vom 27. September 2016 bis 20. April 2017 dauernde Kurs offensichtlich nach Ablauf der Anspruchsfrist stattfindet (Erw. II.6).

Italienisch

L'art. 18 cvp. 7 del regolamento APP prevede infine che il periodo di riferimento per il diritto alla prestazione inizia con l'ultimo giorno di missione, comprovato dai conteggi salariali inoltrati nella prima richiesta che fa scattare il periodo di riferimento per il diritto alla prestazione, e termina dopo 12 mesi. I corsi devono iniziare durante un periodo di riferimento per il diritto alla prestazione. Allo scadere dei 12 mesi e dopo un periodo di attesa pari a 12 mesi e a partire dalla prestazione di ore di missione giusta al cvp. 6 di questa disposizione, inizia un nuovo periodo di riferimento per il diritto alla prestazione.

In fattispecie, l'esame della scadenza effettiva del periodo di riferimento per il diritto alla prestazione al 31 agosto 2016, come lo afferma la ricorrente, e non al 30 luglio 2016, non è tuttavia decisiva e la questione può restare aperta. Anche se si dovesse considerare che il periodo di riferimento per il diritto alla prestazione terminerebbe il 31 agosto 2016, la richiesta di formazione deve in ogni caso essere respinta, siccome la durata del corso, dal 27 settembre 2016 al 20 aprile 2017, ha manifestamente luogo fuori del periodo di riferimento (consid. II.6)

14/2019 und 36/2019:

Deutsch

Die Rekurskommission stellte fest, dass Personalverleiher grundsätzlich verpflichtet sind, sich Lohnbuchkontrollen zu unterziehen und die erforderlichen, nicht anonymisierten Personaldaten zu liefern.

Gleichzeitig hat die Vorinstanz jedoch Verfahrensfehler begangen, insbesondere durch doppelte Sanktionierung desselben Verhaltens im gleichen Kontrollzeitraum sowie durch fehlende Verfahrensvereinigung, was einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt.

Die verhängten Konventionalstrafen wurden daher aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen, verbunden mit der Anordnung, eine neue Frist zur Einreichung der Unterlagen anzusetzen

Französisch

La commission de recours confirme que les entreprises de travail temporaire doivent se soumettre aux contrôles et fournir les données nécessaires, y compris non anonymisées.

Toutefois, l'autorité inférieure a commis des erreurs procédurales, notamment en sanctionnant deux fois le même comportement pour la même période et en omettant de joindre les procédures, constituant un déni de justice formel.

Les décisions attaquées sont dès lors annulées et l'affaire renvoyée pour nouvelle décision, avec instruction de fixer un nouveau délai pour produire les documents requis.

Italienisch

La Commissione di ricorso ha stabilito che i prestatori di personale sono tenuti a sottoporsi ai controlli e a trasmettere i dati necessari, anche non anonimizzati.

Tuttavia, l'autorità inferiore ha commesso errori procedurali, in particolare sanzionando due volte lo stesso comportamento per lo stesso periodo e omettendo di riunire le procedure, configurando un diniego di giustizia formale.

Le decisioni impugnate sono quindi annullate e la causa rinviata per nuova decisione, con ordine di fissare un nuovo termine per la trasmissione dei documenti.

15/2019 und 37/2019:

Deutsch

Die Rekurskommission bestätigte, dass Personalverleiher verpflichtet sind, sich Kontrollen zu unterziehen und die notwendigen, nicht anonymisierten Personaldaten zu liefern.

Die Vorinstanz beging jedoch wesentliche Verfahrensfehler, insbesondere durch doppelte Sanktionierung desselben Verhaltens im gleichen Zeitraum sowie durch unterlassene Verfahrensvereinigung, was eine formelle Rechtsverweigerung darstellt.

Die verhängten Konventionalstrafen wurden aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen, mit der Anordnung, eine neue Frist zur Einreichung der Unterlagen anzusetzen.

Französisch

La commission de recours confirme que les entreprises de travail temporaire doivent se soumettre aux contrôles et fournir les données nécessaires, y compris non anonymisées.

Toutefois, l'autorité inférieure a commis des erreurs procédurales importantes, notamment en sanctionnant deux fois le même comportement pour la même période et en omettant de joindre les procédures, ce qui constitue un déni de justice formel.

Les décisions attaquées sont annulées et l'affaire renvoyée pour nouvelle décision, avec obligation de fixer un nouveau délai pour produire les documents requis.

Italienisch

La Commissione di ricorso ha confermato che i prestatori di personale devono sottoporsi ai controlli e trasmettere i dati necessari, anche non anonimizzati.

Tuttavia, l'autorità inferiore ha commesso gravi errori procedurali, in particolare sanzionando due volte lo stesso comportamento per lo stesso periodo e omettendo di riunire le procedure, configurando un diniego di giustizia formale.

Le decisioni impugnate sono quindi annullate e la causa rinviata per nuova decisione, con ordine di fissare un nuovo termine per la trasmissione dei documenti.

18/2019

Deutsch

Die Rekurskommission bestätigt, dass auch nicht geldwerte Verstösse – insbesondere im Bereich der BVG-Unterstellung – eine Konventionalstrafe begründen können, sofern sie nicht geringfügig sind.

Die gesetzliche Grundlage hierfür ergibt sich aus Art. 20 Abs. 2 AVG in Verbindung mit dem GAV Personalverleih und dem Reglement PVP, wobei auch die Anwendung des revidierten Reglements zulässig ist und keine unzulässige Rückwirkung darstellt.

Die ursprünglich verhängte Konventionalstrafe wurde jedoch aus Gründen der Verhältnismässigkeit deutlich reduziert, da der Schutzzweck weitgehend erfüllt war

Französisch

La commission de recours confirme que des manquements non pécuniaires, notamment en matière de prévoyance professionnelle, peuvent justifier une peine conventionnelle s'il s'agit d'infractions graves.

La base juridique repose sur l'art. 20 al. 2 LSE, combiné à la CCT Location de services et au règlement AFPL, dont l'application révisée est admissible sans violation de l'interdiction de la rétroactivité.

Toutefois, la peine conventionnelle a été sensiblement réduite pour des raisons de proportionnalité, compte tenu du respect global du but de protection.

Italienisch

La Commissione di ricorso ha confermato che anche le violazioni non pecuniarie, in particolare in materia di previdenza professionale, possono giustificare una pena convenzionale se non sono di lieve entità.

La base giuridica deriva dall'art. 20 cpv. 2 LC in combinazione con il CCL del prestito di personale e il regolamento PVP, la cui versione riveduta è applicabile senza violare il divieto di retroattività.

Tuttavia, la pena convenzionale è stata significativamente ridotta per ragioni di proporzionalità, in considerazione del sostanziale rispetto dello scopo protettivo.

20/2020:

Deutsch

Die Rekurskommission stellte klar, dass die Einstufung von Temporärmitarbeitenden als «gelernt» nicht allein vom Hochschulabschluss abhängt, sondern vom konkreten Zusammenhang zwischen Ausbildung und ausgeübter Tätigkeit, weshalb weitere Abklärungen zur Lohnklasseneinteilung erforderlich sind.

Sie bestätigte zudem, dass unbestimmt formulierte Einsatzdauern («bis Ende Baustelle») als unbefristete Arbeitsverhältnisse gelten können und eine rückwirkende BVG-Unterstellung rechtfertigen.

Die Konventionalstrafe wurde bestätigt, da trotz geringfügiger geldwerter Verstösse erhebliche nichtgeldwerte Verstösse vorlagen, während die Sache hinsichtlich der Lohnnachzahlungen zur Neubeurteilung zurückgewiesen wurde.

Französisch

La commission de recours précise que la qualification des travailleurs comme «qualifiés» ne dépend pas uniquement d'un diplôme académique, mais du lien concret entre la formation et l'activité exercée, nécessitant des investigations complémentaires.

Elle confirme également qu'une durée d'engagement formulée de manière indéterminée («jusqu'à la fin du chantier») peut être assimilée à un contrat de durée indéterminée, impliquant une affiliation rétroactive à la prévoyance professionnelle.

La peine conventionnelle est maintenue en raison de manquements non pécuniaires significatifs, malgré des infractions financières mineures, tandis que la question des arriérés de salaire est renvoyée pour nouvelle décision.

Italienisch

La Commissione di ricorso ha chiarito che la qualifica dei lavoratori come «qualificati» non dipende unicamente dal titolo accademico, ma dal rapporto concreto tra formazione e attività svolta, richiedendo ulteriori accertamenti.

Ha inoltre confermato che una durata del contratto formulata in modo indeterminato («fino alla fine del cantiere») può essere considerata a tempo indeterminato e comportare l'obbligo di affiliazione retroattiva alla previdenza professionale.

La pena convenzionale è stata confermata per la presenza di violazioni non pecuniarie rilevanti, nonostante le infrazioni finanziarie minori, mentre la questione dei conguagli salariali è stata rinviata per nuova decisione.

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

---

Geschäfts-Nr. 4/2014

Mitwirkend: Arie Joehro, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)

Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 8. Mai 2014

in Sachen

B. AG — Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds
für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
c/o unia
Weltpoststrasse 20
Postfach 272
3000 Bern 15 — Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 20. Januar 2014 gegen den Entscheid der RPKD vom 20. Dezember 2013 betreffend die Lohnbuchkontrolle vom 26. Juli 2013

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 26. Juli 2013 hat die O. GmbH (nachfolgend: Kontrollfirma) bei der Rekurrentin eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit 115 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 21 Mitarbeitende in 57 Einsätzen überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Personen betrug CHF 484‘647.15.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 26. August 2013 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass insbesondere bei den Lohnzuschlägen und beim 13. Monatslohn Verfehlungen festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 30. August 2013 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht vor Zustellung an die Rekursgegnerin einzusehen und sich dazu zu äussern. Von dieser Möglichkeit hat sie am 26. September 2013 Gebrauch gemacht.

4. Mit Entscheid vom 20. Dezember 2013 führte die Rekursgegnerin die festgestellten Verfehlungen in Ziffer 3 tabellarisch auf und legte die geldwerten Verfehlungen auf insgesamt CHF 2‘854.65 fest. Gestützt auf Art. 38 Abs. 3 GAV Personalverleih verpflichtete sie die Rekurrentin, Nachzahlungen im Umfang von CHF 2‘695.60 zu leisten (Ziffer 4.1 des Entscheids) und eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 801.45 zu entrichten (Ziffer 4.3 des Entscheids). Aufgrund des leichten Verschuldens und im Lichte des kooperativen Verhaltens wurde jedoch darauf verzichtet, ihr anteilsmässig die Kontrollkosten zu übertragen (Ziffer 4.4 des Entscheids).

5. Am 20. Januar 2014 erhob die Rekurrentin gegen den Entscheid der Rekursgegnerin vom 20. Dezember 2013 Rekurs. Sie stellte insbesondere den Antrag, es sei auf die Nachzahlungen bei C. (CHF 654.50), D. (CHF 1‘556.30) und bei V. (CHF 167.90) vollumfänglich zu verzichten. Zur Begründung machte sie geltend, dass dem Arbeitgeber sowohl gemäss GAV Elektro- und Telekommunikations-Installationsbranche (GAV Elektro) als auch gemäss GAV Gebäudetechnik bei der Abgeltung von Überstunden ein Wahlrecht zustehe (Lohnzuschlag oder Kompensation in Freizeit). Die Rekursgegnerin habe indessen ein Berechnungsmodell angewandt, mit welchem sie erstmals konfrontiert worden sei. In den betreffenden GAV sei für Personalverleiher keine solche Sonderreglung definiert. Es fehle somit an einer rechtlichen Grundlage. Zudem würde das Modell die Personalverleiher benachteiligen. Sinngemäss machte die Rekurrentin abschliessend geltend, dass die Überstunden der drei Mitarbeitenden in Freizeit kompensiert worden seien.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 13. Februar 2014 zum eingereichten Rekurs und beantragte, diesen abzuweisen. Sie wies darauf hin, dass die Kompensation von Überstunden in Freizeit bei kurzen temporären Einsätzen oft gar nicht wahrgenommen werden könne. Folgerichtig habe die Paritätische Landeskommission (PLK) der Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsbranche sowie die PLK der Schweizerischen

Gebäudetechnikbranche für verliehenes Personal eine Sonderlösung beschlossen. Diese sehe vor, dass der Verleiher am Ende eines jeden Einsatzes einen Ist-/ Soll-Stundenvergleich anzustellen habe. Die über die Soll-Stunden hinausgehende Arbeitszeit sei mit einem Zuschlag von 25% zu entschädigen.

7. Mit Schreiben vom 5. März 2014 forderte die Rekurskommission die Rekurrentin auf, mittels Unterlagen nachzuweisen, dass die im Kontrollentscheid bei C. (Ziffer 2.3.4), D. (Ziffer 2.3.5) und bei V. (Ziffer 2.3.7) aufgeführten Überstunden mit Freizeit kompensiert worden sind. Die geforderten Unterlagen wurden von der Rekurrentin mit Schreiben vom 17. März 2014 eingereicht.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 20. Dezember 2013. Dagegen erhob die Rekurrentin am 20. Januar 2014 Rekurs. Die Eingabe erfolgte damit fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP (einsehbar auf www.tempdata.ch, Rubrik „Downloads/Dokumente zum GAV“).

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

1. Übersicht über die festgestellten Verfehlungen

Der Übersicht im Kontrollentscheid vom 20. Dezember 2013 (vgl. Ziffer 3 „Zusammenfassung pro Arbeitnehmer“) lässt sich entnehmen, dass insgesamt 11 Verfehlungen festgestellt worden sind.

a) Bei K. (Nr. 11) stellte die Rekursgegnerin Verstösse im Umfang von CHF 288.10 (beim Lohn) sowie CHF 28.81 (beim 13. Monatslohn) fest. Diese sind von der Rekurrentin in ihrer Stellungnahme vom 26. September 2013 anerkannt worden (vgl. S. 2, Ziffer 2 Absatz 2) und somit unbestritten.

b) Sodann wurden die Verfehlungen betreffend Lohnzuschlägen bei B. (Nr. 5; CHF 8.20), bei F. (Nr. 6; CHF 109.50), bei U. (Nr. 7; CHF 32.90) sowie bei N. (Nr. 12; CHF 8.45) weder im Rahmen der erwähnten Stellungnahme vom 26. September 2013 noch im Rekurs in Frage stellt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese Verstösse von der Rekurrentin – zumindest implizit – anerkannt worden sind. Es wird deshalb nachfolgend nicht näher darauf eingegangen.

c) Die Verfehlungen betreffend Lohn und 13. Monatslohn bei D. werden zwar im Rekurs nicht explizit bestritten. Allerdings stellte die (nicht anwaltlich vertretene) Rekurrentin bereits in ihrer Stellungnahme vom 26. September 2013 (vgl. S. 2, Ziffer 2 Absatz 3) klar, dass sie mit den Abweichungen nicht einverstanden ist. Die Rekurskommission erachtet diese beiden Verfehlungen deshalb weiterhin als bestritten.

d) Umstritten sind somit noch folgende 5 Verstösse:

- C. (Nr. 8):
  ⇨ CHF 654.52 (Lohnzuschläge)

- D. (Nr. 9):
  ⇨ CHF 53.00 (Lohnerhöhung)
  ⇨ CHF 4.40 (13. Monatslohn)
  ⇨ CHF 1‘498.89 (Lohnzuschläge)

- V. (Nr. 13):
  ⇨ CHF 167.90 (Lohnzuschläge)

Im Lichte des im Rekurs gestellten Antrages stellt sich die Frage, ob die Rekurrentin (sinngemäss) auch die Konventionalstrafe in Frage stellt. Explizit wehrt sie sich nämlich nur gegen die Nachzahlung in den Fällen C., D. und V.

Wie bereits erwähnt, ist die Rekurrentin nicht anwaltlich vertreten. Hinzu kommt, dass sie in ihrem Rekurs vom 20. Januar 2014 einleitend klargestellt hat, „gegen den Entscheid“ der Rekursgegnerin Rekurs erheben zu wollen. Dies lässt den Schluss zu, dass sie implizit auch die Konventionalstrafe bestreitet. Hinzu kommt, dass die Rekurrentin die geforderte Nachzahlung von insgesamt CHF 2‘695.60 (Ziffer 4.1 des Entscheids) in der Höhe von CHF 2‘378.70 bestreitet. Würde die Nachzahlung im beantragen Umfang aufgehoben, müsste dies zweifellos auch Auswirkungen auf die ihr auferlegte Konventionalstrafe haben.

Aus den genannten Gründen kommt die Rekurskommission deshalb zum Schluss, dass vorliegend auch die Konventionalstrafe bestritten wird.

2. Verfehlung beim Lohn und 13. Monatslohn (D., Nr. 9)

a) Anlässlich der Lohnbuchkontrolle wurde festgestellt, dass dem Mitarbeiter eine ab 1. Mai 2012 allgemeinverbindlich erklärte Mindestlohnerhöhung nicht ausbezahlt worden ist. Die Rekurrentin bringt insoweit vor, die Kontrollfirma habe hier eine falsche Mitarbeiterkategorie gewählt. D. habe sich erst im dritten und nicht – wie im Kontrollbericht festgehalten – im vierten Erfahrungsjahr befunden.

Die Rekursgegnerin hält dieser Argumentation entgegen, dass die Erfahrungsjahre für die nicht gewährte Lohnerhöhung unerheblich seien, da die Mindestlöhne in sämtlichen Lohnklassen um den gleichen Betrag angehoben worden seien. Eine Überprüfung der Erfahrungsjahre sei deshalb vorliegend obsolet.

b) Die Rekurskommission teilt die Auffassung der Rekursgegnerin. Gemäss Bundesratsbeschluss über die Verlängerung und Änderung der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Elektro vom 29. März 2012 ist allen Arbeitnehmern eine monatliche Lohnanpassung von CHF 70.00 (brutto) auszurichten (vgl. Anhang 8 des betreffenden Bundesratsbeschlusses). Die effektive Jahresbruttoarbeitszeit gemäss Art. 23 Abs. 2 GAV Elektro wurde vom Bundesrat für das Kalenderjahr 2012 auf 2088 Stunden (bzw. 174 Stunden pro Monat) festgelegt (vgl. S. 2 des Beschlusses). Der Bundesratsbeschluss ist am 1. Mai 2012 in Kraft getreten und gilt bis zum 30. Juni 2015.

Die Lohnerhöhung für die monatlich zu leistenden 174 Stunden beträgt demzufolge CHF 70.00. Auf die Stunde berechnet resultiert eine Erhöhung von CHF 0.40 pro Stunde. Unter Berücksichtigung der Ferien- und Feiertagsentschädigung und des 13. Monatslohnes (vgl. dazu S. 14 des Dokuments „Anhänge zum Bericht der Lohnbuchkontrolle vom 26. Juli 2013“, Berechnungsschema Nr. 9, Periode 2) resultiert eine Differenz von CHF 53.00 beim Mindestlohn und ein Fehlbetrag von CHF 4.40 beim 13. Monatslohn.

Die von der Rekursgegnerin festgestellten Verfehlungen bei D. sind – soweit die Lohnerhöhung und den 13. Monatslohn betreffend – somit nicht zu beanstanden (vgl. Übersicht auf S. 9 ihres Entscheids vom 20. Dezember 2013).

3. Lohnzuschläge

Umstritten sind die Lohnzuschläge bei C. (CHF 654.52), bei D. (CHF 1‘498.89) und bei V. (CHF 167.90).

a) Sowohl der GAV Elektro (Art. 23.4) als auch der GAV Gebäudetechnik (Art. 25.7) sehen vor, dass Überstunden innert einer bestimmten Frist (9 bzw. 6 Monate) entweder mit Freizeit gleicher Dauer oder mit einem Lohnzuschlag von 25% auszugleichen sind. Das Wahlrecht steht nach Anhörung des

Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zu. Im GAV Elektro ist nur dann zwingend ein Lohnzuschlag von 25% auszubezahlen, wenn der Zeitsaldo per 31. Dezember über 120 Stunden liegt.

Die Rekurrentin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass ihr die von der Rekursgegnerin angewandte Berechnungsmethode (Vergleich Ist- zu Soll-Zustand) nicht bekannt sei. Sie sei gemäss dem jeweiligen GAV stets davon ausgegangen, dass ihr ein Wahlrecht zustünde.

Die Rekursgegnerin beruft sich ihrerseits auf die von der PLK Elektro und PLK Gebäudetechnikbranche vorgegebene Überstundenlösung für verliehenes Personal (vgl. die beiden auf tempdata publizierten Merkblätter unter http://www.tempdata.ch/Contract.aspx?stellaNumber=300001&versionName=5 http://www.tempdata.ch/Contract.aspx?stellaNumber=305001&versionName=6 → unten unter Dokumente und Links). Dort werde festgehalten, dass die Jahresarbeitszeit im Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe bzw. in der Gebäudetechnikbranche auch für Personalverleihfirmen gelte. Nach Beendigung des Einsatzes müsse ein Ist- und Soll-Vergleich angewandt werden, z.B. Einsatzdauer 10 Wochen: Sollarbeitszeit 10 Wochen x 40 Std. = 400 Std. / Ist-Arbeitszeit 10 Wochen x 47 Std. = 470 Std. Bei diesem Beispiel habe der Arbeitnehmer Anspruch auf einen Überstundenzuschlag von 25% auf 70 Mehrstunden.

b) Die Rekurskommission kommt zum Schluss, dass sich die Rekursgegnerin aus mehreren Gründen nicht auf die erwähnten Merkblätter stützen kann:

- Die Merkblätter, die von der PLK der Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsbranche sowie der PLK der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche ausschliesslich für verliehenes Personal erlassen worden sind, datieren vom 20. Januar 2014. Selbst wenn sie Wirkungen entfalten würden (vgl. dazu sogleich), käme ihnen diese frühestens ab dem Zeitpunkt ihres Erlasses bzw. der Publikation auf tempdata zu. Die Kontrollperiode umfasst vorliegend jedoch einen früheren Zeitraum (1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012). Bereits aus diesem Grund können die Merkblätter vorliegend keine Rückwirkung entfalten.

- Wie Überstunden zu kompensieren sind, wird in Art. 23.4 GAV Elektro und Art. 25.7 GAV Gebäudetechnik definiert. Überstunden gehören zur Arbeitszeit (vgl. Art. 48a Abs. 2 lit. c der Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV; SR 823.111]), weshalb die beiden erwähnten Bestimmungen im Anwendungsbereich des GAV Personalverleihs zu beachten sind. Art. 3 Abs. 1 GAV Personalverleih verweist insofern explizit auf „die rechtskräftigen, gesamtarbeitsvertraglich geregelten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen (..) von im Einsatzbetrieb geltenden GAV (..)“. Eine allfällige Sonderlösung für verliehenes Personal im Bereich der Überstunden müsste deshalb direkt in den allgemeinverbindlich erklärten GAV Elektro oder Gebäudetechnik verankert sein. Es geht nicht an, das Wahlrecht des Verleihers bei der Kompensation von Überstunden über Merkblätter einzuschränken.

- Schliesslich erweist sich der Erlass der Merkblätter auch mit Blick auf Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG; SR 823.11) als unzulässig. Die betreffende Bestimmung bezweckt, dass verliehenes Personal betreffend Lohn und Arbeitszeit weder schlechter noch besser gestellt ist als die Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieben. Die Bestimmung will eine Gleichbehandlung sicherstellen. Müssten die Verleiher im Anwendungsbereich des GAV Elektro und Gebäudetechnik aber Überstunden nach einem Ist-/Soll-Vergleich stets mit einem Lohnzuschlag ausrichten, würde dem verliehenen Personal die Möglichkeit genommen, Überstunden auch in Freizeit zu kompensieren, was bei temporären Arbeitsverhältnissen nicht ausgeschlossen ist. Insofern kann der Auffassung der Rekursgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2014 (vgl. S. 2) nicht gefolgt werden.

Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Überstundenkompensation im Anwendungsbereich der beiden GAV nach Art. 23.4 (GAV Elektro) bzw. nach Art. 25.7 (GAV Gebäudetechnik) beurteilt. Ob insoweit Verstösse auszumachen sind, ist deshalb anhand dieser Rechtsgrundlagen zu beurteilen. Die beiden Merkblätter der PLK der Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installations-branche sowie der PLK der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche sind vorliegend aus den erwähnten Gründen unbeachtlich.

c) Die Rekursgegnerin hat bei C. 102.75, bei D. insgesamt 243 und bei V. 28.75 Überstunden festgestellt. Diese Zahlen werden von der Rekurrentin nicht in Frage gestellt. Sie bringt aber vor, diese Überstunden seien bewusst nicht mit einem Zuschlag von 25% ausbezahlt worden, weil sie von einem Wahlrecht ausgegangen sei. Implizit bringt die Rekurrentin damit vor, dass die drei Mitarbeiter die betreffenden Überstunden mit Freizeit kompensiert hätten.

Die Rekurskommission hat die Rekurrentin deshalb mit Schreiben vom 5. März 2014 aufgefordert, diesen Beweis mittels Unterlagen (Einsatzrapporte etc.) zu erbringen.

d) Aus den am 17. März 2014 eingereichten Dokumenten geht hervor, dass abzüglich der Feiertage, die auf den Stundenlisten rot markiert sind:

- bei C. total 104 Stunden (= 13 Tage à 8 Stunden),
- bei D. 312 Stunden (= 39 Tage à 8 Stunden) und
- bei V. 40 Stunden (= 5 Tage à 8 Stunden)

in Freizeit kompensiert worden sind. Die Kompensationstage sind auf den Stundenlisten orange markiert. Bei C. ergeben sich die 13 Freitage unter anderem aufgrund der arbeitsfreien Woche 46. Bei D. sind die 39 Tage auf die arbeitsfreien Wochen 21 – 25 zurückzuführen.

Somit hat die Rekurrentin nachgewiesen, dass die von der Rekursgegnerin berechneten Überstunden bei C. (102.75 Stunden), bei D. (243 Stunden) und bei V. (28.75 Stunden) in Freizeit abgegolten worden sind. Daraus folgt, dass die festgestellten Verfehlungen bei den Lohnzuschlägen von C. (CHF 654.52; vgl. Ziffer 2.3.4 des Entscheids), bei D. (CHF 1‘498.89; vgl. Ziffer 2.3.5 des Entscheids) und bei V. (CHF 167.90 vgl. Ziffer 2.3.7 des Entscheids) zu korrigieren sind. Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 20. Dezember 2013 reduziert sich somit im Umfang der genannten Beträge (total: CHF 2‘321.30).

4. Sanktion

a) Art. 20 Abs. 2 AVG stellt klar, dass das im allgemeinverbindlich erklärten GAV zur Kontrolle vorgesehene paritätische Organ dem fehlbaren Verleiher bei nicht geringfügigen Verstössen eine Konventionalstrafe und/oder die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen kann.

Die Regelung im Anhang des zum Zeitpunkt des Entscheids der Rekursgegnerin geltenden Reglements PVP, wonach bei jeder Abweichung zum Referenzlohn eine Konventionalstrafe ausgesprochen werden darf – abgestuft nach der prozentualen Abweichung zum Referenzlohn (< 2.5% / 2.5 bis 6% / > 6%) – verstösst deshalb in dieser Fassung gegen Art. 20 Abs. 2 AVG.

b) Die Rekursgegnerin hat die geldwerten Verfehlungen vorliegend auf insgesamt CHF 2‘854.65 festgelegt. Unter Berücksichtigung der erwähnten Korrekturen bei den Lohnzuschlägen (vgl. Ziffer 3 lit. d) resultiert ein Betrag von neu *CHF 533.35*.

Wird diese Summe ins Verhältnis zur kontrollierten Lohnsumme von CHF 484‘647.15 gesetzt, resultiert ein Wert von *0.11%*. Die Abweichung der effektiv ausbezahlten Löhne zu den Referenzlöhnen ist somit sehr klein. Zwar regeln weder das AVG noch die AVV, wann noch von geringfügigen Verstössen gesprochen werden kann. Im Falle der hier vorenthaltenen Leistungen von insgesamt CHF 533.35 oder 0.11% der kontrollierten Lohnsumme ist zweifellos von einem geringfügigen Verstoss auszugehen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens spielt auch der Umstand keine Rolle, dass die Vollzugsorgane des GAV Personalverleih während der Übergangsfrist von 3 Monaten ab Inkrafttreten keine Sanktionen aussprechen dürfen (vgl. Art. 4 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih vom 13. Dezember 2011).

c) Somit steht fest, dass der Rekurrentin im Lichte von Art. 20 Abs. 2 AVG keine Konventionalstrafe im Umfang von CHF 801.45 hätte auferlegt werden dürfen. Ziffer 4.3 des Kontrollentscheids ist demzufolge ebenfalls aufzuheben.

Aufgrund des leichten Verschuldens und einer aktiven Kooperation wurden der Rekurrentin folgerichtig keine Kontrollkosten übertragen (vgl. Ziffer 4.4 des Kontrollentscheids).

5. Fazit

Aufgrund der oben gemachten Ausführungen ist der Rekurs teilweise gutzuheissen.

Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 20. Dezember 2013 wird – soweit die Nachzahlungspflicht für C. von CHF 654.50, D. von CHF 1‘498.90 und V. von CHF 167.90 (Ziffer 4.1 des Entscheids) und die Konventionalstrafe (Ziffer 4.3 Entscheids) betreffend – aufgehoben. Die Nachzahlungspflicht im Umfang von CHF 57.40 bei D. und CHF 316.90 bei K. bleibt demgegenüber bestehen.

Die Kosten dieses Verfahrens sind vom PVP zu tragen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Auf den Rekurs vom 20. Januar 2014 wird eingetreten.
2. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen.
3. Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 20. Dezember 2013 wird – soweit die Nachzahlungspflicht für C. von CHF 654.50, D. von CHF 1‘498.90 und V. von CHF 167.90 (Ziffer 4.1) und die Konventionalstrafe (Ziffer 4.3) betreffend – aufgehoben. Die Nachzahlungspflicht im Umfang von CHF 57.40 bei D. und CHF 316.90 bei K. bleibt bestehen.

4. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih genommen.

Dübendorf, 24. Juni 2014

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih:

Arie Joehro, Präsident

Mathias Regotz, Vizepräsident

tempservice

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services

---

Affaire Nr. 63/2015

Participants: Mathias Regotz, SYNA (Président)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vice-Président)
Philip Thomas, UNIA (Membre)
Christof Burkard, Employés Suisse (Membre suppléant permanent)
Boris Eicher, swissstaffing (Greffier)

Décision du 16 décembre 2015

Dans l'Affaire

X — Recourante

contre

l'Association paritaire exécution, formation continue et
fondation de prévoyance sociale pour la location de services (AFPL)

représentée par
la Commission paritaire professionnelle régionale pour
la suisse-romande (CPRR)
c/o UNIA Fribourg
Route des Arsenaux 15
CP 230
1705 Fribourg — Intimée

Concernant le

Recours du 17 juillet 2015 contre la décision de la CPRR du 3 juillet 2015 concernant le contrôle du 23 février 2015

tempservice

Etat de fait :

1. En date du 23 février 2015, Monsieur L. a mené, sur mandat de l'Intimée un contrôle auprès de la succursale de la Recourante. à Fribourg. Le rapport de contrôle qui en résulte concerne la période du 1er février 2014 au 31 janvier 2015. Pendant cette période, 25 dossiers d'employés ont été prélevés.

2. Le rapport a mis en évidence les points suivants à rectifier :

   - *Art. 12 : heures supplémentaires non payées*
   - *Art. 13 : provision vacances non versée*
   - *Art. 14 : provision jours fériés non versée*
   - *Art. 18 : provision 13ème salaire non versée*
   - *Art. 20 : salaire minimum non respecté*

3. En date du 4 mars 2015, l'Intimée a requis de la Recourante qu'elle procède à certaines corrections suite au contrôle du 23 février 2015.

4. Par courrier du 2 avril 2015, la Recourante a fait part de ses remarques concernant les correctifs et a indiqué les correctifs qui avaient été effectués.

5. Par décision du 22 juin 2015, l'Intimée, se fondant sur les art. 37 et 38 de la CCT Location de services (ci-après : CCTL), a infligé à la Recourante une peine conventionnelle de CHF 1'094.- et a mis à sa charge 75 % des frais de contrôle, soit un montant de CHF 2'332.80.

6. Par décision du 3 juillet 2015, qui annule et remplace celle du 22 juin 2015, l'Intimée a infligé à la Recourante une peine conventionnelle de CHF 760.- et a mis à sa charge 75 % des frais de contrôle, soit un montant de CHF 2'332.80.

7. En date du 17 juillet 2015, la Recourante a interjeté recours contre la décision du 3 juillet 2015 de l'Intimée.

8. Dans sa motivation, la Recourante conteste les manquements relatifs aux heures supplémentaires non payées ainsi qu'au salaire minimum non respecté. La Recourante conteste en particulier le fait que les quatre collaborateurs concernés soient soumis à la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication, dans la mesure où ils n'effectuaient aucuns travaux d'électricité. Elle s'étonne à ce propos que la décision du 22 juin 2015 allait dans ce sens, contrairement à

celle du 3 juillet 2015. Enfin, elle juge la peine conventionnelle et la participation aux frais de contrôle injustifiées et conclut à l'annulation de la décision.

9. Le 7 septembre 2015, l'Intimée a fait parvenir à la Commission de recours sa prise de position. Elle conteste les griefs invoqués par la Recourante. Concernant les heures supplémentaires, elle indique que l'art. 12 CCTL exclut par son silence la compensation après la 46ème heure et que, s'agissant du salaire minimum, les quatre collaborateurs concernés doivent être soumis à la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication, s'appuyant sur une prise de position de la CPN électricité et télécommunication. Elle précise que l'étendue des frais de contrôle ont été calculés selon le barème prévu par la SPKA, et qu'elle ne correspond pas à l'entier des frais supportés. Enfin, elle argue que la peine conventionnelle se justifie de par les infractions commises, qu'elle qualifie de graves. Elle se rapporte au modèle prévu par la SPKA pour ce qui est des modalités de calcul de la peine conventionnelle.

tempservice

Considérant :

I. A la forme

1. La décision du 3 juillet 2015 de l'Intimée a été notifiée le 6 juillet 2015 à la Recourante, qui a interjeté recours en date du 17 juillet 2015. Les décisions de la CPRR sont soumises à la CCTL ainsi qu'au règlement de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services (ci-après : AFPL).

   En vertu de l'art. 32 al. 2 du règlement de l'AFPL, les décisions de la CPRR peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours dans les 30 jours à compter de leur notification.

   Interjeté en temps utile devant la Commission de recours compétente, le recours de la Recourante est recevable.

2. La Recourante est, en tant que destinataire de la décision du 3 juillet 2015, légitimée à recourir.

3. Partant, il sera entré en matière sur le présent recours.

II. Au fond

1. a) Selon l'art. 39 al. 2 CCTL, la Commission de recours examine et tranche les recours des intéressés dirigés contre la SPKA et la RPKA et portant sur les décisions d'assujettissement, les décisions de constatation, les peines conventionnelles prononcées, les décisions découlant des contrôles, notamment sur la prise en charge des frais de contrôle, les décisions concernant les demandes de soutien de la formation et les décisions concernant les demandes de soutien de mesures relevant de la protection de la santé et de la sécurité au travail.

L'art. 35 CCTL prévoit que la Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) et les commissions paritaires professionnelles régionales (RPKA) peuvent ordonner et faire aboutir des contrôles de gestion visant à vérifier le respect de la CCTL, soit ses dispositions concernant la durée du travail et les salaires, les prestations minimales dues par l'assurance d'indemnité journalière maladie ainsi que le versement des contributions dues au fonds paritaire d'application, de formation et social. La Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) assure la coordination.

Selon l'art. 36 CCTL, les contrôles de gestion seront exécutés sur mandat de la commission paritaire (SPKA/RPKA) par des entreprises/institutions mandatées et spécialisées en la matière (art. 36 CCTL).

b) Conformément aux articles énoncés ci-dessus, l'Intimée avait bel et bien la compétence de procéder à un contrôle de la Recourante et de confier à Monsieur Lecouvé le soin de rédiger un rapport de contrôle pour la période du 1er février 2014 au 31 janvier 2015.

2. La Recourante remet en cause dans son recours les manquements en lien avec le paiement des heures de travail supplémentaires du collaborateur n° 27734, ainsi qu'avec le non-respect du salaire minimum prévu par la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication pour les collaborateurs n° 27512, 27683, 27667 et 27556. Elle conteste également la peine conventionnelle et la répartition des frais de contrôle.

   Par conséquent, le bien-fondé des autres points de la décision de l'Intimée du 3 juillet 2015 mettant en lumière les autres manquements de la Recourante ne seront pas analysés dans le cadre de la présente décision, ces manquements étant considérés comme admis par la Recourante, qui ne les a pas contestés dans le cadre de son recours.

3. La Recourante conteste tout d'abord la décision de l'Intimée s'agissant du paiement des heures de travail supplémentaires du collaborateur n° 27734 pour un montant de CHF 129.75. Elle invoque le fait que ces heures ont été intégralement compensées par un congé de même durée en semaine et, dans la mesure où la compensation en temps libre est sans autre possible, elle conclut qu'aucun correctif n'est à apporter.

L'Intimée soutient que l'art. 12 CCTL exclut par son silence la compensation après la 46ème heure et autorise uniquement le paiement du travail supplémentaire dans ces cas. En tenant compte du travail anticipé, un solde de 5 heures reste à payer pour la semaine 51 selon elle, puisque le travailleur a effectué 55 heures.

a) Selon l'art. 12 al. 1 CCTL, « *le temps de travail normal est de 42 heures par semaine. De la 43e à la 45e heure hebdomadaire, il s'agit d'heures supplémentaires à payer sans supplément ou à compenser à 1:1* ». L'art. 12 al. 2 CCT dispose que, « *de la 10e au maximum à la 12e heure de travail quotidienne, et de la 46e au maximum à la 50e heure hebdomadaire, il s'agit de travail supplémentaire devant être rémunéré, les jours de semaine, avec un supplément de salaire de 25%, et les dimanches avec un supplément de 50%. Demeurent réservées les dispositions de la loi fédérale sur le travail (RS 822.11) et de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)* ».

Selon l'art. 13 al. 2 de la Loi sur le travail (LTr), « *le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée.* »

S'agissant du travail anticipé, la majoration pour heures supplémentaires en cas de dépassement de la durée maximale de la journée de travail fixée par contrat à neuf heures n'est pas due si ces heures supplémentaires constituent du temps anticipé. Il n'est pas dû non plus de supplément, pour le temps à récupérer imputable aux travailleurs/euses (FAQ CCT Locations de services, ch. 3.2; http://www.tempservice.ch/tempservice/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=118286).

b) In casu, la Recourante invoque précisément l'art. 13 al. 2 LTr pour justifier le fait que les heures de travail supplémentaire ont été intégralement compensées par un congé de même durée en semaine et conclure, dans la mesure où la compensation en temps libre est sans autre possible, qu'aucun correctif n'est à apporter.

De son côté, l'Intimée justifie le paiement obligatoire des heures de travail supplémentaire en se référant à l'art. 12 CCTL qui, d'après elle, exclut par son silence la compensation après la 46ème heure et autorise uniquement le paiement du travail supplémentaire dans ces cas.

A cet égard, force est pourtant de constater que l'Intimée a effectivement pris en compte le travail anticipé pour les heures effectuées entre la 46ème et la 50ème heure suite aux justifications produites par la Recourante et que, finalement, elle ne réclame que le paiement des heures effectuées au-delà de la 50ème heure.

Or, l'art. 12 CCTL règle exclusivement le travail supplémentaire hebdomadaire compris entre la 46ème et la 50ème heure. Aussi, toute heure effectuée au-delà de la 50ème heure est régie directement par les dispositions de la LTr, conformément à l'art. 41 CCTL. L'art. 13 al. 2 LTr prévoyant expressément la possibilité de convenir de compenser le travail supplémentaire par un congé de même durée, c'est à tort que l'Intimée a retenu un manquement de la Recourante sur ce point.

c) Partant, l'existence du manquement est infondée et le grief de la Recourante sur ce point doit être admis.

4. La Recourante conteste ensuite la décision de l'Intimée s'agissant du non-respect du salaire minimum prévu par la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication pour les collaborateurs n° 27512, 27683, 27667 et 27556. Elle réfute en particulier le fait que les quatre collaborateurs concernés soient soumis à la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication, dans la mesure où ils n'effectuaient aucuns travaux d'électricité. Elle s'étonne à ce propos que la décision du 22 juin 2015 allait dans ce sens, contrairement à celle du 3 juillet 2015.

L'Intimée soutient au contraire que ces quatre collaborateurs doivent être soumis à la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication, s'appuyant sur une prise de position de la CPN électricité et télécommunication. Il ressort de cette prise de position que la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication a été déclarée de force obligatoire et que, dès lors, les collaborateurs loués dans une entreprise assujettie à cette CCT y sont également soumis, à l'exception des cas prévus à l'article 3.4.1 CCT.

a) Selon l'art. 3 al. 1 CCTL, la CCTL est également applicable là où une autre convention de travail s'applique pour une entreprise locataire de services. Le cas échéant elle reprend, à l'exclusion de ses propres dispositions, les dispositions concernant le salaire et le temps de travail visées à l'art. 20 LSE (RS 823.11) et à l'art. 48a OSE (RS 823.111) des CCT en vigueur dans l'entreprise locataire de

services qui font l'objet d'une décision d'extension, ou qui représentent, en tant que réglementations sans extension, des conventions entre partenaires sociaux, selon listes annexe 1, ainsi que d'éventuelles dispositions relatives à la retraite-vieillesse flexible selon l'art. 20 LSE.

Selon l'art. 3.3.1 de la CCT de la branche suisse de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication, « *la CCT s'applique, quelle que soit la nature de leur travail et de leur rémunération, à tous les travailleurs et travailleuses (désignés ci-après par travailleurs) exerçant leur activité dans une entreprise que l'employeur a soumise à la CCT* ».

Selon l'art. 3.3.2 de la CCT de la branche, « lorsqu'un employeur soumis à la CCT ou à la DFO emploie du personnel d'une société de placement ou de location de services selon la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; dispositions minimales, voir annexe 9 à la CCT), les dispositions mentionnées ci-après sont applicables aux sociétés de location de services: art. 23.1 et 2; art. 24.2, 3, 4 et 5; art. 27; art. 29.1 et 2; art. 30; art. 32; art. 37; art. 38; art. 39; art. 40; art. 41.1; art. 46; art. 48; art. 49; voir annexe 9 CCT ».

D'après l'art. 3.4.1 de la CCT de la branche, ne sont pas soumis à la CCT (exception faite des membres des syndicats Unia et Syna):

a) le propriétaire de l'entreprise et les membres de sa famille en vertu de l'art. 4, al. 1er, LTr;

b) les cadres, dans la mesure où ils ont du personnel sous leurs ordres;

c) les travailleurs qui accomplissent principalement des tâches administratives, telles que correspondance, calcul des salaires, comptabilité, service du personnel, ou travaillent dans des commerces;

d) les travailleurs occupés principalement à la planification, à l'élaboration de projets, au calcul et à l'établissement d'offres;

e) les apprentis.

Selon l'annexe 8.2 lit. e) de la CCT de la branche, le salaire horaire minimum pour les collaborateurs sans titre professionnel de la branche et sans expérience professionnelle est de CHF 20.98.

b) In casu, la Recourante soutient que la CCT de la branche réglemente uniquement les activités liées à l'installation électrique et de télécommunication et que, dans la mesure où les travailleurs loués effectuaient uniquement de la manutention, ils ne seraient pas soumis à cette CCT. Cette position ne saurait toutefois être suivie.

En effet, l'art. 3 al. 1 CCTL et la prise de position de la CPN électricité et télécommunication sont sans équivoque sur le fait que la CCTL reprend, à l'exclusion de ses propres dispositions, les dispositions concernant le salaire et le temps de travail des CCT en vigueur dans l'entreprise locataire de services qui font l'objet d'une décision d'extension.

Le critère déterminant est ainsi l'assujettissement de l'entreprise locataire à la CCT de la branche, et non les diverses activités menées par les travailleurs loués dans le cadre de leur mission. Ce critère est rempli en l'espèce, ce que la Recourante ne conteste pas, de sorte que les dispositions sur les salaires minimaux de la CCT de l'installation électrique et de la télécommunication doivent s'appliquer, puisque les travailleurs loués ne font pas partie des exceptions prévues à l'art. 3.4.1 de cette CCT.

c) Partant, l'existence du manquement est avérée et que le grief de la Recourante sur ce point est infondé.

5. La Recourante invoque enfin implicitement la violation de l'art. 20 LSE et de l'art. 38 al. 4 CCTL, lorsqu'elle considère que la peine conventionnelle prononcée et la mise à sa charge des frais de contrôle sont injustifiées, dans la mesure où les corrections requises ont immédiatement été effectuées et que les autres points non corrigés sont contestés à juste titre.

a) Selon l'article 20 alinéa 2 de la loi sur le service de l'emploi (LSE, RS 823.11), la Commission paritaire de contrôle prévue par la convention collective de travail étendue est habilitée à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, elle doit en informer l'office cantonal du travail et peut (let. a) infliger au bailleur de services une peine prévue par la convention collective de travail et (let. b) imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle.

Ni la LSE, ni son ordonnance d'application (OSE, RS 823.111), ne prévoient la possibilité pour une Commission paritaire de contrôle prévue par une convention collective de travail étendue d'agir en cas de manquement léger. En effet, les

versions allemande et italienne reflètent clairement l'intention du législateur : les commissions paritaires en charge du contrôle de l'application de la CCT étendue ne peuvent mettre à la charge d'une entreprise les frais de contrôle ainsi que prononcer une amende conventionnelle que s'il ne s'agit pas d'une infraction légère « Bei nicht geringfügigen Verstössen"; « Se accerta infrazioni che non siano di lieve entità". Le texte français, qui prévoit une amende « en cas d'infraction grave » diffère ici du texte italien et allemand, étant donné qu'il restreint la compétence des commissions paritaires uniquement aux cas grave.

Le principe de l'égalité des trois versions des textes législatifs fédéraux est posé à l'art. 14 al. 1 de la loi sur les publications officielles (Lpubl, RS 170.512). Il exerce une influence importante sur l'interprétation de ces textes. Selon la jurisprudence, l'interprète doit déterminer, en cas de non-concordance du texte légal dans les trois langues officielles, celui qui traduit son véritable sens (ATF 117 V 287), soit celui qui correspond le mieux au but de la norme (ATF 115 V 448), soit celui qui exprime au plus près la volonté de l'auteur (ATF 107 Ia 261).

Les versions italienne et allemande recouvrent les mêmes notions ; de sorte que ce sont leur version qu'il convient de faire primer, c'est-à-dire que les commissions paritaires peuvent également mettre à la charge du bailleur de services contrôlés les frais de contrôle lorsque ceux-ci mettent en lumière non seulement des infractions graves, mais également des infractions de gravité moyenne.

Afin de juger de la proportionnalité de la peine prononcée, il convient dès lors d'analyser si les manquements retenus par l'Intimée sont qualifiables d'infraction légère ou pas. Pour ce faire, il convient de calculer l'écart de salaire mis en rapport avec la masse salariale contrôlée, en pourcentage, conformément à l'annexe au règlement de l'AFPL, qui prévoit que cette part doit s'élever à au moins 3% de la masse salariale contrôlée, et que si le pourcentage est inférieur à 3%, ces cas doivent être considérés comme des infractions mineures au sens de l'art. 20 al. 2 LSE.

b) En l'espèce, l'Intimée a infligé à la Recourante une peine conventionnelle de CHF 760.- et mis à sa charge 75 % des frais de contrôle, soit un montant de CHF 2'332.80. Toutefois, elle n'a pas produit le détail du calcul.

A cet égard, la Commission relève que les manquements non contestés, et donc admis, par la Recourante concernent la provision vacances non versée (CHF 34.65), la provision jours fériés non versée (CHF 14.40) et la provision 13ème

salaire non versée (CHF 38.75).Le total afférent aux manquements admis s'élève donc à CHF 87.80.

A ce chiffre s'ajoutent les montants devant être reconnus par la présente décision pour le manquement relatif au non-respect du salaire minimum pour les collaborateurs n° 27512, 27683, 27667 et 27556, à savoir CHF 514.66, CHF 14.87, CHF 100.92 et CHF 0.-.

Au total, c'est ainsi un montant total de CHF 718.25 qui doit être retenu pour les manquements pécuniaires.

Lorsque ce montant est mis en rapport avec la masse salariale contrôlée communiquée par l'Intimée de CHF 190'424.75, on obtient une valeur de 0.38 %. L'écart par rapport au salaire de référence est ainsi bien en dessous des 3 %.

c) Par conséquent, c'est à tort que l'Intimée a fait participer cette dernière aux frais de contrôle, ces manquements s'élevant à un pourcentage de seulement 0,38 % lorsqu'ils sont mis en rapport avec la masse salariale contrôlée.

Partant, ce point est contesté à juste titre par la Recourante, aucune peine conventionnelle ni aucune participation aux frais de se contrôle ne se justifiant du point de vue légal.

6. A la lumière de ce qui précède, le recours sera partiellement admis.

7. Les coûts de cette procédure seront mis à la charge de la caisse de l'AFPL.

La Commission de recours décide:

1. Le recours du 17 juillet 2015 est recevable quant à la forme.
2. Le recours est partiellement admis sur le fond.
3. La décision de l'Intimée du 3 juillet 2015 est annulée dans le sens des considérants.
4. Les frais de procédure sont mis à la charge de l'AFPL.

tempservice

Dübendorf, le 16 décembre 2015

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services :

Mathias Regotz, Président

Decimo Vincenzi, Vice-président

Notifié à :

- Y
- Commission paritaire professionnelle régionale pour la suisse-romande (CPRR), c/o UNIA Fribourg, Route des Arsenaux 15, CP 230, 1705 Fribourg

tempservice
GAV Personalverleih
info@tempservice.ch
www.tempservice.ch

temptraining
Weiterbildung
Stettbachstrasse 10
8600 Dübendorf
Tel. 044 388 95 30
Fax 044 388 95 49

tempcare
Sozialfonds
Römerstrasse 18
8402 Winterthur
Tel. 052 266 02 22
Fax 052 266 02 02

tempcontrol
Vollzug
Weltpoststrasse 20
3000 Bern 15
Tel. 031 350 22 16
Fax 031 350 22 22

tempdata
Datenbank
Weltpoststrasse 20
3000 Bern 15
Tel. 031 350 23 66
Fax 031 350 22 22

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale

---

Incarto n. 2/2015

Partecipanti: Mathias Regotz, SYNA (Presidente)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vicepresidente)
Philip Thomas, UNIA (Membro)
Sandro Pohli, Adecco (Membro)
Christof Burkard, Impiegati Svizzeri (Membro supplente permanente)
Emiliano Bello, swissstaffing (Cancelliere)

Decisione del 21 aprile 2016

nella causa

x — Ricorrente

contro

l'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale (APP)

rappresentata dalla Commissione Paritetica Cantonale per personale a prestito
del Canton Ticino (CPCT)
c/o unia
Weltpoststrasse 20
Casella postale 272
3000 Berna 15

Opponente

riguardo al

Ricorso del 19 gennaio 2015 contro la decisione della CPCT del 3 dicembre 2014 inerente al controllo del libro delle paghe del 22 e 23 maggio 2013

Storia del processo e fatti:

1. Il 22 e 23 maggio 2013 l'opponente ha effettuato un controllo del libro delle paghe presso la ricorrente. Il periodo di controllo comprendeva il lasso di tempo dal 1° gennaio 2012 fino al 31 dicembre 2012. In occasione di questo controllo sono stati esaminati a campione 18 rapporti di lavoro.

2. Il 23 aprile 2013 l'opponente ha redatto un rapporto di controllo. Da questo si evincono violazioni negli ambiti del salario minimo, dei supplementi salariali per ore supplementari, della 13a mensilità, dell'assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia nonché della copertura delle ore di lavoro perdute il giorno dell'infortunio.

3. Con lettera del 27 giugno 2013, alla ricorrente è stata data la possibilità di esprimersi riguardo al rapporto di controllo. Il 21 ottobre 2013 questa ha fatto uso di questa possibilità.

4. Con decisione del 3 dicembre 2014 l'opponente ha perseverato nelle constatazioni nel rapporto di controllo e ha esortato la ricorrente, sotto comminazione di una pena convenzionale di CHF 1'000.-, di presentare la polizza assicurativa per l'assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia. Inoltre l'opponente ha richiesto singole documentazioni circa il rispetto dei salari minimi, la copertura di indennità per ore supplementari e di copertura dei giorni d'attesa per l'indennità dell'assicurazione per infortunio caduti di domenica.

5. Contro questa decisione il 19 gennaio 2015 la ricorrente ha fatto ricorso con riferimento alle ferie giudiziarie da tenere in considerazione alla fine dell'anno. Essa presentò le istanze di dichiarare nullo il controllo del libro delle paghe del 22 e 23 maggio 2013 ed eventualmente di cassare la decisione impugnata. Di cassare in via ancora più sussidiaria la decisione impugnata in quanto la polizza assicurativa per l'assicurazione per l'indennità giornaliera in caso di malattia sotto comminazione di una pena convenzionale e la prova dei pagamenti compensativi erano stati richiesti per [redacted]

   La motivazione delle sue istanze sarà affrontata nei considerandi.

6. L'opponente si esprimeva con la memoria del 25 marzo 2015 circa il ricorso presentato e, in analogia, faceva istanza del suo rigetto e della conferma della decisione impugnata e presentava in particolare le istanze, di ordinare alla ricorrente di presentare entro 10 giorni dalla decisione del ricorso: a) la polizza

assicurativa per l'assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia; b) la prova del pagamento compensativo per la copertura del termine di attesa per le indennità giornaliere LAINF di [redacted] Eventualmente si ordini un nuovo controllo per il 2012.

Le argomentazioni dell'opponente saranno anche affrontate nei considerandi.

7. Con lettera del 3 giugno 2015 la ricorrente richiedeva un secondo scambio di memorie, richiesta accolta il 10 giugno 2015. Nell'ambito di questo secondo scambio di memoria, la ricorrente si pronunciava con la memoria del 1° luglio 2015 e l'opponente al ricorso con la memoria del 14 settembre 2015.

   Le relative argomentazioni saranno affrontate nei consideranti nella misura in cui sono essenziali.

Considerandi:

I. Formale

1. La decisione dell'opponente è datata 3 dicembre 2014. Contro queste la ricorrente ha presentato ricorso il 19 gennaio 2015. Nella procedura davanti alla commissione di ricorso vige, in analogia agli art. 145 e 146 del Codice di procedura civile svizzero, una sospensione del termine dal 18 dicembre fino e compreso il 2 gennaio. Di conseguenza la memoria è stata presentata in tempo utile entro il termine di ricorso di 30 giorni ai sensi dell'art. 32 cpv. 2 del regolamento APP.
2. In quanto destinataria della decisione dell'opponente del 3 dicembre 2014 la ricorrente è legittimata al ricorso. Il ricorso è perciò ammissibile.

II. Materiale

1. Secondo l'art. 35 cpv. 1 CCL per il settore del prestito del personale, la Commissione Paritetica Professionale Svizzera per il settore del collocamento

del personale (CPSPP) e le Commissioni Paritetiche Professionali Regionali per il settore del collocamento del personale(CPPR) possono ordinare ed eseguire controlli per il rispetto delle disposizioni del CCL. Inoltre l'art. 36 CCL per il settore del prestito del personale stabilisce che i controlli aziendali su incarico delle Commissioni Paritetiche Professionali per il settore del collocamento del personale (CPSPP/CPPR) possono essere eseguiti da imprese/istituzioni specializzate incaricate. Indi, gli art. 37 segg. CCL per il settore del prestito del personale disciplinano le competenze sanzionatorie della CPSPP e della CPPR.

a) La ricorrente chiede, di dichiarare nulli il controllo del libro delle paghe del 22 e 23 maggio 2013 come anche la decisione impugnata e adduce come motivazione che il controllo non è stato eseguito in modo paritetico, perché eseguito soltanto da rappresentanti dei sindacati. Questo vizio che comporta la nullità è stato già eccepito dalla ricorrente con lettere del 121 ottobre 2013 come anche del 23 luglio 2014, ma l'opponente non si era pronunciata in merito a questo punto. Così facendo essa aveva violato il diritto di audizione, per cui la decisione impugnata deve essere eventualmente cassata anche per questo motivo.

Essenzialmente l'opponente risponde, che in occasione del controllo e anche nel successivo scambio di memorie non è mai stato eccepito che nessuna rappresentanza del datore di lavoro sia stata presente all'esecuzione del controllo. Come si evince dal rapporto di controllo, persino la ricorrente stessa ha escluso l'unico membro di parte del datore di lavoro, che originariamente avrebbe dovuto partecipare al controllo, e preteso che non vi partecipasse. Ma la ricorrente non ha richiesto nessun organo di controllo indipendente dalle parti contrattuali. Il diritto di audizione è stato concesso e la relativa presa di posizione del 21 ottobre 2013 della ricorrente non ha contenuto nessuna avvertenza a tal riguardo. Una lettera del 23 luglio 2014 ha eccepito la cosa, ma era stata presentata in connessione con un'altra procedura di controllo. Nella decisione impugnata è stata considerata ogni obiezione della ricorrente, per cui non si può parlare di violazione del diritto di audizione.

b) Né le disposizioni del CCL per il settore del prestito del personale né le norme da esse derivate negli statuti dell'APP e del regolamento APP prevedono che i gruppi di persone, le imprese o le istituzioni incaricati del controllo e che compilano il rapporto debbano essere composti pariteticamente. L'art. 2 del

regolamento di procedura approvato per il CCL per il settore del prestito del personale parla anche, visto l'art. 32 segg. CCL per il settore del prestito del personale, soltanto di procedura da parte della CPPR e dei suoi membri come anche da parte da ditte di controllo e controllori incaricati, senza specificare la composizione in modo più particolareggiato. L'art. 5 lett. c del medesimo regolamento di procedura dispone persino che i controlli semplici delle imprese possono essere eseguiti dalla segreteria della CPPR, quindi da una persona sola. Di conseguenza è detto complessivamente, che i controlli non devono essere eseguiti né da una collettività della CPPR né da ditte di controllo e controllori composti pariteticamente. Tutto il relativo sistema di norme esige soltanto, che la decisione circa l'impartizione dell'incarico di controllo come anche quella sulle sanzioni - segnatamente le pene convenzionali e l'imposizione dei costi di controllo - devono avvenire sulla base del rapporto di controllo e della presa di posizione dell'impresa interessata dal controllo di un organo composto pariteticamente (cfr. art. 6 cpv. 11 del regolamento di procedura nonché l'art. 32 segg. CCL per il settore del prestito del personale)..

Per il resto, ai sensi dell'art. 6 cpv. 1 LOCCL, la ricorrente sarebbe stata in effetti libera di richiedere, con assunzione delle spese, un organo di controllo indipendente dalle parti contrattuali del CCL per il settore del prestito del personale, vale a dire da tutta l'APP. Secondo questa disposizione i datori di lavoro e i lavoratori, sui quali viene esteso l'ambito di validità del contratto collettivo di lavoro, possono richiedere in qualsiasi momento alle autorità competenti la nomina di un organo di controllo particolare e indipendente dalle parti contrattuali al posto degli organi di controllo previsti nel contratto. Questo però lei lo ha omesso e da quanto detto deve essere constatato, che i controlli delle imprese nell'ambito del CCL per il settore del personale non devono essere eseguiti da istanze di controllo composte pariteticamente, bensì soltanto le decisioni in merito. Di conseguenza in questo punto il ricorso deve essere rigettato.

c) Infine, per quanto concerne la violazione del diritto di audizione fatta valere e in questo contesto l'istanza di cassare la decisione impugnata, la presa di posizione del 21 ottobre 2013, con la quale la ricorrente ha approfittato del diritto di audizione nella presente procedura di controllo, era effettivamente priva di qualsiasi riferimento a una composizione non paritetica e quindi illecita dei controllori. La lettera del 23 luglio 2014 contenente questa censura è stata scritta, come evidente dagli atti, in connessione con un altro controllo aziendale che

annunciato dall'opponente il 22 aprile 2014, era previsto soltanto per il 15 e 16 settembre 2014 e riguardava il periodo di controllo 2013. Poiché la contestazione riguardava quindi un'altra procedura di controllo, l'opponente non doveva esprimersi in merito con la decisione impugnata. In particolare in questo punto la motivazione addotta dalla ricorrente nel secondo scambio di memorie non è giusta, che l'obiezione addotta in un'altra procedura di controllo sarebbe da trasferire sulla presente in quanto nota e da trattare nella relativa decisione. I singoli controlli e le singole procedure hanno ognuno il loro oggetto chiaramente delineato e di conseguenza le obiezioni e le censure si limitano alle relative procedure da trattare separatamente. Di conseguenza non è possibile individuare una violazione del diritto di audizione e quindi la nullità della decisione impugnata e il ricorso è da respingere anche in questo punto.

2. a) L'art. 31 cpv. 6 del regolamento APP prescrive, che nel caso di un ritardo risp. rifiuto di non lieve entità da parte dell'impresa da controllare a consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza al controllo), la CPPR può, dopo adeguata comminatoria, pronunciare una pena convenzionale di al max. CHF 5'000.-, nel caso del rifiuto totale di al max. CHF 50'000.-.

a) La ricorrente richiede in via ancora più sussidiaria che la decisione impugnata deve essere cassata in quanto la polizza assicurativa per l'assicurazione per l'indennità giornaliera in caso di malattia è stata richiesta sotto comminazione di una pena convenzionale. Come motivazione adduce essenzialmente di avere sottoposto all'opponente del ricorso per il controllo degli art. 28 e 29 CCL per il settore del personale a prestito il certificato dell'assicuratore, dal quale risulta, che essa ha stipulato un'assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia. Inoltre, un ulteriore certificato dell'assicuratore del 5 novembre 2014 allegato a causa del ricorso dimostra che in questo contesto sono soddisfatte le condizioni ai sensi del CCL per il settore del personale a prestito. Visto che così il rispetto delle condizioni degli art. 28 e 29 del CCL per il settore del personale a prestito è rispettato e la presentazione della polizza assicurativa non è necessaria per il controllo, l'opponente al ricorso ha violato, con la sua richiesta sotto comminazione di una pena convenzionale, l'art. 31 cpv. 6 del regolamento APP. Così facendo l'opponente ha violato anche il diritto all'audizione, non avendo motivato nella decisione impugnata, perché non fa valere come prova il certificato

dell'assicuratore.

Rispetto a ciò l'opponente fa valere, che dal certificato presentato nell'ambito del controllo si evince soltanto, che una società di nome [redacted] ha stipulato un'assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia e che paga i propri premi. Rilasciato alla medesima società e non alla ricorrente è poi il certificato del 5 novembre 2014 presentato soltanto nella procedura di ricorso, che anche essendo originariamente a conoscenza non avrebbe tuttavia cambiato niente al requisito di consegna della polizza assicurativa. A prescindere dal destinatario sbagliato di entrambi i certificati, anche l'indicazione fatta nel certificato del 5 novembre 2014 dell'assicuratore, che le relative disposizioni del CCL per il settore del prestito del personale sono rispettate, non consente all'opponente del ricorso a liberarsi del suo obbligo di controllo stabilito nel CCL per il settore del prestito del personale. Questo obbligo di controllo non lo può delegare a nessun terzo, neppure affidare anche nel presente caso a nessun assicuratore il compito di controllare il rispetto delle disposizioni del CCL per il settore del prestito del personale. Sulla base dell'art. 17 LC l'opponente è autorizzata a richiedere tutte le documentazioni necessarie per un controllo dell'impresa e la polizza assicurativa è necessaria, perché da un simile certificato generale non si evince il tasso del premio, la cui entità permette soltanto di nuovo il controllo del sostegno dei premi paritetico conforme alla legge. Inoltre dal certificato non si lasciano verificare né il tasso percentuale dell'indennità giornaliera in rapporto alla perdita del salario, al termine di attesa o al diritto all'indennità giornaliera. Inoltre, l'opponente ha, in salvaguardia del diritto all'audizione, addotto proprio questa motivazione nella decisione impugnata, per sostenere la sua richiesta della polizza assicurativa.

b) La motivazione dell'opponente è da accettare in larga misura. La ricorrente stessa ammette il fatto evidente dagli atti, che in occasione del controllo era stato presentato soltanto un certificato riguardo alla stipulazione di un'assicurazione di indennità giornaliera in caso di malattia. Che un tale documento non abbia alcun significato circa il rispetto del CCL per il settore del prestito del personale non deve essere ulteriormente dibattuto. Inoltre il secondo certificato del 5 novembre 2014 non solo non era disponibile in occasione della procedura di controllo, essendo stato presentato soltanto nella procedura di ricorso, ma anche se fosse stato disponibile in tempo utile non avrebbe effettivamente cambiato niente alla posizione motivata dell'opponente.

Anche se il tasso percentuale dell'indennità giornaliera in rapporto alla perdita del salario, il termine di attesa o il diritto all'indennità giornaliera fossero coperti da un certificato generale di un assicuratore riguardo alla conformità dell'assicurazione per l'indennità giornaliera in caso di malattia con il CCL per il settore del prestito del personale, per il loro controllo è indispensabile la polizza assicurativa. L'opponente al ricorso menziona giustamente il tasso del premio, che oltre ad essere per principio sostenuto a metà ciascuno, è anche soggetto a variazioni, a seconda se e quale tempo di differimento è stato stipulato per l'indennità giornaliera in caso di malattia (art. 29 cpv. 2 lett. b CCL per il settore del prestito del personale). In effetti l'assicuratore non è in grado di dichiarare rispettati a seconda del tipo della polizza assicurativa gli effetti materiali variabili delle condizioni del CCL per il settore del prestito del personale. Inoltre l'opponente al ricorso menziona a giusto titolo che, anche se così fosse, lei non può delegare il suo obbligo di controllo stabilito nel CCL per il settore del prestito del personale - cfr. in particolare l'art. 33 del CCL per il settore del prestito del personale - e di dovere eseguire di persona il controllo del rispetto della relativa disposizione.

In considerazione di quanto detto, può essere lasciato in sospeso quale importanza abbia che i due certificati presentati dell'assicuratore non siano emessi a nome della ricorrente bensì, secondo l'indice centrale delle ditte, a nome di un'altra società con la ditta «[redacted]». Se in questo contesto si debba imperativamente partire da una stipulazione di assicurazione comprendente tutte le filiali della Holding comprese le succursali come adduce la ricorrente nel secondo scambio di memorie, può rimanere in sospeso, poiché anche se ciò fosse il caso o i certificati avessero indicato esattamente la ricorrente come destinataria, questo non avrebbe cambiato nulla al fatto che i certificati non hanno nessuna idoneità probatoria per il fatto da controllare da parte dell'opponente al ricorso.

All'altro argomento della ricorrente, che un certificato dell'assicuratore circa il rispetto delle condizioni del CCL per il settore del prestito del personale venga accettato come documento sufficiente dalla CPRR - la Commissione Paritetica Regionale della Romandia per il settore del prestito del personale - per il controllo dell'assicurazione per l'indennità giornaliera in caso di malattia, si deve dapprima rispondere, che questa circostanza non è stata provata. L'e-mail del 26 aprile 2013 presentata come prova in merito a ciò nell'ambito del secondo scambio di

memorie prova soltanto che alla CPRR è stato inviato un tale certificato, ma non che questo è stato infine anche accettato. Per il resto, una tale pratica della CPRR, anche se dovesse effettivamente esistere, dovrebbe essere qualificata secondo le argomentazioni di cui sopra come erronea e illegale.

Cosa infine concerne la violazione del diritto di audizione, nella decisione impugnata l'opponente ha motivato come evidente dagli atti, perché il certificato dell'assicuratore è insufficiente. Con questa censura la ricorrente non deve essere ascoltata.

c) Dopo quanto detto, la polizza assicurativa sull'assicurazione per l'indennità giornaliera in caso di malattia dimostra di essere un documento necessario per il controllo ai sensi dell'art. 17 LC e dell'art. 31 cpv. 6 del regolamento APP. Di conseguenza l'opponente ha richiesto a giusto titolo la polizza sotto comminazione di una pena convenzionale dopo che la ricorrente aveva già rifiutato la consegna con la presa di posizione del 21 ottobre 2013. In questo punto il ricorso deve essere respinto.

Per mancanza di interesse degno di tutela giuridica non è da entrare in merito all'istanza dell'opponente di ordinare alla ricorrente di presentare la polizza assicurativa entro 10 giorni. L'opponente al ricorso ha comminato alla ricorrente, in conformità all'art. 31 cpv. 6 del regolamento APP una pena convenzionale di CHF 1'000.-, se entro 30 giorni dal passaggio in giudicato della decisione impugnata non viene presentata la polizza assicurativa. Conformemente a ciò ha già creato i presupposti per ricorrere allo strumento previsto dal regolamento per imporre l'edizione dei documenti necessari al controllo e per sanzionare l'ulteriore caso di omissione 30 giorni dopo la notifica della decisione del ricorso.

3. In via ancora più sussidiaria la ricorrente fa istanza di annullare la decisione impugnata per quanto è stata richiesta la prova di pagamenti compensativi per [redacted] La copertura del periodo di carenza per le indennità giornaliere LAINF ai sensi dell'art. 324 cpv. 3 CO non è dovuta se, come nel presente caso, il periodo di carenza cade su un sabato e una domenica poiché, in particolare per gli impiegati a salario orario, in questi giorni non sorge nessun salario da essere coperto anche solo in parte.

L'opponente fa invece istanza, che la ricorrente sia obbligata a fornire la prova del pagamento compensativo per la copertura del periodo di carenza per le indennità giornaliere di [redacted]. Come motivazione rimanda tra l'altro al metodo di calcolo dell'indennità giornaliera della SUVA, secondo il quale il salario annuo medio accertato viene diviso per 365 giorni invece che per i 260 giorni lavorativi da fornire effettivamente ogni anno e poi di questo importo l'80% verrebbe pagato per ogni giorno civile, dunque anche per il sabato e la domenica.

Sulle argomentazioni delle parti si entra qui di seguito singolarmente soltanto se importanti.

a) Secondo l'art. 35 CCL PP le Commissioni Professionali Paritetiche Regionali (CPPR) per il settore del prestito del personale possono eseguire controlli delle imprese, nella misura in cui sono interessate le disposizioni del CCL PP (vedi anche art. 2 del regolamento APP). Da ciò consegue, che la relativa competenza sanzionatoria delle CPPR è limitata al rispetto di norme, che si riflettono immediatamente e in modo specifico soltanto nel CCL per il settore del prestito del personale.

Tramite il rimando dell'art. 41 CCL PP vigono, nella misura in cui nel CCL PP stesso non si può trovare alcuna disposizione, anche altre basi giuridiche, come ad esempio il Codice delle obbligazioni (CO, RS 220), la Legge sul lavoro (LL, RS 822.11) o la Legge sul collocamento (LC, RS 823.11), tuttavia la competenza sanzionatoria delle CPPR non si estende al rispetto delle norme di queste leggi, visto che queste presentano ognuna i propri meccanismi di attuazione cogenti. Le leggi menzionate nell'art. 41 CCL PP (CO, LL, LOCCL, LC) rappresentano comunque già diritto vigente e trovano applicazione indipendentemente da una menzione nell'art. 41 CCL PP. La competenza sanzionatoria delle CPPR è dunque limitata al progresso in confronto alla situazione esistente o, in altre parole, al «valore aggiunto normativo» inerente al CCL PP in confronto all'ordine giuridico esistente.

b) La copertura del termine di attesa delle indennità giornaliere LAINF da parte del datore di lavoro è disciplinato nell'art. 324b cpv. 3 CO e non nel CCL PP. Riguardo all'infortunio nel CCL PP si trova soltanto l'art. 30, che recita come segue:

«Durante l'impiego i lavoratori devono essere assicurati presso la SUVA contro gli infortuni professionali. L'assicurazione comincia con l'inizio dell'attività e termina con l'ultimo giorno di lavoro. Gli infortuni extra-professionali sono coperti ai sensi delle disposizioni della SUVA. Nella misura in cui nel caso di pericoli e rischi eccezionali ai sensi degli art. 49 e 50 dell'Ordinanza sull'assicurazione contro gli infortuni (OAINF) le prestazioni per gli infortuni extra professionali sono rifiutate o ridotte dalla SUVA, non sussiste nessun obbligo di pagamento dello stipendio del datore di lavoro ai sensi dell'art. 324a risp. 324b CO.»

La competenza sanzionatoria delle CPPR in connessione con l'art. 30 CCL PP si estende soltanto ai punti ivi contenuti. Vale a dire, è possibile verificare se esiste un'assicurazione presso la SUVA ai sensi dell'art. 30 CCL PP, e ancora il caso speciale della decadenza dell'obbligo di pagamento continuato del salario in caso di riduzione o rifiuto della prestazione in connessione con pericoli e rischi eccezionali per gli infortuni extra professionali. La domanda se lo stipendio dovuto durante il periodo di carenza ai sensi dell'art. 324 cpv. 3 CO viene pagato, non riguarda invece l'art. 30 CCL PP, ma rappresenta soltanto un diritto civile risp. obbligazionario. Perciò, in questo punto alla CPPR non spetta alcuna ulteriore competenza sanzionatoria. Per l'attuazione della loro richiesta i lavoratori devono essere rimandati al tribunale civile, che riguardo a questo diritto rappresenta il proprio meccanismo di attuazione cogente.

La CPSPP ha osservato, precisando per il caso dell'omissione della copertura del termine di attesa per le indennità giornaliere ai sensi dell'art. 324b cpv. 3 CO, che la competenza di controllo è da approvare e da unire alla competenza di raccomandare i pagamenti compensativi. Vale a dire il fatto può – eventualmente anche come presunzione - essere constatato e registrato nel rapporto e il pagamento compensativo può essere consigliato, rammentando che i lavoratori interessati nel caso di mancato pagamento, verrebbero informati circa i loro possibili diritti. Non sussiste nessuna competenza obbligatoria vincolante risp. competenza di esigere la prova di pagamenti compensativi o persino competenza sanzionatoria. Le mancanze in questo ambito non possono avere né efficacia penale secondo il calcolatore delle pene convenzionali né portare a pene convenzionali in seguito a renitenza del controllo in connessione con l'art. 38 cpv. 3 CCL PP in combinato disposto con l'art. 31 cpv. 7 regolamento APP (prova dei pagamenti compensativi).

Seguendo queste spiegazioni, riguardo al rispetto dell'art. 324b cpv. 3 CO la competenza di obbligazione e sanzionamento dell'opponente è da negare,

indipendentemente dal fatto che il diritto sussista o no nel caso che i giorni d'attesa cadano su sabato e domenica. Ne segue che la CPCT non era autorizzata a esigere la prova dei relativi pagamenti compensatori. Pertanto il ricorso è da accogliere in questo punto e la cifra 2 della decisione impugnata è da annullare.

Per concludere deve essere constatato, che le CPPR sono autorizzate ai sensi del principio sopra indicato, a inserire nel rapporto di controllo anche mancanze in settori non sanzionabili, come nel presente caso la copertura del termine di carenza delle indennità giornaliere LAINF, e a raccomandare i relativi pagamenti compensatori nonché a informare i lavoratori interessati circa i loro possibili diritti.

c) Per lo stesso motivo, segnatamente per la mancanza di competenza di obbligazione e sanzionatoria anche della commissione di ricorso, non è da entrare in merito alla richiesta in questo contesto dell'opponente, di ordinare alla ricorrente di fornire la prova del pagamento compensativo per la copertura del tempo di attesa per indennità giornaliere LAINF di [redacted].

4. Riassumendo il ricorso è da respingere riguardo alla necessità di una composizione paritetica dell'organo di controllo, a una nullità della decisione impugnata in seguito a violazione del diritto di audizione come anche alla necessità di consegna della polizza assicurativa dell'assicurazione per l'indennità giornaliera in caso di malattia. Non è da entrare in merito per mancanza di interesse degno di tutela giuridica alle istanze dell'opponente, di ordinare alla ricorrente di presentare la polizza assicurativa .

Deve essere invece accolto il ricorso riguardo alla prova del pagamento dei pagamenti compensativi per la copertura del termine di attesa delle indennità giornaliere LAINF di [redacted] per mancanza di competenza obbligatoria e sanzionatoria e cassata in conformità la cifra 2 della decisione della CPCT del 3 dicembre 2014. Per lo stesso motivo non è da entrare in merito all'istanza dell'opponente, di ordinare alla ricorrente di fornire la prova del pagamento compensativo per la copertura del termine di attesa per le indennità giornaliere LAINF di [redacted]

5. I costi della procedura sono a carico della cassa dell'APP.

La commissione di ricorso decide:

1. Il ricorso del 19 gennaio 2015 è ammissibile.
2. Il ricorso è parzialmente accolto ai sensi dei considerandi. La cifra 2 della decisione della CPCT del 3 dicembre 2014 è annullata.
3. Non si entra in merito alle istanze della CPCT ai sensi dei considerandi.
4. I costi della procedura sono a carico della cassa dell'APP.

Dübendorf, 9 maggio 2016

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale:

Mathias Regotz, Presidente

Decimo Vincenzi, Vicepresidente

da notificare a:

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale

---

Incarto n. 61/2016

Ordinanza presidiale del 10 agosto 2016

nella causa

x — Ricorrente

contro

l'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale (APP)

rappresentata dalla Commissione Paritetica Cantonale per il personale a prestito del Canton Ticino (CPCT)
c/o unia
Weltpoststrasse 20
Casella postale 272
3000 Berna 15

Opponente

riguardo al

Ricorso del 18 luglio 2016 contro la decisione della CPCT sul controllo aziendale su anno 2014 / comminatoria di una pena convenzionale per renitenza al controllo

Storia processuale e fatti:

1. Con decisione del 16 giugno 2016, l'opponente, nell'ambito del controllo aziendale anno 2014, ha fissato alla ricorrente un termine di 30 giorni per la ricezione di dati ritenuti necessari per il controllo. In più le ha comminato una pena convenzionale di CHF 50'000.- per renitenza al controllo nel caso in cui la ricorrente non avesse ottemperato a quest'obbligo. La decisione non conteneva l'indicazione del mezzo legale.

2. In data 18 luglio 2016, la ricorrente ha presentato ricorso contro la summenzionata decisione con richiesta di annullamento della stessa per mancata sussistenza di renitenza al controllo.

Considerandi:

1. La decisione dell'opponente porta la data del 16 giugno 2016. La ricorrente ha presentato ricorso contro la stessa il 18 luglio 2016 rispettando – in teoria - il termine di ricorso di 30 giorni ai sensi dell'art. 32 cpv. 2 del Regolamento APP. Sempre in teoria la ricorrente è la destinataria della decisione impugnata nonché la diretta interessata e sarebbe quindi legittimata al ricorso.

2. Nonostante i suddetti presupposti formali adempiuti in teoria, per rispondere alla questione dell'ammissibilità del presente ricorso bisogna valutare la natura della decisione impugnata. La qui impugnata decisione è una decisione incidentale di prima istanza. Non trattandosi di una decisione finale si pone il quesito dell'impugnabilità della decisione incidentale tramite ricorso.

3. La Commissione di ricorso si basa per analogia su § 41 cpv. 3 in combinato disposto con § 19a cpv. 2 della Legge del Canton Zurigo sulla giurisdizione amministrativa (VRG) i quali, per quanto riguarda l'impugnabilità di decisioni incidentali, rimandano all'art. 93 della Legge sul Tribunale federale (LTF) (vedi Decisione del Tribunale Amministrativo del Canton Zurigo, VB.2016.00009, p. 5, consid. 1.2.1 con rimandi).

4. Secondo l'art. 93 cpv. 1 LTF, il ricorso è ammissibile contro decisioni incidentali notificate separatamente se, alternativamente, esse possono causare un pregiudizio irreparabile (lett. a) o se l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defatigante o dispendiosa (lett. b).

5. L'opponente ha comminato una pena convenzionale ai sensi dell'art. 31 cpv. 6 del Regolamento APP, la quale disposizione prevede come condizione irremissibile per infliggere una pena convenzionale per renitenza al controllo una precedente diffida. La diffida di una pena monetaria per un eventuale mancato invio di dati è una diffida per la sanzione di un possibile futuro comportamento. Una tale diffida è uno strumento ordinatorio per rendere possibile i mezzi coercitivi per l'edizione di dati e documenti necessari per il controllo.

6. Per stabilire un pregiudizio irreparabile ai sensi di art. 93 cpv. 1 lett. a LTF sono determinanti il valore per l'ulteriore procedimento e le conseguenze della decisione incidentale sul merito della causa in questione (vedi anche DTF 137 III 380, p. 383 con rimandi), cioè in casu sulla legittimità d'una pena convenzionale in base all'adempimento della fattispecie di renitenza al controllo. Ora la decisone incidentale in questione non pregiudica in nessun modo e non è di nessun valore per la decisione finale, ma pone soltanto la formale premessa irremissibile – la diffida - per potere infliggere una pena convenzionale per renitenza al controllo. Essendo contestabili tutti gli elementi della fattispecie della renitenza al controllo impugnando la decisione finale, la decisione incidentale della sola diffida non crea nessuna forma d'irreparabilità. In altre parole: come tale la diffida non causa un pregiudizio irreparabile per la ricorrente essendo la stessa nonché un eventuale sanzione – decisa dopo una mancata edizione - contestabile nell'ambito di un ricorso contro la decisione finale inerente alla renitenza al controllo (vedi anche DTF 137 III 380, p. 382 seg., consid. 1.2.1.con rimandi). Ne viene che sotto questo aspetto manca l'oggetto accessibile all'impugnabilità.

7. Anche la condizione di art. 93 cpv. 1 lett. b LTF non è del tutto soddisfatta: con l'ammissione e l'accoglimento del ricorso non si ottiene immediatamente una decisione finale con un importante risparmio di tempo e denaro (vedi DTF

9c_100/2016, con rimandi, riassunto su www.droitpourlepraticien.ch). Anche se nell'ambito della valutazione della sola diffida si potessero negare tutti gli elementi della fattispecie della renitenza al controllo e dunque pregiudicare anche la sentenza finale in merito, verrebbe a mancare l'elemento cumulativo di evitare una procedura probatoria defatigante o dispendiosa. In questo contesto va inoltre aggiunto che la condizione di art. 93 cpv. 1 lett. b LTF non è soltanto non idonea per una analogia per il mancante elemento cumulativo menzionato, ma anche perché l'immediato effetto risolutorio d'un accoglimento del ricorso contro la decisione incidentale è concepito sullo stesso livello gerarchico di procedura. Invece nella presente costellazione la decisione finale che si otterrebbe immediatamente è posizionata a livello di procedura di prima istanza – cioè dell'opponente - e non a livello di procedura d'impugnazione – cioè della Commissione di ricorso. Supporre l'impugnabilità della presente decisione incidentale sulla base dell'ottenimento immediato d'una decisione finale sfocerrebe in una trasgressione di competenza funzionale verso il basso, in quanto i livelli gerarchici verrebbero frammischiati. Per queste ragioni la Commissione di ricorso si basa prevalentemente sull'applicazione analoga del criterio dell'irreparabilità ai sensi di art. 93 cpv. 1 lett. a LTF.

8. Infine va rilevato che è a giusto titolo che la decisione impugnata non conteneva nessuna indicazione del mezzo legale, visto che dopo quanto detto una diffida ai sensi dell'art. 31 cpv. 6 del Regolamento APP non costituisce per sé una decisione incidentale soggetta al ricorso.

   Nonostante la non impugnabilità della diffida espressa con la decisione incidentale del 16 giugno 2016, la ricorrente si è legittimamente fidata dell'effetto sospensivo che un ricorso ammissibile avrebbe avuto. Per questo motivo il termine di 30 giorni imposto con la decisone incidentale per l'invio dei documenti richiesti inizia a decorrere nuovamente con la notifica della presente ordinanza presidiale.

9. Per tutti i motivi esposti il ricorso non è ammissibile.

10. I costi della procedura sono a carico della cassa dell'APP.

Il presidente della Commissione di ricorso ordina:

1. Il ricorso del 18 luglio 2016 contro la decisione incidentale della CPCT del 16 giugno 2016 non è ammissibile.

   Il termine di 30 giorni imposto con la decisione incidentale del 16 giugno 2016 inizia a decorrere nuovamente con la notifica della presente ordinanza presidiale.

2. I costi della procedura sono a carico della cassa dell'APP.

Dübendorf, 10 agosto 2016

Decimo Vincenzi

Vicepresidente in sostituzione del presidente della Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale.

Da notificare a:

-

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services

---

Affaire Nr. 80/2016

Participants: Mathias Regotz, SYNA (Président)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vice-Président)
Philip Thomas, UNIA (Membre)
Sandro Pohli, Adecco (Membre)
Boris Eicher, swissstaffing (Greffier)

Décision du 3 novembre 2016

dans l'affaire

x *Recourante*

contre

Association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de service
temptraining
c/o swissstaffing
Stettbachstrasse 10
8600 Dübendorf *Intimée*

relatif au

Recours du 5 septembre 2016 contre la décision de temptraining du 30 août 2016 (demande Nr. 2016-45527)

Etat de fait:

1. Le 26 août 2016, la Recourante a présenté à l'Intimée une demande de formation pour le cours "Albstadt (Mid A2 German)" du 27 septembre 2016 au 20 avril 2017 auprès de l'institut de formation "Inlingua Basel" à Bâle.
2. Par courriel du 30 août 2016, l'Intimée a refusé cette demande de prestation de formation Nr. 2016-45527, au motif que le délai d'indemnisation de la Recourante a couru du 31 juillet 2015 au 30 juillet 2016 et qu'aucun justificatif pour un nouveau délai n'a été fourni dans la demande.
3. La Recourante a fait appel contre la décision de refus par écrit en date du 5 septembre 2016 et a requis l'acceptation de sa demande de formation en raison du fait que son délai d'indemnisation aurait été mal calculé et devait en réalité se terminer le 31 août 2016, dans la mesure où elle a travaillé du 7 avril au 31 août 2015.

Considérant:

I. A la forme

1. La Recourante s'est pourvu en appel dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 32 al. 2 du règlement de l'Association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services (ci-après : « AFPL »).
2. Le recours est ainsi recevable.

II. Au fond

1. Les dispositions révisées du Règlement AFPL concernant la promotion de la formation continue (art. 18ss) sont entrées en vigueur le 1er août 2016. Le nouvel art. 21ter al. 1 du Règlement AFPL dispose que le nouveau règlement est valable pour toutes les demandes qui sont déposées auprès du Secrétariat Formation après l'entrée en vigueur de ce règlement (révisé).

   Puisque le Recourant a déposé sa demande de formation continue auprès du Secrétariat Formation, resp. de l'Intimée, le 23 août 2016, les dispositions déterminantes du Règlement révisé s'appliquent, en vertu du nouvel art. 21ter al. 1 du Règlement AFPL.

2. a) Selon l'art. 18 al. 2 du Règlement AFPL, un travailleur loué par un bailleur de services a droit à des prestations de formation continue lorsque le cours à financer a un rapport raisonnable avec l'activité professionnelle actuelle ou visée, qu'il a accompli au minimum 352 heures de mission en l'espace de 12 mois auprès d'une entreprise de location de services, que, pour celles-ci, tant lui que l'entreprise de location de services ont payé la contribution professionnelle fixée par la CCT Location de services et qu'il ne s'agit pas d'une formation exclue selon la liste exhaustive mentionnée dans le paragraphe concerné.

   Selon l'art. 18 al. 3 du Règlement AFPL, les prestations de formation continue sont payées pour les cours dispensés par des instituts de formation selon le répertoire de la formation, lequel a été adopté par le comité. Le demandeur doit avoir assisté au minimum à 80% du cours. Sont exceptées les absences particulières pour cause de maladie ou d'accident.

   L'art. 18 al. 11 du Règlement AFPL prévoit également que les demandes de versement de contributions à la formation continue doivent être adressées signées au Secrétariat Formation avant le début de la formation en y joignant les décomptes de salaire pour les heures de mission effectuées selon l'al. 6 de cette disposition et une copie d'une pièce d'identité officielle. Le timbre postal ou la date d'envoi de l'e-mail font foi. Dans le cadre de la demande, le formulaire qui est mis à disposition par le Secrétariat Formation (consultable sous www.temptraining.ch) doit obligatoirement être utilisé.

b) Si ces conditions sont remplies, le demandeur a en principe droit aux prestations selon l'art. 18 al. 6 du Règlement AFPL :

- en ce qui concerne les frais de cours, Fr. 800.- par cours d'une journée, respectivement :

- Fr. 1‘000.- pour 352 heures,
- Fr. 2‘000.- pour 528 heures
- Fr. 4‘000.- pour 704 heures.

- pour la perte de gain : Fr. 250.- par journée de cours, respectivement Fr. 29.75 par heure:

- Fr. 750.- pour 352 heures
- Fr. 1‘250.- pour 528 heures
- Fr. 2‘000.- pour 704 heures

En cas de dépassement pendant le délai d’indemnisation du coût total du cours d'un montant de Fr. 1‘000.-, le travailleur supporte une franchise de 20 % du coût du cours qui dépasse la somme de Fr. 1‘000.- (art. 18 al. 5 du Règlement AFPL).

3. Selon l’art. 18 al. 6 du règlement de l’AFPL, pour déterminer le droit aux prestations, les heures de mission effectuées pendant un délai d’indemnisation ne seront pas cumulées. Seules sont déterminantes les heures de mission figurant dans la première demande. L’art. 18 al. 7 du règlement de l’AFPL prévoit enfin que le délai d’indemnisation commence le dernier jour de mission, lequel sera fixé par les relevés de salaire produits dans la première demande déclenchant le droit à formation, et prend fin 12 mois plus tard. Les cours doivent impérativement commencer pendant une période donnant droit aux prestations A l'échéance du délai de 12 mois, et après un délai d'attente de 12 mois faisant suite à la prestation d'heures de mission selon l'al. 6 de cette disposition, un nouveau délai d’indemnisation commence.

4. L'Intimée a examiné la demande de la Recourante et l'a refusée au motif que le délai d'indemnisation de la Recourante a couru du 31 juillet 2015 au 30 juillet 2016 et qu'aucun justificatif pour un nouveau délai n'a été fourni dans la demande.

   La Recourante fait valoir à l'appui de son recours que toutes les conditions seraient réunies pour avoir droit au remboursement de sa formation. Elle affirme en particulier que son délai d'indemnisation a été mal calculé et devait en réalité se terminer le 31 août 2016, dans la mesure où elle a travaillé du 7 avril au 31 août 2015.

5. Dans sa demande du 10 août 2016, la Recourante produit en effet uniquement des relevés de salaire datant d'avril à août 2015. Conformément à l'art. 18 al. 7 du règlement de l'AFPL, le délai d'indemnisation a donc dans tous les cas pris fin en août 2016, au plus tard.

   En l'espèce, la question de savoir si, comme le soutient la Recourante, son délai d'indemnisation se termine effectivement le 31 août 2016, et non le 30 juillet 2016, n'est toutefois pas décisive et peut être laissée ouverte.

   En effet, même s'il devait être constaté que ce délai se terminait effectivement le 31 août 2016, la demande du 10 août 2016 porte sur un cours se déroulant du 27 septembre 2016 au 20 avril 2017, à savoir dans tous les cas après l'expiration du délai d'indemnisation, de sorte que ladite demande devrait être refusée.

6. En conclusion, c'est à raison que l'Intimée a considéré que la formation avait lieu en dehors du délai d'indemnisation de la Recourante et a refusé le remboursement du cours souhaité. Même s'il devait être retenu que le délai d'indemnisation se terminait le 31 août 2016, la demande de formation doit dans tous les cas être refusée, puisque le cours, qui se déroule du 27 septembre 2016 au 20 avril 2017, a manifestement lieu hors du délai d'indemnisation.

7. Par conséquent, le recours doit être rejeté et les frais mis à la charge de l'AFPL.

Par ces motifs, la Commission de recours décide que:

1. Le recours est recevable quant à la forme.

2. Le recours est rejeté et le droit à la formation complémentaire (demande Nr. 2016-45527) est refusé à la Recourante.

3. Les frais de procédure sont mis à la charge de l'AFPL.

Dübendorf, le 3 novembre 2016

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services :

Mathias Regotz, Président

Decimo Vincenzi, Vice-président

Notifié à :

- x
- Association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de service, temptraining, c/o swissstaffing, Stettbachstrasse 10, 8600 Dübendorf

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

---

Geschäfts-Nr. 15/2013

Mitwirkend: Arie Joehro, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Erich Eggimann, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 26. September 2013

in Sachen

A. Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds
für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
c/o unia
Weltpoststrasse 20
Postfach 272
3000 Bern 15 Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 25. Juni 2013 gegen den Entscheid der RPKD vom 24. Mai 2013 betreffend die Lohnbuchkontrolle vom 10. Dezember 2012

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 10. Dezember 2012 hat die Firma A. GmbH bei der Rekurrentin eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 30. September 2012. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit über 1‘200 Personen verliehen. Davon wurden 100 Mitarbeitende überprüft.

2. Die A. GmbH verfasste am 8. März 2013 zu Handen der Schweizerischen Paritätischen Kommission Arbeitsverleih (SPKA) einen Kontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass insbesondere bei den Mindestlöhnen, der Feiertagsentschädigung, bei den Ferien, beim 13. Monatslohn sowie bei der beruflichen Vorsorge Verfehlungen festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 12. März 2013 Gelegenheit gegeben, den Kontrollbericht vor Zustellung an die RPKD einzusehen und sich dazu zu äussern. Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 24. April 2013.

4. Mit Entscheid vom 24. Mai 2013 führte die RPKD die festgestellten Verfehlungen tabellarisch auf und legte die geldwerten Verfehlungen auf insgesamt CHF 24‘840.05 fest. Da die Abweichung der effektiv bezahlten Löhne von den Referenzlöhnen weniger als zweieinhalb Prozent betrug, auferlegte sie der Rekurrentin gestützt auf Art. 38 Abs. 2 GAV Personalverleih 15 Prozent der Kontrollkosten von total CHF 11‘793.60, ausmachend CHF 1‘769.00. Zusätzlich sprach sie eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 3‘310.00 aus.

5. Mit Rekurseingabe vom 25. Juni 2013 beantragte die Rekurrentin, der Entscheid der RPKD vom 24. Mai 2013 sei aufzuheben und zur Korrektur bzw. Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

   Die Rekurrentin stellte zunächst die Zuständigkeit der RPKD, die erfolgte Kontrolle durchzuführen, in Frage. Im Weiteren bestritt sie die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 5 GAV Personalverleih, da sie nicht Mitglied von Swissstaffing und die betreffende Bestimmung nicht allgemeinverbindlich erklärt worden sei. Obwohl nicht dazu verpflichtet, habe sie den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV), der während der Kontrollperiode nicht allgemeinverbindlich erklärt gewesen sei, eingehalten.

   Betreffend Feiertagsentschädigung stellte sich die Rekurrentin auf den Standpunkt, dass die Verweisung der RPKD auf tempdata falsch sei. Art. 3 Abs.

1 GAV Personalverleih verweise ausdrücklich auf die branchenspezifischen allgemeinverbindlichen Verträge des jeweiligen Einsatzbetriebes. Die Feiertagsentschädigungen seien deshalb entsprechend den Regelungen der in den Einsatzbetrieben geltenden GAV korrekt ausgerichtet worden, nämlich gemäss dem im jeweiligen Kanton gültigen Arbeitszeitkalender des Seco. Zudem sei es auch richtig, bezüglich 13. Monatslohn und Ferienentschädigung den betreffenden branchenspezifischen GAV anzuwenden. Insoweit sei der Entscheid zu korrigieren.

Die Rekurrentin akzeptierte demgegenüber gewisse Verfehlungen (etwa im Zusammenhang mit den verspätet ausbezahlten 13. Monatslöhnen, den Mindestlöhnen oder dem administrativen Aufwand bei den „Rechtsverletzungsbussen"). Bei den von der RPKD gerügten Abzügen für Krankenkassenprämien und Miete stellte sie sich auf den Standpunkt, dass die Dienstleistungen zum Selbstkostenpreis und ohne jeglichen Zwang angeboten würden. Jeder Mitarbeiter könne frei entscheiden, ob er diese in Anspruch nehmen wolle oder nicht. Die Gefahr eines Abhängigkeitsverhältnisses bestehe gerade nicht. Schliesslich gab die Rekurrentin zu bedenken, dass das Gesamttotal der festgestellten Verfehlungen nicht korrekt sei.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 29. Juli 2013 zum eingereichten Rekurs. Betreffend Zuständigkeit führte sie aus, dass sie solange kompetent sei, Kontrollen durchzuführen, als nicht mit Vollzugsorganen anderer allgemeinverbindlich erklärter GAV Leistungs- bzw. Zusammenarbeitsvereinbarungen abgeschlossen worden seien. Im Kontrollzeitpunkt habe in den kontrollierten Branchen keine entsprechende Vereinbarung vorgelegen. Sodann stellte die Rekursgegnerin klar, dass sich die Rekurrentin freiwillig dem GAV Personalverleih unterstellt habe, weshalb Art. 3 Abs. 5 GAV Personalverleih auch für sie gelte.

Hinsichtlich der verspätet ausgerichteten 13. Monatslöhne setzte sie die Verfehlungen auf den von der Rekurrentin akzeptierten Betrag fest. Auch bezüglich einer ursprünglich festgestellten Verfehlung im Zusammenhang mit den „Rechtsverletzungsbussen" (vgl. Ziffer 8 der Eingabe vom 29. Juli 2013) kam sie auf ihren Entscheid zurück.

In den übrigen Punkten hielt die Rekursgegnerin aber an ihrer Argumentation fest, verwies vollumfänglich auf den angefochtenen Entscheid und beantragte die Abweisung des Rekurses. Aufgrund der Anpassungen setzte sie die

festgestellten Verfehlungen auf total CHF 22‘383.55 fest. Während die Korrektur keinen Einfluss auf die Höhe der überwälzten Kontrollkosten hatte, reduzierte sich die Konventionalstrafe auf CHF 3‘141.85.

7. Mit Schreiben vom 28. August 2013 wurden von beiden Parteien weitere Unterlagen eingeholt. Diese sind am 5. bzw. 6. September 2013 bei der Rekurskommission eingetroffen.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 24. Mai 2013 und ist am 27. Mai 2013 bei der Rekurrentin eingegangen. Dagegen erhob sie am 25. Juni 2013 Rekurs. Die Eingabe erfolgte damit rechtzeitig innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP (einsehbar auf www.tempdata.ch, Rubrik „Downloads/Dokumente zum GAV“).

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

1. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 GAV Personalverleih überträgt die SPKA den Vollzug der Bereiche mit allgemeinverbindlich erklärten GAV, die Branchen-Vollzugsorgane haben, den entsprechenden Paritätischen Berufskommissionen und entschädigt diese. Einzelheiten werden in Leistungs- oder Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern des GAV Personalverleih und der anderen betroffenen GAV geregelt.

   Der Bundesrat ist davon ausgegangen, dass solche Vereinbarungen rechtzeitig im Hinblick auf die Allgemeinverbindlicherklärung zustande kommen werden. In dem von der Rekursgegnerin eingereichten Entscheid (vgl. Beilage 1 zur Stellungnahme vom 29. Juli 2013) stellte er aber klar, dass es Aufgabe der Voll-

zugsorgane des GAV Personalverleih sei, die Einhaltung der Bestimmungen des GAV zu überprüfen, sollte in einzelnen Branchen (noch) keine Einigung erzielt worden sein.

b) In den von der Rekursgegnerin kontrollierten Branchen bestehen im heutigen Zeitpunkt nur in den Bereichen Bauhauptgewerbe und Gebäudetechnik Zusammenarbeitsvereinbarungen. Diese sind indessen erst im Dezember 2012, mithin nach der strittigen Kontrolle, in Kraft getreten. Zudem finden sich darin keine Hinweise, dass diese Vereinbarungen rückwirkend auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des GAV Personalverleih Geltung beanspruchen.

Während der Kontrollperiode existierten mit den Vollzugsorganen der vorliegend betroffenen Branchen somit keine Zusammenarbeitsvereinbarungen. Die Rekursgegnerin war demzufolge gemäss Art. 35 GAV Personalverleih befugt, die vorliegende Betriebsprüfung zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Personalverleih anzuordnen und durchzusetzen. Insofern sind die Einwände der Rekurrentin unbegründet.

2. Die Rekurrentin bringt weiter vor, Art. 3 Abs. 5 GAV Personalverleih sei für sie gar nicht anwendbar, da sie nicht Mitglied von Swissstaffing sei. Die Rekursgegnerin hält diesem Einwand entgegen, dass sich die Rekurrentin freiwillig dem GAV Personalverleih unterstellt habe.

a) Unbestritten ist, dass die betreffende Bestimmung nicht allgemeinverbindlich erklärt worden ist und damit nur die Vertragsparteien und ihre Mitglieder betrifft. Den Betrieben steht es aber frei, sich auch den nicht allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV Personalverleih zu unterstellen (Art. 2 Abs. 4 GAV Personalverleih).

Eine solche freiwillige Unterstellung hat indessen in sinngemässer Anwendung von Art. 356c Abs. 1 OR schriftlich zu erfolgen. Die Einhaltung der Schriftform ist insoweit Gültigkeitserfordernis. Bei einer einseitigen Willenserklärung genügt ein unterzeichneter Brief dem Erfordernis der Schriftform (Streiff/von Känel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, N. 3 zu Art. 356c OR).

b) Dem von der Rekursgegnerin nachträglich eingereichten Deklarationsblatt lässt sich entnehmen, dass die Rekurrentin zwar die freiwillige GAV-Unterstellung beantragt. Allerdings fehlt insoweit die Unterschrift bzw. jene der zeichnungsberechtigten Personen. Der Anschluss unter die nicht allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV vermag somit –

entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin – keine Wirkungen zu entfalten. Für die Rekurrentin (als Nichtmitglied von Swissstaffing mit einer Lohnsumme von mehr als CHF 1.2 Mio.) gelten letztlich nur die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV Personalverleih.

Da der LMV während der Kontrollperiode ab April 2012 zwar in Kraft, aber nicht allgemeinverbindlich erklärt gewesen ist, war die Rekurrentin auch nicht verpflichtet, dessen Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen einzuhalten. Folglich war die Rekursgegnerin gestützt auf Art. 35 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GAV Personalverleih auch nicht befugt, die Einhaltung dieser Bestimmungen zu prüfen. Soweit der angefochtene Entscheid deshalb das Bauhauptgewerbe betrifft (vgl. S. 9, Marcel Albisser bis Frank Zipfel), ist der Rekurs gutzuheissen und der Entscheid zur Neubeurteilung an die Rekursgegnerin zurückzuweisen. Sie wird dabei zu prüfen haben, ob die Rekurrentin im Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis am 30. September 2012 die Bestimmungen des GAV Personalverleih für ihre in der Baubranche tätigen Mitarbeitenden eingehalten hat.

3. Die festgestellte Verfehlung beim Basislohn des Arbeitnehmers W. wird von der Rekurrentin nicht in Frage gestellt. Dasselbe gilt auch für die verspätet ausbezahlten 13. Monatslöhne – jedenfalls soweit sie erst nach dem 5. Januar 2013 ausgerichtet worden sind. Insoweit akzeptiert die Rekurrentin Verstösse im Umfang von CHF 8‘704.75. Die Rekursgegnerin hat in ihrer Stellungnahme vom 29. Juli 2013 insoweit die Summe der ursprünglich festgestellten Verfehlungen von CHF 11‘068.75 auf diesen Betrag reduziert.

   Die erwähnten Verfehlungen sind somit unbestritten und liegen innerhalb der Prüfungskompetenz der Rekursgegnerin gemäss Art. 35 GAV Personalverleih. Deren Richtigkeit ist deshalb vorliegend nicht weiter zu prüfen.

4. Hinsichtlich der Feiertagsentschädigung bringt die Rekurrentin vor, dass der Verweis auf tempdata falsch sei. Es gelte, die Bestimmungen der branchenspezifischen allgemeinverbindlich erklärten GAV zu beachten.

   a) Die Rekurrentin scheint mit ihrer Argumentation zu verkennen, dass tempdata die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen anderer allgemeinverbindlich erklärter GAV unverändert in die Datenbank aufnimmt und somit im Einklang mit Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG, SR 823.11) und Art. 48a der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV; SR 823.111) steht.

   Vor diesem Hintergrund sind auch die Bestimmungen von Art. 3 Abs. 4 und Art. 18 GAV Personalverleih zu verstehen, wonach die Datenbank integrierender

Bestandteil des GAV Personalverleih ist und falsch publizierte Daten den unterstellten Betrieben nicht zum Nachteil gereichen würden.

b) Die auf tempdata publizierten Prozentsätze bei der Feiertagsentschädigung wurden von der Rekurskommission für die vorliegend betroffenen Branchen nachgerechnet und sind korrekt. Insoweit gilt es die Jahresarbeitszeit gemäss dem jeweils anwendbaren allgemeinverbindlich erklärten GAV ins Verhältnis zu der dort vorgesehenen Anzahl Feiertage zu setzen.

Auch die von der Rekursgegnerin berechneten Abweichungen sind richtig und geben zu keinen Korrekturen Anlass. Soweit die Rekursgegnerin ihrem Entscheid den LMV zugrunde gelegt hat, ist ihre Prüfungskompetenz wie erwähnt zu verneinen (vgl. oben unter Ziffer 2). Insoweit ist der Entscheid zur Neubeurteilung im Lichte von Art. 14 GAV Personalverleih an die Rekursgegnerin zurückzuweisen.

c) Da sich die Ferienentschädigung aus Basislohn und Feiertagsentschädigung zusammensetzt und auch die Höhe des 13. Monatslohnes von der Feiertagsentschädigung abhängig ist, wird klar, dass die Rekurrentin auch in diesen Bereichen Verfehlungen – als mittelbare Folge der falschen Berechnung der Feiertagsentschädigung – zu verzeichnen hat. Die berechneten Verfehlungen der Rekursgegnerin sind hier ebenfalls nicht zu beanstanden. Soweit sie ihrem Entscheid den LMV zugrunde gelegt hat, ist ihre Prüfungskompetenz wie erwähnt zu verneinen (vgl. oben unter Ziffer 2). Insoweit ist der Entscheid zur Neubeurteilung im Lichte von Art. 13 GAV Personalverleih an die Rekursgegnerin zurückzuweisen.

5. Die von der Rekursgegnerin bei der auswärtigen Verpflegung (Spesen) und der beruflichen Vorsorge festgestellten Verfehlungen wurden von der Rekurrentin anerkannt (vgl. Ziffer 2.6 und 2.7 des Rekurses vom 25. Juni 2013).

Die erwähnten Verfehlungen sind somit unbestritten und liegen innerhalb der Prüfungskompetenz der Rekursgegnerin gemäss Art. 35 GAV Personalverleih. Deren Richtigkeit ist deshalb vorliegend nicht weiter zu prüfen.

Demgegenüber führt die Rekursgegnerin auf Seite 11 des Entscheids unter „Spesen“ ein Betrag von CHF 1‘296.00 auf, der sich keiner Verfehlung zurechnen lässt. Auch der Kontrollbericht vom 8. März 2013 lässt insoweit keine Rückschlüsse zu. Die Rekursgegnerin wird in ihrer neuerlichen Beurteilung detailliert darzulegen haben, welcher Verfehlung dieser Betrag zuzurechnen ist.

Sollte es sich um einen Kalkulationsfehler handeln, ist das Gesamttotal der geldwerten Verfehlungen entsprechend zu korrigieren.

6. a) Die Rekursgegnerin hat weiter Verfehlungen bei der Entschädigung gemäss Art. 337d OR („Rechtsverletzungsbussen“) bzw. insoweit in Rechnung gestellten Beträgen für den administrativen Aufwand, im Zusammenhang mit den Lohnabzügen für Krankenkassenprämien und Mietkosten sowie betreffend den Abschluss von Kettenarbeitsverträgen festgestellt.

Es stellt sich die Frage, ob die Rekursgegnerin diese Verstösse (vgl. Ziffer 2.8 des Entscheides vom 24. Mai 2013) überprüfen und sanktionieren durfte.

b) Gemäss Art. 35 GAV Personalverleih können die Regionalen Paritätischen Kommissionen Arbeitsverleih (RPKA) nur Betriebsprüfungen durchführen, soweit Bestimmungen des GAV Personalverleih betroffen sind (vgl. dazu auch Art. 2 des Reglements PVP).

Daraus folgt, dass die Prüfungskognition der RPKA offenkundig auf die Einhaltung der Normen des GAV Personalverleih beschränkt ist. Soweit keine Zusammenarbeitsvereinbarungen mit anderen paritätischen Kommissionen bestehen, sind die RPKA zudem befugt, die Einhaltung der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen anderer allgemeinverbindlich erklärter GAV zu überprüfen (vgl. oben unter Ziffer 1).

aa) Die Entschädigung bei ungerechtfertigtem Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle ist nicht im GAV Personalverleih, sondern in Art. 337d OR geregelt. Ebenfalls ausserhalb des Geltungsbereichs des GAV Personalverleih liegt der von der Rekurrentin in Abzug gebrachte Betrag für den administrativen Aufwand. Dasselbe gilt schliesslich auch für die getätigten Lohnabzüge für Krankenkassenprämien und Miete.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass das diesbezügliche Vorgehen der Rekurrentin rechtskonform war bzw. ist. Das zeigt etwa gerade der Umstand, dass sie den betroffenen Mitarbeitenden aus freien Stücken den fakturierten Betrag von CHF 500.00 für administrativen Aufwand zurückerstattet hat. Insbesondere beim Lohnabzug für die Krankenversicherung bestehen nach Ansicht der Rekurskommission Zweifel an dessen Rechtmässigkeit, da der Abzug nicht – wie von Lehre und Rechtsprechung gefordert – schriftlich vereinbart worden ist (vgl. dazu Streiff/von Känel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, N. 14 zu Art. 322 OR).

Diese Frage ist hier aber aufgrund fehlender Kognition nicht abschliessend zu beantworten.

bb) Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, kann das Aneinanderreihen mehrerer befristeter Verträgen in der Tat dazu führen, dass Schutzbestimmungen (Kündigungsfristen etc.) umgangen werden. Diese Umgehung ist aber im Einzelfall zu belegen. Die Rekursgegnerin müsste also aufzeigen können, dass die Rekurrentin in einem konkreten Fall die Kündigungsfristen missachtet hat, weil sie mit einem Mitarbeiter, ohne einen sachlichen Grund aufführen zu können, mehrere befristete Arbeitsverträge abgeschlossen hat.

Die Rekursgegnerin hat vorliegend aber eben nicht weiter untersucht, ob tatsächlich in unzulässiger Weise Kettenarbeitsverträge abgeschlossen und damit konkrete Bestimmungen im GAV Personalverleih verletzt worden sind. Sie hat sich darauf beschränkt, den Verdacht zu äussern, dass unzulässige Kettenarbeitsverträge vorliegen könnten. Diese Feststellung gilt jedoch nicht als erwiesen, weshalb im vorliegenden Verfahren der blosse Verdacht – vor allem als möglicher Strafschärfungsgrund bei der Bemessung der Konventionalstrafe – nicht zu berücksichtigen ist. Damit hat die Rekursgegnerin ihre Prüfungsbefugnis überschritten.

cc) Art. 35 GAV Personalverleih setzt den Kontrollrahmen klar und unmissverständlich fest. Wie soeben ausgeführt hat die Rekursgegnerin diesen Rahmen missachtet bzw. ihre Prüfungskompetenz überschritten. Sie wird angewiesen, den Entscheid im Bereich „Rechtsverletzungsbussen“, Abzüge für Krankenkassenprämien und Miete sowie Kettenarbeitsverträge zu korrigieren. Die angeblichen Verfehlungen haben sowohl bei der Berechnung der geldwerten Verfehlungen als auch bei der Festlegung der Konventionalstrafe unberücksichtigt zu bleiben. Dies betrifft insbesondere die Position von CHF 592.50 bei M. sowie von CHF 500.00 bei H. Der Entscheid wird insoweit aufgehoben.

7. a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Entscheid zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Rekursgegnerin zurückzuweisen ist Sie wird die Summe der geldwerten Verfehlungen im Sinne der obigen Erwägungen (vgl. Ziffer 2 lit. b, Ziffer 4 lit. b und c, Ziffer 5 und 6 lit. cc) neu zu berechnen und den Anteil der von der Rekurrentin zu tragenden Kontrollkosten und die Höhe der Konventionalstrafe zu bestimmen haben.

Dass die Vorinstanz bei der Überwälzung der Kontrollkosten den Massstab für die Bemessung der Konventionalstrafe analog herbeigezogen hat, ist nicht zu beanstanden: dies garantiert eine rechtsgleiche Behandlung der kontrollierten Verleihbetriebe und dient der Rechtssicherheit.

b) Betreffend Konventionalstrafe hat die Rekursgegnerin gemäss Anhang zum Reglement PVP für festgestellte, nicht geldwerte Verfehlungen auf die Grundkonventionalstrafe je 20% für „andere Verletzungen des GAV“ sowie für „besondere Schwere“ hinzugerechnet. Begründet hat sie ihren Entscheid unter anderen mit der fortlaufenden Auszahlung des Ferienguthabens, der Nichtunterstellung unter die berufliche Vorsorge sowie mit der teilweise massiv verzögerten Auszahlung des 13. Monatslohnes (vgl. Ziffer 13 der Stellungnahme vom 29. Juli 2013). Weitergehend hat die Vorinstanz die Strafverschärfung von je 20 Prozent nicht begründet. Sie verwies insoweit lediglich auf eine „Gesamtschau“, die dieses Vorgehen rechtfertige.

aa) Vorab ist klarzustellen, dass Strafschärfungsgründe nur bei nicht geldwerten Verfehlungen in Frage kommen. Bei geldwerten Verstössen wird der anwendbare Prozentsatz bereits unmittelbar durch den Schweregrad bestimmt.

Soweit die Rekursgegnerin Verfehlungen im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge ins Feld führt, sind diese offensichtlich geldwerter Natur und auch dort zu berücksichtigen. Die verspätet ausbezahlten 13. Monatslöhne sind hier ebenfalls bedeutungslos, da der von der Rekurrentin anerkannte Betrag bereits bei der Berechnung der geldwerten Verfehlungen eingeflossen ist. Auch insoweit rechtfertigt sich eine doppelte Strafverschärfung nicht.

bb) Hinsichtlich der fortlaufenden Auszahlung des Ferienguthabens handelt es sich jedoch um einen nicht geldwerten Verstoss, da den Mitarbeitenden das Feriengeld zwar ausbezahlt worden ist, sie es jedoch zu einem falschen Zeitpunkt erhalten haben.

Damit hat die Rekurrentin das in Art. 13 Abs. 2 GAV Personalverleih und in Art. 329d OR verankerte Abgeltungsverbot systematisch missachtet. Die fortwährende Auszahlung des Ferienguthabens läuft dem Schutzgedanken, wonach Ferien der effektiven Erholung der Arbeitnehmenden dienen sollen, diametral zuwider. Insoweit kann nicht von einem leichten Verstoss gesprochen werden. Diese Verfehlung wirkt sich demnach strafschärfend aus.

cc) Aufgrund der im Zeitpunkt des Rekursentscheids zu beachtenden, nicht geldwerten Verfehlungen rechtfertigt sich nach Auffassung der Rekurskommission deshalb eine Strafverschärfung von (lediglich) 20 Prozent. Vorbehalten bleiben jedoch weitere, nicht geldwerte Verstösse, die möglicherweise bei der neu durchzuführenden Kontrolle (vgl. oben unter Ziffer 7a) festgestellt werden.

c) Aus den oben gemachten Ausführungen wird deutlich, dass der Rekurs gutzuheissen und der Entscheid zur Neubeurteilung im Sinne der obigen Erwägungen (Ziffer 2 lit. b, 4 lit. b und c, 5 und 6 lit. cc) an die Rekursgegnerin zurückzuweisen ist. Dabei wird sie die von der Rekurrentin zu tragenden Kontrollkosten sowie die Konventionalstrafe neu festzulegen haben. Die Kosten des Verfahrens sind vom PVP zu tragen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Auf den Rekurs vom 25. Juni 2013 wird eingetreten.
2. Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.
3. Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 24. Mai 2013 wird im Sinne der Erwägungen aufgehoben und zur Neubeurteilung sowie Neuberechnung der Kontrollkosten und Konventionalstrafe an die Rekursgegnerin zurückgewiesen.

   Die Rekursgegnerin wird angewiesen, die Rekurskommission mit einer Kopie des neuen Entscheides zu bedienen.
4. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 18. November 2013

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih:

Arie Joehro, Präsident Mathias Regotz, Vizepräsident

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 48/2014

Mitwirkend: Arie Joehro, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 23. April 2015

in Sachen

B.

vertreten durch C. — Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
c/o unia
Weltpoststrasse 20
Postfach 272
3000 Bern 15 — Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 12. Dezember 2014 gegen den Entscheid der RPKD vom 15. Oktober 2014 in Sachen Lohnbuchkontrolle vom 22. Oktober 2013

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 22. Oktober 2013 wurde bei der Rekurrentin eine Lohnbuchkontrolle durch die Kontrollfirma M. in T. durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 51 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 10 Mitarbeitende überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug CHF 292‘980.00.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 12. März 2014 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass insbesondere in den Bereichen Lohnklasseneinteilung, Mindestlohn, Arbeitszeit und Lohnzuschläge Verfehlungen in der Höhe von CHF 124‘610.80 festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 27. März 2014 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht vor Zustellung an die Rekursgegnerin einzusehen und sich dazu zu äussern. Von dieser Möglichkeit hat sie am 30. April 2014 Gebrauch gemacht. Sie stellte dabei den Antrag, den Vollzug der ermittelten Beträge auszusetzen sowie die Feststellungen anlässlich der Lohnbuchkontrolle erneut zu würdigen und eine Nachbesserung vorzunehmen.

4. Mit Entscheid vom 15. Oktober 2014 stellte die Rekursgegnerin fest, dass aufgrund der ihr vorliegenden Akten weder der Mindestlohn noch die Lohnklasseneinteilung präzise bestimmt werden könne. Der Lohnbuchkontrollbericht vom 12. März 2014 könne in der vorliegenden Fassung deshalb nicht unbesehen als Grundlage für den Entscheid berücksichtigt werden. Einige Punkte müssten noch eingehender abgeklärt werden. Das Verfahren sei deshalb zu sistieren. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis am 31. Dezember 2013 werde eine Vollkontrolle durchgeführt. Diesen Auftrag erteilte die Rekursgegnerin der K. AG in J.

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin, vertreten durch C., am 12. Dezember 2014 Rekurs. Sie stellte den Antrag, der Entscheid der Rekursgegnerin vom 15. Oktober 2014 zur Lohnbuchkontrolle vom 22. Oktober 2013 sei aufzuheben. Im Weiteren sei von einer Vollkontrolle abzusehen und das Verfahren sei einzustellen. Zur Begründung machte sie dabei insbesondere geltend, die Kontrollstelle habe verschiedene Positionen (Lohnklasseneinteilung, Basislöhne und Lohnzuschläge) falsch überprüft. So sie sei etwa der Meinung, dass sich eine spezielle Erwähnung der Lohnklasseneinteilung erübrige, da sie

ja nur ungelernte Gussputzer beschäftige. Bei den von der Kontrollfirma festgestellten „diplomähnlichen Dokumenten“ handle es sich lediglich um Niederlassungsbescheinigungen der polnischen Wohnsitzgemeinden. Unbestritten sei, dass die Rekurrentin ihren Mitarbeitern die Unterkunft und die Prämie für die Krankenkasse bezahle. Diese Zusatzleistungen seien aber sowohl bei der Quellensteuer als auch bei den Sozialversicherungsbeiträgen als Naturallohn aufgerechnet worden. Unter Berücksichtigung dieser Anpassungen komme sie deshalb zum Schluss, dass sie den Mitarbeitern nicht wie von der Kontrollstelle behauptet CHF 124‘610.80 zu wenig, sondern CHF 19‘935.00 zu viel ausbezahlt habe. Vor diesem Hintergrund bestehe keine Veranlassung, die Rekurrentin noch einmal einer Lohnbuchkontrolle zu unterziehen.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 30. Januar 2015 zum eingereichten Rekurs und beantragte sinngemäss dessen Abweisung. Sie wies darauf hin, dass die Frage der Lohnklasseneinteilung nach wie vor ungeklärt sei. Auch nach telefonischer Anfrage seien die „diplomähnlichen“ Dokumente nicht ausgehändigt worden. Ein von der Ausgleichskasse beigelegtes Schreiben, in welchem bestätigt werde, dass die Angestellten korrekt abgerechnet worden seien, beweise sodann nur, dass die Lohnsumme gemeldet worden sei. Die Richtigkeit der Lohnklasseneinteilung und die Rechtmässigkeit der Naturallöhne seien damit nicht erwiesen. Auch bei den Lohnzuschlägen bestünden Widersprüche, die es aufzuklären gelte. Aus diesen Gründen sei es notwendig, bei der Rekurrentin eine Vollkontrolle durchzuführen, um die Einhaltung der Bestimmungen des GAV Personalverleih korrekt überprüfen zu können.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 15. Oktober 2014. Mit Eingabe vom 11. November 2014 ersuchte die Rekurrentin, vertreten durch C., die Rekurskommission um Einräumung einer Frist bis zum 5. Dezember 2014, um zum Entscheid Stellung zu beziehen bzw. den Rekurs eingehend zu begründen. Diesem Begehren hat der Präsident der Rekurskommission am 24. November 2014 entsprochen. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2014 ersuchte die Rekurrentin um eine erneute Fristerstreckung bis am 12. Dezember 2015 (rechte: 2014). Diesem Antrag wurde gleichentags stattgegeben – allerdings mit dem

Hinweis, dass keine weiteren Fristverlängerungen bewilligt würden. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2014 erhob die Rekurrentin förmlich Rekurs und begründete ihre Rechtsbegehren.
Die Eingabe vom 12. Dezember 2014 erfolgte damit fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP (einsehbar auf www.tempdata.ch, Rubrik „Downloads/Dokumente zum GAV“) bzw. innerhalb der vom Präsidenten der Rekurskommission bewilligten Nachfristen.

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

1. Gemäss Art. 33 GAV Personalverleih bestehen drei nach Sprachregionen definierte Regionale Paritätische Berufskommissionen (RPKA), die für den Vollzug zuständig sind (vgl. auch Art. 11 der Statuten PVP). Mit der Übertragung des Vollzugs wird namentlich auch die Kompetenz zur Kontrolle der Bestimmungen des GAV Personalverleih übertragen. So sind die RPKA gemäss Art. 35 GAV Personalverleih bzw. Art. 29 Abs. 1 des Reglements PVP explizit berechtigt, in den angeschlossenen Betrieben alle notwendigen Kontrollen bezüglich der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Personalverleih durchzuführen. Die Betriebsprüfungen werden im Auftrag der RPKA durch beauftragte spezialisierte Unternehmen/Institutionen vollzogen (Art. 36 GAV Personalverleih).

Der Verfahrensablauf wird in Art. 6 ff. des Verfahrensreglements der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA-Verfahrensreglement) festgelegt. Zudem werden in Art. 5 des SPKA-Verfahrensreglements auch die verschiedenen Verfahrensarten aufgeführt, zwischen denen die zuständige RPKA je nach Auftrag und Notwendigkeit auswählen kann.

2. a) Mit Schreiben vom 8. April 2013 teilte die Rekursgegnerin der Rekurrentin mit, dass die Firma M. in T. eine Lohnbuchkontrolle in ihren Räumlichkeiten durchführen werde. Als Kontrollperiode wurde zunächst der Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum letzten Monatsende vor dem Kontrolldatum festgelegt.

Nach einer ersten Erhebung der Lohndaten wurde das Verfahren einstweilen unterbrochen. Die Rekursgegnerin war zunächst davon ausgegangen, dass beim Verleih in Giessereien Arbeitsverhältnisse vorliegen würden, die einer der in Art. 3 Abs. 3 GAV Personalverleih ausgenommenen Branche – konkret der Maschinenindustrie – zuzuordnen sind. Nachdem sich diese Annahme als falsch herausgestellt hatte, wurde der Rekurrentin mit Schreiben vom 25. Juli 2013 mitgeteilt, dass das Verfahren wieder aufgenommen werde. Zudem wurde die Zeit vom 1. Januar 2012 bis am 31. Dezember 2012 definitiv als Kontrollperiode fixiert.

b) Mit Schreiben vom 12. März 2014 liess die Kontrollfirma der Rekursgegnerin den Lohnbuchkontrollbericht zur Kenntnisnahme zukommen. Verfehlungen wurden bei der Lohnklasseneinteilung, den Mindestlöhnen und bei den Lohnzuschlägen festgestellt. Die Kontrollfirma bezifferte die geldwerten Verfehlungen auf insgesamt CHF 124‘610.80. Dem Bericht lässt sich auf Seite 4 insbesondere entnehmen, dass Unterlagen zu Lebensläufen bzw. Aus- und Weiterbildungen angeblich nur teilweise und in polnischer Sprache vorhanden gewesen seien.

In ihrer Stellungnahme vom 30. April 2014 beantragte die Rekurrentin, die „Prüfungsfeststellungen“ einer erneuten Würdigung zu unterziehen und eine Nachbesserung vorzunehmen. Ausserdem wurde die „Aussetzung der Vollziehung“ der ermittelten Beträge verlangt.

c) Die Rekursgegnerin stellte sich in ihrem Entscheid vom 15. Oktober 2014 auf den Standpunkt, dass der ihr vorliegende Lohnbuchkontrollbericht vom 12. März 2014 nicht unbesehen als Entscheidgrundlage herbeigezogen werden könne. Es bedürfe weiterer Abklärungen. Aufgrund der vorliegenden Akten könne weder der Mindestlohn noch die Lohnklasseneinteilung präzise bestimmt werden.

Nachdem die Rekurrentin in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2014 noch eine erneute Prüfung bzw. Nachbesserung beantragt hatte, verlangt sie im Rekurs, es sei von einer Vollkontrolle abzusehen und das Verfahren sei einzustellen.

3. Vorliegend ist umstritten, ob die Rekursgegnerin trotz der am 22. Oktober 2013 durchgeführten Lohnbuchkontrolle berechtigt war, eine weitere (Voll-) Kontrolle anzuordnen und zusätzlich die Kontrollperiode auf das Kalenderjahr 2013 auszudehnen.

Nicht zu prüfen bzw. nicht Streitgegenstand ist indessen die Frage, ob die vom Kontrolleur im Rahmen der Kontrolle festgestellten Verfehlungen inhaltlich gerechtfertigt sind oder nicht. Der Streitgegenstand wird durch den angefochtenen Entscheid begrenzt. Ein allfälliges Rechtsmittel kann diesen zwar einschränken, aber nicht ausweiten.

Nachfolgend gilt es deshalb zu untersuchen, ob

- der Lohnbuchkontrollbericht in der der Rekursgegnerin vorliegenden Form effektiv nicht als Entscheidgrundlage herangezogen werden durfte (vgl. sogleich unter Ziffer 4);

- der Rekursgegnerin die Kompetenz zusteht, die im Rahmen einer (ersten) Kontrolle festgelegt Kontrollperiode bei einer erneuten Kontrolle zeitlich auszudehnen (vgl. Ziffer 5).

4. a) Die Kompetenz, eine Lohnbuchkontrolle anzuordnen ergibt sich, wie bereits erwähnt aus Art. 33 und 35 GAV Personalverleih bzw. Art. 29 Abs. 1 des Reglements PVP. Auch die im Entscheid vom 15. Oktober 2014 angeordnete Betriebsprüfung in Form einer Vollkontrolle ist im SPKA-Verfahrensreglement als mögliche Verfahrensart vorgesehen (Art. 5 lit. a und Art. 6 Abs 1 lit. c). Sodann ist festzuhalten, dass sich dem strittigen Entscheid der Rekursgegnerin auch die übrigen in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 des SPKA-Verfahrensreglements zwingend aufzuführenden Punkte entnehmen lassen.

Somit steht fest, dass der Entscheid in formeller Hinsicht nicht zu bestanden ist. Die Rekursgegnerin hat insoweit die zu beachtenden Vorschriften des SPKA-Verfahrensreglements eingehalten.

b) Dem erwähnten Reglement lässt sich indessen keine Bestimmungen entnehmen, ob nach einer bereits erfolgten (Erst-)Kontrolle für den gleichen Zeitraum erneute eine Vollkontrolle (durch eine andere Kontrollfirma) angeordnet werden darf.

Den RPKA ist insoweit ein gewisser Ermessenspielraum einzuräumen, da sie ansonsten nicht in der Lage wären, den ihnen durch den GAV Personalverleih übertragenen Kontrollauftrag gewissenhaft und korrekt wahrzunehmen. Allerdings bedarf es objektiver und stichhaltiger Gründe, die ein solches Vorgehen ausnahmsweise im Einzelfall rechtfertigen. Dem den RPKA zustehenden Ermessensspielraum sind somit enge Grenzen gesetzt.

aa) Unbestritten ist vorliegend, dass sich in den Personaldossiers Dokumente befinden, die in polnischer Sprache verfasst sind. Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass es sicher herbei um Niederlassungsbescheinigungen handle (vgl. S. 3 des Rekurses). Einen entsprechenden Beweis legt sie allerdings nicht ins Recht. Sie begnügt sich mit der Feststellung, dass sie nur ungelernte Gussputzer beschäftige, die über keine Berufsausbildung verfügen würden und oft weder lesen noch schreiben könnten.

Die Prüfung, ob der kontrollierte Personalverleiher die in Art. 20 GAV Personalverleih festgestellten Mindestlöhne respektiert oder nicht, ist ein zentraler Punkt einer jeden Lohnbuchkontrolle. Lässt sich deren Einhaltung nicht präzise überprüfen, ist der Kontrollzweck in erheblichem Ausmass beeinträchtigt bzw. sogar in Frage gestellt. Dass sich die Rekursgegnerin hier nicht mit der Beteuerung der Rekurrentin, wonach sie nur ungelernte Mitarbeiter beschäftige, zufrieden gegeben hat, ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Die Frage der Lohnklasseneinteilung bleibt in der Tat ungeklärt. Selbst wenn es sich bei den strittigen Unterlagen lediglich um Niederlassungsbescheinigungen handeln sollte, wäre immer noch zu prüfen, ob die betreffenden Mitarbeiter nicht aufgrund ihrer bisherigen Berufspraxis allenfalls als angelernt im Sinne von Art. 20 Abs. 1bis GAV Personalverleih einzustufen sind.

Entgegen der Behauptung der Rekurrentin, geht die Rekursgegnerin nicht einfach unbesehen von höheren Mindestlöhnen aus, sondern sie macht lediglich

ihren im GAV Personalverleih verankerten Kontrollanspruch geltend. Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Akten kann sie indessen nicht abschliessend überprüfen, ob die Rekurrentin den betreffenden Mitarbeitern die Mindestlöhne gemäss Art. 20 GAV Personalverleih ausbezahlt hat oder nicht.

bb) Kann die Einhaltung des Mindestlohnes nicht untersucht werden, hat dieser Umstand auch Auswirkungen auf die Überprüfung der Ferien- und Feiertagsentschädigung, des Anteils 13. Monatslohn sowie weiterer Lohnzuschläge wie beispielsweise für Überzeit, Nacht- oder Sonntagsarbeit. Berechnungsgrundlage bildet insoweit stets der Basislohn.

Hinzu kommt, dass die Berechnung des Zuschlags für Mehrstunden nicht nachvollziehbar ist. Die Rekurrentin stellte in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2014 (S. 2) klar, die Zuschläge ab der 46. Wochenstunden nur „teilweise“ zu bezahlen. Eine Weiterverrechnung der Mehrstunden sei nicht möglich gewesen, da diese von den Einsatzbetrieben nicht anerkannt worden seien. Sinngemäss räumte sie damit ein, nicht sämtliche Überzeitstunden mit dem gemäss Art. 12 Abs. 2 GAV Personalverleih erforderlichen Zuschlag von 25 Prozent zu entschädigen. In der Rekursschrift vom 12. Dezember 2014 wird unter Ziffer 4 demgegenüber vorgebracht, dass die Mitarbeiter für die von ihnen geleisteten Arbeitsstunden voll entschädigt worden seien. Überzeitarbeit sei im Einverständnis mit den Arbeitnehmern mit Freizeit von gleicher Dauer kompensiert worden, was gemäss Art. 13 Abs. 2 des Arbeitsgesetzes (ArG) nicht zu beanstanden sei. Wie die Rekursgegnerin zu Recht festhält, besteht insofern ein Widerspruch, den es aufzuklären gilt, zumal Art. 12 Abs. 2 GAV Personalverleih die Zeitkompensation bei Überzeit gerade nicht explizit vorsieht.

cc) Die Rekurrentin stellt sich zudem auf den Standpunkt, dass sie den Mitarbeitern sowohl Unterkunft und Krankenkassenprämie bezahle. Diese Zusatzleistungen gelte es als Naturallohn hinzuzurechnen. Als Beweis legt sie die Mietverträge sowie die Bestätigung von Kranken- und Ausgleichskasse bei. Sodann gibt sie zu bedenken, dass darüber hinaus auch noch „Autospesen“ in der Höhe von CHF 200.00 pro Monat ausgerichtet würden. Da die Mitarbeiter bei der Verrichtung ihrer Gussputzarbeiten gar kein Auto bräuchten, handle es sich insoweit aber nicht um Spesen, sondern um einen zusätzlichen Lohnbestandteil.

Die Rekursgegnerin wirft insoweit die Frage auf, ob der Naturallohn bei der Berechnung des Mindestlohnes überhaupt herangezogen werden dürfe. So oder anders sei eine Verrechnung des Lohnes mit einer Mietforderung höchst bedenklich und müsse zumindest genauer überprüft werden. Aus den Akten sei etwa nicht ersichtlich, ob der Mietzins auch tatsächlich marktüblich sei und welcher Mitarbeiter wann in den entsprechenden Unterkünften gewohnt habe. In den Personaldossiers liessen sich keine Abreden zwischen den einzelnen Arbeitnehmern und der Rekurrentin finden. Es seien nur Mietverträge zwischen der Rekurrentin und dem Vermieter ins Recht gelegt worden. Zudem sei in den Lohnabrechnungen von „Gratisunterkunft“ die Rede, was Fragen aufwerfe.

Hier ist klarzustellen, dass es der Rekursgegnerin bei den Lohnabzügen für Krankenkassenprämien und Mietkosten an der Prüfungskompetenz im Sinne von Art. 35 GAV Personalverleih mangelt, da diese Rechtsfrage nicht im GAV Personalverleih selber, sondern im Obligationenrecht (vgl. Art. 323b OR) geregelt ist. Insoweit kann auf den Entscheid der Rekurskommission in Sachen V. AG vom 26. September 2013 (Erw. 6b) verwiesen werden. Demgegenüber muss die Rekursgegnerin im Zusammenhang mit der Einhaltung der Mindestlöhne überprüfen können, ob und in welcher Höhe der von der Rekurrentin geltend gemachte Naturallohn zum Basislohn hinzuzurechnen ist. Aufgrund der ihr vorgelegten Belege kann dieser Umstand aber in der Tat nicht abschliessend beurteilt werden.

c) Im Lichte der obigen Ausführungen wird deutlich, dass auch nach der erfolgten Lohnbuchkontrolle vom 22. Oktober 2013 im Bereich der Einstufung und der Mindestlöhne weiterhin Unklarheiten bestehen und zentrale Fragen offen bleiben. Dieser Umstand wurde ursprünglich auch von der Rekurrentin anerkannt. In ihrer Eingabe vom 30. April 2014 beantragte sie nämlich, „die Prüfungsfeststellungen auf Grund der nachfolgenden Stellungnahme einer erneuten Würdigung zu unterziehen und eine Nachbesserung vorzunehmen“. Erst in der Rekursschrift stellte sie den Antrag, es sei von einer Kontrolle abzusehen und das Verfahren sei einzustellen. Insgesamt sind somit objektive und stichhaltige Gründe auszumachen, die das Anordnen einer neuerlichen Kontrolle rechtfertigen. Die Rekursgegnerin hat das ihr insoweit zustehende Ermessen nicht missbraucht (vgl. oben unter Ziffer 4 lit. b).

Da die Einstufung und die (Mindest-)Löhne Auswirkungen auf weitere Kontrollpunkte wie etwa die Lohnzuschläge zeitigen (vgl. dazu oben unter Ziffer 4 lit. b bb) und somit gleichsam das Herzstück einer jeden Kontrolle bilden, erachtet die Rekurskommission den Entscheid der Rekursgegnerin, anstelle einer Nachprüfung sogleich eine Vollkontrolle anzuordnen, als geeignet und erforderlich, um den Kontrollauftrag gewissenhaft wahrnehmen und die Einhaltung der Bestimmungen des GAV Personalverleih vollumfänglich überprüfen zu können. Das Vorgehen der Rekurrentin erweist sich somit auch unter diesem Blickwinkel als verhältnismässig.

5. Abschliessend ist zu untersuchen, ob der Rekursgegnerin die Kompetenz zusteht, die im Rahmen einer (ersten) Kontrolle festgelegte Kontrollperiode bei einer erneuten Kontrolle zeitlich auszudehnen.

a) Gemäss Art. 6 Abs. 1 des SPKA-Verfahrensreglements wird das Verfahren mit schriftlichem Beschluss der RPKA eingeleitet. Sie bestimmen im Beschluss den zu kontrollierenden Umfang und legen unter anderem die Kontrollperiode fest (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. c des SPKA-Verfahrensreglements).

Wie bereits erwähnt, ist gegen den Entscheid der Rekursgegnerin vom 15. Oktober 2014 in formeller Hinsicht nichts einzuwenden (vgl. oben unter Ziffer 4 lit. a). Dem betreffenden Beschluss lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass die Vollkontrolle für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis am 31. Dezember 2013 durchgeführt wird.

b) Die Frage, ob eine im Rahmen einer ersten Kontrolle festgestellte Kontrollperiode nachträglich ausgedehnt werden kann, wird im Reglement nicht explizit geregelt. Dessen ungeachtet gilt es aber klarzustellen, dass die Kompetenz, den Kontrollumfang bzw. die Kontrollperiode überhaupt festzulegen, ausdrücklich bei der Rekursgegnerin liegt.

Sind wie in casu objektive Gründe gegeben, die das Anordnen einer erneuten Vollkontrolle rechtfertigen, muss es der Rekursgegnerin offenstehen, die Kontrollperiode über den im Rahmen der ersten Kontrolle festgelegten Zeitraum hinaus auszudehnen. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als der Kontrolleur im Lohnbuchkontrollbericht vom 12. März 2014 angebliche

Verfehlungen von mehr als CHF 100‘000.00 festgestellt hat, die von der Rekurrentin –jedenfalls im Rahmen der Stellungnahme vom 30. April 2014 – teilweise anerkannt worden sind. Auch wenn im Rekursverfahren gerade nicht geprüft wird, ob diese Verstösse zu Recht festgestellt worden sind (vgl. oben unter Ziffer 3), ist doch festzuhalten, dass die Gesamtsumme der festgestellten geldwerten Verfehlungen (CHF 124‘610.80) im Verhältnis zur überprüften Anzahl der Mitarbeitenden (10) prima facie beträchtlich ist.

c) Unter den erwähnten, besonderen Umständen hat die Rekursgegnerin ihre Kompetenz nicht überschritten, indem sie die Kontrollperiode für die am 15. Oktober 2014 beschlossene Vollkontrolle auf das Kalenderjahr 2013 ausgedehnt hat. Der betreffende Beschluss steht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 des SPKA-Verfahrensreglements.

6. Aus dem Gesagten wird deutlich, dass die Anordnung einer Vollkontrolle für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 im konkreten Fall berechtigt ist. Für eine Verfahrenseinstellung, wie sie von der Rekurrentin beantragt wird, besteht kein Anlass.

Die Rekursgegnerin hat im Unterschied zur ersten Lohnbuchkontrolle eine neue Kontrollfirma (Firma K. AG in J.) mit der Vollkontrolle beauftragt. Gegen dieses Vorgehen ist solange nichts einzuwenden, als diesem Umstand in einem späteren Kontrollentscheid (bei einer allfälligen anteilsmässigen Überwälzung der Kontrollkosten auf die Rekurrentin) Rechnung getragen wird.

Der Rekurs erweist sich insgesamt als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten vom PVP zu tragen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Auf den Rekurs vom 12. Dezember 2014 wird eingetreten.
2. Der Rekurs wird abgewiesen.
3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 23. April 2015

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih:

Arie Joehro, Präsident

Mathias Regotz, Vizepräsident

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 71/2015

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Daniela Veliz, swissstaffing (Gerichtsschreiberin)

Beschluss vom 23. Juni 2016

in Sachen

x Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die italienische Schweiz (CPCT)
Via Trevano 63
6900 Lugano Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 10. August 2015 gegen den Entscheid der CPCT vom 18. Juni 2015 in Sachen Lohnbuchkontrolle vom 17. und 18. November 2014

Prozessgeschichte:

1. Am 17. und 18. November 2014 führte die Rekursgegnerin in den Räumlichkeiten der Rekurrentin eine Lohnbuchkontrolle durch. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2013. Anlässlich dieser Kontrolle wurden fünf Arbeitsverhältnisse (stichprobeweise) auf ihre Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages Personalverleih (GAV Personalverleih) und des Gesamtarbeitsvertrages des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes (GAV Elektro) überprüft.

2. Aufgrund der festgestellten Verstösse verfasste die Rekursgegnerin am 19. November 2014 einen Kontrollbericht, den sie der Rekurrentin gleichentags mit eingeschriebenem Schreiben (zur freigestellten Stellungnahme) zukommen liess.

3. Am 18. Februar 2015 gab die Rekursgegnerin der Rekurrentin nochmals Gelegenheit, sich zu den im Kontrollbericht festgestellten Verstössen zu äussern und den Nachweis der Ausgleichszahlungen zu erbringen.

4. Mit Entscheid vom 18. Juni 2015 forderte die Rekursgegnerin die Rekurrentin auf, drei Mitarbeitern sowohl die Feiertagsentschädigung als auch die Vorfeiertagsentschädigung gemäss den Bestimmungen des GAV Elektro auszurichten (Dispositiv-Ziffern 1 und 2) und für beide Verfehlungen jeweils innert 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides die Nachweise der Ausgleichszahlungen zu erbringen, unter Androhung, dass im Unterlassungsfall eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 1'000.00 gemäss Art. 31 Abs. 7 des Reglements ausgesprochen werde (Dispositiv-Ziffer 6). Zudem ordnete sie der Rekurrentin an, bei den dem GAV Elektro unterstellten Einsatzbetrieben die Unterlagen betreffend den Einsatzort von den nämlichen Mitarbeitern erhältlich zu machen und der Rekursgegnerin zukommen zu lassen, unter Androhung, dass im Unterlassungsfall eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 1'000.00 gestützt auf Art. 31 Abs. 6 des Reglements ausgesprochen würde (Dispositiv-Ziffer 3).

5. Hiergegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch die [redacted], am 10. August 2015 Rekurs und beantragte (sinngemäss) unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung des Entscheides mangels (sachlicher) Zuständigkeit der Rekursgegnerin. Auf die weiteren rekurrentischen Ausführungen wird in den Erwägungen eingegangen.

6. Innert Frist äusserte sich die Rekursgegnerin mit Eingabe vom 14. September 2014 zum Rekurs und beantragte sinngemäss dessen Abweisung. Auf ihre Ausführungen wird ebenfalls in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 18. Juni 2015. Dagegen erhob die Rekurrentin am 10. August 2015 Rekurs. Gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. b des Reglements der Rekurskommission Personalverleih (Reglement RK) gilt ein Fristenstillstand vom 15. Juli bis und mit dem 15. August. Unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes erfolgte die Eingabe somit fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend Reglement PVP: einsehbar auf www.tempdata.ch, Rubrik „Downloads/Dokumente zum GAV“).

2. a) Art. 9 Abs. 2 lit. a des Reglements RK schreibt vor, dass die rekurrierende Partei für die Rekurserhebung ein schutzwürdiges Interesse nachweisen muss.

b) Dieses Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer. Die das Rechtsmittel ergreifende Partei muss durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein und damit ein Interesse an dessen Abänderung haben, ansonsten auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 59 N 12 ff.). Das Rechtsschutzinteresse wird verneint, wenn sich das Rechtsmittel nur gegen die Begründung des angefochtenen Entscheides richtet, ohne dass eine Änderung des Dispositivs verlangt wird (vgl. BGr, 8C_457/2011 vom 5. Juli 2011; BGr 8C_539/2009 vom 13. Januar 2009 E.2.2 mit Hinweisen).

c) Die Rekurrentin wehrt sich gegen die Ausführungen der Rekursgegnerin im angefochtenen Entscheid bezüglich der nicht korrekten Lohneinstufung der

kontrollierten Mitarbeiter. Dabei handelt es sich jedoch um nicht am Dispositiv teilhabende, keine Rechtswirkungen entfaltende Feststellungen der Rekursgegnerin, sodass in diesem Punkt kein schutzwürdiges Interesse der Rekurrentin an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheides gegeben ist. Auf diesbezüglichen Vorbringen der Rekurrentin ist folglich nicht einzutreten.

3. Weiter ist festzustellen, dass die Rekurrentin als Adressatin des Entscheides der Rekursgegnerin zum Rekurs legitimiert ist. Mit der oben genannten Einschränkung ist auf den Rekurs einzutreten.

II. Materielles

A. Zur Zuständigkeit

1. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 Satz 1 GAV Personalverleih überträgt die Schweizerische Paritätische Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA) den Vollzug der Bereiche mit allgemeinverbindlich erklärten GAV und GAV gem. Anhang 1, die Branchen-Vollzugsorgane haben, den entsprechenden Paritätischen Berufskommissionen und entschädigt diese. Mit der Übertragung des Vollzugs werden die Kontrolle der minimalen Arbeitsbedingungen sowie die Kompetenz zum Ausfällen von Konventionalstrafen im Rahmen der Bestimmungen ihres GAV übertragen (Satz 2). Einzelheiten werden in Leistungs- oder Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern des GAV Personalverleih und den Sozialpartnern der anderen betroffenen GAV geregelt (vgl. Art. 4 Abs. 1 des Verfahrensreglements der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Arbeitsverleih, SPKA-Verfahrensreglement).

b) Die Rekurrentin stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, die Rekursgegnerin sei gestützt auf Art. 34 Abs. 1 GAV nicht befugt gewesen, die Einhaltung der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV-Elektro zu überprüfen. Vielmehr sei hierfür die für diese Branche vorgesehene paritätische Kommission zuständig. Folglich falle die Überprüfung der Einhaltung der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV-Elektro nicht in die sachliche Zuständigkeit der Rekursgegnerin, weshalb der angefochtene Entscheid rechtswidrig und folglich aufzuheben sei.

c) Vorweg ist festzuhalten, dass in der von der Rekursgegnerin kontrollierten Branche eine Zusammenarbeitsvereinbarung mit der PLK Elektroinstallationsgewerbe besteht, welche am 19. Dezember 2012 in Kraft getreten ist. Laut Ziff. 1 der Zusammenarbeitsvereinbarung übertragen die Vollzugsorgane des GAV Personalverleih gestützt auf Art. 20 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) und Art. 34 Abs. 1 GAV Personalverleih die Vollzugstätigkeit den paritätischen Vollzugsorganen des GAV Elektro unter Einschluss der Kompetenz, Sanktionen zu ergreifen.

d) Im vorliegenden Fall fand die Kontrolle am 17. und 18. November 2014 für das ganze Jahr 2013 statt, weshalb zu prüfen ist, ob die Rekursgegnerin ab dem 19. Dezember 2012 überhaupt noch berechtigt war, Mitarbeitende der Rekurrentin, auf die der allgemeinverbindlich erklärte GAV Elektro zur Anwendung kommt, zu kontrollieren und gegebenenfalls Sanktionen gegen sie auszusprechen.

2. a) Art. 4 Abs. 3 des SPKA-Verfahrensreglements erlaubt den Vollzugsorganen des GAV Personalverleih, d.h. den Regionalen Paritätischen Berufskommissionen für den Arbeitsverleih (RPKA), die Ermächtigung eines anderen Kontrollorgans zwecks Durchführung von Kontrollen und Aussprechung von Sanktionen (sog. Vollmacht) einzuholen. Die Rekurskommission hat in einem gleich gelagerten Fall entschieden, dass die RPKA‘s auch dann eine solche Genehmigung einholen dürfen, wenn bereits eine Zusammenarbeitsvereinbarung mit dem entsprechenden Branchenkontrollorgan besteht (vgl. Entscheid der Rekurskommission Geschäfts-Nummer 33/2013 E. 1b). Mithin ist eine Rückdelegation der in einer Zusammenarbeitsvereinbarung vorgesehenen Kompetenzen durch das zuständige Branche-Vollzugsorgan zulässig, was insbesondere dann angezeigt ist, wenn bei einem Personalverleiher – wie im vorliegenden Fall – nebst der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Personalverleih auch die Einhaltung eines anderen allgemeinverbindlich erklärten GAV überprüft wird.

b) Im Rahmen eines anderen Rekursverfahrens stellte die Rekurskommission u.a. fest, dass die Paritätische Landeskommission Elektroinstallationsgewerbe (PLK Elektroinstallationsgewerbe) der Paritätischen Kommission für das Elektroinstallationsgewerbe Tessin (PK Elektroinstallationsgewerbe Tessin) im Jahre 2012 die Integralbefugnis zur Durchführung und Vollzug von Lohnbuchkontrollen inkl. Aussprechung von Sanktionen gestützt auf die massgeblichen Bestimmungen des GAV Elektro übertragen hat. Folglich war die Rekursgegnerin gemäss Art. 4 Abs. 3 des SPKA-Verfahrensreglements berechtigt, von der PK Elektroinstallationsgewerbe Tessin, dem sachlich und

örtlich ganzheitlich zuständigen Branchen-Vollzugsorgan, eine Rückdelegation bzw. eine Vollmacht für die Durchführung von Lohnbuchkontrollen und Aussprechung von Sanktionen einzuholen. Ferner erwog die Rekurskommission, dass sowohl eine mündliche wie auch eine nachträgliche, allgemein formulierte Genehmigung im Zuge sinnvoller Koordination der Kontrolltätigkeit der verschiedenen Branchen-Vollzugsorgane die Zuständigkeit der Rekursgegnerin gültig konstituieren würde. Schliesslich gelangte die Rekurskommission zum Schluss, dass sofern eine zulässige Rückdelegation vorliege, sich die Konventionalstrafen nach dem GAV Personalverleih und dem dazugehörigen Reglement der Rekursgegnerin richten würden (vgl. Entscheid der Rekurskommission Geschäfts-Nummer 65/2015 E. A.1 ff.).

c) Die Rekursgegnerin reichte im Rahmen des vorliegenden Rekursverfahrens eine Kopie der Genehmigung der PK Elektroinstallationsgewerbe Tessin (Commissione Professionale Paritetica nel ramo delle Installazioni Elettriche Ticinesi) datiert vom 9. März 2015 ein (Beilage A zum Rekurs), welcher zu entnehmen ist, dass die PK Elektroinstallationsgewerbe Tessin die Rekursgegnerin bevollmächtigt hat, Lohnbuchkontrollen durchzuführen und gegebenenfalls Sanktionen (Konventionalstrafen, Überbindung der Kontrollkosten) auszusprechen.

Mit dieser schriftlichen Vollmacht bestätigte folglich die zuständige PK Elektroinstallationsgewerbe Tessin die Rückdelegation an die Rekursgegnerin, und zwar mit rückwirkender Wirkung. Somit war im Kontrollzeitpunkt die sachliche Zuständigkeit der Rekursgegnerin zur Durchführung der Lohnbuchkontrolle und Aussprechung von Sanktionen infolge rechtsgültiger Rückdelegation gegeben. Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Rüge der Rekurrentin, die Rekursgegnerin sei nicht befugt (gewesen), bei ihr eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen und die Einhaltung der Bestimmungen des GAV-Elektro zu überprüfen, als unbegründet.

Im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen ist zu prüfen, ob die festgestellten Verfehlungen zu Recht erfolgten.

B. Zu den Verfehlungen

1. Feiertage

a) Die Rekursgegnerin hielt im angefochtenen Entscheid fest, dass nach den Bestimmungen des GAV Elektro die Feiertagsentschädigung ab dem ersten

Arbeitstag, d.h. nicht erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, geschuldet sei. Die Rekurrentin würde jedoch sämtlichen temporären Mitarbeitern, d.h. auch solchen, die dem GAV Elektro unterstehen würden, erst nach der dreizehnten (Arbeits-)Woche die Feiertagsentschädigung ausrichten. In ihrer Stellungnahme hielt die Rekursgegnerin an ihren Feststellungen fest und präzisierte, dass diese Verfehlung von den Kontrolleuren im Rahmen der Kontrolle gestützt auf die aktenkundigen Arbeitsrapporte der Mitarbeiter und die vor Ort visionierten Lohnabrechnungen festgestellt worden sei.

b) Die Rekurrentin führt aus, die Entschädigung für die Feiertage bemesse sich nach den ausfallenden Arbeitsstunden zum normalen Lohn. Entgegen den Angaben im Rapport anerkenne sie jedoch, dass die Entschädigung für die infolge der Feiertage ausgefallenen Arbeitsstunden nicht erst nach 13 Wochen auszurichten sei, sofern sie in einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtvertrag vorgesehen sei.

c) Unklar ist, ob die Rekurrentin die ihr vorgeworfene Verfehlung anerkennt oder ob sie die Feststellung darüber verlangt, dass die Feiertagsentschädigung gemäss den einschlägigen Bestimmungen des GAV Elektro bereits ab dem ersten Arbeitstag geschuldet ist. Vorliegend kann indes dahingestellt bleiben, wie die Ausführungen der Rekurrentin zu verstehen sind, weil, wie gleich zu zeigen sein wird, der angefochtene Entscheid diesbezüglich rechtskonform ist.

c) Die Feiertagsentschädigung wird im GAV Elektro wie folgt geregelt: Nach Art. 29.1 GAV Elektro sind 9 eidgenössische oder kantonale Feiertage im Kalenderjahr entschädigungspflichtig, sofern sie auf einen Arbeitstag fallen. Weiter sieht Art. 30.1 GAV Elektro vor, dass sich die Feiertagsentschädigung nach den ausfallenden Arbeitsstunden zum normalen Lohn bemisst. Entschädigungspflichtige Feiertage, die in die Ferien fallen, werden vergütet und sind nicht als Ferientage anzurechnen (Art. 30.2 GAV Elektro).

d) Wie die Rekursgegnerin zutreffend ausführt, sehen diese Bestimmungen des GAV Elektro nicht vor, dass die Feiertagsentschädigung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist zu entrichten ist, sodass diese Entschädigung ab dem ersten Arbeitstag geschuldet ist. Den Arbeitsrapporten (Beilage B zur Rekursantwort) der kontrollierten Mitarbeiter kann entnommen werden, dass bei den Feiertagen, welche vor Ablauf der dreizehnten Arbeitswoche stattfanden, die Spalte „Feiertage“ („Fest.“) leer ist, mithin die Auszahlung der Feiertagsentschädigung bereits ab dem ersten Arbeitstag der Mitarbeiter unterblieben ist. Somit stellte die Rekursgegnerin gestützt auf die aktenkundigen Rapporte der kontrollierten

Mitarbeiter zu Recht fest, dass diesen entgegen Art. 30.1 Satz 1 GAV Elektro die Feiertagsentschädigung nicht ab dem ersten Einsatztag ausgerichtet worden ist.

e) Die von der Rekursgegnerin festgestellten Verfehlung hinsichtlich der nicht ausgerichteten Feiertagsentschädigungen für die Mitarbeiter [redacted] erweist sich nach dem Gesagten als korrekt. Folglich ist der angefochtene Entscheid bezüglich Dispositiv-Ziffer 1 zu bestätigen.

2. Vorfeiertagsentschädigung

a) Weiter stellte die Rekursgegnerin im angefochtenen Entscheid fest, dass gemäss Art. 30.4 GAV Elektro am Vorfeiertag der Arbeitsschluss um eine Stunde vorverlegt und den Mitarbeitern im Stundenlohn diese Stunde vom Arbeitgeber bezahlt werde. Entgegen dieser Bestimmung habe die Rekurrentin den drei kontrollierten Mitarbeitern nur die tatsächlich geleisteten Stunden ausbezahlt.

b) Die Rekurrentin wendet hiergegen ein, dass entgegen den Feststellungen der Rekursgegnerin sie sämtlichen Mitarbeitern, die in der Elektroinstallationsbranche tätig gewesen seien, die Vorfeiertagsstunde ausbezahlt habe. Zwar gehe aus dem Arbeitsrapport eines Mitarbeiters hervor, dass dieser am Vorfeiertag insgesamt acht Stunden aufgeschrieben habe. Tatsächlich habe er jedoch nur sieben Stunden gearbeitet aber insgesamt acht Stunden rapportiert. Diese Vorgehensweise sei in Absprache mit dem Einsatzbetrieb erfolgt, damit auf der Rechnung die gleiche Anzahl Stunden wie auf dem Arbeitsrapport resultiere. Diesen Ausführungen hält die Rekursgegnerin in ihrer Stellungnahme entgegen, dass weder aus den Arbeitsrapporten noch aus den Lohnbelegen der kontrollierten Mitarbeitern hervorgehe, dass diese am Vorfeiertag sieben Stunden gearbeitet hätten, aber insgesamt acht Stunden vergütet worden seien. In den Arbeitsrapporten würden regelmässig nur die tatsächlich geleisteten Stunden und allfällige Absenzen mit Angabe des Abwesenheitsgrundes (Krankheit, Ferien, Unfall, Umzug usw.) rapportiert.

c) Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass gemäss Art. 30.4 GAV Elektro den Mitarbeitern im Stundenlohn am Vorfeiertag eine Stunde zu vergüten ist. Da aber die Rekurrentin behauptet, die Vorfeiertagsstunde sei jeweils in den rapportierten Stunden des betreffenden Vorfeiertages inbegriffen, ist zu prüfen, wie es sich damit verhält.

d) Die Beweislast richtet sich nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907. Danach hat derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus einer unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet.

Mit der unsubstanziierten Behauptung, die betroffenen Arbeitnehmer hätten die Vorfeiertagsstunde zusammen mit den Arbeitsstunden aufgeschrieben, vermag die Rekurrentin ihre Darstellung nicht in rechtsgenüglicher Weise zu beweisen. Unbehelflich erweist sich in diesem Zusammenhang der Hinweis der Rekurrentin auf die mit dem Einsatzbetrieb vereinbarten Abrechnungsmodalitäten, als dass nicht einzusehen ist, weshalb auf der Rechnung zu Handen des Einsatzbetriebes eine abweichende Anzahl der zu vergütenden Gesamtstunden resultierte, als wenn die Vorfeiertagsstunden separat ausgewiesen würden. Die Rekurrentin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sie im Wissen um die Vorfeiertagsregelung gemäss Art. 30.4 GAV Elektro (und auch in Hinblick auf eine allfällige Lohnbuchkontrolle) dafür hätte sorgen müssen, dass die Rapporte detailliert und korrekt von den Mitarbeitern ausgefüllt werden. Hierfür hätte sie zum Beispiel in den Rapporten eine separate Spalte für den Eintrag der Vorfeiertagsstunde vorsehen oder anderweitig für deren gesonderte Ausweisung besorgt sein müssen.

e) Insgesamt misslingt der Rekurrentin der Beweis, dass den betroffenen Mitarbeitern die Vorfeiertagsstunde ausbezahlt worden ist und sie hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Folglich ist mit der Rekursgegnerin auf die Arbeitsrapporte abzustellen und es ist festzustellen, dass die vorgesehene Stunde an den Vortagen der gesetzlichen Ruhetage nicht vergütet worden ist. Demzufolge ist der Rekurs diesbezüglich abzuweisen und es bleibt bei der von der Rekursgegnerin festgestellten Verfehlung in Bezug auf die nicht bezahlte Vorfeiertagsstunde für die Mitarbeiter [redacted] Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides ist aus diesen Gründen ebenfalls zu bestätigen.

3. Auslagen bei auswärtiger Verpflegung

a) Zur Überprüfung des Anspruchs auf Auslagen für auswärtige Verpflegung forderte die Rekursgegnerin die Rekurrentin auf, die Unterlagen betreffend den tatsächlichen Einsatzort der Mitarbeiter bei den Einsatzbetrieben einzufordern und nachzureichen.

b) Die Rekurrentin bestreitet wiederum nicht, dass die dem GAV Elektro unterstellten Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz der Auslagen für auswärtige Verpflegung, sofern sie sich auswärts verpflegen müssten und eine Rückkehr über die Mittagszeit an den Einsatzort nicht möglich sei. Sie behauptet aber, dass der Einsatzort im Einsatzvertrag erwähnt werde. Sofern der ursprüngliche Einsatzort nicht mehr mit jenem im Einsatzvertrag übereinstimmen würde, würde der betreffende Mitarbeiter die Verpflegungssepsen im Arbeitsrapport aufführen. Anlässlich der Kontrolle hätten die Kontrolleure feststellen können, dass die Spesen für die auswärtige Verpflegung immer ausgerichtet worden seien. In einem Fall werde ihr vorgeworfen, dass der Arbeitnehmer den Einsatzort im Rapport nicht erwähnt habe. Dass aufgrund dieser fehlenden Angabe die Verpflegungsentschädigung trotzdem geschuldet sei, sei ihrer Meinung nach nicht nachvollziehbar und inakzeptabel. In ihrer Stellungnahme betont die Rekursgegnerin, dass in den Arbeitsrapporten der kontrollierten Mitarbeiter der tatsächliche Einsatzort nicht erwähnt werde. Auch aus den (Lohn-)Belegen der betroffenen Mitarbeiter gehe nicht hervor, ob die Verpflegungsspesen ausbezahlt worden seien. Im Bereich des Elektroinstallationsgewerbes sei es üblich, dass die Mitarbeiter die Arbeit auf der Baustelle und nicht etwa am Geschäftssitz des Einsatzbetriebes verrichten würden. In den Einsatzverträgen werde aber lediglich das Geschäftsdomizil des Einsatzbetriebes angegeben. Aus diesen Gründen habe sie die Rekurrentin im angefochtenen Entscheid dazu aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen bei den Einsatzbetrieben zu verlangen und nachzureichen.

c) Die Rekurrentin rügt sinngemäss, sie sei zu Unrecht zur Einreichung der Unterlagen betreffend den Einsatzort aufgefordert worden. Diese Rüge erweist sich aus folgenden Gründen als unbegründet:

Der Auslagenersatz bei auswärtiger Arbeit ist gemäss Art 41.1 GAV Elektro wie folgt geregelt:

a) mit täglicher Rückkehr

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten für auswärtige Verpflegung von 12 Franken pro Tag, wenn:

a) eine Rückkehr über Mittag an den Anstellungsort/ans Firmendomizil oder nach Hause nicht möglich ist; oder

b) der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, über Mittag am externen Arbeitsort zu verbleiben; oder

c) eine Rückkehr zum Anstellungsort/Firmendomizil oder nach Hause nicht möglich ist, wenn der Arbeitsort ausserhalb einem Radius von 10 km zum Anstellungsort/Firmendomizil oder Wohnort liegt oder wenn die entsprechende Wegstrecke länger als 15 km (ein Weg) ist.

Art. 41.1 lit. a Ziff. c stellt also die gesetzliche Vermutung auf, dass sofern der Arbeitsort ausserhalb von einem Radius von 10 km zum Anstellungsort/Firmendomizil oder Wohnort liegt oder wenn die entsprechende Wegstrecke länger als 15 km (ein Weg) ist, die Rückkehr zum Anstellungsort/Firmendomizil oder nach Hause nicht möglich ist, so dass in diesem Fall die Tagespauschale von CHF 12.- auf jeden Fall geschuldet ist. Soweit der Arbeitsort nicht mehr als 10 km oder die Wegstrecke nicht mehr als 15 km beträgt, müsste in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob allenfalls eine Rückkehr über Mittag an den Anstellungsort/ans Firmendomizil oder nach Hause (aus anderen Gründen) nicht möglich ist (Ziff. a) oder der Arbeitgeber den Arbeitnehmer angewiesen hat, über Mittag am externen Arbeitsort zu verbleiben (Ziff. b).

Ist der Arbeitsort bzw. der Einsatzort eruierbar, kann in zuverlässiger Weise festgestellt werden, ob der Auslagenersatz schon aufgrund dessen geschuldet ist und es erübrigt sich die weitere Prüfung, ob die Mitarbeiter gemäss Ziff. a oder Ziff. b allenfalls Anspruch auf die Verpflegungsentschädigung haben. Entgegen der Meinung der Rekurrentin kommt es für diesen arbeitnehmerischen Anspruch nicht darauf an, ob der im Einsatzvertrag ursprünglich angegebene Einsatzort vom aktuellen Arbeitsort abweicht und der Arbeitnehmer von sich aus Spesen fordert, sondern grundsätzlich ob eine Rückkehr zum Anstellungsort aufgrund der Wegdistanz bzw. der Wegstrecke für den Arbeitnehmer nicht möglich ist. Ungeachtet einer allfälligen Änderung des Einsatzortes während des Einsatzes hat die Rekurrentin stets zu prüfen, ob der Auslagenersatz zu entrichten ist. Vorliegend beruft sich die Rekurrentin auf die von den Arbeitnehmern nicht geltend gemachten Verpflegungsspesen im Arbeitsrapport um aufzuzeigen, dass für die auswärtige Verpflegung keine Spesen auszuzahlen und mithin die Angaben zum Einsatzort nicht erforderlich sind. Hier verkennt die Rekurrentin, dass es sich beim Anspruch auf Auslagen für auswärtige Verpflegung um einen gesetzlichen Lohnbestand handelt. Es liegt daher in ihrer Verantwortung zu überprüfen, ob die Voraussetzungen von Anfang an oder zu einem späteren Zeitpunkt für die Ausrichtung der Verpflegungsspesen gegeben sind. Aus diesem Grund darf sie sich nicht auf fehlende Angaben zum Arbeits- bzw. Einsatzort und/oder zu den Spesen in den Rapporten verlassen, zumal viele temporäre

Arbeitnehmer die Voraussetzungen für die Ausrichtung der Verpflegungsspesen nicht kennen.

Zutreffend weist die Rekursgegnerin darauf hin, dass im Elektroinstallationsgewerbe der Einsatzort nicht identisch mit dem Geschäftsdomizil des Einsatzbetriebes sei. Offenbar konnte die Rekursgegnerin, wie sie ausführt, anhand der vorhandenen Unterlagen (Rapporte, Einsatzverträge) den (aktuellen) Einsatzort der Mitarbeiter nicht ausfindig machen. Obschon die Rekurrentin diesbezüglich das Gegenteil behauptet, wäre ihr - und zwar schon im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs -, die Möglichkeit offen gestanden, diese Behauptung der Rekursgegnerin durch Einreichung von Kopien der Einsatzverträge zu widerlegen, was sie aber nicht getan hat. Nicht gefolgt werden kann der Rekurrentin, sofern sie sich auf den Standpunkt stellt, mangels Angaben zum Einsatzort seien die Verpflegungsspesen dennoch geschuldet. Der Rekurrentin müsste aufgrund des verständlichen und nachvollziehbaren Entscheides der Rekursgegnerin klar sein, dass sie zur Einreichung der Unterlagen betreffend den Einsatzort und nicht zur Vornahme von Ausgleichszahlungen aufgefordert wurde (zur Konventionalstrafe siehe E. C.1.c unten).

d) Da in den Arbeitsrapporten und in den Dossiers der kontrollierten Mitarbeiter keine Angaben zum Einsatzort zu finden sind bzw. waren, hat die Rekursgegnerin zu Recht von der Rekurrentin schriftliche Auskünfte betreffend den Einsatzort der kontrollierten Mitarbeiter verlangt. Der Rekurs ist folglich auch in diesem Punkt abzuweisen und der Entscheid der Rekursgegnerin ist in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 3 ebenfalls zu bestätigen.

Es ist im Folgenden über die Rechtmässigkeit der Konventionalstrafen zu befinden.

C. Zu den Konventionalstrafen

1. a) Die Rekursgegnerin hat der Rekurrentin für den Fall, dass die Ausgleichszahlungen betreffend die Vorfeier- und Feiertagsentschädigung nicht innert einer Frist von 30 Tagen nachgewiesen würden, eine Konventionalstrafe von CHF 1'000.00 angedroht. Weiter hat sie eine weitere Konventionalstrafe von CHF 1'000.00in Aussicht gestellt, fall die Rekurrentin die Unterlagen betreffend den Arbeitsort nicht nachreicht.

b) Gemäss Art. 38 Abs. 3 GAV Personalverleih sind die kontrollierten Betriebe verpflichtet, innerhalb eines Monats nach schriftlicher Eröffnung des Entscheides den Nachweis der Ausgleichszahlungen schriftlich zu erbringen. In diesem Sinne bestimmt Art. 31 Abs. 7 des Reglements PVP, die RPKA kann bei Verzögerung bzw. Verweigerung des Nachweises über Ausgleichszahlungen gemäss Art. 38 Abs. 3 GAV Personalverleih – nach entsprechender Androhung – eine Konventionalstrafe von maximal CHF 5'000.00 aussprechen. Das Reglement sieht ebenfalls vor, dass die RPKA bei einer nicht geringfügigen Verzögerung bzw. Verweigerung des zu kontrollierenden Betriebes, die für die Kontrollorgane nötigen Informationen und Dokumente den Kontrollorganen auszuhändigen, nach entsprechender Androhung eine Konventionalstrafe von maximal CHF 5‘000.00, im Falle der vollständigen Verweigerung maximal CHF 50‘000.00 aussprechen kann (Art. 31 Abs. 6 Reglement PVP).

c) Gegen die angedrohten Konventionalstrafen wendet die Rekurrentin ein, dass gemäss Art. 20 AVG und Art. 37 GAV Personalverleih einzig bei schwerwiegenden Verfehlungen Konventionalstrafen ausgesprochen werden dürften.

Hier verkennt die Rekurrentin zunächst, dass Art. 20 Abs. 2 lit.a.AVG sowohl in der deutschen wie in der italienischen Fassung von der Zulässigkeit von Konventionalstrafen nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages bei “nicht geringfügigen Verstössen“ spricht. Einzig der französische Text stellt die Bedingung der „infraction grave“. Die Rekurskommission hat sich in verschiedenen Präzedenzfällen klar für den Vorrang der deutschen und italienischen Textversion von Art. 20 Abs.2 AVG – mithin für „nicht geringfügige Verstösse“ bzw. „infrazioni che non siano di lieve entità“ - und somit für die Sanktionierbarkeit auch mittlerer Verstösse ausgesprochen.

Weiter ist festzuhalten, dass es sich bei Konventionalstrafen gestützt auf die Bestimmungen von Art. 31 Abs. 6 und 7 des Reglements PVP explizit um Strafen infolge Kontrollrenitenz geht, namentlich vorliegend erstens für den Fall, dass die Nachweise der Ausgleichszahlungen nicht innert 30 Tagen ab Rechtskraft des angefochtenen Entscheides erbracht würden und zweitens im Falle der Nichteinreichung der Unterlagen betreffend den Einsatzort innert der nämlichen Frist. Die rechtsgenügende Schwere der festgestellten Verfehlungen für die Zulässigkeit und Bemessung der Konventionalstrafe nach Art. 38 Abs. 4 GAV Personalverleih i.V.m. Art. 20 Abs. 2 lit. a AVG misst sich gemäss Konventionalstrafenrechner im Anhang 1 des Reglementes PVP grundsätzlich rechnerisch nach dem prozentualen Verhältnis von kontrollierter Lohnsumme und Summe der Verfehlungen (aktuell 3%-Grenze). Eine solche

Konventionalstrafe ist noch nicht ausgesprochen und diesbezüglich hat sich die Rekursgegnerin ausdrücklich vorbehalten, zu einem späteren Zeitpunkt über eine allfällige Konventionalstrafe und die Auferlegung der Kontrollkosten zu entscheiden (vgl. Dispositiv-Ziffer 5).

Die rechtliche Grundlage für eine Konventionalstrafe infolge Kontrollrenitenz leitet sich ab von der Anordnungs- und insbesondere Durchsetzungsbefugnis der Betriebskontrollen durch die SPKP bzw. die Rekursgegnerin und der Befugnis zur Auferlegung von Konventionalstrafen bei nicht geringfügigen Verstössen gegen Bestimmungen des GAVP (Art. 17 Abs. 3 AVG, Art. 20 Abs. 2 AVG; Art. 35 und Art. 38 Abs. 2, 3 und 4 GAVP; Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 4 Statuten PVP; Art. 29 Abs. 1 und 3 sowie Art. 31 Abs. 1 Reglement PVP). Notwendig implizites Gegenstück dieser Anordnungs- und Durchsetzungsbefugnis bildet die Pflicht der dem GAVP unterstellten Betriebe, sich den Kontrollen zu unterziehen bzw. auch deren Auskunftspflicht gemäss Art. 17 Abs. 3 AVG. Diese Kontrollunterziehungspflicht bildet die rechtliche Grundlage für die Sanktionierung von Kontrollrenitenz, vorausgesetzt es liegt ein nicht geringfügiger Verstoss vor. Verweigerung und Erschwerung der Kontrollen durch sich entziehendes Verhalten verletzt unmittelbar diese Kontrollunterziehungspflicht sowie indirekt die Kontrollbefugnis und damit mittelbar die Anwendung und Einhaltung des GAV Personalverleih an sich mit allen materiellen Schutzbestimmungen. Könnten sich die dem GAVP unterstellten Betriebe den Kontrollen sanktionslos entziehen, wäre die Überprüfbarkeit der Einhaltung und Durchsetzung des GAV Personalverleih und damit seine Existenz grundsätzlich gefährdet.

Kontrollrenitenz bildet einen Tatbestand der nicht geldwerten Verstösse im Sinne des GAV Personalverleih. Dass nicht geldwerte Verstösse strafschärfend bei der Bemessung von Konventionalstrafen zu berücksichtigen sind (Art. 38 Abs. 4 GAVP), zeigt deren Relevanz und weist auf die gesetzgeberische Intention hin, diese zu ahnden und zu sanktionieren, wenn sie z.B. allein vorliegen und eine genügende Schwere aufweisen, ansonsten gegen Kontrollrenitenz keine Handhabe bestehen würde. Diese Sanktionsbefugnis ist deshalb bedeutsam, weil ansonsten nur die Antragstellung auf Bewilligungsentzug vorgesehen ist. Nicht nur wird Letztere in den meisten Fällen unverhältnismässig sein, sondern auch deren Voraussetzungen werden bei Kontrollrenitenz kaum oder nicht immer vorliegen (Art. 38 Abs. 7 GAVP: Kriterium der Mehrmaligkeit). Mangels anderweitiger gesetzlich vorgesehener Instrumente - z.B. Bussen, gerichtlich durchsetzbare Editionspflicht, Beschlagnahmung - drängt sich die Konventionalstrafe als angemessenes und verhältnismässiges Durchsetzungsmittel der Kontrollen auf, wenn ein zu kontrollierender Betrieb sich

seinen Pflichten gemäss Art. 17 Abs. 3 AVG (Auskunftspflicht gegenüber dem zuständigen paritätischen Organ eines allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrages) oder direkt aus dem GAV fliessenden Pflichten entziehen will oder zu entziehen droht.

Gegenstand der Kontrollrenitenz bilden nur die für die Durchführung der Kontrolle erforderlichen Verhaltensweisen und Unterlagen. Im Zuge von Art. 38 Abs. 3 Satz 3 GAVP, wonach die kontrollierte Unternehmung verpflichtet ist, innerhalb eines Monats nach schriftlicher Eröffnung eines Entscheides den Nachweis der Ausgleichszahlungen schriftlich zu erbringen, stellen auch die Dokumentationen über den Nachbesserungsstatus – vorbehältlich Rekurserhebung bzw. nur im unbestrittenen Umfang - für die Kontrolldurchführung erforderliche Unterlagen dar. Dabei bildet diese Pflicht zum Nachweis der Ausgleichzahlung die Grundlage der Konventionalstrafe „nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages“ im Sinne von Art. 20 Abs. 2 lit a AVG.

Kontrollrenitenz stellt den abstrakt schwerwiegendsten aller nicht geldwerten Verstösse dar. Diese ist zur Beurteilung seiner konkreten Schwere unabhängig von allenfalls ermittelten rechnerischen Kriterien zu würdigen, da nicht geldwerte Verstösse rechnerische Grössen naturgemäss aussetzen lassen. Gerade die massivsten Erscheinungsformen von Kontrollrenitenz werden die Feststellung von rechnerischen Grössen ohnehin verunmöglichen. Es ist deshalb vorab auf die Intensität der Kontrollrenitenz, d.h. auf ihren Entziehungsgehalt abzustellen. Die Renitenzintensität bildet bei genügender Schwere die Voraussetzung der Ungeringfügigkeit für die Aussprechung einer Konventionalstrafe (Art. 20 Abs. 2 AVG, Art. 38 Abs. 2 GAVP). Ungeringfügige Renitenzintensität ist aufgrund der zentralen Bedeutung von Kontrollbefugnis und Kontrollunterziehungspflicht der Regelfall, d.h. es ist grundsätzlich ein nicht geringfügiger Verstoss im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG bzw. Art. 38 Abs. 2 GAVP und nur ausnahmsweise - in offensichtlichen und leichten Fällen - ein geringfügiger Verstoss im Sinne von Art. 37 GAVP anzunehmen. Den Kontrollorganen kommt dabei eine grosse Ermessenskompetenz zu. Diese ist pflichtgemäss auszuüben und hat den verfassungsrechtlichen Prinzipien der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots und insbesondere des Verhältnismässigkeitsprinzips zu genügen. Gleichzeitig ist es zur Verhinderung der Perpetuierung und Ausweitung methodischer Verstösse wie auch zur Feststellbarkeit von Nachbesserungsstatus und Nachweiserbringung durchaus angezeigt, bei Kontrollrenitenz nicht mit der Ausfällung von Konventionalstrafen zuzuwarten und auch durchsetzungswirksam hohe – selbstredend den konkreten Verhältnissen angemessene – Strafen auszusprechen. Dabei kommt den Kontrollorganen grosse Ermessenskompetenz zu.

Nach diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass vorliegend die Nichtbeachtung der unter Androhung von Konventionalstrafe erfolgten Forderungen der Rekursgegnerin die erforderliche rechtsgenügende „nicht geringfügige“ Schwere“ für die Aussprechung einer Konventionalstrafe im Sinne von Art. 20 Abs. 2 lit. a AVG aufweisen. Es handelt sich sowohl beim Nachweis von Ausgleichszahlungen wie auch beim Einreichen kontrollnotwendiger Dokumente um Regelfälle, bei denen ungeringfügige Renitenzintensität bei Nichtbeachtung anzunehmen ist, und es bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme offensichtlich leichter Fälle. Ferner ist bei Bemessung der angedrohten Konventionalstrafen kein Ermessensmissbrauch festzustellen. Insbesondere wurde das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt.

d) Wie aufgezeigt wurde, erweisen sich die geldwerten Forderungen der Rekursgegnerin als auch deren Aufforderung zur Einreichung der Unterlagen als rechtsbeständig. Aus prozessökonomischen Gründen ist auch nichts dagegen einzuwenden, dass die Aufforderungen zur Nachweiserbringung der Ausgleichszahlungen und zur Einreichung der Unterlagen gleichzeitig mit der Androhung einer Konventionalstrafe ergangen sind.Im Unterlassungsfall kann die Rekursgegnerin folglich die entsprechenden, in Aussicht gestellten Konventionalstrafen ausfällen, ohne dass eine erneute Androhung der Konventionalstrafe(n) erforderlich wäre. Der Vollständigkeit halber sei daraufhin gewiesen, dass aufgrund der aufschiebenden Wirkung des Rekurses die 30-tätige Frist zur Vornahme der Ausgleichszahlungen und zur Einreichung der Nachweise sowie der Unterlagen stillgestanden ist. Demnach läuft der Rekurrentin eine Frist von 30 Tagen ab Eröffnung dieses Entscheides um den erwähnten Forderungen der Rekursgegnerin nachzukommen (vgl. auch Art. 6 Abs. 4 Verfahrensreglement).

e) Nach dem Gesagten ist der Rekurs vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

D. Zu den Verfahrenskosten

1. Die Rekurrentin ersucht schliesslich um Parteientschädigung. Mangels gesetzlicher Grundlage und weil die Rekurrentin ohnehin vollumfänglich unterliegt, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2. Die Kosten des Verfahrens sind vom PVP zu tragen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird vollumfänglich abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 23. Juni 2016

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,
Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih:

Mathias Regotz, Präsident

Decimo Vincenzi, Vizepräsident

Mitteilung an:

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 64/2016

Mitwirkend: Decimo Vincenzi, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Thérèse Gabriel, swissstaffing (Gerichtsschreiberin)

Beschluss vom 24. August 2017

in Sachen

XY — Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15 — Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 26. Juli 2016 gegen den Beschluss der RPKD vom 26. April 2016 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Vom 15. September bis 17. September 2014 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013. Die Rekurrentin verlieh in dieser Zeit insgesamt 300 Mitarbeitende. Davon wurden 33 Mitarbeitende in 68 Einsätzen überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden betrug insgesamt CHF 725‘094.25.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 5. Februar 2015 zuhanden der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass der Rekurrentin sowohl geldwerte als auch nicht geldwerte Verfehlungen vorgeworfen werden.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 19. Februar 2015 Gelegenheit gegeben, den Lohnbuchkontrollbericht vor Zustellung an die Rekursgegnerin einzusehen und sich dazu zu äussern. Die Rekurrentin liess der Rekursgegnerin eine vom 19. März 2015 datierte schriftliche Stellungnahme zukommen.

4. Mit Entscheid vom 26. April 2016 (nachfolgend „Entscheid“) verpflichtete die Rekursgegnerin die Rekurrentin unter anderem zur Nachzahlung von insgesamt CHF 3‘374.30 abzüglich der Sozialversicherungsbeiträge innert 30 Tagen an 15 Mitarbeitende (Ziffer 4.1 des Entscheids). Da die geldwerten Verfehlungen weniger als 3 Prozent der kontrollierten Lohnsumme betrugen und somit ein geringfügiges Verschulden vorlag, sprach die Rekursgegnerin weder eine Konventionalstrafe aus (Ziffer 4.3 des Entscheids) noch auferlegte sie ihr Kontrollkosten (Ziffer 4.4 des Entscheids).

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin am 26. Juli 2016 (Datum Poststempel) Rekurs. Sie beantragt die teilweise Aufhebung der Nachzahlungspflicht für die festgestellten Verfehlungen in Bezug auf die Überstunden- und Überzeitzuschläge bei den Mitarbeitenden Nr. 17, Nr. 21, Nr. 22 und Nr. 24 sowie die vollständige Aufhebung der Nachzahlungspflicht für die festgestellten Verfehlungen in Bezug auf die Überstundenzuschläge beim

Mitarbeitenden Nr. 23 und in Bezug auf die Feiertagsentschädigung des Jahres 2013 bei den Mitarbeitenden Nr. 9 und Nr. 13.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 5. September 2016 zum eingereichten Rekurs und beantragt in Bezug auf die bei den Mitarbeitenden Nr. 17, Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 festgestellten Verfehlungen betreffend Überstunden und Überzeit die Abweisung des Rekurses. Bei der den Mitarbeitenden Nr. 9 und 13 ausbezahlten Feiertagsentschädigung für das Jahr 2013 gelangt die Rekursgegnerin nach nochmaliger Prüfung demgegenüber zum Schluss, dass kein Verstoss auszumachen sei. Sie beantragt deshalb, die entsprechenden Verfehlungen sowie daraus resultierend jene beim 13. Monatslohn aufzuheben.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Das Rekursverfahren wird in Art. 39 Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (nachfolgend „GAVP“) geregelt. Ausführende Vorschriften finden sich in Art. 32 Reglement des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend „PVP“) sowie in Art. 1 ff. des Reglements der Rekurskommission Personalverleih (beide Dokumente sind einsehbar auf www.tempservice.ch unter der Rubrik „Dokumente“). Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 26. April 2016 ist mit Blick auf Art. 35 GAVP verbindlich, vermag Rechtswirkungen zu entfalten und kann mittels Rekurs bei der Rekurskommission angefochten werden (Art. 39 Abs. 2 GAVP, Art. 20 Abs. 1 Statuten PVP, Art. 5 Reglement der Rekurskommission Personalverleih).

2. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 26. April 2016. Dagegen erhob die Rekurrentin (erst) am 26. Juli 2016 Rekurs.

   Am 18. Mai 2016 teilte die Rekursgegnerin der Rekurrentin jedoch per E-Mail mit, dass ihr die Frist zur Einreichung eines Rekurses antragsgemäss bis zum 27. Juli 2016 verlängert werde.

Hierzu gilt es festzuhalten, dass Rekursfristen gesetzliche Fristen und deshalb grundsätzlich nicht erstreckbar sind. Aufgrund der von der Rekursgegnerin erteilten schriftlichen Auskunft gegenüber der Rekurrentin – mithin einem juristischen Laien – ist die von ihr gewährte Fristverlängerung jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes vorliegend zu beachten. Der Rekurs ist somit rechtzeitig, d.h. innerhalb der angesetzten Nachfrist eingereicht worden.

3. Als Adressatin des Entscheids vom 26. April 2016 ist die Rekurrentin durch ihn sowohl in formeller wie auch in materieller Hinsicht beschwert und somit zum Rekurs aktivlegitimiert. Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

II. Materielles

A. Streitgegenstand

a) Die Rekurrentin bestreitet im Rekurs ausschliesslich die Verfehlungen bei den Mitarbeitenden Nr. 21 im Zeitraum vom 17.06.2013 bis 15.07.2013, bei Nr. 22 im Zeitraum vom 19.08.2013 bis 11.10.2013, bei Nr. 23 im Zeitraum vom 19.09.2013 bis 25.10.2013 und bei Nr. 24 im Zeitraum vom 16.09.2013 bis 25.10.2013 in Bezug auf die Überstundenzuschläge gemäss Gesamtarbeitsvertrag für das Schreinergewerbe und beim Mitarbeitenden Nr. 17 in Bezug auf die Überzeitzuschläge gemäss GAVP. Ferner wird bei den beiden Mitarbeitenden Nr. 9 und 13 die Feiertagsentschädigung gemäss Gesamtarbeitsvertrag Gebäudetechnik und Gesamtarbeitsvertrag für das Metallgewerbe bestritten. Die übrigen im Entscheid vom 26. April 2016 festgestellten Verfehlungen werden von der Rekurrentin nicht in Frage gestellt und nicht bestritten.

b) Der Streitgegenstand im Rekursverfahren vor der Rekurskommission beschränkt sich grundsätzlich auf die Anträge der rekurrierenden Partei. Entsprechend bilden Streitgegenstand im vorliegenden Rekursverfahren lediglich die nicht ausbezahlten Überstunden- und Überzeitzuschläge an die Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 gemäss Gesamtarbeitsvertrag für das Schreinergewerbe und an den Mitarbeitenden Nr. 17 gemäss GAVP sowie die nicht ausbezahlte Feiertagsentschädigung an die Mitarbeitenden Nr. 9

und Nr. 13 gemäss Gesamtarbeitsvertrag Gebäudetechnik und Gesamtarbeitsvertrag für das Metallgewerbe.

B. Anwendbares Recht

1. GAV Personalverleih

a) Seit dem 1. Mai 2016 gilt der neue, allgemeinverbindlich erklärte GAV Personalverleih 2016 – 2018 (nGAVP). Die Kontrollperiode umfasst vorliegend jedoch den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013, weshalb sich die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids vom 26. April 2016 noch nach den altrechtlichen Bestimmungen des GAVP, d.h. nach denjenigen in der Fassung vom 1. Januar 2012 bis am 30. April 2016, bestimmt.

b) Per 1. August 2016 wurde zudem das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des Reglements PVP revidiert. Art. 31ter Abs. 2 des neuen Reglements PVP stellt klar, dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 nur für Entscheide der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Personalverleih (nachfolgend „SPKP“) und der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (nachfolgend „RPKP“) anwendbar sind, welche nach der Inkraftsetzung des neuen Reglements PVP ergehen. Der angefochtene Entscheid datiert vom 26. April 2016, weshalb vorliegend noch die altrechtlichen Bestimmungen des Reglements PVP (inkl. dessen Anhänge) zu beachten sind.

2. GAV Schreinergewerbe

a) Am 1. Juni 2012 (Datum der Erteilung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung) trat der Gesamtarbeitsvertrag 2012-2015 für das Schreinergewerbe in Kraft. Vor dessen in Krafttreten galt der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für das Schreinergewerbe 2005 / 2008 (nachfolgend „GAVS 2005 / 2008“). Die Kontrollperiode umfasste vorliegend zwar den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013, sodass die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids vom 26. April 2016 grundsätzlich sowohl nach den altrechtlichen Bestimmungen des GAVS 2002 /

2008 als auch nach den Bestimmungen des GAVS 2012-2015 zu beurteilen wäre. Dennoch sind in casu nur die Bestimmungen des GAVS 2012-2015 beachtlich, da die Rekurrentin im vorliegenden Rekurs ausschliesslich Verfehlungen moniert, die in den zeitlichen Geltungsbereich des GAVS 2012-2015 (nachfolgend „GAVS“) fallen (vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Streitgegenstand in Erwägung A.).

b) Zum leichteren Verständnis verfasste die Zentrale Paritätische Berufskommission (nachfolgend „ZPK“) einen GAV-Kommentar zum GAVS (nachfolgend „GAVS-Kommentar“). Mit Gültigkeit vom 1. Juni 2016 brachte die ZPK einen neuen bzw. revidierten GAV-Kommentar zum GAVS heraus (nachfolgend „neuer GAVS-Kommentar“). Kommentare zeitigen keine Rechtswirkungen, sondern geben lediglich allgemein erläuternde oder vertiefende Anmerkungen zu Bestimmungen, die Rechtswirkungen erzeugen. Entsprechend kann der neue GAVS-Kommentar mit seinen Erläuterungen zu den gleichlautenden und rechtsverbindlichen Bestimmungen im GAVS trotz seiner erst nach der Kontrollperiode bestehenden Gültigkeit als Auslegungshilfe zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit herangezogen werden.

C. Verfehlungen

1. Überstunden- und Überzeitzuschläge nach GAVS (Ziffer 2.2.2 des Entscheids)

a) Parteivorbringen

aa) Die Rekurrentin begründet ihren Antrag auf Aufhebung bzw. Reduktion der Nachzahlungspflicht in Bezug auf die festgestellten Verfehlungen betreffend Überstunden gemäss GAVS bei den Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 zusammenfassend damit, dass nicht in jedem Fall Überstundenarbeit mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sei. Gemäss Art. 13 Abs. 3 GAVS erfolge für die geleisteten Überstunden grundsätzlich ein Ausgleich durch Freizeitkompensation von gleicher Dauer. Wie aus den Stundenlisten ersichtlich sei, habe bei den Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22 und Nr. 24 ein teilweiser und beim Mitarbeitenden Nr. 23 ein vollständiger Ausgleich durch Freizeitkompensation stattgefunden. Folglich bestünden in Bezug auf den Mitarbeitenden Nr. 23 keine und in Bezug auf die Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 24 nur folgende Nachzahlungspflichten:

- Mitarbeitender Nr. 21: CHF 138.60
- Mitarbeitender Nr. 22: CHF 43.65
- Mitarbeitender Nr. 24: CHF 73.30

ab) Die Rekursgegnerin macht hingegen geltend, dass gemäss GAVS-Kommentar im Personalverleih sämtliche Stunden über 45 Stunden pro Woche als Überstunden qualifiziert würden und mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen seien. Im Entscheid vom 26. April 2016 seien ausschliesslich Stunden über 45 pro Woche mit einem Zuschlag belegt worden. Entsprechend seien die bei den Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 festgestellten Überstunden und die daraus resultierenden Zuschläge anlässlich der Lohnbuchkontrolle korrekt berechnet worden.

b) Überstunden nach GAVS

Gemäss Art. 13 Abs. 1 GAVS gelten als Überstundenarbeit die in Überschreitung von 45 Wochenstunden geleistete Mehrarbeit (nachfolgend „Variante 1“) sowie diejenigen Mehrstunden des Jahresarbeitszeitsaldos, die im individuellen Arbeitszeitkonto gemäss Art. 10 GAVS ausgewiesen sind (nachfolgend „Variante 2“).

Der Ausgleich von Überstundenarbeit ist grundsätzlich durch Freizeit von gleicher Dauer und in der Regel innert 6 Monaten vorzunehmen (Art. 13 Abs. 3 GAVS). Wird Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen, so hat der Arbeitgeber in Absprache mit dem Arbeitnehmenden Überstundenarbeit zu entschädigen. Die Entschädigung erfolgt mit einem Zuschlag von 25 % auf den Normallohn (Art. 13 Abs. 4 GAVS).
Aus dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 GAVS ergibt sich somit deutlich, dass Überstundenarbeit primär durch Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren und nur subsidiär mit einem Zuschlag von 25 % auf den Normallohn zu entschädigen ist.

ba) Spezialregelung im GAVS für den Personalverleih

Wie die Rekursgegnerin in ihrer Rekursantwort korrekt festhält, sehen der GAVS-Kommentar auf S. 13 und der neue GAVS-Kommentar auf S. 17 vor, dass im Personalverleih bei den entliehenen Arbeitnehmenden sämtliche Stunden über 45 Wochenstunden als Überstunden gelten und diese mit dem entsprechenden

Zuschlag von 25% zu versehen und auszubezahlen sind. Eine Kompensation der Überstunden durch Freizeit von gleicher Dauer ist ebenfalls möglich, doch muss hierfür nachgewiesen werden können, dass Freizeit von gleicher Dauer gewährt und auch bezahlt wurde.

Insofern stellt sich vorliegend die Frage, ob im Personalverleih lediglich durch die Variante 1 nach Art. 13 Abs. 1, 1. Teilsatz GAVS Überstunden entstehen können. Überstunden gehören zur Arbeitszeit (vgl. Art. 48a Abs. 2 lit. c der Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV; SR 823.111]), weshalb die erwähnten Bestimmungen im GAVS im Anwendungsbereich des GAVP zu beachten sind. Art. 3 Abs. 1 GAVP verweist insofern explizit auf „die rechtskräftigen, *gesamtarbeitsvertraglich geregelten* Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen (…) von im Einsatzbetrieb geltenden GAV (…)". Eine allfällige Sonderregelung für verliehenes Personal im Bereich der Überstunden müsste deshalb direkt im allgemeinverbindlich erklärten GAVS verankert sein. Es geht nicht an, die Schwelle für die Entstehung von Überstunden und Abgeltung von Überstunden für verliehenes Personal insgesamt höher anzusetzen bzw. anders zu regeln als für die übrigen Arbeitnehmenden in den Einsatzbetrieben. Dies würde zugleich eine Verletzung von Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG; SR 823.11) bedeuten. Entsprechend müssen in Bezug auf den Personalverleih ebenfalls beide Varianten (Variante 1 nach Art. 13 Abs. 1, 1. Teilsatz und Variante 2 nach Art. 13 Abs. 1, 2. Teilsatz GAVS), wie Überstunden entstehen können, Bestand haben und die geleisteten Überstunden sind - wie bei den übrigen Arbeitnehmenden - gemäss Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 GAVS primär durch Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren und nur subsidiär mit einem Zuschlag von 25 % auf den Normallohn zu entschädigen.

bb) Überstunden nach Variante 1 gemäss Art. 13 Abs. 1, 1. Teilsatz GAVS

Überstunden der Variante 1 sind sämtliche über 45 Stunden geleisteten Arbeitsstunden (Art. 13 Abs. 1, 1. Teilsatz GAVS). Hierzu bedarf es keine weiteren Erläuterungen.

bc) Überstunden nach Variante 2 gemäss Art. 13 Abs. 1, 2. Teilsatz GAVS

Zur Bestimmung, wann Überstunden nach der Variante 2 vorliegen, ist es erforderlich, zu eruieren, wie hoch der Jahresarbeitszeitsaldo, der im individuellen Arbeitszeitkonto gemäss Art. 10 GAVS ausgewiesen wird, ist. Die Jahresarbeitszeit (JAZ) ist die brutto Sollarbeitszeit im Kalenderjahr [vor Abzug der generellen (wie bezahlte Feiertage) und der individuellen

Nichtleistungsstunden wie Ferien, Krankheit, Unfall, Militärdienst und Weiterbildungstage, u.a.m.], während welcher der Arbeitnehmende seine Arbeitsleistung zu erbringen hat (Art. 7 Abs. 1 GAVS). Die Jahresarbeitszeit beträgt brutto jahresdurchschnittlich 2‘164 Stunden, monatlich 180.33 Stunden und wöchentlich 41.5 Stunden (Art. 7 Abs. 2 GAVS). Gemäss Art. 10 Abs. 1 GAVS ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Arbeitszeitkontrolle eines jeden Arbeitnehmenden zu führen und ihm den jeweiligen Stand des Arbeitszeitkontos bekannt zu geben. Bei der Wahl *von flexiblen Arbeitszeiten* ist zu beachten, dass die daraus entstehende Differenz zur Jahresarbeitszeit innerhalb des Kalenderjahres bzw. eines Zeitraumes von 12 Monaten durch kompensierende Arbeitszeitregelungen ausgeglichen wird. Die Saldierung des Arbeitszeitsaldos erfolgt per Jahresende, wenn nicht ausdrücklich ein anderer Arbeitszeit-Ausgleichstermin festgelegt wird (Art. 10 Abs. 2 GAVS). Auf das Arbeitszeitkonto der folgenden 12-Monatsperiode dürfen höchstens 65 Mehr- oder Minderstunden übertragen werden. Die zusätzlichen Minderstunden verfallen und sind nicht nachzuholen. Die zusätzlichen Mehrstunden gelten als Überstunden gemäss Art. 13 Abs. 1, 2. Teilsatz GAVS (Art. 10 Abs. 3 GAVS).

Entsprechend gilt es in Bezug auf die Variante 2 grundsätzlich zu unterscheiden, ob der Betrieb, in welchem der Arbeitnehmende arbeitet, flexible betriebliche Arbeitszeiten hat oder nicht.
Hat der Arbeitnehmende *flexible betriebliche Arbeitszeit*, so entstehen bei einer wöchentlichen Arbeitszeit zwischen 41.5 Stunden und 45 Stunden Mehrstunden. Davon dürfen gemäss Art. 10 Abs. 3 GAVS maximal 65 dieser Mehrstunden zuschlagsfrei auf die folgende 12-Monatsperiode übertragen werden. Die darüber hinausgehenden Mehrstunden (somit ab 65 Stunden) gelten als Überstunden im Sinne der Variante 2 bzw. im Sinne von Art. 13 Abs. 1, 2. Teilsatz GAVS, welche entweder durch Freizeitkompensation von gleicher Dauer oder mit einem Zuschlag von 25 % auf den Normallohn auszubezahlen sind (Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 GAVS).
Kennt der Betrieb *keine flexiblen Arbeitszeiten*, so hat der Arbeitnehmende keine Möglichkeit Mehrstunden zu äufnen und diese auf die nächste 12-Monatsperiode zu übertragen. Leistet also ein Arbeitnehmender ohne flexible betriebliche Arbeitszeiten mehr als er sollte (über 41.5 Stunden wöchentlich, über 180.33 Stunden monatlich, über 2‘164 Stunden jährlich), so entstehen direkt Überstunden (vgl. neuer GAVS-Kommentar, S. 10) im Sinne der Variante 2 bzw. im Sinne von Art. 13 Abs. 1, 2. Teilsatz GAVS, welche entweder durch Freizeitkompensation von gleicher Dauer oder mit einem Zuschlag von 25 % auf den Normallohn auszubezahlen sind (Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 GAVS).

Wie sogleich aufzuzeigen ist, ist es vorliegend irrelevant, ob die Mitarbeitenden in einem Betrieb mit flexiblen betrieblichen Arbeitszeiten arbeiteten oder nicht:

1. Wird das Arbeitsverhältnis während des Jahres bei einem Betrieb *mit flexiblen betrieblichen Arbeitszeiten* aufgelöst, so ist zu berechnen, wie viele Stunden der Arbeitnehmende bis zu seinem letzten Arbeitstag leisten muss. Können bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht alle Mehrstunden durch Freizeit von gleicher Dauer kompensiert werden, so muss das Arbeitszeitkonto am letzten Arbeitstag saldiert werden. Im Zeitpunkt der Saldierung darf es keine Mehrstunden mehr geben, das heisst, dass die noch vorhandenen Mehrstunden, unabhängig von der 65 Stunden-Grenze, automatisch zu Überstunden im Sinne von Art. 13 Abs. 1, 2. Teilsatz GAVS werden und deshalb mit einem entsprechenden Zuschlag nach Art. 13 Abs. 4 GAVS auszubezahlen sind (vgl. neuer GAVS-Kommentar, S. 10).
2. Bestehen am Ende des Arbeitsverhältnisses bei *nicht flexiblen betrieblichen Arbeitszeiten* Überstunden, die während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht im Sinne von Art. 13 Abs. 3 GAVS kompensiert wurden, so sind diese ebenfalls mit einem entsprechenden Zuschlag nach Art. 13 Abs. 4 GAVS auszubezahlen.

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt es somit zu einer Gleichbehandlung der noch vorhandenen Mehrstunden mit flexiblen betrieblichen Arbeitszeiten und der geleisteten, aber nicht kompensierten Überstunden ohne die Möglichkeit der flexiblen betrieblichen Arbeitszeiten.

Vorliegend bestanden sämtliche Arbeitsverhältnisse mit den Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 nur für eine kurze Zeit (vgl. hierzu die Ausführungen unter Erwägung A.). Folglich sind unabhängig davon, welches Arbeitszeitmodell galt, alle bei Beendigung vorhandenen und nicht kompensierten Stunden zwischen 41.5 Stunden und 45 Stunden zuschlagspflichtige Überstunden im Sinne der Variante 2. Um die Summe sämtlicher zuschlagspflichtiger Überstunden zu erhalten, müssen zu diesen Überstunden der Variante 2 noch sämtliche über 45 Stunden geleisteten und nicht kompensierten Arbeitsstunden im Sinne der Variante 1 hinzugezählt werden. Entsprechend sind sämtliche über 41.5 Stunden geleistete Arbeitsstunden, die nicht kompensiert wurden, zuschlagspflichtige Überstunden.

bd) Evaluierung der mit einem Zuschlag zu bezahlenden Überstunden nach Variante 1 und Variante 2

Aufgrund der obigen Ausführungen sind vorliegend zur Evaluierung, welche Stunden infolge ihrer Qualifikation als Überstunden mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sind, die während der Einsatzzeit tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden inkl. generelle (wie bezahlte Feiertage) und individuelle Nichtleistungsstunden wie Ferien, Krankheit, Unfall, Militärdienst und Weiterbildungstage, u.a.m. (sog. Ist-Arbeitsstunden) zu ermitteln. Diesen tatsächlich ermittelten Arbeitsstunden (Ist-Arbeitsstunden) sind alsdann die für den Zeitraum zu leistenden Arbeitsstunden (Soll-Arbeitsstunden; 41.5 Stunden pro Woche) gegenüberzustellen. Zeigt diese Gegenüberstellung, dass die Ist-Arbeitsstunden die Soll-Arbeitsstunden übersteigen, liegen Überstunden vor, welche mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sind.

In den eingereichten Stundenabrechnungen der Rekurrentin werden in der ersten Spalte unter der Rubrik „NormalStd“ die geleisteten Ist-Arbeitsstunden, abzüglich der nicht geleisteten und kompensierten Stunden festgehalten, während in der dritten Spalte unter der Rubrik „Absenzen“ die kompensierten Stunden separat - wohl zu Informationszwecken in Bezug auf den Grund der Abwesenheit - aufgeführt werden. Da in den geleisteten Ist-Stunden gemäss Stundenabrechnung bereits die kompensierten Stunden berücksichtigt sind, dürfen diese nicht durch einen erneuten Abzug vom Soll-/Ist-Vergleich berücksichtigt werden. Dies würde zu einer unzulässigen, doppelten Berücksichtigung der einmal kompensierten Stunden führen.
Hinzu kommt, dass die Stundenabrechnungen von einer falschen Normalarbeitszeit ausgehen. Wie bereits ausgeführt, beträgt die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemäss GAVS 41.5 Stunden bzw. 8.3 Stunden pro Tag (vgl. Erwägung bc). In den Stundenabrechnungen werden z.B. beim Mitarbeitenden Nr. 22 am 13.09.2013 und beim Mitarbeitenden Nr. 24 am 20.09.2013 bei 8.0 geleisteten Tagesstunden noch 0.6 Stunden als Kompensation angerechnet, sodass die Stundenabrechnungen von einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 43 Stunden bzw. 8.6 Stunden pro Tag ausgehen. Wird vertraglich eine höhere Arbeitszeit als die Obergrenzen gemäss GAV festgelegt, so entfalten diese vertraglichen Bestimmungen keine Wirkung, da die gewählte Lösung nicht vom Günstigkeitsprinzip gedeckt wird (vgl. Art. 357 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220); neuer GAVS-Kommentar S. 10). Entsprechend mussten wöchentlich nur 41.5 Stunden bzw. 8.3 Stunden pro Tag geleistet werden.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Ist-Arbeitsstunden mit den Soll-Arbeitsstunden gemäss den eingereichten Stundenabrechnungen zu vergleichen und im Falle eines Überwiegens, diese mit einem Lohnzuschlag von 25 % zu vergüten sind.

c) Konkrete Verfehlungen betreffend die einzelnen Mitarbeitenden

ca) Mitarbeitender Nr. 21

Der eingereichten Stundenabrechnung der Rekurrentin und dem Berechnungsschema Nr. 21 des Lohnbuchkontrollberichts lässt sich entnehmen, dass der Mitarbeitende Nr. 21 am Montag, den 17.06.2013, eintrat und am Montag, den 15.07.2013, austrat und in dieser Zeit insgesamt 209.75 Arbeitsstunden (Ist-Arbeitsstunden) leistete. Infolge des Austritts unter der Woche rechtfertigt sich zur Bestimmung der Mehr- bzw. Überstunden für die angebrochene Woche eine tägliche Betrachtung der Arbeitszeit bzw. eine pro rata Betrachtung in Bezug auf die durchschnittlichen wöchentlichen Stunden von 41.5 Stunden. Die Soll-Arbeitszeit für den relevanten Zeitraum vom 17.06.2013 bis 15.07.2013 betrug somit 174.3 Stunden ((4 x 41.5 Stunden) + (41.5 Stunden÷ 5)). Entsprechend ergeben sich vorliegend bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Überstunden von 35.45 Stunden, welche mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sind. Unter Berücksichtigung des Zuschlags von 25 % hätte der Stundenlohn CHF 39.19 betragen müssen. Ausbezahlt wurden lediglich CHF 30.84, sodass bezüglich dem Mitarbeitenden Nr. 21 neu eine Nachzahlungspflicht von gerundet CHF 296.00 (35.45 Stunden x (CHF 39.19 – CHF 30.84)) anstatt von CHF 200.45 gemäss Entscheid vom 26. April 2016 resultiert.

cb) Mitarbeitender Nr. 22

Der eingereichten Stundenabrechnung der Rekurrentin und dem Berechnungsschema Nr. 22 des Lohnbuchkontrollberichts lässt sich entnehmen, dass der Mitarbeitende Nr. 22 am Montag, den 19.08.2013, eintrat und am Freitag, den 11.10.2013, austrat und in dieser Zeit insgesamt 381.25 Arbeitsstunden (Ist-Arbeitsstunden) leistete. Da es vorliegend keinen unterwöchigen Ein- und Austritt gab, erübrigt sich eine tägliche Betrachtung der Arbeitszeit bzw. eine pro rata Betrachtung analog zum Mitarbeitenden Nr. 21. Die Soll-Arbeitszeit für den relevanten Zeitraum vom 19.08.2013 bis 11.10.2013

betrug 332 Stunden (8 Wochen x 41.5 Stunden). Entsprechend ergeben sich vorliegend bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Überstunden von 49.25 Stunden, welche mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sind. Unter Berücksichtigung des Zuschlags von 25 % hätte der Stundenlohn CHF 38.66 betragen müssen. Ausbezahlt wurden lediglich CHF 30.42. Entsprechend resultiert bezüglich dem Mitarbeitenden Nr. 22 neu eine Nachzahlungspflicht von gerundet CHF 405.80 (49.25 Stunden x (CHF 38.66 – CHF 30.42)) anstatt von CHF 195.65 gemäss Entscheid vom 26. April 2016.

cc) Mitarbeitender Nr. 23

Der eingereichten Stundenabrechnung der Rekurrentin und dem Berechnungsschema Nr. 23 des Lohnbuchkontrollberichts lässt sich entnehmen, dass der Mitarbeitende Nr. 23 am Donnerstag, den 19.09.2013, eintrat und am Freitag, den 25.10.2013, austrat und in dieser Zeit insgesamt 248.81 Arbeitsstunden (Ist-Arbeitsstunden) leistete. Infolge des unterwöchigen Eintritts rechtfertigt sich auch hier zur Bestimmung der Mehr- bzw. Überstunden für die angebrochene Woche eine tägliche Betrachtung der Arbeitszeit bzw. eine pro rata Betrachtung in Bezug auf die wöchentlichen Stunden von 41.5 Stunden. Die Soll-Arbeitszeit für den relevanten Zeitraum vom 19.09.2013 bis 25.10.2013 betrug 224.1 Stunden ((5 Wochen x 41.5 Stunden) + (41.5 Stunden÷ 5 Tage x 2 Tage)). Entsprechend ergeben sich vorliegend bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Überstunden von 24.71 Stunden, welche mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sind. In Anbetracht, dass der Überstundenlohn unter Berücksichtigung des Zuschlags von 25 % CHF 37.13 hätte betragen müssen und lediglich CHF 29.22 ausbezahlt wurden, ergibt dies neu eine Nachzahlungspflicht von gerundet CHF 195.45 (24.71 Stunden x (CHF 37.13 - CHF 29.22)) anstatt von CHF 40.05 gemäss Entscheid vom 26. April 2016.

cd) Mitarbeitender Nr. 24

Aus der eingereichten Stundenabrechnung der Rekurrentin und dem Berechnungsschema Nr. 24 des Lohnbuchkontrollberichts geht hervor, dass der Mitarbeitende Nr. 24 am Montag, den 16.09.2013, eintrat und am Freitag, den 25.10.2013, austrat und in dieser Zeit total 295.25 Arbeitsstunden (Ist-Arbeitsstunden) leistete. Da es vorliegend keinen unterwöchigen Ein- und Austritt gab, erübrigt sich eine tägliche Betrachtung der Arbeitszeit bzw. pro rata Betrachtung analog zu den Mitarbeitenden Nr. 21 und Nr. 23. Die Soll-Arbeitszeit

für den relevanten Zeitraum vom 16.09.2013 bis 25.10.2013 betrug 249 Stunden (6 Wochen x 41.5 Stunden). Folglich ergeben sich vorliegend bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Überstunden von 46.25 Stunden, welche mit einem Zuschlag von 25 % auszubezahlen sind. Unter Berücksichtigung des Zuschlags von 25 % hätte der Stundenlohn CHF 36.59 betragen müssen. Ausbezahlt wurden lediglich CHF 28.79, sodass bezüglich dem Mitarbeitenden Nr. 24 neu eine Nachzahlungspflicht von CHF 360.75 (46.25 Stunden x (CHF 36.59 – CHF 28.79)) anstatt von CHF 208.60 gemäss Entscheid vom 26. April 2016 resultiert.

2. Überzeit nach GAVP (Ziffer 2.2.3 des Entscheids)

a) Parteivorbringen

aa) Die Rekurrentin bestreitet die festgestellten geldwerten Verfehlungen beim Mitarbeiter Nr. 17 in Bezug auf die Überzeitzuschläge nach Art. 12 Abs. 2 GAVP teilweise, nämlich in der Höhe von CHF 83.00. Sie stellt die Summe der von der Kontrollfirma festgestellten Überzeitstunden (total 29.7 Stunden) nicht in Abrede, macht aber geltend, die in der Einsatzperiode geleistete Tagesüberzeit von insgesamt 29.7 Stunden sei im Umfang von 11.48 Stunden kompensiert worden.

Sie stellt sich zusammenfassend auf den Standpunkt, dass der GAVP die Kompensation von geleisteten Überzeitstunden nicht ausdrücklich ausschliesse. Vielmehr mache Art. 12 Abs. 2 GAVP einen Vorbehalt zugunsten der Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) und Art. 13 ArG sehe die Kompensation von geleisteten Überzeitstunden vor. Entsprechend sei der Lohnzuschlag erst geschuldet, wenn die geleisteten Überzeitstunden nicht kompensiert worden seien.

Der Ausschluss der Kompensationsmöglichkeit in Art. 12 Abs. 2 GAVP würde zudem dem im Arbeitsgesetz statuierten Gesundheitsschutz widersprechen und Art. 13 ArG würde im Zuge von Art. 358 OR Vorrang gegenüber GAV-Bestimmungen zukommen. Durch die Auffassung der Rekursgegnerin würden die temporären Mitarbeitenden massiv schlechter gestellt werden. Das Arbeitsgesetz räume der Zeitkompensation gerade aus Gründen des Gesundheitsschutzes den Vorrang ein und der Arbeitnehmer solle geleistete

Mehrarbeit - wenn immer möglich - mit Freizeit gleicher Dauer kompensieren können. Eine abweichende GAV-Bestimmung, die die Kompensationsmöglichkeit nicht vorsehe, wäre somit gesetzeswidrig.

ab) Die Rekursgegnerin beruft sich im angefochtenen Entscheid und in ihrer Rekursantwort ihrerseits auf das Günstigkeitsprinzip und hält fest, dass Art. 12 Abs. 2 GAVP zugunsten der Mitarbeitenden eine zulässige Abweichung von Art. 13 ArG vornehme. Der GAVP sehe – mit Ausnahme der Vor- und Nachholzeit bei den Tagesüberzeitstunden – zwischen der 10. bis und mit maximal 12. Tagesarbeitsstunde keinen Ausgleich von Überzeit durch Kompensation vor. Die Rekurrentin berufe sich vorliegend gerade nicht auf die erwähnte Ausnahme der Vor- und Nachholzeit bei Tagesüberzeit.

b) Überzeit nach GAVP

ba) Gemäss Art. 12 Abs. 2 GAVP gelten die 10. bis und mit maximal 12. Tagesarbeitsstunde (sog. Tagesüberzeit) und die 46. bis maximal 50. Wochenarbeitsstunde (sog. Wochenüberzeit) als Überzeit und werden an Wochentagen mit 25 % Lohnzuschlag, an Sonntagen mit 50 % Lohnzuschlag ausbezahlt. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes sowie der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111).

Art. 12 und Art. 13 ArG regeln die Überzeitarbeit nach Arbeitsgesetz. Während Art. 12 ArG die Voraussetzungen und maximale Dauer der Überzeitarbeit behandelt, regelt Art. 13 ArG den dem Arbeitnehmenden für Überzeitarbeit geschuldeten Lohnzuschlag oder Ausgleich (Dunand Jean-Philippe, Stämpflis Handkommentar, ArG 13, N 1). Für den einzelnen Arbeitnehmenden darf die Überzeitarbeit zwei Stunden pro Tag nicht überschreiten (Art. 12 Abs. 2 ArG). Zur Bestimmung, wann nach Arbeitsgesetz Überzeitarbeit vorliegt und somit Art. 12 f. ArG zur Anwendung gelangt, ist Art. 9 ArG heranzuziehen. Dieser hält fest, dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 bzw. 50 Stunden beträgt. Wird diese wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten, spricht man von Überzeitarbeit im Sinne des Arbeitsgesetzes. Insofern entspricht bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden die arbeitsgesetzliche Überzeitarbeit der Wochenüberzeit nach GAVP. Im Gegensatz zum GAVP kennt aber das Arbeitsgesetz keine generelle tägliche Höchstarbeitszeit – vorbehältlich

der vorliegend nicht relevanten arbeitsgesetzlichen Sonderbestimmungen für besonders schutzwürdige Arbeitnehmergruppen, für bestimmte Arbeitszeitsysteme und für Arbeitnehmende mit risikobehafteter Tätigkeit sowie der vorliegend nicht massgeblichen Beschränkungen betreffend die bewilligungsfreie Tages- und Abendarbeit und der täglichen Ruhezeiten (von Kaenel Adrian, Stämpflis Handkommentar, ArG 9, N 23 f.). Leistet also ein Mitarbeitender, für welchen die soeben erwähnten Sonderbestimmungen nicht gelten und bei welchem die Beschränkungen in Bezug auf die Arbeits- und Ruhezeit eingehalten wurden, lediglich Tagesüberzeit im Sinne des GAVP und nicht zugleich Wochenüberzeit im Sinne des GAVP, kann keine arbeitsgesetzliche Überzeit, unabhängig ob für ihn die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 oder 50 Stunden gilt, vorliegen und die arbeitsrechtlichen Bestimmungen gelangen nicht zur Anwendung.

Dem Lohnbuchkontrollbericht (vgl. Seite 27) lässt sich entnehmen, dass der Mitarbeitende Nr. 17 in der Kontrollperiode insgesamt 29.7 Stunden Tagesüberzeit, aber keine Wochenüberzeit leistete. Dies bedeutet, dass der Mitarbeitende Nr. 17 an gewissen Wochentagen zwar mehr als 9 Stunden arbeitete, aber pro Woche dennoch keine Wochenarbeitsstunden von über 45 Wochenstunden erbrachte. Folglich leistete der Mitarbeitende Nr. 17 keine Überzeitstunden im Sinne des Arbeitsgesetzes. Deshalb kann das Arbeitsgesetz im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangen und eine - wie von der Rekurrentin geltend gemachte - Gesetzeswidrigkeit kann nicht vorliegen. Die Ausführungen der Rekurrentin gehen somit in Bezug auf Art. 358 OR und Art. 13 ArG fehl und auf diese ist aus den oben genannten Gründen nicht weiter einzugehen.

bb) Entsprechend bleibt nun noch festzustellen, ob allenfalls die nach GAVP vorgesehenen Voraussetzungen zur Freizeitkompensation der Tagesüberzeit vorliegen.

Die SPKP hat in Ziff. 3.2 der Frequently Asked Questions (FAQ), die am 21. November 2012 publiziert wurden (abrufbar auf www.tempservice.ch unter der Rubrik „Dokumente“), die Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 GAVP, dahingehend präzisiert, dass der Überzeitzuschlag für die Überschreitung der vertraglichen Tageshöchstarbeitszeit von 9 Stunden nicht geschuldet ist, sofern es sich bei den Mehrstunden um Vor- oder Nachholzeit handelt.

Gemäss gefestigter Praxis der Rekurskommission ist die erwähnte, in FAQ 3.2 spezifizierte Regelung der Vor- und Nachholzeit restriktiv anzuwenden. Sie darf nicht einer Flexibilisierung der Arbeitszeit und dem Ausgleich von unregelmässigem Arbeitsanfall und damit einer Annäherung an die Arbeit auf Abruf dienen. Die Vor- und Nachholzeit hat daher dem Wunsch der Mitarbeitenden zu entsprechen und muss vorgängig abgemacht werden, denn nur auf diese Weise ist den Mitarbeitenden bekannt, wofür sie Vor- und Nachholzeit leisten werden. So soll es beispielsweise möglich sein, dass Mitarbeitende, die an Wochenenden an ihren Herkunftsort zurückkehren möchten, von Montag bis Donnerstag die Tagesüberzeit von 9 Stunden überschreiten, um sich am Freitag früher ins Wochenende begeben zu können. In diesem Sinne hat die Vor- und Nachholzeit einer erkennbaren Systematik zu folgen. Schliesslich ist zu beachten, dass die Regel expressis verbis nur für die Tagesüberzeit gilt. Bei der Wochenüberzeit ist sie in dieser Form nicht anwendbar.

Weder den Eingaben der Rekurrentin, die sich auf die Kompensation der Tagesüberzeitstunden beruft, noch den aktenkundigen Arbeitsrapporten kann entnommen werden, dass die vom Mitarbeitenden Nr. 17 geleisteten Mehrstunden die für die Vor- und Nachholzeit massgeblichen Kriterien erfüllen. So fehlt es zum einen an der erkennbaren Systematik der geleisteten Tagesüberzeitstunden und zum anderen am klaren Bruch durch Kompensation im Wochenverlauf der geleisteten Arbeitszeiten. Im Übrigen fehlt auch jeglicher Anhaltspunkt, dass eine mit dem Mitarbeitenden vorgängige Vereinbarung vorlag und die Vor- und Nachholzeit - würde sie alsdann vorliegen - dem Wunsch des Mitarbeitenden entsprochen habe.

Die Beweislast richtet sich nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Danach hat derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus einer unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte ableitet. Vorliegend unterliess es die Rekurrentin – wie soeben dargelegt – darzutun, dass es sich bei den Stunden um Vorhol- und Nachholzeit handelte noch reichte sie irgendwelche diesbezüglichen Beweise ein. Entsprechend liegen die Voraussetzungen zur Freizeitkompensation der Tagesüberzeit nicht vor und der Überzeitzuschlag von 25 % für diese 11.48 Stunden im Betrag von CHF 83.00 ist geschuldet.

Insgesamt beträgt die Nachzahlungspflicht gegenüber dem Mitarbeitenden Nr. 17 somit CHF 200.80 (CHF 83.00 und CHF 117.80, welche anerkannt wurde).

3. Feiertagsentschädigung gemäss GAV Gebäudetechnik und GAV für Metallgewerbe (Ziffer 2.4.2 des Entscheids)

a) Die Rekurrentin bestreitet, den beiden Mitarbeitenden Nr. 9 und 13 im Jahre 2013 Feiertagszuschläge im Umfang von CHF 121.90 bzw. CHF 51.95 vorenthalten zu haben.

In ihrer Stellungnahme vom 5. September 2016 räumt die Rekursgegnerin ein, dass die diesbezüglichen Verstösse zu Unrecht im Entscheid aufgeführt worden seien. Daraus resultierend seien bei diesen beiden Mitarbeitenden auch beim 13. Monatslohn keine Verfehlungen auszumachen.

b) Somit steht fest, dass die Rekursgegnerin vollumfänglich auf Ziffer 2.4.2 ihres Entscheids vom 26. April 2016 zurückgekommen ist und den im Rekursschreiben gestellten Antrag auf Aufhebung der entsprechenden Verfehlungen anerkennt bzw. daraus resultierend und soweit den 13. Monatslohn betreffend sogar noch über diesen hinausgeht.

c) Der Rekurs ist deshalb insoweit gutzuheissen. Die bei den Mitarbeitenden Nr. 9 und 13 bei der Feiertagsentschädigung und dem 13. Monatslohn unter Ziffer 3 des Entscheids aufgeführten Positionen in der Höhe von insgesamt CHF 188.35 müssen demnach nicht entrichtet werden. Die Nachzahlungspflicht reduziert sich um diesen Betrag.

D. Entscheid

a) Aus den oben unter Erwägung C gemachten Ausführungen ergibt sich, dass eine korrekte Anwendung der GAV Normen eine tatsächliche Nachzahlungspflicht von total CHF 3‘799.20 ergeben würde (CHF 1‘320.35 betreffend den GAV Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe + CHF 1‘020.05 betreffend den GAV Gebäudetechnik + CHF 0.00 betreffend den

GAV Metallbaugewerbe + CHF 200.80 betreffend den GAVP + CHF 1‘258.00 betreffend den GAVS). Die Nachzahlungsverpflichtung gemäss Entscheid vom 26. April 2016 beträgt jedoch lediglich CHF 3‘374.30 und liegt somit CHF 424.90 tiefer.

Der Grundsatz des Verbots der reformatio in peius verbietet eine Schlechterstellung der rechtsmittelführenden Partei durch den Rechtsmittelentscheid im Vergleich zur Situation des vorinstanzlichen Entscheids. Massgebend ist dabei allein das Dispositiv. Demzufolge darf die Rekurrentin durch den Rekursentscheid nicht schwerer belastet sein, als sie dies durch den Entscheid der Rekursgegnerin war. Somit kann die Nachzahlungspflicht durch vorliegenden Rekursentscheid entsprechend dem Grundsatz des Verbotes einer reformatio in peius im Umfang von CHF 424.90 nicht verfügt werden. Die Erhöhung der Nachzahlungsbeträge für die Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 kann somit nicht vollständig verfügt werden, sondern ist im Gesamtumfang von CHF 424.90 anteilsmässig entsprechend dem Verhältnis derer Nachforderungen zueinander zu kürzen.

Die tatsächlichen Nachforderungssummen der Mitarbeitenden Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 aus den Überstundenzuschlägen stehen zueinander im Verhältnis 23.53% (Mitarbeitender Nr. 21), 32.26 % (Mitarbeitender Nr. 22), 15.54 % (Mitarbeitender Nr. 23) zu 28.68 % (Mitarbeitender Nr. 24). Demnach sind die zu verfügenden Nachforderungssummen betreffend die einzelnen Arbeitnehmenden auf folgende Beträge zu reduzieren:

- betreffend Mitarbeitender Nr. 21 mit CHF 296.00 um CHF 99.98 (23.53 % von CHF 424.90) auf gerundet **CHF 196.00**
- betreffend Mitarbeitender Nr. 22 mit CHF 405.80 um CHF 137.06 (32.26 % von CHF 424.90) auf gerundet **CHF 268.75**
- betreffend Mitarbeitender Nr. 23 mit CHF 195.45 um CHF 66.01 (15.54 % von CHF 424.90) auf gerundet **CHF 129.45**
- betreffend Mitarbeitender Nr. 24 mit CHF 360.75 um CHF 121.85 (28.68 % von CHF 424.90) auf gerundet **CHF 238.90**

Es bleibt den betroffenen Arbeitnehmenden damit aber unbenommen, gegenüber der Rekurrentin den tatsächlichen Nachzahlungsbetrag zu fordern. Eine Mitteilung der Nachzahlungspflicht hat deshalb die tatsächlichen Beträge und nicht bloss die im Rekursentscheid verfügten, gekürzten aufzuzeigen, was sich bereits aus dem Vertrauensprinzip aufdrängt, andernfalls eine wissentliche

Falschinformation durch die zuständige Stelle erfolgen würde. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass die Rekursgegnerin die betroffenen Arbeitnehmenden über deren tatsächlichen totalen Nachforderungssummen von CHF 296.00 für den Mitarbeitenden Nr. 21, CHF 405.80 für den Mitarbeitenden Nr. 22, CHF 195.45 für den Mitarbeitenden Nr. 23 und CHF 360.75 für den Mitarbeitenden Nr. 24 informiert, soweit diese Beträge den Arbeitnehmenden nicht erstattet werden.

b) Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Rekurs vom 26. Juli 2016 teilweise gutzuheissen ist. Dies führt aber gemäss den obigen Erwägungen nicht zu einer Reduktion der Nachzahlungspflicht gemäss Dispositiv Ziffer 4.1 des Entscheids, sondern bloss zu einer Umschichtung der Nachzahlungspflichten bei den Mitarbeitenden Nr. 9, Nr. 13, Nr. 17, Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 gemäss nachfolgender Liste:

MA-Nr.	Name	Vorname	Betrag
9	X	Y	CHF 984.35
13			CHF 0.00
17			CHF 200.80
21			CHF 196.00
22			CHF 268.75
23			CHF 129.45
24			CHF 238.90

c) Die Kosten dieses Verfahrens sind vom PVP zu tragen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen.
2. Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 26. April 2016 wird insgesamt bestätigt. Die Summe verteilt sich für die Mitarbeitenden Nr. 9, Nr. 13, Nr. 17, Nr. 21, Nr. 22, Nr. 23 und Nr. 24 jedoch neu wie folgt:

MA-Nr.	Name	Vorname	Betrag
9	X	Y	CHF 984.35
13			CHF 0.00
17			CHF 200.80
21			CHF 196.02
22			CHF 268.74
23			CHF 129.44
24			CHF 238.90

3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 24. August 2017

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Decimo Vincenzi, Präsident Mathias Regotz, Vizepräsident

zu eröffnen an:

- XY (per Einschreiben)
- RPKD, Postfach 272, 3000 Bern 15

tempservice

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 56/2017

Mitwirkend: Decimo Vincenzi, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkhard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Daniela Volken, swissstaffing (Gerichtsschreiberin)

Beschluss vom 24. August 2017

in Sachen

x *Rekurrentin*

gegen

Verein Paritätischer Vollzug,
Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)
Geschäftsstelle temptraining
c/o swissstaffing
Stettbachstrasse 10
8600 Dübendorf *Rekursgegnerin*

betreffend

Rekurs vom 3. Juli 2017 gegen den Entscheid der Geschäftsstelle temptraining

Gesuch Nr. 2017-53843

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 2. Juni 2017 liess die Rekurrentin – vertreten durch ihre Arbeitgeberin - ein Gesuch um Ausrichtung von Weiterbildungsleistungen für den Kurs „eBerlitz Program Phone Lessons & Cyber Teachers“, der vom 12. Juni 2017 bis 30. Juni 2017 dauerte und vom Bildungsinstitut Berlitz Sprachschulen in Zug durchgeführt wurde. Die Kurskosten inkl. Lehrmittel bezifferte die Rekurrentin auf insgesamt CHF 683.20. Eine Lohnausfallentschädigung wurde nicht beantragt.

2. Die Rekursgegnerin lehnte das betreffende Weiterbildungsgesuch am 26. Juni 2017 mit der Begründung ab, dass gemäss Art. 18 Abs. 2 des Reglementes PVP kein Anspruch auf Weiterbildungsleistungen bestehe, wenn es sich beim Angebot um Online-/Fernkurse sowie Privatlektionen handle.

3. Gegen den ablehnenden Entscheid liess die Rekurrentin durch ihre Arbeitgeberin am 3. Juli 2017 schriftlich Rekurs erheben und beantragte die Übernahme der Kurskosten mit der Begründung, dass weder sie noch die Arbeitgeberin über die Änderungen der AGB informiert worden seien, weshalb ihnen nicht bekannt gewesen sei, dass die Kosten des im Raume stehenden Kurses nicht mehr von der Rekursgegnerin getragen würden.

4. Die Rekursgegnerin beantragte mit Stellungnahme vom 4. August 2017 die Abweisung des Rekurses. Sie stellte nochmals klar, dass die beantragte Weiterbildung als Online-Kurs bzw. Fernkurs gemäss Reglement nicht akzeptiert werde und somit das Gesuch korrekt abgelehnt worden sei. Das neue Reglement sei seit über einem Jahr in Kraft und die neuen Anspruchsbedingungen seien letztes Jahr wiederholt mittels Newsletters und an Informationsveranstaltungen anlässlich von Regionalmeetings des Arbeitgeberverbandes swissstaffing mitgeteilt worden.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Die Rekurseingabe erfolgte vorliegend innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist (Art. 32 Abs. 2 RegPVP sowie Art. 6 Abs. 1 Reglement der Rekurskommission Personalverleih).

2. Die Rekurrentin ist als Adressatin des Entscheids vom 26. Juni 2017 zum Rekurs legitimiert. Nach entsprechender Ansetzung einer Nachfrist konnte sich auch die Vertreterin durch eine Vollmacht zur Vertretung im Rekursverfahren legitimieren. Auf den Rekurs ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

1. Per 1. August 2016 wurden die revidierten Bestimmungen des RegPVP betreffend Förderung der Weiterbildung in Kraft gesetzt (nArt. 18 ff.). Diese Reglementsänderungen wurden rechtmässig von der Vereinsversammlung am 23. Juni 2016 genehmigt (nArt. 35 RegPVP i.V.m. Art. 7 Statuten PVP) und am 28. Juli 2016 bzw. 29. Juli 2016 publiziert, sodass diese rechtsgültig sind.
nArt. 21ter Abs. 1 RegPVP schreibt vor, dass für alle Gesuche, die nach Inkrafttreten des (revidierten) Reglements bei der Rekursgegnerin eingereicht worden sind, das neue Reglement gilt.

   Die Rekurrentin reichte das Weiterbildungsgesuch am 2. Juni 2017 bei der Rekursgegnerin ein, weshalb gemäss nArt. 21ter Abs. 1 RegPVP die massgeblichen Bestimmungen des revidierten RegPVP zur Anwendung gelangen.

2. Gemäss nArt. 18 Abs. 2 RegPVP hat eine gesuchstellende Person dann Anspruch auf Weiterbildungsleistungen, wenn der Kurs einen nachvollziehbaren Bezug zur aktuellen oder angestrebten beruflichen Tätigkeit hat, sie mindestens 352 Einsatzstunden innert zwölf Monaten bei einem Personalverleihbetrieb absolviert hat, sowohl sie als auch der Betrieb den Berufsbeitrag GAV Personalverleih entrichtet haben und es sich bei der angestrebten Weiterbildung nicht um eine ausgenommene Ausbildung gemäss der im betreffenden Absatz erwähnten abschliessenden Aufzählung handelt. Gemäss nArt. 18 Abs. 2 alinea 4 RegPVP liegt eine ausgenommene Ausbildung unter anderem dann vor, wenn es sich um Fernkurse oder Einzel- und Privatlektionen handelt.

3. a) Vorliegend ist einzig festzustellen, ob es sich beim abgelehnten Weiterbildungsgesuch um einen gemäss nArt. 18 Abs. 2 alinea 4 RegPVP ausgeschlossenen Fernkurs oder eine Einzel- bzw. Privatlektion handelte.

b) Der Kurstitel „eBerlitz Program Phone Lessons & Cyber Teachers“ legt semantisch nahe, dass ein Fernkurs mittels telefonischer Kommunikation und im Cyber-Raum anzutreffender Lehrkräfte gegeben sein kann.

Der Homepage des Bildungsinstituts ist zu entnehmen, dass unter „CyberTeachers E-Learning“ ein individuelles Training via Online-Plattform zu verstehen ist. Sobald die Kursbesucher sich auf der webbasierten Plattform registriert haben, absolvieren Sie einen Online-Sprachtest und eine anschliessende Abfrage der Interessen und Aufgaben. Auf dieser Basis wird ihnen ein Trainingsplan erstellt, der die jeweiligen Sprachkenntnisse, Lernziele und Interessen berücksichtigt. Diesen können Sie nach eigenem Zeitplan im Selbststudium sowohl über ihren Desktop als auch über ihr Tablet oder Ihr Smartphone bearbeiten und auf diese Weise ihre Fertigkeiten verbessern. Mit Phone Lessons sind effektiv Kurseinheiten gemeint, anlässlich derer eine Lehrkraft direkt mit dem Kursbesucher telefoniert und bei Involvierung von Cyber-Teachers kann zusätzlich rund um die Uhr auf verfügbare Live-Tutoren und Live-Kurse mit einem Trainer und anderen Nutzern in Chatrooms gegriffen werden.

Aufgrund der Beschreibungen der Kurstitelbegriffe ist zweifellos von einem Fernkurs auszugehen. Weiter gestaltet sich die fragliche Weiterbildung einstiegshalber individuell, wobei mit dem Chatroom auch ein kollektives Element gegeben ist. Die Frage nach einem Einzel- bzw. Privatkurs braucht jedoch nicht vertieft zu werden, da die Lerninhalte jedenfalls nur über Desktop, Tablet oder Smartphone zugänglich sind und infolgedessen allein im Zuge des reglementarischen Ausschlusses von Fernkursen kein Anspruch auf die beantragte Weiterbildungsleistung besteht. Die Rekurrentin bestreitet diese Tatsache denn auch nicht.

4. Die Rekurrentin macht einzig geltend, dass weder sie noch die Arbeitgeberin über die Änderungen der AGB – gemeint ist das Reglement PVP - informiert worden seien, weshalb ihnen nicht bekannt gewesen sei, dass die Kosten des im Raume stehenden Kurses nicht mehr von der Rekursgegnerin getragen würden.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Fernkurse ausschliessende nArt. 18 Abs. 2 alinea 4 RegPVP per 1. August 2016 eingeführt und die Reglementsänderungen am 28. Juli 2016 auf www.tempservice.ch und am 29. Juli 2016 auf www.temptraining.ch publiziert wurden. Somit ereignete sich die angeblich nicht mitgeteilte Reglementsänderung rund 10 Monate vor Gesuchseinreichung der Rekurrentin am 2. Juni 2017 und wurde auch publiziert. Für die Mitteilung von Rechtsänderungen genügt grundsätzlich deren Publikation. Es bedarf hierzu beispielsweise nicht noch einer zusätzlichen Information mittels Flyern oder Newslettern an jeden Einzelnen, der inskünftig von der Regelung betroffen sein könnte. Abgesehen davon fand aber gemäss Angabe der Rekursgegnerin eine genügende Information über die geänderten Anspruchsbedingungen statt, welche als Adressatenkreis insbesondere die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes swissstaffing erfasste. Als ein solches speziell informiertes Mitglied kann sich die das Gesuch einreichende Arbeitgeberin der Rekurrentin nicht auf mangelhafte Information berufen.

Abschliessend ist auch grundsätzlich festzuhalten, dass mit Reglementsänderungen zu rechnen ist und die gesuchstellende Person sich vor einer allfälligen Gesuchseinreichung über die geltenden Bestimmungen zu informieren hat.

d) Nach dem Gesagten liegen somit die negativen Voraussetzungen gemäss nArt. 18 Abs. 2 alinea 4 RegPVP für die Abweisung des Anspruchs auf die Ausrichtung von Weiterbildungsleistungen vor und aufgrund der 10 Monate vor Gesuchseinreichung erfolgten Publikation der Reglementsänderung kann keine Rede davon sein, die Gesuchstellerin und deren Arbeitgeberin seien nicht darüber informiert worden. Folglich ist der Entscheid der Rekursgegnerin vom 26. Juni 2017 nicht zu beanstanden.

5. Aus den oben genannten Gründen erweist sich der vorliegende Rekurs als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen. Die Kosten des Verfahrens sind auf die Kasse des PVP zu nehmen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 24. August 2017

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,
Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih:

Decimo Vincenzi, Präsident

Mathias Regotz, Vizepräsident

Eröffnung an:

- x (per Einschreiben und z. Hd. der Rekurrentin)
- Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih, Geschäftsstelle temptraining, c/o swissstaffing, Stettbachstrasse 10, 8600 Dübendorf

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 77/2015

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 21. April 2016

in Sachen

T. AG

vertreten durch Rechtsanwalt M.B.

Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15

Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 31. August 2015 gegen den Entscheid der RPKD vom 29. Juni 2015 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 11. August 2014 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 1‘278 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 80 Mitarbeitende überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 2‘661‘106.90.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 19. November 2014 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass insbesondere in den Bereichen Mindestlöhne, Ferien, Lohnzuschläge und Auslagenersatz Verfehlungen festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 8. Dezember 2014 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht einzusehen und sich dazu zu äussern. Sie hat am 14. Januar 2015 eine Stellungnahme eingereicht.

4. Mit Entscheid vom 29. Juni 2015 setzte die Rekursgegnerin die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin an 54 Mitarbeitende auf insgesamt CHF 36‘394.70 fest (Ziffer 4.1). Da dieser Betrag weniger als 3% der Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden ausmacht, wurden ihr jedoch weder eine Konventionalstrafe noch Kontrollkosten auferlegt (Ziffer 4.3 und 4.4).

   Im Weiteren forderte die Rekursgegnerin die Rekurrentin in zwei Fällen auf, die betreffenden Mitarbeiter rückwirkend auf den Einsatzbeginn der beruflichen Vorsorge zu unterstellen. Bei fünf Mitarbeitenden stellte sie schliesslich einen Verdacht auf Lohndumping fest. Sie gab insoweit zu bedenken, dass sie bei den zuständigen tripartiten Kommissionen Antrag auf eine Untersuchung stellen werde.

5. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch Rechtsanwalt M.B., am 31. August 2015 Rekurs. Sie stellte dabei den Antrag, der Entscheid vom 29. Juni 2015 sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – insoweit aufzuheben, als sie dazu verurteilt werde, Nachzahlungen im Umfang von CHF 36‘394.70 zu leisten. Zugleich machte sie aber klar, dass sich das Rechtsmittel einzig gegen die angeblichen Verfehlungen bezüglich Ferien (Entscheid Ziffer 2.4) und Überstunden/Überzeiten (Entscheid Ziffer 2.6.1) und die sich daraus ergebenden Nachzahlungen richte.

Zur Begründung führte die Rekurrentin insbesondere aus, dass durch die Berücksichtigung einer Ferienentschädigung von 8.33% (anstatt 10.6%) bei neun mindestens 50-jährigen Mitarbeitenden niemand zu Schaden gekommen sei. Zum einen seien den Betroffenen fünf Wochen Ferien zugestanden worden. Hinzu komme andererseits, dass deren Stundenlohn weit über dem Mindestlohn gemäss Art. 20 GAV Personalverleih (GAVP) gelegen habe. Deshalb sei von einer Rückerstattung aus angeblichen Verfehlungen im Zusammenhang mit den Ferienentschädigungen abzusehen.

Bei den Überstunden gelte es zu beachten, dass sowohl der GAV Elektro wie auch der GAV Gebäudetechnik explizit die Kompensation der betreffenden Mehrstunden zulasse. Strittig seien insoweit insgesamt 17 Fälle. Die Rekursgegnerin scheine hier zu verkennen, dass die betroffenen Mitarbeitenden ihre Überstunden mindestens durch Freizeit von gleicher Dauer kompensieren konnten. Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb ihr insoweit vorgeworfen werde, gegen die erwähnten GAV-Bestimmungen verstossen zu haben.

Abschliessend wies die Rekurrentin darauf hin, dass sie sich allfällige Ergänzungen der Rekursschrift im Rahmen des Replikrechts ausdrücklich vorbehalte, da ihr Rechtsvertreter kurzfristig mandatiert worden sei.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 29. Oktober 2015 zum eingereichten Rekurs und beantragte dessen Abweisung.

   Sie wies darauf hin, dass die Ferienzuschläge zusätzlich zum Grundlohn geschuldet seien. Durch die Unterschreitung des Prozentsatzes falle der Ferienzuschlag nämlich zu tief aus. Insoweit entstehe den betroffenen Mitarbeitenden durchaus ein finanzieller Schaden. Im Weiteren bleibe die Rekurrentin den Beweis schuldig, dass die im Anwendungsbereich des GAV Elektro und des GAV Gebäudetechnik angefallenen Überstunden der 17 betroffenen Mitarbeitenden effektiv kompensiert worden seien. Insoweit sei somit von einer Schutzbehauptung auszugehen.

7. Mit Eingabe vom 30. Januar 2016 machte die Rekurrentin von dem ihr gewährten Replikrecht Gebrauch und hielt an ihren Ausführungen im Rekurs vom 31. August 2015 fest. Zusätzlich reichte sie unterzeichnete Schreiben von insgesamt 12 Mitarbeitenden ins Recht. Diese bestätigten ausnahmslos, dass Arbeitsstunden, die über dem wöchentlichen Soll lagen, entweder in Form von Freizeit von gleicher Dauer kompensiert oder nach dem vertraglich festgelegten Bruttolohn vergütet worden seien. Bei Einsatzende habe somit kein Überstundenanspruch mehr bestanden. Die Rekurrentin wies im Weiteren darauf hin, dass sie die übrigen fünf betroffenen Mitarbeitenden trotz intensiver Bemühungen nicht mehr

hätten erreicht werden können. Insoweit befinde sie sich in einer unüberwindbaren Beweisnot, welche ihr nicht zum Nachteil gereichen dürfe, zumal die meisten Mitarbeiter die Kompensation oder Entschädigung von Überstunden bestätigt hätten.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 29. Juni 2015. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch Rechtsanwalt M.B., am 31. August 2015 Rekurs. Die Eingabe erfolgte damit – unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. b des Reglements der Rekurskommission Personalverleih – fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP (einsehbar auf www.tempservice.ch, Rubrik „Dokumente“).

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

1. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 GAVP überträgt die Schweizerische Paritätische Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA) den Vollzug der Bereiche mit allgemeinverbindlich erklärten GAV, die Branchen-Vollzugsorgane haben, den entsprechenden Paritätischen Berufskommissionen und entschädigt diese. Einzelheiten werden in Leistungs- oder Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern des GAVP und der anderen betroffenen GAV geregelt.

Der Bundesrat ist davon ausgegangen, dass solche Vereinbarungen rechtzeitig im Hinblick auf die Allgemeinverbindlicherklärung zustande kommen werden. Er stellte aber auch klar, dass es Aufgabe der Vollzugsorgane des GAVP sei, die Einhaltung der Bestimmungen des GAV zu überprüfen, sollte in einzelnen Branchen (noch) keine Einigung erzielt worden sein.

b) In der von der Rekursgegnerin im angefochtenen Entscheid kontrollierten Branchen Gebäudetechnik, Elektro und Gerüstbau waren in der Kontrollperiode vom 1. Januar 2012 bis am 31. Dezember 2013 Zusammenarbeitsvereinbarungen mit den jeweiligen paritätischen Kommissionen in Kraft. In diesen Abkommen wird die Vollzugstätigkeit den paritätischen Vollzugsorganen des betreffenden allgemeinverbindlich erklärten GAV übertragen.

Im Schreinergewerbe bestand während der Kontrollperiode keine Zusammenarbeitsvereinbarung, weshalb die Kontrollkompetenz der Rekursgegnerin insoweit ohne weiteres zu bejahen ist. Demgegenüber stellt sich vorab die Frage, ob sie in den Branchen Gebäudetechnik, Elektro und Gerüstbau kompetent war, die im August 2014 durchgeführte Lohnbuchkontrolle überhaupt durchzuführen.

c) Den Verfahrensakten lässt sich entnehmen, dass alle drei betroffenen paritätischen Kommissionen (Gebäudetechnik, Elektro und Gerüstbau) die Rekursgegnerin mit Schreiben vom 19. März 2014 bzw. vom 3. April 2014 bevollmächtigt haben, bei der Rekurrentin im oben genannten Zeitraum eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen und gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen.

Die jeweiligen paritätischen Kommissionen haben somit ihre Kontrollkompetenz im konkreten Fall an die Rekursgegnerin zurückdelegiert. Letztere war infolgedessen (auch) befugt, die vorliegende Betriebsprüfung zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP, einschliesslich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV Gebäudetechnik, Elektro sowie Gerüstbau anzuordnen und durchzusetzen (Art. 35 GAVP).

2. Die von der Rekursgegnerin unter Ziffer 2 und 3 ihres Beschlusses vom 29. Juni 2015 erwähnten Verfehlungen werden von der Rekurrentin in ihrem Rekursschreiben nur bestritten, soweit sie die Ferien (Ziffer 2.4) bzw. die Überstunden und Überzeiten (Ziffer 2.6.1) sowie die sich daraus ergebenden

Nachzahlungen betreffen. Ansonsten hat sie die im angefochtenen Entscheid festgestellten Verstösse akzeptiert (vgl. Ziffer III. Art. 1 des Rekurses).

Streitgegenstand bilden im vorliegenden Rekursverfahren somit ausschliesslich die Ferienentschädigung (gemäss GAVP) sowie die Überstundenregelungen (gemäss GAV Elektro und Gebäudetechnik).

Ferienentschädigung (Ziffer 2.4 des Beschlusses)

3. Die Rekursgegnerin wirft der Rekurrentin vor, in 13 Fällen gegen Vorschriften im Zusammenhang mit der Ferienentschädigung verstossen zu haben.

In vier Fällen hat Rekurrentin die diesbezüglichen Verfehlungen akzeptiert (Mitarbeitende Nr. 11, 15, 17 und 18; vgl. Rekurs III. Art. 3). Strittig bleiben folglich 9 Fälle. Sämtliche Mitarbeiter waren während der Dauer der betreffenden Einsätze dem GAVP unterstellt und 50 Jahre und älter.

Die Rekursgegnerin wirft der Rekurrentin insoweit vor, diesen Mitarbeitenden die Ferien im Widerspruch zu Art. 13 Abs. 1 GAVP mit 8.33% anstatt mit 10.6% entschädigt zu haben. Letztere hält dieser Argumentation entgegen, dass die betroffenen Mitarbeitenden während der Dauer ihres Einsatzes mindestens 5 Wochen Ferien zu Gute hatten. Sodann gelte es zu beachten, dass sie mit einem Stundenlohn (inkl. 13. Monatsgehalt) von CHF 32.60 entschädigt worden seien. Dieser Betrag liege weit über dem Mindestlohn gemäss Art. 20 GAVP. Daraus erhelle, dass durch die Berücksichtigung einer Ferienentschädigung von 8.33% letztlich niemand zu Schaden gekommen sei. In Würdigung dieser Umstände sei von einer Rückerstattung aus diesen angeblichen Verfehlungen abzusehen.

a) Der Basislohn der betreffenden Mitarbeitenden wurde in den jeweiligen Einsatzverträgen auf CHF 26.92 pro Stunde festgelegt, was einen Bruttostundenlohn (inkl. Feiertage, Ferien und 13. Monatslohn) von CHF 32.60 ergibt.

Insoweit gilt es vorab klarzustellen, dass es sich beim Mindeststundenlohn gemäss GAVP expressis verbis um den Basislohn handelt. Er darf deshalb auch

nur mit dem vereinbarten Grundlohn gemäss Einsatzvertrag in Relation gesetzt werden. Wie soeben erwähnt, beträgt dieser im konkreten Fall CHF 26.92 pro Stunde und liegt damit in der Tat über dem Mindestlohn gemäss Art. 20 Abs. 1 GAVP für gelernte Mitarbeiter im Hochlohngebiet von CHF 23.59 pro Stunde.

Wie die nachfolgenden Ausführungen aber zeigen, kann die Rekurrentin aus dieser Feststellung nichts zu ihren Gunsten ableiten.

b) Art. 18 Abs. 1 GAVP stellt klar, dass die auf der elektronischen Datenbank (tempdata) erfassten Lohnklassen, Lohneinteilungen und Löhne als integrierender Bestandteil des GAVP gelten.

Dieser Datenbank lässt sich entnehmen, dass die Ferienentschädigung stets auf dem Basislohn zuzüglich Feiertagsentschädigung berechnet werden muss. Diese Berechnungsart wird von der Rekurrentin auch nicht in Frage gestellt (vgl. Ziffer III., Art. 4 ihres Rekurses) bzw. ist von ihr in der vorliegend relevanten Kontrollperiode notabene auch so angewendet worden (vgl. etwa Berechnungsschema Nr. 54 auf S. 93 des Kontrollberichts vom 19. November 2014).

Somit gilt es festzuhalten, dass im Anwendungsbereich des GAVP klar definiert und verbindlich festgelegt wird, wie die Ferienentschädigung zu berechnen ist. Mangels gesetzlicher Grundlage besteht kein Raum, von dieser Berechnungsmethode abzuweichen, selbst wenn der vereinbarte Basislohn im Einzelfall über dem Mindestlohn gemäss GAVP liegen sollte.

c) Art. 13 Abs. 1 GAVP regelt sodann die Höhe des Ferienanspruchs. Bis zum zurückgelegten 20. Altersjahr und ab dem vollendeten 50. Altersjahr beträgt dieser 25 Arbeitstage, was einem Satz von 10.6% entspricht.

Die entsprechenden Daten sind für diese Mitarbeiterkategorie auch so auf der elektronischen Datenbank von tempdata hinterlegt (siehe dazu den nachfolgenden Link: www.tempdata.ch/Lohnrechner.aspx?stellaNumber=815001&versionName=2). Es sei an

dieser Stelle nochmals daran erinnert, dass die Datenbank für die Personalverleiher nicht bloss eine Handlungsanweisung, sondern integrierender Bestandteil des GAVP ist. Auch insoweit findet sich keine rechtliche Grundlage, wonach bei der Ferienentschädigung der tiefere Prozentsatz von 8.33% angewendet werden darf, wenn der vertraglich festgelegte Basislohn über dem Mindestlohn liegt. Die Regelung von Art. 13 Abs. 1 GAVP ist zwingend und ausnahmslos einzuhalten.

Schliesslich sei erwähnt, dass die betreffenden Berechnungsmodule der Minimallöhne auch im Anhang 2 des GAVP aufgeführt sind. Aus diesen Tabellen geht ebenfalls klar hervor, dass die Ferienentschädigung für Gelernte ab dem vollendeten 50. Altersjahr immer 10.6% beträgt und auf der Summe Basislohn zuzüglich Feiertagsentschädigung berechnet wird. Die bei der Rekurrentin im Rahmen der Kontrolle festgestellte Unterschreitung des Prozentsatzes verstösst somit gegen die Bestimmungen von Art. 13 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 GAVP sowie dessen Anhang 2.

d) Die Rekurrentin bringt jedoch vor, dass allen betroffenen 9 Mitarbeitern ganze 5 Wochen Ferien zugestanden worden seien, weshalb ihnen zu keiner Zeit eine finanzielle Einbusse erwachsen sei. Sie legt insoweit eine entsprechende Bestätigung des Einsatzbetriebes ins Recht (vgl. Beilage 3 zum Rekurs vom 31. August 2015).

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es gilt zu beachten, dass der Ferienlohn gemäss Art. 13 Abs. 2 GAVP entweder direkt mit dem Lohn ausbezahlt wird (was nur bei maximal dreimonatigen Arbeitsverhältnissen zulässig ist) oder dass dessen Auszahlung nur bei effektivem Ferienbezug (oder bei definitiver Beendigung des Arbeitsverhältnisses) erfolgen darf.

Dem Kontrollbericht vom 19. November 2014 lässt sich entnehmen, dass sämtliche Einsätze der 9 betroffenen Mitarbeitenden länger als drei Monate gedauert haben. Der Ferienlohn durfte ihnen im Lichte von Art. 13 Abs. 2 GAVP somit nur bei effektivem Bezug der Ferien ausbezahlt werden. Da ihnen während des Einsatzes jedoch der tiefere Prozentsatz von 8.33% (anstatt der vorgeschriebenen 10.6%) auf ihrem Ferienkonto gutgeschrieben worden ist, sind sie pro Kalenderjahr auch nur in den Genuss von 20 bezahlten Arbeitstagen (d.h.

4 Wochen) gekommen. Sollten sie demgegenüber effektiv 5 Ferienwochen zu Gute gehabt haben, wie das der Einsatzbetrieb vorbringt, handelt es sich bei einer Ferienwoche faktisch um unbezahlten Urlaub. Der Einsatzbetrieb bestätigt zwar den Umfang des Ferienanspruchs, wohlweislich jedoch gerade nicht die Tatsache, dass auch wirklich sämtliche der in Art 13 Abs. 1 GAVP vorgeschriebenen 25 Arbeitstage bezahlt worden sind.

Aus dem Gesagten erhellt, dass den 9 Mitarbeitenden – entgegen der Auffassung der Rekurrentin – im Umfang einer unbezahlten Ferienwoche sehr wohl ein finanzieller Nachteil erwachsen ist. Der Rekursgegnerin ist in diesem Punkt zuzustimmen. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet und ist folglich abzuweisen. Die entsprechenden Nachzahlungen sind somit zu leisten.

Überstunden und -zeiten (Ziffer 2.6.1 des Beschlusses)

4. Bei insgesamt 29 der 80 kontrollierten Mitarbeitenden sind Verfehlungen bei den Überstunden und -zeiten festgestellt worden. 14 dieser Mitarbeiter unterstanden dem GAV Elektro, deren 3 dem GAV Gebäudetechnik und 12 dem GAVP.

Die entsprechenden Verstösse gegen den GAVP sind von der Rekurrentin bereits in ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2015 anerkannt worden (vgl. auch Ziffer III., Art. 5 des Rekurses vom 31. August 2015). Strittig sind deshalb noch 17 der insoweit festgestellten Verfehlungen. Da diese zwei verschiedene GAV betreffen (Elektro und Gebäudetechnik), erscheint es sinnvoll, sie nachfolgend auch separat zu behandeln.

GAV Elektro

5. Die Rekurrentin hatte während der vorliegend relevanten Kontrollperiode den GAV Elektro, gültig vom 1. Januar 2005 bis am 31. März 2014, zu beachten.

Art. 39.3 GAV Elektro sieht vor, dass normale Überstunden durch Freizeit von gleicher Dauer innerhalb von 9 Monaten zu kompensieren sind. Ist eine

Kompensation aus betrieblicher Sicht nicht möglich, sind die Überstunden mit einem Zuschlag von 25 Prozent auszuzahlen.

Die erwähnte Bestimmung stellt im Weiteren klar, dass der Arbeitgeber in Berücksichtigung der betrieblichen Situation entscheidet, ob die Überstunden durch Freizeit auszugleichen oder ohne Zuschläge auszuzahlen sind, wenn eine Kompensation (aus betrieblicher Sicht) möglich ist, der Arbeitnehmer jedoch die Auszahlung wünscht.

a) Die Rekursgegnerin stellt die Möglichkeit, geleistete Mehrstunden im Anwendungsbereich des GAV Elektro kompensieren zu können, nicht in Frage. Sie stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass diese Lösung primär auf im Monatslohn angestellte Mitarbeiter zugeschnitten sei. Eine temporäre Arbeitskraft werde jeweils bei guter oder sehr guter Auftragslage beigezogen und danach im Einsatzbetrieb oft nicht weiterbeschäftigt. In der Realität könne die Kompensation von Überstunden in Zeit deshalb nur selten gewährt werden. Zudem gelte es vorliegend zu beachten, dass die betreffenden, dem GAV Elektro unterstellten Mitarbeitenden unterjährig beschäftigt worden seien, was eine Kompensation erschwere.

Die Rekurrentin hält dieser Argumentation entgegen, dass der Überstundenzuschlag im GAV Elektro gerade nicht zwingend auszurichten sei. Im betreffenden GAV finde sich auch keine Regelung, die bei den Überstunden zwischen Mitarbeitenden im Monats- und solchen im Stundenlohn unterscheiden würde. Die vorliegend betroffenen Arbeitnehmer hätten ihre Mehrstunden mindestens durch Freizeit von gleicher Dauer kompensieren können. Die insoweit verfügten Rückzahlungen fänden deshalb keine Stütze und seien aufzuheben.

b) Für die restriktive Haltung der Rekursgegnerin findet sich im GAV Elektro in der Tat keine rechtliche Stütze. Wie die Rekurrentin zu Recht festhält, schränkt Art. 39.3 GAV Elektro die Kompensationsmöglichkeit weder auf bestimmte Arbeitsverhältnisse (über-/unterjährig) noch auf spezielle Mitarbeiterkategorien („Monats-/Stundenlöhner“) ein.

Im GAV Elektro findet sich sodann auch keine rechtliche Grundlage, wonach dem temporären Personal die Überstunden stets mit einem Zuschlag von 25% auszurichten wären. Die Rekurskommission hat bereits mehrfach klargestellt, dass die von der Paritätischen Landeskommission (PLK) im Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe beschlossene Überstundenlösung für verliehenes Personal unbeachtlich sei (vgl. ihre beiden Entscheide vom 8. Mai 2014 in Sachen T. AG [Erw. 3] sowie vom 3. Juni 2015 in Sachen I. AG [Erw. 3]). Diese sieht vor, dass nach Beendigung des Einsatzes ein Ist- und Soll-Vergleich vorgenommen werden muss und die betreffenden Mehrstunden zwingend mit einem Lohnzuschlag von 25% auszurichten sind (vgl. das auf tempdata unter „Dokumente und Links“ publizierte Merkblatt www.tempdata.ch/Lohnrechner.aspx?stellaNumber=300001&versionName=7).

Wie im GAV Elektro Überstunden zu kompensieren sind, wird abschliessend in Art. 39.3 definiert. Eine allfällige Sonderlösung für verliehenes Personal müsste deshalb direkt im betreffenden GAV Elektro verankert sein. Das ist jedoch wie erwähnt nicht der Fall.

c) Im Anwendungsbereich des GAV Elektro steht bei der Abgeltung von Überstunden offenkundig die Kompensation in Freizeit im Vordergrund. Nur wenn diese aus betrieblicher Sicht nicht möglich ist, kommt gemäss Art. 39.3 GAV Elektro zwingend der Lohnzuschlag von 25% zur Anwendung. Die Subsidiarität des Zuschlags äussert sich auch darin, dass dieser nicht einmal dann geschuldet ist, wenn die Kompensation betrieblich zwar möglich ist, der Arbeitnehmer aber die Auszahlung wünscht. Diesfalls entscheidet nämlich der Arbeitgeber, ob die Überstunden durch Freizeit auszugleichen oder ohne Zuschläge auszuzahlen sind.

Müssten die Personalverleiher im Anwendungsbereich des GAV Elektro Überstunden stets mit einem Lohnzuschlag ausrichten, würde diese Praxis in Widerspruch zu Art. 39.3 GAV Elektro stehen. Dem verliehenen Personal würde nämlich die Möglichkeit genommen, Überstunden in Freizeit zu kompensieren, was bei temporären Arbeitsverhältnissen nicht per se ausgeschlossen ist. Dem Lohnbuchkontrollbericht vom 19. November 2014 lässt sich etwa entnehmen, dass die betreffenden Mitarbeiter allesamt länger bzw. die Mehrheit sogar deutlich länger als einen Monat für die Rekurrentin tätig waren. Vor diesem Hintergrund war eine Kompensation der Überstunden durch Freizeit durchaus möglich.

Diese Auffassung scheint nunmehr auch die Rekursgegnerin zu teilen, führt sie doch in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2015 aus, es liege in der Pflicht des Personalverleihers, das Leisten von Überstunden zu unterbinden bzw. die Mitarbeiter zur Kompensation von Mehrstunden anzuhalten. Die Rekurrentin müsse folglich darlegen bzw. beweisen, wie sie das getan habe. Ohne Vorliegen eines entsprechenden Beweises, müsse von einer Schutzbehauptung ausgegangen werden.

d) Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass die betroffenen Mitarbeiter ihre Überstunden mindestens durch Freizeit von gleicher Dauer kompensieren konnten und hat insoweit unterzeichnete Bestätigungen von 10 der 14 Mitarbeitenden (Nr. 1, 3 - 5, 8 - 12 und 16) ins Recht gelegt. Diese versichern allesamt, dass bei Einsatzende kein Überstundenanspruch mehr bestanden habe. Sämtliche über dem wöchentlichen Soll liegenden Stunden seien entweder in Form von Freizeit von gleicher Dauer kompensiert oder nach dem vertraglich festgelegten Bruttolohn vergütet worden.

Mit den eingereichten und von den betroffenen Mitarbeitenden notabene eigenhändig unterzeichneten Bestätigungsschreiben erbringt die Rekurrentin in rechtsgenüglicher Hinsicht den Tatbeweis, dass sie die Bestimmung von Art. 39.3 GAV Elektro insoweit eingehalten hat. Ist eine Kompensation betrieblich möglich, werden die Überstunden gemäss der genannten Bestimmung entweder in Freizeit kompensiert oder – wenn der Arbeitnehmer die Auszahlung wünscht – auch ohne Zuschlag entschädigt. In dieser Konstellation ist kein Lohnzuschlag von 25% geschuldet.

Soweit die Rekurrentin vorbringt, sie befinde sich bezüglich der vier nicht auffindbaren bzw. erreichten Mitarbeiter in einem Beweisnotstand, kann ihr nicht gefolgt werden. Es obliegt der Arbeitgeberin, im Rahmen einer nachträglichen Kontrolle nachweisen zu können, dass eine Kompensation betrieblich möglich und der Lohnzuschlag deshalb im Lichte von Art. 39.3 GAV Elektro nicht geschuldet war. Sie muss somit während des Einsatzes bzw. spätestens bei Einsatzende sicherstellen, dass sie über die nötigen Unterlagen (Arbeitszeitrapporte, Bestätigungen der Mitarbeiter oder des Einsatzbetriebes etc.) verfügt, um diesen Beweis zu einem späteren Zeitpunkt auch antreten zu können. Unterlässt oder versäumt sie entsprechende Vorkehrungen, hat sie

gemäss den allgemeinen Beweisregeln die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (vgl. Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB]).

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rekurrentin nur hinsichtlich der kontrollierten Mitarbeiter 1, 3 - 5, 8 - 12 und 16 effektiv nachgewiesen hat, dass die Überstunden in Freizeit abgegolten oder 1:1 ausbezahlt worden sind. Daraus folgt, dass die betreffenden, bei den Lohnzuschlägen festgestellten Verfehlungen auch nur in diesem Umfang zu korrigieren sind. Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 29. Juni 2015 reduziert sich somit in der Höhe von CHF 13‘846.30. Der Rekurs erweist sich insoweit als begründet und ist gutzuheissen. Soweit weitergehend ist er aus den soeben genannten Gründen abzuweisen.

GAV Gebäudetechnik

6. Die Rekurrentin hatte während der vorliegend relevanten Kontrollperiode den GAV Gebäudetechnik, gültig bis am 31. Januar 2014, zu beachten.

Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik sieht vor, dass als normale Überstunden jene Stunden gelten, die nicht in der Nacht oder an Sonn- und Feiertagen geleistet werden und die Jahresarbeitszeit überschreiten. Normale Überstunden sind bei ganzjährigen Anstellungsverhältnissen durch Freizeit gleicher Dauer innerhalb der gemäss Art. 25.7 GAV Gebäudetechnik definierten Abrechnungsperiode zu kompensieren. Ist eine Kompensation aus betrieblicher Sicht nicht möglich, sind die Überstunden mit einem Zuschlag von 25 Prozent auszuzahlen. Hat ein Arbeitsverhältnis nicht ein ganzes Kalenderjahr gedauert, so werden als Überstunden jene Arbeitsstunden gezählt, welche folgende Werte übersteigen:

- Anzahl Arbeitstage (inkl. Ferien und Feiertage) multipliziert mit 8 Stunden oder
- Anzahl Arbeitswochen (inkl. Ferien und Feiertage) multipliziert mit 40 Stunden.

a) Die Rekursgegnerin stellt sich insoweit wiederum auf den Standpunkt, dass eine Kompensation im temporären Arbeitsverhältnis selten gewährt werden könne. Im Weiteren habe der Kontrolleur die Überstunden anhand der in Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen festgelegten Berechnungsart definiert. Die Verfehlungen seien somit richtig angezeigt worden.

Die Rekurrentin vertritt demgegenüber die Auffassung, dass der GAV Gebäudetechnik für unterjährige Arbeitsverhältnisse nicht vorschreibe, wie die Überstunden auszugleichen seien. Er stelle insoweit keine Prioritätenordnung auf, sondern zeige nur auf, wie diese in solchen Fällen zu berechnen seien. Die drei betroffenen Mitarbeiter hätten von der Kompensationsmöglichkeit Gebrauch gemacht, weshalb kein Verstoss gegen Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik vorliege.

b) Der Überstundenregelung des GAV Gebäudetechnik kann entnommen werden, dass die Kompensation in Freizeit – wie beim GAV Elektro (vgl. Erwägung Ziffer 5 lit. c oben) – im Vordergrund steht. Der Lohnzuschlag ist nur dann geschuldet, wenn die Kompensation aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist. Im Gegensatz zum GAV Elektro ist dieser dann aber zwingend geschuldet. Eine Lohnauszahlung zu 100% ist nicht vorgesehen. Entweder muss in Freizeit kompensiert werden oder der Lohnzuschlag ist geschuldet. Eine dritte Option existiert nicht (tertium non datur). Entgegen der Auffassung der Rekurrentin gilt diese Prioritätenordnung sowohl für über- wie auch für unterjährige Arbeitsverhältnisse gleichermassen. Bei Letzteren wird einzig definiert, wie die Überstunden zu berechnen sind. Die Kompensation soll jedoch auch in diesen Fällen die Regel sein.

Soweit die Rekursgegnerin vorbringt, die Kompensation sei primär auf im Monatslohn angestellte Mitarbeiter zugeschnitten und somit für temporäres Personal faktisch ausgeschlossen, kann auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 5 lit. b verwiesen werden. Eine solche Einschränkung ist im GAV Gebäudetechnik ebenfalls nicht vorgesehen. Auch in diesem Bereich existiert ein auf tempdata publiziertes Merkblatt der PLK der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (www.tempdata.ch/Lohnrechner.aspx?stellaNumber=305001&versionName=7).
Dieses ist jedoch aus den bereits dargelegten Gründen unbeachtlich. Eine Sonderregel für temporäre Mitarbeitende müsste direkt im GAV Gebäudetechnik verbrieft sein.

c) Die Rekurrentin hat von den drei betroffenen Mitarbeitenden zwei unterzeichnete Bestätigungen (Nr. 18 und 20) eingereicht, wonach sämtliche über dem wöchentlichen Soll liegenden Stunden entweder in Form von Freizeit von gleicher Dauer kompensiert oder nach dem vertraglich festgelegten Bruttolohn vergütet worden sein sollen.

Im Gegensatz zu den Ausführungen oben unter Ziffer 5 lit. d, gestaltet sich die Rechtslage vorliegend anders. Wie erwähnt können Überstunden im Anwendungsbereich des GAV Gebäudetechnik nur kompensiert oder mit einem Lohnzuschlag von 25% entschädigt werden. Auch wenn die Kompensation betrieblich möglich sein sollte, sieht Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik eine Auszahlung des vertraglich festgelegten Bruttolohns ohne Zuschlag nicht vor (anders wie erwähnt der GAV Elektro). Mit den beiden eingereichten Bestätigungen ist der Tatbeweis somit gerade nicht erbracht worden, dass die betreffende Überstundenregelung auch tatsächlich respektiert wurde. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Mehrstunden der betreffenden zwei Mitarbeiter teilweise nur zu 100%, d.h. ohne Zuschlag ausgerichtet worden sind. Das widerspricht aber offenkundig Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn die beiden Mitarbeiter bestätigt hätten, dass sie sämtliche Überstunden in Freizeit kompensieren konnten. Das ist jedoch gerade nicht der Fall. Aus diesem Grund kann die Rekurrentin aus diesen Beweismitteln nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

Entscheid

7. Aus den oben unter Ziffer 1 - 6 gemachten Ausführungen ergibt sich, dass der Rekurs vom 31. August 2015 teilweise gutzuheissen ist. Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 29. Juni 2015 wird – soweit die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 betreffend – im Umfang von CHF 13‘846.30 (vgl. Erwägung Ziff. 5 lit. e) aufgehoben.

Die Nachzahlungspflicht unter Ziffer 4.1 des angefochtenen Entscheids von gesamthaft CHF 36‘394.70 reduziert sich somit auf CHF 22‘548.40.

Die Kosten dieses Verfahrens sind vom PVP zu tragen. Dem Antrag der Rekurrentin auf Ersatz der Parteikosten kann nicht entsprochen werden. Weder im GAVP noch im Reglement PVP oder in jenem der Rekurskommission lässt sich eine gesetzliche Grundlage finden, die es bei (teilweiser) Gutheissung des Rekurses gebieten würde, die Rekursgegnerin zur Übernahme der gegnerischen Parteikosten zu verpflichten.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.
2. Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 29. Juni 2015 in der Höhe von CHF 36‘394.70 reduziert sich im Umfang von CHF 13‘846.30 auf CHF 22‘548.40.
3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen. Es wird kein Ersatz für Parteikosten zugesprochen.

Dübendorf, 21. April 2016

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Mathias Regotz, Präsident Decimo Vincenzi, Vizepräsident

zu eröffnen an:

-

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 78/2015

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 16. Dezember 2015

in Sachen

A. GmbH

vertreten durch Herrn RA P.H.

Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15

Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 8. September 2015 gegen den Entscheid der RPKD vom 8. Juli 2015 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Mit Beschluss vom 22. Mai 2012 stellte die Rekursgegnerin fest, dass die Rekurrentin, die sich auf den Verleih von ihm Ausland ansässigen und tätigen Mitarbeitenden im Bereich Rheinschifffahrt spezialisiert hatte, dem GAV Personalverleih (GAVP) unterstellt sei, da sie dessen betrieblichen Geltungsbereich erfülle.

2. Dagegen erhob die Rekurrentin am 25. Juni 2012 Rekurs und beantragte die Aufhebung des betreffenden Unterstellungsentscheids. Eventualiter stellte sie den Antrag, sie sei dem GAVP zu unterstellen, aber von der Entrichtung der Mindestlöhne für die Tätigkeit ihrer Arbeitnehmer in ausländischen Einsatzbetrieben zu befreien.

3. Mit Beschluss vom 17. Januar 2013 wies die Rekurskommission den Rekurs vollumfänglich ab und stellte fest, dass die Rekurrentin uneingeschränkt dem GAVP unterstellt sei.

   Die Rekurrentin hat gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel eingereicht, weshalb er in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Am 22. Juli 2013 trafen sich je ein Vertreter der Rekurrentin, des Amts für Wirtschaft und Arbeit des Kantons C. sowie der Geschäftsstelle Vollzug des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP) zu einer Sitzung. Anlässlich dieser Besprechung wurde der Rekurrentin seitens der Geschäftsstelle Vollzug PVP zugesichert, dass zur Berechnung der Mindestlöhne im Rahmen einer allfälligen Kontrolle die Ansätze für die Grenzgebiete Tessin und Westjura gemäss Art. 20 Abs. 3 GAVP zur Anwendung kommen würden, obwohl die durch sie verliehenen Personen geographisch nicht dort tätig seien.

5. Am 6. Juni 2014 wurde bei der Rekurrentin eine Lohnbuchkontrolle durch die Geschäftsstelle Vollzug PVP durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Juli 2013. Die Rekurrentin hat in dieser Zeitspanne insgesamt 97 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 13

Mitarbeitende überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 100‘188.85. Es wurde ausschliesslich die Einhaltung der Mindestlöhne, der Ferien- und Feiertagszuschläge sowie der Zuschläge für den anteilsmässigen 13. Monatslohn überprüft.

6. Der Rekurrentin wurde in der Folge Gelegenheit geboten, die Differenzberechnungen vor Zustellung an die Rekursgegnerin einzusehen und sich dazu zu äussern. Von dieser Möglichkeit hat sie, vertreten durch Rechtsanwalt P.H., am 1. Dezember 2014 Gebrauch gemacht.

7. Mit Entscheid vom 8. Juli 2015 stellte die Rekursgegnerin fest, dass die geldwerten Verfehlungen 24.67 Prozent der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden betragen würden. Es liege somit ein schweres Verschulden vor. Die Höhe der Konventionalstrafe wurde im Umfang der festgestellten Verstösse auf CHF 32‘805.15 festgesetzt. Zudem wurde die Rekurrentin verpflichtet, 75 Prozent der gesamten Kontrollkosten von CHF 5‘330.00 zu übernehmen.

Die Rekursgegnerin stellte klar, dass bei allen geprüften Mitarbeitenden Unterschreitungen der Mindestlöhne und daraus resultierend Verfehlungen bei der Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie beim anteilsmässig geschuldeten 13. Monatslohn festgestellt worden seien. Zwar hätten die betroffenen Arbeitsverhältnisse in der Tat keinen Bezug zu einem der in Art. 20 GAVP aufgeführten Lohngebiete – somit auch nicht zu den genannten Grenzzonen. Das heisse aber gerade nicht, dass die Bestimmungen von Art. 20 GAVP nicht zur Anwendung kommen würden. Die Berufung auf Art. 22 GAVP, wonach der Ort des Einsatzbetriebes Grundlage für die Lohnberechnung bilde, sei vorliegend unbeachtlich. Die Rekurskommission habe in ihrem Entscheid vom 17. Januar 2013 deutlich gemacht, dass die Rekurrentin die Mindestlöhne des GAVP zu beachten habe. In Abweichung vom Kontrollbericht sei im vorliegenden Entscheid aber das im Normallohngebiet geltende Mindestlohnniveau als Grundlage heranzuziehen.

Soweit die Rekurrentin vorbringe, die Bezahlung der Krankenkassenprämien der Mitarbeitenden sowie die Übernahme einer pauschale Reiseentschädigung von EUR 150.00 pro Monat seien ebenfalls als Lohnbestandteile zu qualifizieren, übersehe sie jedoch, dass die Mindestlöhne gemäss Art. 20 GAVP unabhängig

von diesen Positionen einzuhalten seien. Eine Verrechnung mit den festgelegten Mindestlöhnen sei deshalb nicht zulässig.

8. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin, vertreten durch Rechtsanwalt P.H., am 8. September 2015 Rekurs. Sie beantragte, der Nachzahlungsentscheid sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin – vollumfänglich aufzuheben und zur Neubeurteilung an diese zurückzuweisen. Für die Berechnung des Mindestlohnes seien die Verhältnisse am Einsatzort in Deutschland und Holland zu berücksichtigen. Eventualiter sei die Nachzahlung an die entsprechenden Arbeitnehmenden auf CHF 4‘098.60 zu reduzieren. Im Weiteren seien ihr die auferlegte Konventionalstrafe sowie die überwälzten Kontrollkosten zu erlassen bzw. eventualiter seien diese zu reduzieren.

Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass aufgrund ihres proaktiven Verhaltens im Unterstellungsverfahren nicht nachvollziehbar sei, weshalb ihr nun im Kontrollentscheid vom 8. Juli 2015 ein schweres Verschulden zur Last gelegt werde. Sodann sei es zwar richtig, dass sie den Beschluss der Rekurskommission vom 17. Januar 2013 nicht weitergezogen habe. Auf die Einreichung einer Feststellungsklage bei den zuständigen Zivilgerichten habe sie jedoch ausschliesslich aufgrund des hohen Prozessrisikos, das solchen Verfahren inhärent sei, verzichtet.

Hinsichtlich des anwendbaren Mindestlohnes sei vorliegend Art. 22 GAVP zu beachten. Diese Bestimmung halte unzweideutig fest, dass der Ort des Einsatzbetriebes für die Lohnberechnung massgebend sei. Aufgrund der Tatsache, dass im GAVP für die Lohnberechnungen im Zusammenhang mit Einsatzbetrieben, die ihm Ausland ihren Sitz haben, keine Bestimmung statuiert werde, könne und dürfe die Anwendung der ausländischen Mindestlohnvorschriften nicht verweigert werden.

Hinzu komme vorliegend, dass die Rekursgegnerin mit ihrem Entscheid das Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 357 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) verletzt habe. Für einen Arbeitnehmer günstigere Regelungen könnten im Rahmen eines Einzelarbeitsvertrages unabhängig von einem GAV vereinbart werden. Aufgrund der anwendbaren Gesetze sei die Rekurrentin nicht verpflichtet gewesen, den

Arbeitnehmenden die pauschale Anreiseentschädigung zu erstatten. Diese seien dauernd auf den Rheinschiffen eingesetzt worden. Ihnen sei somit kein entschädigungspflichtiger Auslagenersatz im Sinne von Art. 327a OR entstanden. Analoges gelte hinsichtlich der Krankenkassenprämien. Diese Zusatzleistungen seien folglich als Lohnbestandteile zu qualifizieren und an den geschuldeten Mindestlohn gemäss Art. 20 GAVP anzurechnen, sollte die Rekurskommission den Nachzahlungsentscheid wider Erwarten nicht aufheben und – unter Berücksichtigung der Mindestlöhne am Einsatzort im Ausland – zurückweisen.

9. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 15. Oktober 2015 zum eingereichten Rekurs und beantragte dessen Abweisung.

Sie wies ergänzend darauf hin, dass die zu entrichtenden Mindestlöhne ein Entgelt für geleistete Arbeit seien, währenddem Spesen Auslagenersatz darstellen würden. Es handle sich deshalb nicht um Lohn. Dasselbe gelte für Krankenkassenprämien. Im Weiteren gelte es zu beachten, dass gemäss Anhang 1 des Reglements PVP (Konventionalstrafenrechner) die Schwere des Verschuldens in Abhängigkeit zur Höhe der festgestellten Verfehlungen stehe. Bei geldwerten Verfehlungen von mehr als 6 Prozent der kontrollierten Lohnsumme sei das Verschulden stets als schwer einzustufen.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 8. Juli 2015. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch Rechtsanwalt P.H., am 8. September 2015 Rekurs. Die Eingabe erfolgte damit – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. b des Reglements der Rekurskommission Personalverleih – fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP.

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

Anwendbarkeit des Mindestlohnes gemäss Art. 20 GAVP

1. a) Die Rekurrentin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass gemäss Art. 22 GAVP für die Lohnberechnung der Ort des Einsatzbetriebes massgebend sei. Der angefochtene Entscheid sei deshalb bereits aus diesem Grund aufzuheben und zur Neuberechnung an die Rekursgegnerin zurückzuweisen. Für die Berechnung der anwendbaren Mindestlöhne seien vorliegend somit die Verhältnisse am Einsatzort in Deutschland und Holland zu berücksichtigen.

Demgegenüber beruft sich die Rekursgegnerin in diesem Punkt auf den Entscheid der Rekurskommission vom 17. Januar 2013, der klar festhalte, dass die Mindestlohnbestimmungen von Art. 20 GAVP auf die Rekurrentin anwendbar seien. Art. 22 GAVP komme deshalb vorliegend nicht zur Anwendung.

b) Mit Entscheid vom 17. Januar 2013 hat die Rekurskommission festgestellt, dass die Rekurrentin dem GAVP unterstellt ist. Auch ihr damals gestelltes Eventualbegehren, wonach sie zwar dem GAVP zu unterstellen, jedoch von den dort geregelten Mindestlöhnen zu befreien sei, wurde vollumfänglich abgewiesen. Es fehle insoweit an einer gesetzlichen Grundlage, befand die Rekurskommission (vgl. Erwägung 6 lit. b des betreffenden Entscheids).

Unbeachtlich ist vorliegend, aus welchen Gründen die Rekurrentin diesen Entscheid akzeptiert bzw. von der Einreichung einer Feststellungsklage beim zuständigen Zivilgericht abgesehen hat. Vorliegend war offenbar das hohe Prozess- und Kostenrisiko Grund für diesen Verzicht. Fakt ist aber, dass der Unterstellungsentscheid der Rekurskommission vom 17. Januar 2013 von der Rekurrentin unangefochten geblieben und somit in Rechtskraft erwachsen ist. Somit ist dieser Beschluss auch im vorliegenden Verfahren, in dem es nicht mehr

um die Frage der (abstrakten) Unterstellung unter den GAVP, sondern um die GAVP-Konformität im Rahmen einer (konkreten) Kontrolle geht, zu beachten und für die Rekurskommission verbindlich.

c) Aus dem Gesagten folgt, dass die Rekurrentin hinsichtlich der von der Rekursgegnerin in der Periode vom 1. Januar 2012 bis am 31. Juli 2013 kontrollierten Einsätze grundsätzlich die Mindestlohnbestimmungen von Art. 20 ff. GAVP beachten und einhalten musste.

Die Rekurrentin beruft sich insoweit aber auf Art. 22 GAVP, wonach für die Lohnberechnung der Ort des Einsatzbetriebes massgeblich sei. Folglich seien vorliegend die Mindestlöhne in Deutschland und Holland anzuwenden – und nicht jene von Art. 20 GAVP, die nur im innerstaatlichen Verhältnis, d.h. in der Schweiz Geltung beanspruchen würden. Bei der Ausarbeitung des GAVP sei der Verleih von Personal ins Ausland gerade nicht explizit geregelt worden. Daraus dürfe aber gerade nicht der Schluss gezogen werden, dass Art. 22 GAVP in Konstellationen wie der vorliegenden, wo der Einsatz im Ausland geleistet worden sei, nicht zur Anwendung kommen dürfe.

Der Auffassung der Rekurrentin kann jedoch aus den nachfolgenden Gründen nicht gefolgt werden:

aa) Zunächst steht dieser Betrachtungsweise bereits der Entscheid der Rekurskommission vom 17. Januar 2013 entgegen. Die Rekurskommission hat insoweit klargestellt, dass im konkreten Fall überwiegende Anknüpfungspunkte dafür bestehen, auf den Sitz des Personalverleihers abzustellen (vgl. Erwägung 2 lit. b) und die Rekurrentin somit dem GAVP zu unterstellen. Der Sitz des Einsatzbetriebes und der Einsatzort mussten insoweit zurücktreten.

Würde nun im Rahmen einer konkreten Kontrolle beim Mindestlohn wieder auf den Ort des Einsatzbetriebes abgestellt, würde der damalige Entscheid der Rekurskommission faktisch ihres Sinne entleert. Dies hätte nämlich zur Folge, dass die Rekurrentin zwar dem GAVP unterstehen würde, betreffend Mindestlöhne aber lediglich das in Deutschland oder Holland geltende (tiefere) Lohnniveau einhalten müsste. Die Rekursinstanz hat in ihrem Unterstellungsentscheid vom 17. Januar 2013 jedoch klar festgehalten, dass eine

Befreiung von der Einhaltung der Mindestlöhnne gemäss GAVP nicht in Frage komme.

bb) Sodann gilt es zu beachten, dass die Unterstellung unter den GAVP in Fällen wie dem vorliegenden, wo der Einsatzbetrieb seinen Sitz im Ausland hat, zur Farce verkäme, würde für die Bestimmung des Mindestlohnes auf den Ort des Einsatzbetriebes abgestellt. Das hätte nämlich zur Folge, dass dessen Herzstück – die Mindestlohnvorschriften gemäss Art. 20 GAVP – nicht beachtet werden müsste.

Bei teleologischer Auslegung von Art. 22 GAVP wird somit klar, dass diese Bestimmung nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn der Ort des Einsatzbetriebes in der Schweiz liegt. Die Unterstellung von Betrieben unter einen bestimmten GAV ist unabdingbar mit der Durchsetzbarkeit der dort geregelten Mindestlöhne verbunden. Eine Befreiung wäre nur dort denkbar, wo sie im betreffenden GAV auch explizit vorgesehen ist, was vorliegend aber gerade nicht der Fall ist (vgl. dazu unter lit. dd).

cc) Sodann ist zu beachten, dass der Wortlaut von Art. 22 GAVP selber Raum bietet, für die Lohnberechnung vom Ort des Einsatzbetriebes abzuweichen. Mit dem Einschub «in der Regel» wird klar, dass für die Bestimmung des Mindestlohnes ausnahmsweise auch andere Anknüpfungspunkte – etwa der Sitz des Personalverleihers oder der Arbeitsort – massgebend sein können.

dd) Schliesslich ist klarzustellen, dass sich die von der Rekurrentin vertretene Lösung auch in systematischer Hinsicht nicht vertreten lässt. Im GAVP lässt sich keine rechtliche Grundlage finden, die einen unterstellten Betrieb, der temporäre Arbeitskräfte ins Ausland verleiht, von der Einhaltung der Mindestlohnbestimmungen des GAVP befreien würde. Eine solche ist nur vorgesehen, wenn ein Personalverleiher Mitarbeitende in die sechs in Art. 3 Abs. 3 GAVP aufgeführten Branchen verleiht. Diesfalls sind die orts- und branchenüblichen Löhne in diesen Branchen einzuhalten. Diese Befreiung bzw. dieser Ausschluss wurde indessen nur vereinbart, weil die dortigen Branchenlöhne über den Mindestlöhnen gemäss Art. 20 GAVP liegen.

Somit lässt sich festhalten, dass der GAVP einzig in Art. 3 Abs. 3 GAVP eine Befreiung von der Einhaltung seiner Mindestlöhne vorsieht – notabene zu Gunsten höherer orts- und branchenüblicher Löhne in den dort erwähnten Branchen. Im Falle eines Verleihs an einen Einsatzbetrieb im Ausland, sieht der GAVP jedoch gerade keinen solchen Ausschluss vor. Diese Tatsache erscheint auch folgerichtig, da die Löhne im Ausland – im Gegensatz zu den in Art. 3 Abs. 3 GAVP ausgenommenen Branchen – (deutlich) tiefer sind als in der Schweiz. Somit liegt insoweit auch keine Lücke vor, wie die Rekurrentin implizit behauptet. Die dargelegte Systematik des GAVP lässt vielmehr den Schluss zu, dass sich die Vertragsparteien im Sinne eines qualifizierten Schweigens bewusst dafür entschieden haben, den Mindestlöhnen von Art. 20 GAVP auch in Fällen wie dem vorliegenden zum Durchbruch zu verhelfen.

2. a) Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass die Rekurrentin die Mindestlöhne von Art. 20 GAVP einhalten musste. Die Verhältnisse am Einsatzort im Ausland sind unbeachtlich. Der unter Ziffer 1 gestellte Antrag der Rekurrentin, der Nachzahlungsentscheid sei aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Rekursgegnerin zurückzuweisen, wobei die Mindestlöhne am Ort des Einsatzbetriebes zu berücksichtigen seien, erweist sich somit als unbegründet. Der Rekurs ist insoweit abzuweisen.

Fraglich erscheint höchstens, welche der in Art. 20 GAVP geregelten Lohnzonen (Hochlohn, Normallohn oder Grenzgebiet Tessin/Westjura) von der Rekurrentin beachtet werden musste.

b) Die für das Grenzgebiet Tessin/Westjura vorgesehenen Lohnreduktionen waren nur bis zum Ablauf des zweiten Vertragsjahres des GAVP (d.h. am 31. Dezember 2013) gültig. Die Kontrollperiode lag vorliegend aber innerhalb dieses Zeitraumes (1. Januar 2012 bis am 31. Juli 2013), weshalb somit grundsätzlich sämtliche drei Lohnzonen als Berechnungsgrundlage in Frage kommen.

Die Rekursgegnerin hat in ihrem Entscheid vom 8. Juli 2015 beschlossen, die Mindestlöhne im Normallohngebiet als Massstab heranzuziehen. Diese

Einstufung ist von der Rekurrentin in ihrem Rekurs vom 8. September 2015 – soweit das unter Ziffer 2 ihrer Anträge formulierte Eventualbegehren betreffend – nicht in Frage gestellt worden. In der Rekursbeilage 9 («Geldwerte Verfehlungen unter Berücksichtigung der Bezahlung der Krankenkasse und Anreisespesen») hat sie zur Berechnung der geldwerten Verfehlung jeweils den im Normallohngebiet (für Ungelernte) geltenden Mindestlohn als Soll-Betrag herangezogen.

Die Frage nach dem anwendbaren Lohngebiet ist somit im vorliegenden Rekursverfahren nicht strittig, auch wenn die Rekursgegnerin der Rekurrentin ursprünglich zugesichert hat, bei ihr kulanterweise die tieferen Mindestlöhne anzuwenden, die im Grenzgebiet Tessin/Westjura gelten. Berechnungsgrundlage sind somit vorliegend die im Normallohngebiet geltenden Mindestlöhne.

Vertragliche Zusatzleistungen als Lohnbestandteil

3. a) Die Rekurrentin beantragt eventualiter, die Nachzahlung an die entsprechenden Arbeitnehmenden sei auf insgesamt CHF 4‘098.60 zu reduzieren, sollte dem Rückweisungsantrag gemäss Ziffer 1 ihrer gestellten Rechtsbegehren nicht Folge geleistet werden. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die von ihr vertraglich zugesicherten und bezahlten Zusatzleistungen (Krankenkassenprämien und pauschale Anreiseentschädigung) als Lohnbestandteile zu betrachten und folglich an den Mindestlohn gemäss Art. 20 GAVP anzurechnen seien.

Die Rekursgegnerin hält dieser Argumentation entgegen, dass die Mindestlöhne gemäss GAVP ungeachtet der Übernahme von Krankenkassenprämien und Spesen geschuldet seien. Eine Verrechnung sei deshalb ausgeschlossen.

b) Die Rekurrentin beruft sich insoweit auf das Günstigkeitsprinzip gemäss Art. 357 Abs. 2 OR. Gemäss diesem Grundsatz können die Parteien vertraglich nicht von zwingenden GAV-Bestimmungen abweichen, es sei denn, diese seien für den betroffenen Arbeitnehmer günstiger.

Entscheidend ist nachfolgend die Frage, ob die strittigen Zusatzleistungen

- im Zusammenhang mit der vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsleistung stehen (a) oder
- aus dem Bestand des Arbeitsverhältnisses geschuldet sind (b).

Als Entschädigung für die erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmer (a) gelten die ausbezahlten Löhne sowie weitere Zulagen, die als Entlöhnung für die geleistete Arbeit bezahlt werden. Spesen sind demgegenüber Entschädigungen des Arbeitgebers für die dem Arbeitnehmer durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstandenen Auslagen (b). Diese stellen keinen Lohn dar, sind vom Arbeitgeber aber gemäss Art. 327a OR zu entschädigen. Demgegenüber fallen Pauschalspesen, die den tatsächlichen, arbeitsbezogenen Aufwand des Arbeitnehmers übersteigen unter den Lohnbegriff gemäss Art. 322 OR (Streiff/von Känel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, N. 9 zu Art. 322)

Pauschale Entschädigung von EUR 150.00

c) Die Rekurrentin bringt insoweit vor, dass die Arbeitnehmer dauernd auf den entsprechenden Rheinschiffen eingesetzt wurden, auf welchen sie gleichzeitig auch während der Arbeitsverrichtung logierten. Sie hätten somit keine Arbeit ausserhalb des eigentlichen Arbeitsortes erbringen müssen. Die pauschale Anreiseentschädigung von EUR 150.00 sei somit nicht als Auslagenersatz, der gemäss Art. 327a OR hätte entschädigt werden müssen, zu qualifizieren. Es handle sich hier vielmehr um einen Lohnbestandteil, den es für die Berechnung des Mindestlohnes zu berücksichtigen gelte.

aa) Gemäss Ziffer 2.2 der Leih-Arbeitsverträge der Rekurrentin lässt sich unter dem Titel «Spesen und Auslagen» entnehmen, dass der Arbeitnehmer zusätzlich (zum Lohn gemäss Ziffer 2.1 des betreffenden Vertrages) eine «pauschale Entschädigung» von EUR 150.00 pro Monat als «Ersatz der im Zusammenhang mit seinen beruflichen Obliegenheiten getätigten Auslagen» erhalte. Weiter wird klargestellt, dass mit dieser pauschalen Entschädigung sämtliche Spesenauslagen des Arbeitnehmers abgegolten seien.

Der Wortlaut von Ziffer 2.2 der Leih-Arbeitsverträge spricht somit klar von einer pauschalen Entschädigung als Ersatz für Auslagen, die die Arbeitnehmenden im Zusammenhang mit ihren beruflichen Obliegenheiten getätigt haben. Diese Umschreibung ist sehr offen formuliert und erfasst somit insbesondere auch angefallene Kosten für Verpflegung, Arbeitskleidung und anderweitige Spesen – etwa anfallende Internet- und Telefongebühren, um mit den Angehörigen im Heimatland in Kontakt zu bleiben.

bb) In ihrem Rekurs vom 8. September 2015 versucht die Rekurrentin, diese vertraglich vereinbarte Pauschale auf den Ersatz von (An-)Reisespesen zu beschränken. Da die Mitarbeitenden ihre Arbeitsleistung ausschliesslich auf dem Schiff geleistet haben, wäre sie – würde man ihrer Argumentation folgen – gemäss Art. 327a OR in der Tat nicht verpflichtet gewesen, (An-)Reisespesen zu bezahlen. Diesfalls würde diese Position effektiv einen Lohnbestandteil darstellen.

Für diese restriktive Auslegung der erwähnten Vertragsbestimmung finden sich vorliegend jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Die Arbeitnehmenden musste diese Klausel auch nicht derart einschränkend interpretieren und verstehen. Sie durften in guten Treuen darauf vertrauen, dass Ziffer 2.2 ihres Leih-Arbeitsvertrages sämtliche Auslagen erfasst, die ihnen durch die Ausführung ihrer Arbeit entstehen.

cc) Im Lichte der obigen Erwägungen kommt die Rekurskommission deshalb zum Schluss, dass es sich bei der pauschalen Entschädigung von EUR 150.00 nicht um Lohn, sondern um Auslagenersatz handelt.

Die Rekursgegnerin ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass diese Beträge nicht an den geschuldeten Mindestlohn gemäss Art. 20 GAVP angerechnet werden dürfen. Insoweit ist der Rekurs (ebenfalls) als unbegründet abzuweisen.

Krankenkassenprämien

d) Die Rekurrentin gibt zu bedenken, dass sie den Mitarbeitern – ohne dazu verpflichtet zu sein – die Krankenkassenprämie bezahlt habe. Diese Zusatzleistung sei Lohnbestandteil und deshalb zum ausbezahlten Lohn hinzuzurechnen.

aa) Das Arbeitsverhältnis zwischen der Rekurrentin und ihren Arbeitnehmern wurde schweizerischem Recht – im Besonderen den Regeln des OR – unterstellt (vgl. Ziffer 4 des Leih-Arbeitsvertrages).

Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Neben dem eigentlichen Grundlohn gibt es viele weitere Leistungen mit Lohncharakter, etwa Gratifikationen, Umsatzbeteiligungen, Provisionen oder Zulagen verschiedener Art.

Der vereinbarte Lohn ist des Öfteren umstritten, weil die Abmachung unklar und der übereinstimmende Wille nicht nachweisbar ist (vgl. dazu Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., N. 3 zu Art. 322 OR). Um den vereinbarten Lohn in diesen Fällen zu eruieren, muss der Vertragsinhalt durch objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden (BGE 129 III 118).

bb) Zwingende GAV-Bestimmungen können vertraglich nicht wegbedungen werden. Jedoch ist es gemäss Art. 357 Abs. 2 OR zulässig, zugunsten der Arbeitnehmer abweichende Bestimmungen zu treffen (Günstigkeitsprinzip). Dieser Grundsatz gilt selbstverständlich auch im Bereich der Vergütung.

Der Rekurrentin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass der Arbeitgeber gemäss OR nicht verpflichtet sei, die Krankenkassenprämien des Arbeitnehmers zu tragen. Eine solche Verpflichtung lässt sich auch dem GAVP nicht entnehmen. Die Regelung von Ziffer 2.5 des Leih-Arbeitsvertrags ist deshalb aus Sicht der Arbeitnehmer günstiger bzw. sieht zu ihren Gunsten eine Vergütung vor, die gesamtarbeitsvertraglich nicht vorgesehen ist.

cc) Lehre und Rechtsprechung lassen den Lohnabzug für die vom Arbeitgeber bezahlte Krankenversicherung zu, wenn dieser schriftlich vereinbart worden ist (vgl. dazu Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., N. 14 zu Art. 322 OR). Daraus muss konsequenterweise der Schluss gezogen werden, dass die durch den Arbeitgeber bezahlten Prämien des Arbeitsnehmers Lohnbestandteil sind, sofern die Pflicht zu deren Übernahme schriftlich verankert ist.

Ziffer 2.5 des Leih-Arbeitsvertrages hält fest, dass der Beitritt zur Kollektivkrankenkasse Vivao Sympany obligatorisch sei, die Beiträge für den Arbeitnehmer jedoch durch die Rekurrentin übernommen werde. Weiter wird klargestellt, dass es den Arbeitnehmern offenstehe, auch Angehörige mitzuversichern. Diese Beiträge würden aber vollumfänglich zu ihren Lasten gehen und keinen Lohnbestandteil darstellen.

Die Parteien haben somit schriftlich und unmissverständlich klargestellt, dass es sich bei dieser Vergütung um Lohn handeln soll.

dd) Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) können die versicherungspflichtigen Personen ihren Versicherer frei wählen. Vor diesem Hintergrund mag nach schweizerischem Recht der in den Leih-Arbeitsverträgen der Rekurrentin verankerte obligatorische Beitritt heikel sein.

Wie es sich mit der Einschränkung der Wahlfreiheit verhält, kann vorliegend aber letztlich offen gelassen werden, da diese in casu nicht strittig ist. Entscheidend ist im konkreten Fall, dass die Rekurrentin die Beiträge des Arbeitnehmers gemäss Ziffer 2.5 des Leih-Arbeitsvertrages bezahlt hat, ohne gesetzlich dazu verpflichtet gewesen zu sein.

e) Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass der Auffassung der Rekurrentin in diesem Punkt zu folgen ist. Der Rekurs erweist sich insoweit als begründet.

Mit ihrer Haltung, wonach die Mindestlöhne gemäss Art. 20 GAVP unabhängig von einer Übernahme der Krankenkassenprämien einzuhalten seien, verletzt die

Rekursgegnerin in der Tat das in Art. 357 Abs. 2 OR verankerte Günstigkeitsprinzip. Sie verkennt mit ihrer Argumentation, dass die Rekurrentin gemäss OR nicht verpflichtet gewesen war, diesen Posten zusätzlich zum vereinbarten Lohn zu übernehmen. Die von ihr gemäss Leih-Arbeitsvertrag freiwillig übernommenen Prämien ihrer Mitarbeitenden sind deshalb bei der Berechnung des Mindestlohnes miteinzubeziehen.

Höhe der geldwerten Verfehlungen

4. a) Aufgrund der soeben gemachten Ausführungen muss die Höhe der von der Rekursgegnerin festgestellten geldwerten Verfehlungen gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 8. Juli 2015 neu berechnet werden. Die Rekurrentin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass die Nachzahlung an die entsprechenden Arbeitnehmenden von CHF 32‘805.15 auf CHF 4‘098.60 zu reduzieren sei. Bei dieser Berechnung berücksichtigt sie indessen auch die Spesen von EUR 150.00 pro Monat gemäss Ziffer 2.2 der Leih-Arbeitsverträge. Wie oben unter Erwägung 3 lit. c dargelegt, dürfen diese bei der Berechnung des Mindestlohnes aber gerade nicht mitberücksichtigt werden.

Demgegenüber sind die vertraglich geschuldeten Krankenkassenprämien von der Rekursgegnerin zu Unrecht nicht auf den Mindestlohn gemäss Art. 20 GAVP angerechnet worden (vgl. oben unter Erwägung 3 lit. d). Bei der Berechnung der geldwerten Verfehlungen wird nachfolgend auf die eingereichte Aufstellung der Rekurrentin abgestellt (vgl. Rekursbeilage 9).

Die geldwerten Verfehlungen setzen sich vorliegend somit wie folgt zusammen:

Jahr	Mitarbeiter	Anzahl geleisteter Stunden	Anzahl Einsatzmonate	Ist-Grundlohn (in CHF/h)	Beitrag Krankenkasse (in CHF/h)	Abweichung vom Soll-Bruttolohn (CHF 17.83/h)	Verfehlung Total (in CHF)
2012	A	391	4	10.40	2.66	4.77	1‘865.07
2013	A	145	2	12.20	2.05	3.58	519.10
2012	B	196	2	13.05	2.59	2.19	429.24
2012	C	842	7	14.45	2.20	1.18	993.56
2013	C	893	7	14.15	1.20	2.48	2‘214.64
2013	D	510	4	12.75	1.11	3.97	2‘024.70
2012	E	714	7	12.80	2.49	2.54	1‘813.56
2012	F	298	2	14.20	1.76	1.87	557.26

2012	G	383	3	13.70	2.05	2.08	796.64
2012	H	383	3	14.55	2.11	1.17	448.11
2012	I	476	4.5	14.30	2.47	1.06	504.56
2012	K	247	3.5	14.35	3.75	0.00	0.00
2012	L	527	7	11.75	3.38	2.70	1‘422.90
2013	L	264	3	11.50	1.61	4.72	1‘246.08
2012	M	264	2	13.00	1.97	2.86	755.04
2012	N	918	7	14.35	2.11	1.37	1‘257.66
2013	N	9	1	14.05	18.19	0.00	0.00
Total							**16‘848.12**

b) Die Höhe der geldwerten Verfehlungen beträgt somit im konkreten Fall insgesamt CHF 16‘848.10. Die Verpflichtung der Rekurrentin, gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 8. Juli 2015 Nachzahlungen von CHF 32‘805.15 zu leisten, reduziert sich somit im Umfang von CHF 15‘957.05.

Das von der Rekurrentin unter Ziffer 2 ihres Rekurses gestellte Eventualbegehren ist bei diesem Ausgang des Verfahrens somit teilweise gutzuheissen.

Höhe der Konventionalstrafe und der anteilsmässigen Kontrollkosten

5. Die Höhe der Konventionalstrafe bemisst sich nach dem Konventionalstrafenrechner gemäss Anhang 1 des Reglements PVP.

a) Die Grundkonventionalstrafe wird auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeiter berechnet. Letztere beträgt vorliegend gerundet CHF 117‘037.00 (Ist-Lohnsumme von CHF 100‘188.85 zzgl. Summe der geldwerten Verfehlungen von CHF 16‘848.10).

Der prozentuale Anteil der geldwerten Verstösse beläuft sich somit auf 14.4 Prozent, was eine Grundkonventionalstrafe von CHF 17‘927.00 nach sich zieht (vgl. beiliegendes Berechnungsblatt zur Konventionalstrafe).

b) Die Grundkonventionalstrafe wird mit folgenden strafbeeinflussenden Faktoren erhöht oder gesenkt:

- Wiedergutmachung (nachfolgend unter lit. aa)
- Verschulden (lit. bb)
- Wiederholungsfall (lit. cc)
- Nichtgeldwerte Verfehlungen

Da vorliegend ausschliesslich die Einhaltung der Mindestlöhne gemäss Art. 20 GAVP kontrolliert worden ist, sind keine nichtgeldwerten Verfehlungen festgestellt worden. Dieser letzte strafbeeinflussende Faktor ist für die Berechnung der vorliegenden Konventionalstrafe deshalb unbeachtlich.

aa) Der Grad der Wiedergutmachung errechnet sich am Anteil der nachgezahlten und belegten geldwerten Verfehlungen an der gesamten nicht bestrittenen Verfehlungssumme.

Folglich muss vorliegend untersucht werden, in welchem Umfang die Nachzahlungspflicht in der Höhe von insgesamt CHF 32‘805.15 (vgl. Ziffer 4.1 des Entscheids) von der Rekurrentin anerkannt worden ist und in welchem Umfang sie gegebenenfalls bereits Zahlungen geleistet hat.

Wie die obigen Ausführungen zeigen, bestreitet die Rekurrentin im vorliegenden Rekursverfahren den gesamten Betrag der im Entscheid vom 8. Juli 2015 unter Ziffer 4.1 festgestellten geldwerten Verfehlungen. Folglich darf der Umstand, dass sie bisher keine Nachzahlungen geleistet hat, auch nicht zu ihren Ungunsten ins Gewicht fallen. Sie hat lediglich von der ihr zustehenden Rekursmöglichkeit Gebrauch gemacht. Daraus folgt, dass der Grad der Wiedergutmachung vorliegend wertneutral mit dem Faktor 1 (d.h. weder strafschärfend noch strafmildernd) zu gewichten ist.

bb) Der Konventionalstrafenrechner stellt sodann klar, dass sich der Grad des Verschuldens anhand des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme bestimmt. Liegt dieser Anteil über 6 Prozent, liegt ein schweres Verschulden vor.

Soweit sich die Rekurrentin in ihrem Rekurs auf den Standpunkt stellt, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb ihr ein schweres Verschulden zur Last gelegt werde, kann ihr deshalb nicht gefolgt werden. Sie scheint zu verkennen, dass sich der Verschuldensgrad nicht aufgrund ihres damaligen Verhaltens im Unterstellungsverfahren, sondern ausschliesslich anhand der Höhe der geldwerten Verfehlung im Rahmen der am 6. Juni 2014 erfolgten Kontrolle bestimmt. Selbst unter Anrechnung der bezahlten Krankenkassenprämien auf den geschuldeten Mindestlohn liegt der prozentuale Anteil vorliegend mit 14.4 Prozent immer noch deutlich über der 6 Prozent-Grenze, ab welcher der Verschuldensgrad zwingend als schwer zu taxieren ist.

Nur am Rande sei schliesslich erwähnt, dass die Rekurrentin spätestens ab Zustellung des Entscheids der Rekurskommission vom 17. Januar 2013 am 6. Mai 2013 Korrekturen beim Mindestlohn hätte vornehmen und Differenzzahlungen an die betroffenen Mitarbeitenden ausbezahlen können. Da die Kontrolle erst am 6. Juni 2014 – mithin über 12 Monate später – erfolgt ist, hätte sie genügend Zeit gehabt, die durch die Unterstellung unter den GAVP erforderlichen Lohnanpassungen vorzunehmen und die nun im Rahmen der Lohnbuchkontrolle ausgesprochene Sanktion abzuwenden.

cc) Ein Wiederholungsfall liegt, wenn der kontrollierte Verleihbetrieb mindestens 50 Prozent der gleichen Artikel des GAVP verletzt, gegen die er bereits bei der letzten Kontrolle verstossen hat.

Bei der Rekurrentin ist am 6. Juni 2014 erstmals eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt worden. Somit muss bei der Berechnung der Konventionalstrafe insoweit der Wert 1 eingesetzt werden.

c) Dem beiliegenden Berechnungsblatt lässt sich zusammenfassend entnehmen, dass die Konventionalstrafe vorliegend unter Berücksichtigung sämtlicher oben unter lit. aa – cc beschriebenen Faktoren auf CHF 26‘890.00 festzusetzen ist.

Soweit die Rekurrentin somit die Aufhebung der Konventionalstrafe beantragt (vgl. Ziffer 3 ihrer Anträge), ist der Rekurs aus den genannten Gründen abzuweisen. Das unter Ziffer 4 gestellte Eventualbegehren ist demgegenüber – jedenfalls soweit die Konventionalstrafe betreffend – gutzuheissen.

Der Umstand, dass die Konventionalstrafe nur unwesentlich tiefer ausfällt, als von der Rekursgegnerin im Entscheid vom 8. Juli 2015 festgelegt (CHF 26‘890.00 gegenüber CHF 32‘805.15), obwohl die Höhe der geldwerten Verfehlungen durch die Anrechnung der Krankenkassenprämien praktisch halbiert wird (CHF 16‘848.10 gegenüber CHF 32‘805.15), liegt daran, dass die Rekursgegnerin die Strafhöhe aus freien Stücken von CHF 50‘000 (Maximalbetrag gemäss Art. 38 Abs. 4 GAVP) auf CHF 32‘805.15 reduziert hat, was letztlich der Summe der festgestellten geldwerten Verfehlungen entspricht. Sie hat diese Ermässigung im angefochtenen Entscheid vom 8. Juli 2015 nicht näher begründet. Mangels gesetzlicher Grundlage im Anhang 1 des Reglements PVP, aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit und -gleichheit ist diese Praxis abzulehnen.

6. Die Rekurrentin beantragt schliesslich, die auferlegten Kontrollkosten von CHF 3‘997.50 seien vollumfänglich aufzuheben bzw. eventualiter zu reduzieren. (Ziffer 3 und 4 der gestellten Rechtsbegehren).

a) Gemäss Anhang 2 des Reglements PVP sind für die Auferlegung der Kontrollkosten auf den kontrollierten Betrieb das Verschulden sowie die Kooperationsbereitschaft massgebend.

Die Rekursgegnerin ist von einer aktiven Kooperation der Rekurrentin ausgegangen. Sodann muss der hier zu berücksichtigende Verschuldensgrad demjenigen entsprechen, der für die Berechnung der Konventionalstrafe eingesetzt worden ist. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen unter Erwägung 5 lit. b verwiesen werden. Der Rekurrentin muss aus den dort dargelegten Gründen ein schweres Verschulden zur Last gelegt werden.

b) Der Prozentsatz der Kontrollkosten, die einem Verleihbetrieb auferlegt werden, betragen bei einem schweren Verschulden und einer aktiven

Kooperation gemäss Anhang 2 des Reglements PVP 75 Prozent. Der Entscheid der Rekursgegnerin, CHF 3‘997.50 der gesamten Kontrollkosten von CHF 5‘330.00 zu überwälzen, ist deshalb nicht zu beanstanden.

Daraus folgt, dass die unter Ziffer 3 und 4 gestellten Rechtsbegehren – soweit die Kontrollkosten betreffend – vollumfänglich abzuweisen sind. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet.

7. Aus den oben unter Ziffer 1 – 6 gemachten Ausführungen ergibt sich, dass der Rekurs vom 8. September 2015 im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen ist.

Ziffer 4.1 des angefochtenen Entscheids vom 8. Juli 2015 ist insofern anzupassen, als die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin auf CHF 16‘848.10 festgelegt wird. Die der Rekurrentin auferlegte Konventionalstrafe (Ziffer 4.2) wird zudem von CHF 32‘805.15 auf CHF 26‘890.00 festgesetzt.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten vom PVP zu tragen. Dem Antrag der Rekurrentin auf Ersatz der Parteikosten kann nicht entsprochen werden. Weder im GAVP noch im Reglement PVP oder in jenem der Rekurskommission lässt sich eine gesetzliche Grundlage finden, die es bei (teilweiser) Gutheissung des Rekurses gebieten würde, die Rekursgegnerin zur Übernahme der gegnerischen Parteikosten zu verpflichten.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs vom 8. September 2015 wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.
2. Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 8. Juli 2015 wird – soweit Ziffer 4.1 und 4.2 betreffend – wie folgt angepasst:
   - Die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin wird auf CHF 16‘848.10 festgelegt (Ziffer 4.1);

- Der Rekurrentin wird eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 26‘890.00 auferlegt (Ziffer 4.2).

3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen. Es wird kein Ersatz für Parteikosten zugesprochen.

Dübendorf, 16. Dezember 2015

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih:

Mathias Regotz, Präsident Decimo Vincenzi, Vizepräsident

zu eröffnen an:

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 103/2015

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 24. Februar 2016

in Sachen

J. AG

vertreten durch Fürsprecher A.I.

Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15

Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 30. November 2015 gegen den Entscheid der RPKD vom 3. November 2015 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 4. und 5. September 2014 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 20 Mitarbeitende in 31 Einsätze verliehen. Davon wurden 5 Mitarbeitende in 10 Einsätzen überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 184‘319.48.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 29. Dezember 2014 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass insbesondere in den Bereichen Mindestlöhne, Lohnzuschläge und Spesen Verfehlungen in der Höhe von CHF 12‘576.10 festgestellt worden sind. Drei der kontrollierten Mitarbeitenden wurden fälschlicherweise dem GAV Personalverleih (GAVP) und nicht dem allgemeinverbindlich erklärten GAV Metallbau unterstellt.

   Gemäss Kontrollbericht hat die Rekurrentin die bei zwei Mitarbeitenden entdeckten Verstösse im Jahr 2014 behoben.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 20. Januar 2015 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht vor Zustellung an die Rekursgegnerin einzusehen und sich dazu zu äussern. Sie hat am 12. Februar 2015 Nachzahlungsbelege für drei der kontrollierten Mitarbeitenden eingereicht und damit auch diese Verfehlungen anerkannt.

4. Mit Entscheid vom 3. November 2015 stellte die Rekursgegnerin fest, dass die geldwerten Verfehlungen 6.82% der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden betragen würden. Es liege somit ein schweres Verschulden vor. Die Höhe der Konventionalstrafe wurde auf CHF 7‘059.00 festgesetzt. Zudem wurde die Rekurrentin verpflichtet, 75 Prozent der gesamten Kontrollkosten von CHF 4‘482.00 zu übernehmen.

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin, vertreten durch Fürsprecher A.I., am 30. November 2015 Rekurs. Dabei stellte sie den Antrag, die Ziffern 4.3 (Konventionalstrafe) und 4.4 (Kontrollkosten) des Beschlusses seien ersatzlos aufzuheben. Eventualiter sei die Konventionalstrafe angemessen zu reduzieren und von der Auferlegung der Kontrollkosten sei abzusehen.

   Die Rekurrentin stellte sich auf den Standpunkt, dass es unverhältnismässig, ja geradezu willkürlich sei, die Schwere des Verschuldens einzig und allein vom Ausmass der vorenthaltenen Leistungen abhängig zu machen. Zudem sei

vorliegend völlig ausser Acht gelassen worden, dass 95% der monierten Gesamtsumme von CHF 12‘576.09 auf einen Folgefehler zurückzuführen sei und daher nicht im ganzen Ausmass berücksichtigt werden dürfe. Schliesslich seien auch die Beweggründe, die persönlichen Verhältnisse (Wiederholungsfall) sowie die konkrete Strafempfindlichkeit (Kooperation, Wiedergutmachung etc.) in keiner Weise berücksichtigt worden. Allenfalls könne ihr leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Sie habe aber mit Sicherheit weder absichtlich noch grobfahrlässig gehandelt. Selbiges Argumentarium gelte im Übrigen auch für die Auferlegung der Kontrollkosten.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 7. Januar 2016 zum eingereichten Rekurs und beantragte dessen Abweisung.

   Sie wies ergänzend darauf hin, dass gemäss Konventionalstrafenrechner keine pauschale Betrachtung möglich sei, sondern jeder individuelle Fehler berücksichtigt werden müsse. Eine Falscheinteilung und damit einhergehend eine Unterschreitung des Mindestlohnes stelle zudem grundsätzlich eine schwere Verfehlung dar. Die Rekurrentin hätte sodann bereits aufgrund des Firmennamens des Einsatzbetriebes (Name des Einsatzbetriebes) prüfen müssen, ob die betreffenden Einsätze nicht auch dem GAV Metallbau unterstehen könnten. Im Weiteren übersehe die Rekurrentin, dass Faktoren wie etwa die Wiedergutmachung gemäss Konventionalstrafenrechner sehr wohl bei der Berechnung der Strafe zu berücksichtigen seien.

   Schliesslich gab die Rekursgegnerin zu bedenken, dass ihr bei Redaktion des Entscheids ein Fehler unterlaufen sei. Die im Beschluss festgesetzte Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 7‘059.00 sei fälschlicherweise auf der Basis eines leichten Verschuldens berechnet worden. Der Konventionalstrafenrechner, der dem Beschluss beigelegt worden sei, gehe indessen korrekterweise von einem schweren Verschulden aus, was eine Strafe von CHF 13‘236.00 nach sich gezogen hätte. Diese habe jedoch aus Versehen keinen Eingang in den Entscheid gefunden.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 3. November 2015. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch Fürsprecher A.I., am 30. November 2015

Rekurs. Die Eingabe erfolgte damit fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP (einsehbar auf www.tempservice.ch, Rubrik „Dokumente“).

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

1. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 GAVP überträgt die Schweizerische Paritätische Berufskommission Arbeitsverleih (SPKA) den Vollzug der Bereiche mit allgemeinverbindlich erklärten GAV, die Branchen-Vollzugsorgane haben, den entsprechenden Paritätischen Berufskommissionen und entschädigt diese. Einzelheiten werden in Leistungs- oder Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern des GAVP und der anderen betroffenen GAV geregelt.

Der Bundesrat ist davon ausgegangen, dass solche Vereinbarungen rechtzeitig im Hinblick auf die Allgemeinverbindlicherklärung zustande kommen werden. Er stellte aber auch klar, dass es Aufgabe der Vollzugsorgane des GAVP sei, die Einhaltung der Bestimmungen des GAV zu überprüfen, sollte in einzelnen Branchen (noch) keine Einigung erzielt worden sein.

b) In der von der Rekursgegnerin im angefochtenen Entscheid kontrollierten Branche Metallbau bestand bis Ende 2015 mit der Paritätischen Landeskommission im Schweizerischen Metallgewerbe (PLK Metallgewerbe) eine Zusammenarbeitsvereinbarung. Diese war am 19. Dezember 2012 in Kraft getreten. In Ziffer 1 der Vereinbarung wurde klargestellt, dass die Vollzugsorgane des GAVP die Vollzugstätigkeit den paritätischen Vollzugsorganen des allgemeinverbindlich erklärten GAV Metallgewerbe übertragen.

Da sich die Kontrollperiode vorliegend vom 1. Januar 2012 bis am 31. Dezember 2013 erstreckt, stellt sich deshalb die Frage, ob die Rekursgegnerin ab dem 19.

Dezember 2012 überhaupt noch kompetent war, die im September 2014 durchgeführte Lohnbuchkontrolle durchzuführen.

c) Den Verfahrensakten lässt sich entnehmen, dass die PLK Metallgewerbe die Rekursgegnerin mit Schreiben vom 30. April 2014 bevollmächtigt hat, bei der Rekurrentin im oben genannten Zeitraum eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen und gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen.

Die PLK Metallgewerbe hat somit ihre seit Dezember 2012 bestehende Kontrollkompetenz im konkreten Fall an die Rekursgegnerin zurückdelegiert. Letztere war infolgedessen befugt, die vorliegende Betriebsprüfung zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP, einschliesslich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV Metallbau, anzuordnen und durchzusetzen (Art. 35 GAVP).

2. Die von der Rekursgegnerin unter Ziffer 2 und 3 ihres Beschlusses vom 3. November 2015 erwähnten Verfehlungen werden von der Rekurrentin in ihrem Rekursschreiben nicht bestritten. Insoweit hat sie das Kontrollergebnis akzeptiert und ist mit den Beanstandungen einverstanden (vgl. Ziffer III/2 des Rekurses vom 30. November 2015). Zudem hat die Rekurrentin bereits Rückzahlungen im Umfang von CHF 12‘177.45 geleistet und auch belegt (vgl. ihr Schreiben vom 12. Februar 2015).

Streitgegenstand bilden im vorliegenden Rekursverfahren somit ausschliesslich die ausgesprochene Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 7‘059.00 (Ziffer 4.3 des Beschlusses) sowie die der Rekurrentin im Umfang von 75% auferlegten Kontrollkosten von CHF 3‘361.50 (Ziffer 4.4 des Beschlusses).

Konventionalstrafe (Ziffer 4.3 des Beschlusses)

3. a) Die Rekurrentin stellt den Antrag, Ziffer 4.3 des Beschlusses vom 3. November 2015 sei aufzuheben bzw. eventualiter sei die Konventionalstrafe angemessen zu reduzieren. Sie stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass es willkürlich sei, die Schwere des Verschuldens und damit die Strafhöhe allein vom Ausmass der vorenthaltenen Leistungen abhängig zu machen. Es müssten

zwingend weitere Faktoren (wie etwa Kooperation, Einsicht, Wiedergutmachung) in die Berechnung einfliessen.

Die Rekursgegnerin hält dieser Argumentation entgegen, dass sie an die vorgegebene Berechnungsart im Konventionalstrafenrechner gebunden sei. Insoweit stehe ihr kein Ermessensspielraum zu. Zudem scheine die Rekurrentin zu verkennen, dass verschiedene weitere Komponenten sehr wohl strafmildernd oder strafschärfend ins Gewicht fallen würden.

b) Art. 38 Abs. 4 GAVP stellt klar, dass die Regionalen Paritätischen Kommissionen gegenüber Betrieben, die Bestimmungen des GAVP verletzen, Konventionalstrafen bis zu CHF 50‘000.00 aussprechen können. Im Weiteren werden die Kriterien, nach denen die Konventionalstrafe festzusetzen ist, beispielhaft in den Absätzen 4 und 5 von Art. 38 GAVP aufgeführt.

Die betreffenden Absätze der erwähnten Bestimmung legen somit gleichsam die Eckpunkte fest, die es bei der Berechnung der Strafe zu beachten gilt. Sie sind vom Bundesrat ohne Einschränkung allgemeinverbindlich erklärt worden.

Ausführende Vorschriften zu Art. 38 Abs. 4 und 5 GAVP lassen sich dem Anhang 1 des Reglements PVP entnehmen. Der dort verankerte Konventionalstrafenrechner ist notabene sowohl von der SPKA als auch von der Vereinsversammlung genehmigt worden und auf der Internetseite der Vorinstanz abrufbar (www.tempservice.ch/tempservice/dynasite.cfm?dsmid=118268).

c) Gemäss Konventionalstrafenrechner wird in einem ersten Schritt die Grundkonventionalstrafe festgelegt. Diese wird auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten Lohnsumme berechnet. Geringfügige Verstösse (d.h. der prozentuale Anteil liegt unter 3 Prozent) werden in Übereinstimmung mit Art. 20 Abs. 2 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) nicht geahndet.

Liegen demgegenüber keine geringfügigen Verstösse vor, wird eine Grundkonventionalstrafe nach einer vorgegebenen Formel festgesetzt. Diese

wird in der Folge aufgrund der nachfolgenden, strafbeeinflussenden Faktoren erhöht oder gesenkt:

- Wiedergutmachung
- Verschulden
- Wiederholungsfall
- Nichtgeldwerte Verfehlung

Wie diese einzelnen Kriterien anzuwenden sind, geht detailliert aus dem Konventionalstrafenrechner hervor. Werden die festgestellten und unbestrittenen Nachzahlungen etwa vollumfänglich geleistet, fällt das mit einem Faktor von 0.8 strafmildernd ins Gewicht. Die Klärung bestrittener Verfehlungen bleibt dem Rekursverfahren vorbehalten. Verletzt der Betrieb im Rahmen einer zweiten Kontrolle mindestens 50% der gleichen GAV-Bestimmungen, gegen die er bereits im Rahmen der letzten Kontrolle verstossen hat, führt das zu einer Strafschärfung, die mit dem Faktor 1.5 in die Berechnung einfliesst. Nichtgeldwerte Verfehlungen werden – wie in Art. 38 Abs. 5 GAVP vorgesehen – strafschärfend berücksichtigt. Schliesslich richtet sich der Verschuldensgrad anhand des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlung an der kontrollierten Lohnsumme.

d) Die obigen Ausführungen zeigen deutlich, dass von einer unverhältnismässigen, ja sogar willkürlichen Berechnung keine Rede sein kann. Die Faktoren, die für die Strafbemessung entscheidend sind, sind im Rechner transparent aufgeführt. Die Höhe der Sanktion hängt zudem keineswegs allein vom prozentualen Anteil der geldwerten Verfehlung ab. Dieser ist lediglich für die Bestimmung der Grundkonventionalstrafe von Bedeutung. „Persönliche Verhältnisse“ des kontrollierten Betriebes fliessen demgegenüber mit den erwähnten Faktoren „Wiedergutmachung“ und „Wiederholungsfall“ sehr wohl in die Berechnung ein, was die Rekurrentin zu verkennen scheint.

Der Umstand, dass der Verschuldensgrad mit zunehmendem prozentualen Anteil der geldwerten Verfehlungen steigt (3% bis 3.75% leicht; 3.76% bis 4.5% leicht-mittel; 4.6% bis 5.25% mittel; 5.26% bis 6% mittel-schwer; >6% schwer), mag zwar einen schematischen Ansatz haben, erscheint aber sachlich gerechtfertigt, ist im Rahmen einer Betriebskontrolle unabdingbar und gilt zudem für sämtliche kontrollierten Personalverleihbetriebe gleichermassen. Müsste in jedem

Einzelfall – wie es die Rekurrentin vorschlägt – gewürdigt werden, ob ein Verstoss absichtlich oder bloss fahrlässig begangen wurde, wäre die Beweisbarkeit und damit einhergehend auch die Überprüfbarkeit im Rahmen des Rekursverfahren nicht mehr gewährleistet. Ein solches System würde nicht nur die Rechtssicherheit gefährden, sondern auch dem Gebot der Rechtsgleichheit diametral widersprechen und wäre darüber hinaus sogar geeignet, das Willkürverbot zu verletzen. Aus diesen Gründen und infolge seiner geringen Praktikabilität ist es abzulehnen.

Auch die Festsetzung des Verschuldensgrades ist mit anderen Worten auf einen gewissen Schematismus angewiesen. Der Ansatz, dass mit zunehmenden prozentualen Anteil auch der Verschuldensgrad zunimmt, ist deshalb nicht zu beanstanden. Die konkrete Stufenfolge und die der jeweiligen Stufe zugeordneten Prozentzahlen sind sowohl von der SPKA als auch von der Vereinsversammlung in der im Anhang 1 des Reglements PVP festgesetzten Form gutgeheissen worden. Wie die Rekursgegnerin zu Recht festhält, sind die rechtsanwendenden Stellen – dazu gehört auch die Rekurskommission – an diesen Raster gebunden.

e) Die Rekurrentin bringt sodann vor, 95% der monierten Gesamtsumme von CHF 12‘576.09 sei auf einen Folgefehler zurückzuführen und dürfe daher nicht im ganzen finanziellen Ausmass berücksichtigt werden. Ihr sei in drei Fällen immer derselbe Fehler unterlaufen. Irrtümlicherweise sei hinsichtlich des Mindestlohnes der GAVP anstelle des GAV Metallbau angewendet worden.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Wie die Rekursgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 7. Januar 2016 zu Recht festhält, ist im Konventionalstrafenrechner keine Pauschalbetrachtung vorgesehen. Die einer Kontrolle zu unterziehenden Einsätze sind individuell zu prüfen, weshalb die festgestellten geldwerte Verfehlungen pro Einsatz und Mitarbeiter in die Berechnung einzufliessen haben und aufzurechnen sind.

Bei der Falscheinreihung handelt es sich entgegen der Behauptung der Rekurrentin auch nicht um einen eigentlichen Folgefehler. Alle drei betroffenen Mitarbeitenden wurden zu Unrecht nach GAVP entschädigt, weshalb jedem einzelnen Mitarbeiter der Rekurrentin ein zu tiefer Lohn ausbezahlt worden ist.

Es handelt sich hier vielmehr um einen systematischen Fehler, der nicht strafmildernd ins Gewicht fallen darf. Würde hier unbesehen auf strafrechtliche Strafzumessungskriterien abgestellt, wie es die Rekurrentin für korrekt erachtet, müsste diese Verfehlung sogar strafschärfend ins Gewicht fallen, da sie in der Kontrollperiode wiederholt aufgetreten ist.

Es mag sein, dass die konkrete Falscheinreihung auf einer Nachlässigkeit der Rekurrentin beruht haben mag, auch wenn bereits der Firmenname des Einsatzbetriebes (Name des Einsatzbetriebes) auf die Anwendbarkeit des GAV Metallbau schliessen liess. Sollte ein kontrollierter Betrieb solche systematischen Fehler jedoch absichtlich begehen, um tiefere Mindestlöhne ausbezahlen zu können, liesse sich die von der Rekurrentin geforderte Reduktion in keiner Weise rechtfertigen. Die konkreten Beweggründe lassen sich im Rahmen einer notabene ausschliesslich aufgrund von schriftlichen Unterlagen durchgeführten Lohnbuchkontrolle gerade nie vollständig beweisen. Parteibefragungen sind im Kontrollprozess nicht vorgesehen. Auch insoweit ist es deshalb im Sinne der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und der Praktikabilität letztlich sachgerecht, schematisch vorzugehen und sämtliche Verstösse – ohne diese einer Wertung zu unterziehen – in die Berechnung einfliessen zu lassen. Der Konventionalstrafenrechner im Anhang 1 des Reglements PVP sieht folglich zu Recht wertneutral keine Reduktion wie auch keine Strafschärfung bei systematischen bzw. wiederholten gleichartigen Verstössen vor.

f) Nachfolgend gilt es somit zu untersuchen, ob die Rekursgegnerin den Konventionalstrafenrechner im konkreten Fall richtig angewendet hat.

Die Grundkonventionalstrafe wird wie bereits erwähnt auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeiter berechnet. Letztere beträgt vorliegend gerundet CHF 184‘319.00 (Ist-Lohnsumme von CHF 171‘743.00 zzgl. Summe der geldwerten Verfehlungen von CHF 12‘576.10).

Der prozentuale Anteil der geldwerten Verstösse beläuft sich somit auf 6.82%, was eine Grundkonventionalstrafe von CHF 6‘338.00 nach sich zieht. Insoweit kann vollumfänglich auf den dem Entscheid vom 3. November 2015 als Beilage angefügten Konventionstrafenrechner verwiesen werden. Diese Grundstrafe ist

mit den nachfolgenden strafbeeinflussenden Faktoren zu erhöhen oder zu senken:

aa) Wiedergutmachung

Der Grad der Wiedergutmachung errechnet sich am Anteil der nachgezahlten und belegten geldwerten Verfehlungen an der gesamten nicht bestrittenen Verfehlungsssumme.

Die Rekurrentin hat vorliegend die festgestellten geldwerten Verfehlungen in der Höhe von CHF 12‘576.10 vollumfänglich anerkannt (vgl. Ziffer III/2 des Rekurses). Mit Eingabe vom 12. Februar 2015 hat sie zudem nachgewiesen, dass sie Rückzahlungen im Umfang von CHF 12‘177.45 geleistet hat, was 96.83% (bzw. 0.9683) der nicht bestrittenen Gesamtsumme entspricht. Wird dieser Wert sodann in die im Konventionalstrafenrechner unter „Wiedergutmachung“ vorgesehene Formel eingefügt, resultiert ein gerundeter Wert von 0.82 (= 1.4-[0.6x0.9683]).

bb) Verschulden

Der Konventionalstrafenrechner stellt klar, dass sich der Grad des Verschuldens anhand des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme bestimmt. Liegt dieser Anteil über 6 Prozent, liegt ein schweres Verschulden vor.

Der prozentuale Anteil liegt vorliegend wie erwähnt bei 6.82%, weshalb der Verschuldensgrad zwingend als schwer zu taxieren und mit dem Faktor 1.5 zu berücksichtigen ist.

cc) Wiederholungsfall

Ein Wiederholungsfall liegt, wenn der kontrollierte Verleihbetrieb mindestens 50 Prozent der gleichen Artikel des GAVP verletzt, gegen die er bereits bei der letzten Kontrolle verstossen hat.

Bei der Rekurrentin ist am 4. und 5. September 2014 erstmals eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt worden. Da kein Wiederholungsfall vorliegt, muss bei der Berechnung der Konventionalstrafe insoweit der Wert 1 eingesetzt werden.

dd) Nichtgeldwerte Verfehlungen

Einer der kontrollierten Mitarbeitenden ist fälschlicherweise nicht ab Einsatzbeginn der beruflichen Vorsorge unterstellt worden (vgl. Ziffer 2.6 des Entscheids vom 3. November 2015). Die Rekurrentin hat es insoweit versäumt, detailliert abzuklären, ob diese Person Kinder hat und somit unterstützungspflichtig ist. Durch dieses Versäumnis ist ihr eine Deckungslücke entstanden. Art. 31 Abs. 2 GAVP ist in diesem Punkt klar, räumt den Verleihbetrieben keinen Spielraum ein und statuiert ab dem 1. Tag eine obligatorische Versicherungspflicht.

Insoweit liegt eine schwere nicht geldwerte Verfehlung vor, die gemäss Konventionalstrafenrechner mit dem Faktor 1.7 (1.2 + 0.5) zu berücksichtigen ist.

ee) Berechnung der Konventionalstrafe im konkreten Fall

Dem Berechnungsblatt, das dem angefochtenen Entscheid vom 3. November 2015 beigelegt worden ist, lässt sich entnehmen, dass aufgrund der oben genannten Faktoren im konkreten Fall eine Gesamtstrafe von CHF 13‘236.00 resultiert. Dieser auf einem schweren Verschulden basierende Betrag hat jedoch fälschlicherweise keinen Eingang in Ziffer 4.3 des Entscheids gefunden. Ursprünglich wurde die Konventionalstrafe nämlich versehentlich

auf der Basis eines leichten Verschuldens berechnet und auf CHF 7‘059.00 festgesetzt (vgl. beiliegendes Berechnungsblatt). Dieser falsche Betrag ist bei der Redaktion des Beschlusses unbesehen übernommen worden (vgl. Ziffer 4.3 des angefochtenen Entscheids).

Daraus folgt, dass die im Beschluss festgesetzte Konventionalstrafe irrtümlicherweise auf der Grundlage eines leichten Verschuldens festgesetzt worden ist. Aufgrund dieses Versehens der Rekursgegnerin dringt die Rekurrentin somit im Ergebnis mit ihrem Anliegen durch, es sei vorliegend von einem leichten Verschulden auszugehen, auch wenn korrekterweise der Verschuldensgrad als schwer hätte in die Berechnung der Strafe einfliessen müssen (vgl. oben unter lit. bb). In ihrer Stellungnahme vom 7. Januar 2016 beantragte die Rekursgegnerin jedoch ausschliesslich die Abweisung des Rekurses, weshalb die Rekurskommission vorliegend auch nicht weiter zu untersuchen hat, ob die Konventionalstrafe auf CHF 13‘236.00 zu erhöhen ist. Die Rekursgegnerin akzeptiert offensichtlich ihren Fehler und somit die zu tief angesetzte Strafe in der Höhe von CHF 7‘059.00. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Rekurskommission auch aufgrund des Verbots der reformatio in peius nicht befugt wäre, das vorinstanzliche Versehen im Rekursverfahren zu korrigieren (vgl. dazu BGE 129 III 419).

g) Aus den oben genannten Gründen folgt, dass dem Antrag der Rekurrentin, die Konventionalstrafe sei aufzuheben bzw. eventualiter zu reduzieren (vgl. Ziffer 1 und 2 ihrer Anträge), nicht gefolgt werden kann. Wie soeben dargelegt, hat die Rekursgegnerin die Strafe bereits unabsichtlich reduziert. Für eine weitergehende Ermässigung besteht mit Blick auf den Konventionalstrafenrechner kein Anlass. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

Kontrollkosten (Ziffer 4.4 des Beschlusses)

4. a) Die Rekurrentin beantragt schliesslich, die auferlegten Kontrollkosten von CHF 3‘361.50 seien vollumfänglich aufzuheben bzw. eventualiter zu reduzieren. (Ziffer 1 und 2 der gestellten Rechtsbegehren). Sie vertritt auch insoweit die Auffassung, dass bei der Bemessung des Verschuldens nach dem bemängelten Schema vorgegangen werde.

Die Rekursgegnerin hält dieser Argumentation entgegen, dass sie auch insoweit an die Vorgaben gemäss Reglement PVP gebunden sei. Gemäss Kontrollkostenrechner werde einem kontrollierten Betrieb bei schwerem Verschulden und einer aktiven Kooperation 75% der gesamten Kosten auferlegt. Ihr Entscheid sei somit korrekt.

b) Gemäss Anhang 2 des Reglements PVP sind für die Auferlegung der Kontrollkosten auf den kontrollierten Betrieb das Verschulden sowie die Kooperationsbereitschaft massgebend.

Dass diese beiden Kriterien bei der anteilsmässigen Überwälzung der Kontrollkosten eine Rolle spielen, ist zweifellos sachgerecht. Verhält sich ein Betrieb im Rahmen einer Kontrolle nicht kooperativ, wird diese aufwändiger, nimmt mehr Zeit in Anspruch und wird dadurch teurer. Folgerichtig steigt der Prozentsatz mit sinkender Kooperationsbereitschaft. Andererseits muss und soll insoweit auch das Verschulden mitberücksichtigt werden. Steigt der Verschuldensgrad, führt dies folgerichtig dazu, dass der kontrollierte Betrieb einen grösseren Anteil an den gesamten Kontrollkosten übernehmen muss.

c) Die Rekursgegnerin ist vorliegend von einer aktiven Kooperation der Rekurrentin ausgegangen. Sodann muss der hier zu berücksichtigende Verschuldensgrad ausnahmslos demjenigen entsprechen, der für die Berechnung der Konventionalstrafe eingesetzt worden ist. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen unter Erwägung 3 lit. d und f verwiesen werden. Der Rekurrentin muss aus den dort dargelegten Gründen ein schweres Verschulden zur Last gelegt werden.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Rekursgegnerin bei der Festlegung der Konventionalstrafe ein Fehler unterlaufen ist und sie diese versehentlich auf der Basis eines leichten Verschuldens festgesetzt hat. Aus Ziffer 4.3 des Entscheids vom 3. November 2015 geht unmissverständlich hervor, dass die geldwerten Verfehlungen im konkreten Fall 6.82% der Soll-Lohnsumme betragen und der Rekurrentin damit ein schweres Verschulden zur Last gelegt

wird. Gemäss Anhang 2 des Reglements PVP muss beim Kontrollkostenrechner zwingend der identische Verschuldensgrad zur Anwendung kommen.

d) Der Prozentsatz der Kontrollkosten, die einem Verleihbetrieb auferlegt werden, betragen bei einem schweren Verschulden und einer aktiven Kooperation gemäss Anhang 2 des Reglements PVP 75 Prozent. Der Entscheid der Rekursgegnerin, CHF 3‘361.50 der gesamten Kontrollkosten von CHF 4‘482.00 zu überwälzen, ist deshalb nicht zu beanstanden.

Daraus folgt, dass die unter Ziffer 1 und 2 gestellten Rechtsbegehren – auch soweit die Kontrollkosten betreffend – abzuweisen sind. Der Rekurs erweist sich insoweit ebenfalls als unbegründet.

5. Aus den oben unter Ziffer 1 – 4 gemachten Ausführungen ergibt sich, dass der Rekurs vom 30. November 2015 vollumfänglich abzuweisen ist.

Dem Antrag der Rekurrentin auf Ersatz der Parteikosten kann bei diesem Ausgang des Verfahrens von vornherein nicht entsprochen werden. Trotz vollständigen Unterliegens werden ihr demgegenüber keine Verfahrenskosten auferlegt. Diese sind auf die Kasse PVP zu nehmen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs vom 30. November 2015 wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen. Es wird kein Ersatz für Parteikosten zugesprochen.

Dübendorf, 24. Februar 2016

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Mathias Regotz, Präsident

Decimo Vincenzi, Vizepräsident

zu eröffnen an:

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 8/2016

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 23. Juni 2016

in Sachen

A. AG

vertreten durch P. AG

Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15

Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 28. Januar 2016 gegen den Entscheid der RPKD vom 15. Dezember 2015 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 27. Februar 2014 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 266 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 47 Mitarbeitende in 125 Einsätzen überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 41‘272‘044.90.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 31. Januar 2015 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass einerseits systematische Verfehlungen (etwa bei der Probezeit, beim BVG oder bei der vertraglichen Regelung der Arbeitszeit und der Einsatzdauer) und andererseits spezifische geldwerte Verstösse – insbesondere in den Bereichen Ferien, Feiertage und Lohnzuschläge – festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 16. Februar 2015 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht einzusehen und sich dazu zu äussern. Am 7. Mai 2015 reichte sie, vertreten durch die P. AG, eine Stellungnahme ein.

4. Mit Entscheid vom 15. Dezember 2015 bezifferte die Rekursgegnerin die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin an 37 Mitarbeitende auf insgesamt CHF 42‘393.08 (Ziffer 4.1 des Entscheids). In 10 Fällen wurde sie zudem verpflichtet, die betreffenden Mitarbeitenden rückwirkend auf den Einsatzbeginn der beruflichen Vorsorge zu unterstellen (Ziffer 4.2). Unter Berücksichtigung der festgestellten geldwerten Verfehlungen setzte die Rekursgegnerin die Konventionalstrafe auf CHF 25‘781.00 fest (Ziffer 4.3). Kontrollkosten wurden der Rekurrentin indessen aufgrund des leichten Verschuldens und der aktiven Kooperation keine auferlegt (Ziffer 4.4).

5. Dagegen erhob die Rekurrentin, weiterhin vertreten durch die P. AG, am 28. Januar 2016 Rekurs. Sie wies darauf hin, dass die festgestellten geldwerten Verfehlungen weiterhin im Umfang ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2015 bestritten würden. Sie stellte – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – den Antrag, es sei auf die Auferlegung einer Konventionalstrafe zu verzichten, da die geldwerten Verstösse unter drei Prozent der kontrollierten Lohnsumme zu liegen kämen und somit als geringfügig im Sinne von Art. 20 Abs. 2 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) zu qualifizieren seien.

   Zur Begründung führte die Rekurrentin insbesondere aus, dass die unter Ziffer 2 des Entscheids aufgeführten systematischen Verfehlungen – vorbehältlich der

anerkannten Fehler bei der beruflichen Vorsorge – unbegründet und haltlos seien. Sodann anerkenne sie zwar geldwerte Verfehlungen im Umfang von CHF 5‘077.14. Dieser Betrag entspreche aber lediglich 0.42 Prozent der kontrollierten Lohnsumme, weshalb gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG und gemäss Anhang 1 des Reglements des PVP keine Konventionalstrafe ausgesprochen werden dürfe. Demgegenüber sei ihr trotz eines leichten Verschuldens und eines kooperativen Verhaltens eine prohibitiv hohe Konventionalstrafe auferlegt worden.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 16. März 2016 zum eingereichten Rekurs und beantragte dessen Abweisung.

   Sie räumte ein, dass ihr die Kontrollkompetenz fehle, soweit sie in ihrem Beschluss Formulierungen im Rahmenarbeitsvertrag oder in den Einsatzverträgen auf Basis des Obligationenrechts (OR) sowie des AVG gerügt habe. Das betreffe insbesondere die Ziffern 2.1.3, 2.1.5, 2.1.6 und 2.1.7. Insoweit dürfe sie keine Empfehlungen abgeben. An der Höhe der festgestellten geldwerten Verfehlungen halte sie aber fest. Fälschlicherweise habe sie jedoch den bei Mitarbeiter Nr. 41 festgestellten Annahmeverzug in die Berechnung der Konventionalstrafe einbezogen. Folglich reduziere sich die Strafe auf CHF 25‘273.00.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Das Rekursverfahren wird in Art. 39 GAV Personalverleih (GAVP) geregelt. Ausführende Vorschriften finden sich in Art. 32 des Reglements PVP sowie in Art. 1 ff. des Reglements der Rekurskommission Personalverleih (beide Dokumente sind einsehbar auf www.tempservice.ch → Dokumente).

   Die erwähnten reglementarischen Bestimmungen sind von der Vereinsversammlung – dem höchsten Organ innerhalb des PVP – abgesegnet worden. Vor diesem Hintergrund muten die Ausführungen der Rekurrentin unter Randziffer 4 – 7 ihrer Rekurseingabe vom 28. Januar 2016 etwas seltsam an. Beim vorliegenden Verfahren handelt sich zwar effektiv nicht um ein öffentlich-

rechtliches Verwaltungsverfahren. Das vermag aber nichts daran zu ändern, dass der Beschluss der Rekursgegnerin vom 15. Dezember 2015 mit Blick auf Art. 35 GAVP verbindlich ist, Rechtswirkungen zu entfalten vermag und innerhalb einer Frist von 30 Tagen mittels eines Rekurses angefochten werden kann.

2. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert wie erwähnt vom 15. Dezember 2015. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch den Leiter Tax und Legal sowie den CFO der P. AG, am 28. Januar 2016 Rekurs. Die die Rechtsschrift unterzeichnenden Personen der P. AG sind gemäss Handelsregister des Kantons C. beide zu zweien zeichnungsberechtigt. Sie sind von der Rekurrentin zudem auch gehörig bevollmächtigt worden. Eine entsprechende Vollmacht ist aktenkundig.

   Unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. c des Reglements der Rekurskommission erfolgte die Eingabe fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP.

3. Als Adressatin des Beschlusses der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

<u>Vollzugskompetenz in den kontrollierten Branchen</u>

1. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 GAVP überträgt die Schweizerische Paritätische Berufskommission Personalverleih (SPKP) den Vollzug der Bereiche mit allgemeinverbindlich erklärten GAV, die Branchen-Vollzugsorgane haben, den entsprechenden Paritätischen Berufskommissionen und entschädigt diese. Einzelheiten werden in Leistungs- oder Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern des GAVP und der anderen betroffenen GAV geregelt.

Der Bundesrat ist davon ausgegangen, dass solche Vereinbarungen rechtzeitig im Hinblick auf die Allgemeinverbindlicherklärung zustande kommen werden. Er stellte aber auch klar, dass es Aufgabe der Vollzugsorgane des GAVP sei, die Einhaltung der Bestimmungen des GAV zu überprüfen, sollte in einzelnen Branchen (noch) keine Einigung erzielt worden sein.

b) In der von der Rekursgegnerin im angefochtenen Entscheid kontrollierten Branchen Gebäudetechnik, Elektro- und Telekommunikation, Ausbaugewerbe in den Kantonen Basel-Landschaft (BL), Basel-Stadt (BS) und Solothurn (SO) und Metallbau waren innerhalb der vorliegend relevanten Kontrollperiode teilweise Zusammenarbeitsvereinbarungen mit den jeweiligen paritätischen Kommissionen (PK) in Kraft. In diesen Abkommen wird die Vollzugstätigkeit den paritätischen Vollzugsorganen der betreffenden allgemeinverbindlich erklärten GAV übertragen.

Mit den PK des Gebäudehüllen- und Schreinergewerbes bestanden während der Kontrollperiode keine Zusammenarbeitsvereinbarungen, weshalb die Kontrollkompetenz der Rekursgegnerin insoweit ohne weiteres zu bejahen ist. Demgegenüber stellt sich vorab die Frage, ob sie in den anderen vier erwähnten Branchen überhaupt kompetent war, die im Februar 2014 durchgeführte Kontrolle während der gesamten Kontrollperiode durchzuführen.

c) Den Verfahrensakten lässt sich entnehmen, dass die PK Elektro- und Telekommunikation, Ausbaugewerbe BL, BS und SO sowie Metallbau die Rekursgegnerin mit Schreiben vom 3. Oktober 2013 bzw. 23. Oktober 2013 ermächtigt haben, bei der Rekurrentin im oben genannten Zeitraum eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen und gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen. Die PK Gebäudetechnikbranche hat gegen die erfolgte Kontrolle mit Schreiben vom 20. Januar 2015 nachträglich keine Einwände erhoben und diese somit genehmigt.

Die jeweiligen PK haben somit ihre Kontrollkompetenz im konkreten Fall an die Rekursgegnerin zurückdelegiert. Letztere war infolgedessen (auch) befugt, die vorliegende Betriebsprüfung zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP, einschliesslich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV

Gebäudetechnik, Elektro- und Telekommunikation, Ausbaugewerbe BL, BS und SO sowie GAV Metallbau anzuordnen und durchzusetzen (Art. 35 GAVP).

Systematische Verfehlungen

2. a) Die Rekursgegnerin bemängelt unter Ziffer 2.1 ihres Beschlusses vom 15. Dezember 2015 verschiedene systematische Verfehlungen. Einige wenige sind von der Rekurrentin in ihrer Eingabe vom 7. Mai 2015 anerkannt worden, bei anderen stellt sie die Kontrollkompetenz der Rekursgegnerin in Frage.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16. März 2016 räumte die Rekursgegnerin ein, dass sie keine eigenen Empfehlungen hätte abgegeben dürfen, soweit Formulierungen in Rahmenarbeits- oder Einsatzverträgen auf Basis des OR oder AVG beanstandet worden seien. Die übrigen festgestellten Verfehlungen stünden jedoch ganz oder teilweise in Zusammenhang mit dem GAVP, weshalb sie insoweit befugt sei, Empfehlungen abzugeben.

b) Soweit Ziffer 2.1.3 und 2.1.5, 2.1.6 (hinsichtlich der vertraglichen Bestimmung der Einsatzart) und 2.1.7 des angefochtenen Entscheids betreffend ist die Rekursgegnerin auf ihren Beschluss zurückgekommen (vgl. Ziffer 1.2.2 ihrer Stellungnahme vom 16. März 2016).
Diese Kompetenz steht – soweit OR und/oder AVG-Bestimmungen betreffend – unbestrittenermassen ausschliesslich denjenigen Behörden zu, die die Verleihbewilligungen ausstellen, d.h. dem jeweils zuständigen kantonalen Arbeitsamt oder dem Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco). Stellt die Rekursgegnerin im Rahmen einer Lohnbuchkontrolle jedoch fest, dass die Einsatz- oder Rahmenarbeitsverträge Bestimmungen des OR oder des AVG verletzen, darf sie die entsprechenden Behörden informieren. Sie ist insoweit aber nicht befugt, Verstösse selber zu rügen und/oder Empfehlungen abzugeben. Das Rekursverfahren erweist sich in diesem Umfang als gegenstandslos.

c) Es stellt sich sodann die Frage, ob diejenigen unter Ziffer 2.1 aufgeführten Bereiche, die zumindest mittelbar einen Bezug zum GAVP aufweisen, überhaupt einer abstrakten Vertragskontrolle zugänglich waren. Es handelt sich insoweit um

die Ziffern 2.1.2, 2.1.4, 2.1.6 (hinsichtlich der Lohnklassen-Einreihung), 2.1.8 – 2.1.11 und 2.1.13.

Die unter Ziffer 2.1.12 festgestellten Ungereimtheiten bei den Zuschlägen für Ferien, Feiertage und 13. Monatslohn sowie die fehlerhafte Berechnung des versicherten Verdienstes (Ziffer 2.1.14) sind von der Rekurrentin im Rahmen der Stellungnahme vom 7. Mai 2015 anerkannt worden (vgl. Rz. 15 und 17 der betreffenden Eingabe). Diese beiden Punkte sind somit im vorliegenden Verfahren nicht mehr Streitgegenstand.

aa) Die Rekurskommission hat in der Vergangenheit bereits mehrmals – etwa im Entscheid i. S. S. AG vom 24. Juni 2014 (Erw. 1) – klargestellt, dass sich weder im GAVP noch im Reglement PVP sowie dessen Ausführungsbestimmungen eine rechtliche Grundlage finden lasse, wonach Rahmen- und/oder Einsatzverträge auf ihre Vereinbarkeit mit Bestimmungen des GAVP überprüft werden dürften.

Die SPKP hat zwischenzeitlich aber gestützt auf Art. 32 ff. GAVP und in Ergänzung zum Reglement PVP und zur Vollzugsrichtlinie die Richtlinie Vollzugskompetenz erlassen und somit eine rechtliche Grundlage geschaffen, um abstrakte Vertragsprüfungen vornehmen zu können.

Gemäss Art. 2 und 3 der betreffenden Richtlinie dürfen nämlich Differenzen zwischen den Rahmenarbeits- bzw. Einsatzverträgen und den Bestimmungen des GAVP neuerdings im Rahmen einer Kontrolle festgestellt und Änderungen empfohlen werden. Eine Sanktionierung ist nur zulässig, soweit solche Verfehlungen in den Einsatzverträgen festgestellt werden.

bb) Fraglich ist jedoch, ob die betreffende Richtlinie auf den konkreten Rekursfall anwendbar ist, da sie erst am 15. März 2016 in Kraft getreten ist, der angefochtene Entscheid indessen vom 15. Dezember 2015 und der dagegen erhobene Rekurs vom 28. Januar 2016 datiert.

Die Richtlinie selber sieht zwar keine explizite Rückwirkung vor (vgl. insbesondere Art. 7). Dem Protokollauszug der SPKP vom 16. März 2016 lässt sich indessen ohne weiteres entnehmen, dass sie rückwirkend auch auf

pendente Rekursfälle zur Anwendung gelangen soll. Dieser Beschluss ist verbindlich und gilt es vorliegend umzusetzen.

cc) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Rekursgegnerin im Lichte der erwähnten Richtlinie Vollzugskompetenz grundsätzlich befugt war, die Rahmen- und/oder Einsatzverträge der Rekurrentin auf die Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des GAVP zu überprüfen.

3. Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, ob die unter Ziffer 2.1.2, 2.1.4, 2.1.6 (hinsichtlich der Lohnklassen-Einreihung), 2.1.8 – 2.1.11 und 2.1.13 des Entscheids vom 15. Dezember 2015 behandelten Themen einen direkten oder indirekten Bezug zum GAVP aufweisen und bejahendenfalls, ob die Rekursgegnerin in concreto zu Recht einen Verstoss festgestellt hat.

a) Probezeit (Ziffer 2.1.2 des Entscheids)

Die Probezeit wird explizit in Art. 10 GAVP geregelt, weshalb die Prüfungskompetenz im Lichte der Richtlinie Vollzugskompetenz zu bejahen ist.

Art. 10 Abs. 3 GAVP stellt klar, dass bei einem befristeten Arbeitsvertrag die ersten zwei Drittel, maximal aber drei Monate als Probezeit gelten. Die Rekursgegnerin wirft der Rekurrentin vor, die im Rahmenarbeitsvertrag gewählte Formulierung sei diesbezüglich nicht genügend bestimmt, was bei den Arbeitnehmern zu Unsicherheiten führen könne.

Mit dem Passus «Bei einem befristeten Arbeitseinsatz dauert die maximale Probezeit drei Monate, ist jedoch in jedem Fall kürzer als der vereinbarte Einsatz», ist in der Tat nicht klar, wie lange die Probezeit im Einzelfall dauert. Um individuelle Verstösse gegen Art. 10 Abs. 3 GAVP a priori zu vermeiden, ist die Empfehlung der Rekursgegnerin, den Rahmenarbeitsvertrag so abzuändern, dass er den genauen Wortlaut der genannten Bestimmung wiedergibt, im Lichte der Richtlinie Vollzugskompetenz nicht zu beanstanden.

b) BVG (Ziffer 2.1.4 des Entscheids)

Die berufliche Vorsorge wird in Art. 31 GAVP geregelt. Die Rekursgegnerin ist deshalb gemäss der Richtlinie Vollzugskompetenz befugt, Differenzen zwischen dem Rahmenarbeitsvertrag und der genannten Bestimmung festzustellen und bei Abweichungen entsprechende Anpassungen zu empfehlen.

Im Rahmenarbeitsvertrag der Rekurrentin sind die ab dem ersten Tag obligatorische Versicherungspflicht von Mitarbeitenden mit Unterstützungspflicht gegenüber Kindern sowie die Möglichkeit, sich freiwillig ab Einsatzbeginn der beruflichen Vorsorge zu unterstellen, nicht vorgesehen. Der entsprechende Passus im Rahmenarbeitsvertrag ist deshalb mit Blick auf Art. 31 Abs. 2 GAVP in der Tat unvollständig. Allerdings war die Rekursgegnerin im Lichte von Art. 2 der Richtlinie Vollzugskompetenz insoweit nicht befugt, eine Anweisung auszusprechen, sondern sie war lediglich berechtigt, die erforderliche Anpassung zu empfehlen. In ihrer Stellungnahme vom 16. März 2016 scheint sie diese Auffassung nun zu teilen und räumt ein, dass vorliegend zumindest eine Empfehlung vorgebracht werden könne. Gegen diese Präzisierung ist nichts einzuwenden. Sie steht im Einklang mit der Richtlinie Vollzugskompetenz.

c) Lohnklasseneinreihung (Ziffer 2.1.6 des Entscheids)

Auch insoweit ist die Prüfungskompetenz der Rekursgegnerin als gegeben zu betrachten. Art. 19 GAVP stellt klar, dass die Einreihung in die entsprechenden Lohnklassen gemäss Art. 20 GAVP durch den Arbeitgeber zu erfolgen hat und im Einsatzvertrag aufzuführen ist.

Im Rahmen der Lohnbuchkontrolle wurde festgestellt, dass die Rekurrentin diesen Punkt nicht beachtet hat. Die Lohnklasseneinreihung wird in ihren Einsatzverträgen nicht aufgeführt. Die Empfehlung der Rekursgegnerin, die Verträge entsprechend anzupassen bzw. zu ergänzen, ist deshalb nicht zu beanstanden. Gemäss Art. 3 der Richtlinie Vollzugskompetenz wäre sogar eine Sanktionierung möglich – ganz im Gegensatz zu festgestellten GAVP-Verstössen in den Rahmenarbeitsverträgen. Wie bereits oben unter Erwägung 3b ausgeführt, dürfen Korrekturen dort nur empfohlen werden (vgl. Art. 2 der Richtlinie Vollzugskompetenz).

d) KTG-Abzug (Ziffer 2.1.8 des Entscheids)

Die Aufteilung der Prämienanteile im Rahmen der Krankenversicherung ist in Art. 29 Abs. 2 lit. a GAVP geregelt. Auch insoweit ist die Prüfungskognition der Rekursgegnerin im Lichte der erwähnten Richtlinie Vollzugskompetenz gegeben.

Die Rekursgegnerin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass nicht habe festgestellt werden können, ob den Arbeitnehmenden der korrekte KTG-Abzug in Rechnung gestellt worden sei. Soweit sie diesbezüglich vorbringt, die Rekurrentin habe sicherzustellen, dass der Abzug (Prozentsatz) korrekt berechnet und sowohl im Einsatzvertrag wie auch in den Lohnabrechnungen entsprechend ausgewiesen werde, ist dagegen nichts einzuwenden. Im Rahmen der Prüfung von Einsatzverträgen ist eine entsprechende Aufforderung oder Anweisung ohne weiteres zulässig (vgl. oben Erw. 3c).

e) EKAS (Ziffer 2.1.9 des Entscheids)

Das Thema Arbeitssicherheit (inklusive Einhaltung der Richtlinien der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit [EKAS]) ist in Art. 26 GAVP geregelt. Die Prüfungskompetenz ist deshalb zu bejahen.

Im Rahmen der Lohnbuchkontrolle stellte die Rekursgegnerin fest, dass die Sicherheitsinstruktion ausschliesslich durch den Einsatzbetrieb erfolge und die gemäss Art. 26 Abs. 2 GAVP erforderliche Bestätigung auf den Einsatzverträgen der Rekurrentin fehle. Insoweit liegt in der Tat ein Verstoss gegen die genannte Bestimmung vor. Die von der Rekursgegnerin ausgesprochene Anweisung, in Zukunft den diesbezüglichen Verpflichtungen gemäss GAVP nachzukommen (vgl. Ziffer 2.1.9 des Entscheids) bzw. in den Einsatzverträgen eine Bestätigung hinsichtlich der Instruktion zur Arbeitssicherheit aufzunehmen (vgl. Ziffer 5 des Entscheids), ist deshalb mit Blick auf Art. 3 der Richtlinie Vollzugskompetenz nicht zu beanstanden. Es kann diesbezüglich auf die obigen Ausführungen unter Erwägung 3c verwiesen werden.

f) Arbeitsrapporte (Ziffer 2.1.10 des Entscheids)

Anlässlich der Kontrolle wurde weiter festgestellt, dass die geleisteten Arbeitsstunden auf dem Arbeitszeitrapport ohne Uhrzeitangabe aufgeführt sind. Die Rekursgegnerin macht insoweit geltend, dass es ihr nicht möglich sei, detailliert zu prüfen, ob die Rekurrentin denjenigen Mitarbeitenden, die zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr Einsätze geleistet hätten, den Zuschlag von 25 Prozent für (vorübergehende) Nachtarbeit gemäss Art. 25 GAVP effektiv ausgerichtet habe.

Beim Arbeitszeitrapport handelt es sich um ein Dokument, das in der Richtlinie Vollzugskompetenz nicht explizit erwähnt wird. Das ändert aber nichts daran, dass dieser Rapport einer Prüfung zugänglich sein muss, da dieser kontrollnotwendige Informationen enthält. Fehlen beispielsweise Angaben zur Uhrzeit der geleisteten Arbeitsstunden, kann nicht geprüft werden, ob die gemäss GAVP geschuldeten Lohnzuschläge für Nacht- und/oder Sonntagsarbeit auch tatsächlich geleistet worden sind.

Folgerichtig stellt Art. 31 Abs. 6 des Reglements PVP auch fest, dass die Kontrollbehörde nach entsprechender Androhung eine Konventionalstrafe von max. Fr. 5'000.- , im Falle der vollständigen Verweigerung max. Fr. 50‘000.- aussprechen kann, wenn sich ein Betrieb weigert, die für die Kontrolle nötigen Informationen und Dokumente auszuhändigen (sogenannte Kontrollrenitenz). Zudem stellt Art. 17 Abs. 3 AVG klar, dass der Verleiher in Bereichen mit einem allgemein verbindlichen GAV dem zuständigen paritätischen Organ alle erforderlichen Unterlagen zur Kontrolle der Einhaltung der ortsüblichen Arbeitsbedingungen vorlegen muss. Im Lichte der genannten Vorschriften ist die Befugnis der Rekursgegnerin, Arbeitszeitrapport einer Kontrolle zu unterziehen, ohne weiteres zu bejahen.

Die Rapporte der Rekurrentin enthalten in casu keine Angaben zur Lage der täglichen Arbeitszeit. Lediglich die geleisteten Tagesarbeitsstunden werden aufgeführt. Wie bereits erwähnt, ist damit beispielsweise die Kontrolle, ob geleistete Nachtarbeitsstunden korrekt entschädigt worden sind, nicht mehr möglich. Die Anweisung der Rekursgegnerin, diesbezüglich umgehend

Korrekturen auf den Arbeitszeitrapporten vorzunehmen, ist deshalb nicht zu beanstanden.

g) Arbeitszeit (Ziffer 2.1.11 des Entscheids)

Insoweit ist weder eine Empfehlung abgegeben worden noch eine Anweisung erfolgt.

Die Rekursgegnerin hat in diesem Punkt lediglich festgehalten, dass der Überzeitzuschlag inklusive Feiertags- und Ferienentschädigung berechnet worden sei (zusätzlich zum 13. Monatslohn), was nicht zwingend nötig gewesen wäre. Auch wenn die daraus resultierende Entschädigung zu hoch ausgefallen sei, hätten die Mitarbeitenden aufgrund anderweitiger systematischer Verfehlungen im Ergebnis aber nicht profitiert.

h) Vorsorgereglement Pensionskasse (Ziffer 2.1.13 des Entscheids)

Die Rekursgegnerin hält insoweit fest, dass das Vorsorgereglement Pensionskasse B. in diversen Punkten nicht den Vorgaben das GAVP entspreche. Die Rekurrentin hält diesem Vorwurf entgegen, dass sie keinerlei Möglichkeit habe, auf den Wortlaut des entsprechenden Reglements des Krankenversicherers Einfluss zu nehmen. Hinzu komme, dass die Rekursgegnerin gar nicht befugt sei, das betreffende Reglement auf seine GAVP-Konformität zu überprüfen. Es dürfe lediglich untersucht werden, ob der Personalverleihbetrieb selber Art. 31 GAVP einhalte.

Art. 31 Abs. 1 Satz 2 GAVP stellt klar, dass das Vorsorgereglement mindestens die Kriterien von Absatz 2 - 5 der betreffenden Bestimmung erfüllen muss. Insoweit ergibt sich die (konkrete) Prüfungskompetenz somit unmittelbar aus dem GAVP selber. Die Rekursgegnerin begnügt sich im Entscheid jedoch auf die Feststellung, dass das betreffende Vorsorgereglement in diversen Punkten nicht den Vorgaben von Art. 31 GAVP genüge, unterlässt es aber, die einzelnen Abweichungen konkret zu bezeichnen. Dieses Versäumnis zeitigt in casu jedoch keine Auswirkungen, da diese konkrete, nicht geldwerte Verfehlung von der Rekursgegnerin bei der Berechnung der Konventionalstrafe ohnehin nicht

strafschärfend berücksichtigt worden ist (vgl. Ziffer 2.3 des angefochtenen Entscheids vom 15. Dezember 2015 sowie die nachfolgenden Erwägungen unter Ziffer 7b ee).

i) Zusammenfassung

Wie sich den obigen Ausführungen entnehmen lässt, erweist sich der Rekurs betreffend der Ziffern 2.1.2, 2.1.4. 2.1.6 sowie 2.1.8 – 2.1.10 und 2.1.13 als unbegründet und ist folglich abzuweisen. Die Kontrollkompetenz ist insoweit gegeben und die Rekursgegnerin hat in diesen Bereichen zu Recht systematische Verfehlungen festgestellt.

Individuelle geldwerte Verfehlungen

4. Bei 41 Mitarbeitenden wurden individuelle geldwerte Verfehlungen in der Höhe von CHF 43‘716.00 festgestellt. Zu diesen Verstössen gilt es Folgendes festzuhalten:

a) Überzeit / Zeitlicher Geltungsbereich GAVP (Ziffer 2.2.1 des Entscheids)

Bei 7 Mitarbeitenden wurden Fehler bei der Auszahlung der Überzeitstunden (Art. 12 Abs. 2 GAVP) festgestellt. Den entsprechenden Verstoss bei Mitarbeiter Nr. 7 im Betrag von CHF 587.06 ist von der Rekurrentin bereits im Rahmen des rechtlichen Gehörs anerkannt worden (vgl. Rz. 31 der Eingabe vom 7. Mai 2015) und ist somit vorliegend nicht strittig.

Die bei Mitarbeiter Nr. 5, 28, 32, 37, 38 und 42 festgestellten Verfehlungen in der Höhe von total CHF 198.30 sind von der Rekurrentin im Grundsatz ebenfalls nicht bestritten worden. Sie stellt sich insoweit aber auf den Standpunkt, dass sich diese während der „Schonfrist“ ereignet hätten, weshalb keine Verletzung des GAVP vorliege.

Dieser Argumentation ist die Rekursgegnerin im angefochtenen Entscheid zu Recht nicht gefolgt. Der Rekurs ist in diesem Punkt abzuweisen. Die Verpflichtung, die Bestimmungen des GAVP einzuhalten, galt ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens, d.h. ab dem 1. Januar 2012 uneingeschränkt. Während einer Übergangsfrist von drei Monaten ab Inkrafttreten war es den Vollzugsorganen des GAVP aber untersagt, für im Rahmen von Kontrollen festgestellte GAV-Verletzungen Konventionalstrafen und/oder Kontrollkosten auszusprechen (vgl. Art. 4 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP vom 13. Dezember 2011). Es galt mit anderen Worten während dieser Periode ein Sanktionsverbot.

Daraus erhellt, dass die Rekurrentin vorliegend ohne weiteres verpflichtet ist, den betroffenen 6 Mitarbeitenden den Betrag von CHF 198.30 nachzuzahlen. Bei der Festsetzung der Konventionalstrafe durften diese Verfehlungen jedoch nicht ins Gewicht fallen. Dieser Umstand ist von der Rekursgegnerin vorliegend auch beachtet worden (vgl. ihre Ausführungen im Entscheid unter Ziffer 4.3 sowie das diesem beigelegte Berechnungsblatt „Konventionalstrafenrechner“).

b) Schichtzulage (Ziffer 2.2.2 des Entscheids)

Dem Kontrollbericht vom 31. Januar 2015 (Beilage 3, S. 7) lässt sich entnehmen, dass der Mitarbeiter Nr. 31 total 5.67 Stunden ohne den Zuschlag von 25% für Nachtarbeit ausbezahlt erhalten hat (vgl. Einsatz Nr. 57).

Die Rekurrentin hat diese Feststellung nicht in Frage gestellt, insoweit aber vorgebracht, dass bei diesem Einsatz für die ganze Schicht jeweils ein Zuschlag von CHF 2.50 pro Stunde ausgerichtet worden sei. Faktisch sei damit der Lohnzuschlag für Nachtarbeit abgegolten.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Wie die Rekursgegnerin richtig ausgeführt hat, ist mit dieser Zulage von CHF 2.50 zwar die Schicht-, aber nicht die (vorübergehende) Nachtarbeit abgegolten worden. Der Zuschlag von 25% gemäss Art. 25 GAVP i.V. mit Art. 17b Abs. 1 des Arbeitsgesetzes (ArG) hätte deshalb trotzdem ausbezahlt werden müssen. Bei der Berechnung der konkreten Verfehlung ist dem Kontrolleur nach Ansicht der Rekurskommission

jedoch ein Fehler unterlaufen. Bei einem Grundlohn von CHF 23.00 (zuzüglich 8.33% Anteil 13. Monatslohn) beträgt der Zuschlag CHF 6.23 pro Stunde. Da das Versäumnis bei 5.67 Stunden festgestellt worden ist, beläuft sich die diesbezüglich Verfehlung insgesamt lediglich auf CHF 35.30 (anstatt CHF 40.15). Der Rekurs ist folglich in diesem Punkt teilweise gutzuheissen. Die Nachzahlungspflicht bei Mitarbeiter Nr. 31 reduziert sich somit um CHF 4.85.

c) Annahmeverzug (Ziffer 2.2.3 des Entscheids)

Gemäss Kontrollbericht lässt sich den Einsatzverträgen des Mitarbeiters Nr. 41 das genaue Arbeitspensum nicht entnehmen (vgl. Beilage 3, S. 11, Einsatz Nr. 77 und 78). Die Rekursgegnerin ist deshalb der Auffassung, dass in diesem Punkt mangels anderslautender Vereinbarung die Normalarbeitszeit von 42 Wochenstunden gemäss Art. 12 Abs. 1 GAVP zur Anwendung kommt. Da die Ist-Arbeitsstunden bei beiden Einsätzen tiefer sind als die Soll-Stunden, geht sie von einem Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR aus.

Die Rekurrentin bestreitet das Vorliegen eines Annahmeverzugs, da in den betreffenden Einsatzverträgen als Arbeitszeit „0 – 45 Stunden pro Woche, ab 45 Stunden zu 25% bis max. 50 Stunden pro Woche“ vereinbart sei. Zudem gelte es zu beachten, dass sich diese Verfehlungen während der dreimonatigen Übergangsfrist ereignet hätten.

aa) Mit der soeben erwähnten Formulierung in den beiden Einsatzverträgen hat die Rekurrentin die Arbeitszeit in der Tat nicht hinreichend bestimmt. Der betreffende Arbeitnehmer konnte nicht klar erkennen, in welchem Umfang er seine Dienste zur Verfügung stellen muss bzw. mit welchem Verdienst er rechnen darf. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Rekursgegnerin insoweit auf die Normalarbeitszeit von 42 Wochenstunden gemäss GAVP als Grundlage für Wochenarbeitszeit zurückgreift.

Die Soll-Arbeitsstundenzahl bei Einsatz Nr. 77 beträgt 25.2 Stunden (vgl. Beilage 3, S. 11 des Kontrollberichts). Der betreffende Mitarbeiter leistete indessen nur 11 Stunden, was eine Unterschreitung der Soll-Arbeitsstunden um 14.2 Stunden zur Folge hat. Bei Einsatz Nr. 78 hätte der Mitarbeiter Anspruch auf Arbeit im

Umfang von 252 Stunden gehabt, hat aber tatsächlich nur 168.05 Stunden gearbeitet, was einem Minus von 83.95 Stunden entspricht. Es bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte, dass die Nichtleistung der Arbeitszeit gemäss Art. 12 Abs. 1 GAVP im Verschulden des Arbeitnehmers (unentschuldigtes Fernbleiben oder Verlassen der Arbeitsstelle) gelegen wäre. Das wird von der Rekurrentin im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

Aus den soeben gemachten Ausführungen folgt, dass die Rekurrentin sich im Umfang von 14.2 Stunden (betreffend Einsatz Nr. 77) bzw. von 83.95 Stunden (betreffend Einsatz Nr. 78) in Verzug befunden und der betreffende Arbeitnehmer somit in diesem Ausmass Anspruch auf Lohnzahlung hat, ohne dass er zur Nachleistung verpflichtet wäre. In diesem Punkt sind die Ausführungen im Kontrollbericht korrekt und erweist sich der Rekurs folglich als unbegründet.

bb) Nicht nachvollziehbar ist indessen, wie die entsprechenden Ausstände konkret berechnet worden sind. Der Kontrolleur scheint insoweit nicht den Lohn (100%), sondern lediglich einen Lohnzuschlag von 25% kalkuliert zu haben:

- Einsatz Nr. 77: CHF 26.10 [Stundenlohn brutto] x 25% = CHF 6.52. CHF 6.52 x 14.2h = CHF 92.58;
- Einsatz Nr. 78: CHF 26.10 [Stundenlohn brutto] x 25% = CHF 6.52. CHF 6.52 x 83.95h = CHF 547.35).

Beim Annahmeverzug ist jedoch nicht der Lohnzuschlag, sondern der Grundlohn zu 100% nachzuzahlen. Hinzu kommt, dass der Kontrolleur bei Einsatz Nr. 78 den falschen Bruttostundenlohn als Berechnungsgrundlage herbeigezogen hat (CHF 26.10 anstatt recte CHF 22.38).

In Wirklichkeit sind die diesbezüglichen Ausstände deutlich höher und betragen bei Einsatz Nr. 77 CHF 370.62 (CHF 26.10 x 14.2 Stunden) und bei Einsatz Nr. 78 CHF 1‘878.80 (CHF 22.38 x 83.95 Stunden), total CHF 2‘249.42 ausmachend. In ihrer Stellungnahme vom 16. März 2016 beantragte die Rekursgegnerin – jedenfalls soweit die geldwerten Verfehlungen umstritten sind – aber lediglich die Abweisung des Rekurses. Entweder akzeptiert sie die Berechnung des Kontrolleurs im Umfang von total CHF 639.93 oder ihr ist der

Fehler nicht aufgefallen. So oder anders ist die Rekurskommission aufgrund des Verbots der reformatio in peius jedoch vorliegend nicht befugt, die Falschberechnung von Amtes wegen zu korrigieren (vgl. dazu BGE 129 III 419). Sie ist an die Anträge der Vertragsparteien gebunden und darf den Entscheid ohne entsprechendes Begehren der Rekursgegnerin und unter Gewährung der Rückzugsmöglichkeit nicht zu Ungunsten des Rekurrenten abändern. Die im Rahmen der Kontrolle festgestellte Verfehlung unter Ziffer 2.2.3 in der Höhe von CHF 639.93 ist deshalb nicht zu beanstanden.

cc) Gemäss Ziffer 4 der Richtlinie Vollzugskompetenz war die Rekursgegnerin vorliegend befugt, die Einhaltung der vereinbarten Normalarbeitszeit zu prüfen und einen Annahmeverzug der Rekurrentin festzustellen. Allerdings durfte sie die Zahlung der ausstehenden Beträge vorliegend nur mit einer Empfehlung verbinden. Gemäss Richtlinie Vollzugskompetenz besteht insoweit gerade keine verbindliche Verpflichtungskompetenz bzw. keine Kompetenz, den Nachweis von Ausgleichzahlungen zu verlangen oder gar zu sanktionieren.

Soweit die Rekursgegnerin die Rekurrentin unter Ziffer 4.1 ihres Entscheids auffordert, Mitarbeiter Nr. 41 CHF 639.93 von total CHF 712.73 nachzuzahlen, ist der Entscheid deshalb aufzuheben. Die Rekursgegnerin ist in diesem Punkt lediglich befugt, die entsprechende Nachzahlung zu empfehlen.

dd) Der Betrag von CHF 639.93 als Folge des festgestellten Annahmeverzugs darf vorliegend auch nicht in die Konventionalstrafenberechnung einfliessen. Zum einen haben sich diese Verstösse (teilweise) in der Periode vom 1. Januar 2012 bis 31. März 2012 ereignet. Wie oben unter Erwägung 4a erwähnt, galt während dieses Zeitraums ein absolutes Sanktionsverbot. Andererseits verbietet Ziffer 4 der Richtlinie Vollzugskompetenz, dass Verfehlungen im Bereich des Annahmeverzuges strafwirksam sein dürfen.

Nachdem die Rekursgegnerin den erwähnten Betrag in ihrem Entscheid vom 15. Dezember 2015 noch in die Berechnung der Konventionalstrafe hat einfliessen lassen, hat sie diesen Fehler nun nachträglich korrigiert und die

Konventionalstrafe entsprechend reduziert (vgl. Ziffer 3 ihre Stellungnahme vom 16. März 2016 sowie das dieser beigefügte Berechnungsblatt).

d) Falsche ave GAV-Zuteilung (Ziffer 2.2.4 des Entscheids)

Die Rekursgegnerin wirft der Rekurrentin vor, der Einsatz Nr. 44 bei Mitarbeiter Nr. 25 hätte hinsichtlich Ferien- und Feiertagsentschädigung nach Art. 29 und 31 des GAV Gebäudetechnik, gültig bis 31. Januar 2014 (aGAV Gebäudetechnik) abgerechnet werden müssen. Die Rekurrentin entgegnet dieser Auffassung, dass der Einsatz in einer Branche geleistet worden sei, die gemäss Art. 3 Abs. 3 GAVP von der Geltung des Mindestlohnes ausgenommen sei. Der ausbezahlte Bruttostundenlohn von CHF 29.00 für einen ungelernten Maler liege zudem deutlich über dem Mindestlohn gemäss GAVP, sollte dieser zur Anwendung kommen.

Der Auffassung der Rekurrentin kann in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Der Noga-Code des betreffenden Einsatzbetriebes (F 432202) lässt sich keiner der ausgenommenen Branchen gemäss Art. 3 Abs. 3 GAVP zuordnen (vgl. dazu Ziffer 9.4 der Frequently Asked Questions [FAQ] zum GAVP, abrufbar unter www.tempservice.ch → Dokumente). Der betreffende Betrieb ist aufgrund des erwähnten Noga-Codes vielmehr im Bereich Sanitärinstallation und Spenglerei tätig (vgl. www.kubb2008.bfs.admin.ch/Default?lang=de-CH&code=432202). Gemäss Art. 3.2.1 lit. a und b des aGAV Gebäudetechnik werden die erwähnten Tätigkeitsbereiche von diesem allgemeinverbindlich erklärten GAV erfasst. Daraus folgt, dass der Ferienlohn sowie die bezahlten Feiertage im konkreten Fall auch nach diesem GAV hätten abgerechnet werden müssen (vgl. Art. 3 Abs. 1 GAVP i. V. mit Art. 48a Abs. 1 lit. c und e der Arbeitsvermittlungsverordnung [AVV]).

Der Einsatz Nr. 44 dauerte vom 6. Januar 2012 bis am 8. März 2012. Der Ferienanspruch des Mitarbeiters Nr. 25 (Geburtsdatum: 2. Januar 1988) betrug gemäss Art. 29.1 des aGAV Gebäudetechnik für das Jahr 2012 insgesamt 24 Arbeitstage. Hinsichtlich der Feiertage stellt Art. 31.1 aGAV Gebäudetechnik sodann klar, dass pro Jahr grundsätzlich 9 offizielle Feiertage zu entschädigen sind. Bei einer Jahresarbeitsstundenzahl von 2080 bzw. einer Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche (Art. 25.2 aGAV Gebäudetechnik) resultiert bei den Ferien

ein entschädigungspflichtiger Prozentsatz von 10.17% bzw. bei den Feiertagen von 3.59%.

Im konkreten Fall wurde ein Grundlohn von CHF 25.52 vereinbart. Unter Berücksichtigung der oben erwähnten Prozentsätze für Ferien und Feiertage sowie des Anteils 13. Monatslohn (8.33%) war deshalb vorliegend ein Bruttostundenlohn von CHF 31.44 geschuldet. Im Anwendungsbereich des aGAV Gebäudetechnik wird die Ferien- und Feiertagsentschädigung auf dem Grundlohn und der Anteil 13. Monatslohn auf der Summe Basisstundenlohn, Ferien- und Feiertagsentschädigung berechnet (vgl. www.tempdata.ch/Lohnrechner.aspx?stellaNumber=305001&versionName=7). Die Rekurrentin hat indessen unbestrittenermassen nur einen Bruttolohn von CHF 29.00 pro Stunde ausgerichtet, was eine Lohndifferenz von CHF 2.44 pro Stunde zur Folge hat. Dem Kontrollbericht lässt sich entnehmen, dass der Mitarbeiter während des Einsatzes Nr. 44 insgesamt 305.92 Stunden gearbeitet hat. Der nachzuzahlende Lohn beträgt folglich – wie im angefochtenen Entscheid korrekt festgestellt – CHF 746.44. Der Rekurs erweist sich deshalb in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

e) Ferien, Feiertage und 13. Monatslohn (Ziffer 2.2.5 des Entscheids)

Die Rekurrentin anerkannt, bei 31 Mitarbeitenden eine falsche Berechnungsmethode bei den Lohnzuschlägen für Ferien, Feiertage und Anteil 13. Monatslohn angewendet zu haben (vgl. Rz. 27 ihrer Eingabe vom 7. Mai 2015). Sie ist allerdings mit der im Kontrollbericht vorgenommenen Berechnung der insoweit festgestellten geldwerten Verstösse nicht einverstanden, da fälschlicherweise vom „vereinbarten Grundlohn“ ausgegangen werde. Vielmehr müsse aber der Bruttostundenlohn, wie er effektiv entrichtet worden sei, mit dem Basismindeststundenlohn gemäss dem anwendbaren GAV zuzüglich seiner prozentualen Zuschläge verglichen werden. Andernfalls würden Leistungen zu Gunsten des Mitarbeiters unberücksichtigt bleiben, was zu einer systematischen Besserstellung führen würde.

Die Rekursgegnerin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass gemäss bundesgerichtlicher Praxis eine Kompensation von zu tiefer Ferienentschädigung mit einem über dem Mindestlohn liegenden Arbeitsentgelt nicht zulässig sei. Die

vom Bundesgericht in BGE 134 III 399 ff. angestellten Überlegungen seien uneingeschränkt auch auf die Feiertagsentschädigung und den 13. Monatslohn anzuwenden. Die festgestellten Nachzahlungen seien deshalb geschuldet.

aa) 28 der insoweit festgestellten 31 Verstösse betreffen den GAVP. Insoweit gilt es vorab klarzustellen, dass es sich beim Mindeststundenlohn gemäss Art. 20 GAVP expressis verbis um den Basislohn handelt.

Art. 18 Abs. 1 GAVP stellt klar, dass die auf der elektronischen Datenbank (tempdata) erfassten Lohnklassen, Lohneinteilungen und Löhne als integrierender und somit verbindlicher Bestandteil des GAVP gelten. Die betreffende Datenbank ist für die Personalverleiher somit nicht bloss eine Handlungsanweisung. Auf tempdata ist ohne weiteres hinterlegt, dass die Feiertagsentschädigung auf dem Basislohn, die Ferienentschädigung auf dem Basislohn zuzüglich Feiertagsentschädigung und der 13. Monatslohn schliesslich auf dem Basislohn und der Summe Ferien- und Feiertagsentschädigung berechnet werden muss.

Somit gilt es festzuhalten, dass im Anwendungsbereich des GAVP klar definiert und verbindlich festgelegt wird, wie die Lohnzuschläge für Feiertage, Ferien und 13. Monatslohn festzusetzen sind. Es besteht deshalb kein Raum, von dieser Berechnungsmethode abzuweichen, selbst wenn der vereinbarte Basislohn im Einzelfall über dem Mindestlohn gemäss GAVP liegen sollte. Hinzu kommt, dass auch die Höhe der erwähnten Zuschläge sowohl im GAVP (insbesondere in Art. 13 und 14) als auch auf tempdata verbindlich definiert ist.

bb) Den Ausführungen der Rekurrentin kann deshalb im Lichte der oben genannten Ausführungen – jedenfalls soweit Verfehlungen im Bereich des GAVP betroffen sind – nicht gefolgt werden.

Ausgangsposition für die Berechnung der Lohnzuschläge für Ferien, Feiertage und 13. Monatslohn ist im Anwendungsbereich des GAVP ausnahmslos der vereinbarte Basislohn. Ein Vergleich zwischen dem tatsächlich entrichteten Bruttostundenlohn und dem Bruttomindeststundenlohn gemäss GAVP ist deshalb nicht sachgerecht bzw. würde vielmehr zu stossenden Situationen

führen. Würde nämlich zugelassen, dass die nach GAVP festgelegten prozentualen Ferien- oder Feiertagsentschädigungen zu Gunsten eines über dem Mindestlohn liegenden Gehalts gekürzt werden könnten, wären die Mitarbeitenden während Ferienabwesenheiten oder Feiertagen schlechter gestellt, als wenn sie gearbeitet hätten. Das widerspricht aber offensichtlich den GAVP-Bestimmungen von Art. 13 und 14 sowie der einseitig zwingenden Norm von Art. 329d OR.

cc) Die oben unter lit. bb gemachten Ausführungen gelten im Anwendungsbereich des GAV Elektro und des GAV Schreiner – hier wurde ebenfalls eine falsche Berechnung des Ferien- und Feiertagszuschlages und des 13. Monatslohnes konstatiert (vgl. Mitarbeiter Nr. 24, 27 und 47) – analog.

Das Bundesgericht hat in dem von der Rekursgegnerin zitierten Entscheid 134 III 399 ff. klar festgehalten, dass ein übertariflich bezahlter Lohn eine tiefere als im GAV vorgesehene Ferienentschädigung nicht ausgleichen könne. Zweck der Ferienregelung sei es unter anderem, dass der Mitarbeiter während der Ferien auch tatsächlich das entsprechende Geld zur Verfügung habe. Mit „entsprechend“ sei in diesem Zusammenhang jener Betrag gemeint, den er gemäss Lohnabrechnung für diese Periode erhalten würde, wenn er arbeiten würde (BGE 134 III 404).

Der Rekursgegnerin ist zuzustimmen, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, dass dieser bundesgerichtliche Entscheid vollumfänglich auch für die Feiertagsentschädigung relevant und zu berücksichtigen ist. Hier gilt das zur Ferienentschädigung Gesagte zweifellos analog. Berechnungsgrundlage für den 13. Monatslohn muss sodann begriffsnotwendig die Summe sämtlicher relevanten Lohnbestandteile, d.h. vorliegend Basislohn, Ferien- und Feiertagsentschädigung sein. Diese gehören notabene auch ohne weiteres zum massgebenden Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG). Wird die Ferien- und Feiertagsentschädigung falsch berechnet bzw. wie vorliegend zu tief angesetzt, hat das mit anderen Worten auch unmittelbare Auswirkungen auf den 13. Monatslohn. Dieser kommt dann unter dem eigentlichen Soll-Wert zu liegen.

dd) Somit steht fest, dass die von der Kontrollstelle festgestellten Nachzahlungen an die 31 betroffenen Mitarbeiter wegen falscher Berechnung des Ferien- und Feiertagszuschlags sowie daraus folgend des 13. Monatslohnes geschuldet sind. Bezüglich der Höhe der festgestellten Verstösse kann insoweit vollumfänglich auf die entsprechenden Berechnungen im Kontrollbericht verwiesen werden. Diese geben zu keinen Beanstandungen Anlass. Gemäss der Übersicht auf S. 10 und 11 des angefochtenen Entscheids belaufen sie sich gesamthaft auf CHF 35‘278.54. Der Rekurs erweist sich folglich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

f) Sonntagszuschlag (Ziffer 2.2.6 des Entscheids)

Die Rekursgegnerin vertritt den Standpunkt, dass die Rekurrentin bei Mitarbeiter Nr. 9, Einsatz Nr. 22 den Sonntagszuschlag von 50% für die am 1. November 2012 geleisteten 9 Arbeitsstunden zu Unrecht nicht ausbezahlt habe. Der Sitz des Einsatzbetriebes liege im Kanton D. In diesem Kanton gelte der besagte Tag (ausgenommen im Bezirk E.) als gesetzlicher, dem Sonntag gleichgestellter Feiertag. Die Rekurrentin ist demgegenüber der Auffassung, dass dieser Zuschlag nicht geschuldet sei, da der 1. November (Allerheiligen) nach ihrem Dafürhalten im Kanton D. kein gesetzlicher Feiertag sei.

Wie dem Verzeichnis „Gesetzliche Feiertage und Tage, die in der Schweiz wie gesetzliche Feiertage behandelt werden“ des Bundesamts für Justiz (Stand 1.Januar 2011) entnommen werden kann (vgl. www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/service/zivilprozessrecht/kant-feiertage.pdf), gilt der 1. November im Kanton D. – mit der erwähnten Ausnahme für den Bezirk E. – als gesetzlicher Feiertag (vgl. S. 15 des erwähnten Verzeichnisses).

Gemäss Art. 22 GAVP gilt für die Lohnberechnung sowie für sämtliche Leistungen und Abzüge grundsätzlich der Ort des Einsatzbetriebes als Grundlage. Im konkreten Einsatzvertrag wurde der Einsatzort nicht genauer definiert, sondern mit „nach Vereinbarung“ angegeben. Art. 22 GAVP ist deshalb vorliegend zu beachten. Der betreffende Mitarbeiter leistete den Einsatz als Chauffeur bei der Firma S. AG mit Sitz in Y. Diese Gemeinde liegt im Bezirk F. Wie sich den obigen Ausführungen entnehmen lässt, gilt der 1. November in diesem Bezirk als anerkannter, dem Sonntag gleichgestellter kantonaler Feiertag im Sinne von Art. 20a Abs. 1 ArG.

Somit steht fest, dass die Sonntagszulage bei Einsatz Nr. 22 ohne weiteres geschuldet ist. Hinsichtlich der Höhe des Zuschlags kann auf die zutreffende Berechnung im Kontrollbericht (vgl. Beilage 3, Seite 3) verwiesen werden. Der geldwerte Verstoss beträgt insgesamt CHF 91.25. Soweit Ziffer 2.2.6 des angefochtenen Entscheids vom 15. Dezember 2015 betreffend ist der Rekurs deshalb als unbegründet abzuweisen.

g) Bezahlung Krankentaggeld (Ziffer 2.2.7des Entscheids)

Die Rekurrentin hat die bei Mitarbeiter Nr. 3 festgestellten Ausstände betreffend Krankentaggeld in der Höhe von CHF 211.00 beglichen. Entsprechende Lohnabrechnungen vom April 2014 und Juli 2014 wurden im Rahmen der Stellungnahme vom 7. Mai 2015 eingereicht.

Die Rekursgegnerin hat diesen Umstand im Entscheid anerkannt und die an Mitarbeiter Nr. 3 geschuldete Nachzahlung um den genannten Betrag reduziert. Dieser Punkt ist somit nicht Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens.

h) Fristlose Vertragsauflösung (Ziffer 2.2.8 des Entscheids)

Dem Kontrollbericht (vgl. Beilage 3, Seite 3) lässt sich entnehmen, dass bei Mitarbeiter Nr. 12 das Feriengeld sowie der Anteil 13. Monatslohn in der Höhe von total CHF 1‘433.25 nicht ausbezahlt worden ist. Die Rekurrentin bestreitet diese Feststellung nicht, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass dieser Mitarbeiter Vertragsbruch im Sinne von Art. 337d OR begangen habe, weshalb sie den Betrag im genannten Umfang als pauschalen Schadenersatz zurückbehalten habe.

Obwohl in casu kein Beleg für die behauptete fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer vorliegt, ist die Rekursgegnerin aufgrund der aus ihrer Sicht nachvollziehbaren und glaubhaften Schilderung der Rekurrentin davon ausgegangen, dass der Tatbestand von Art. 337d Abs. 1 OR erfüllt ist. Wie es sich vorliegend verhält, kann jedoch offen gelassen werden, weil die

Vollzugskompetenz der Rekursgegnerin insoweit ohnehin zu verneinen ist, da sich diese grundsätzlich auf Verletzungen von GAVP-Bestimmungen beschränkt (vgl. Art. 35 GAVP und Richtlinie Vollzugskompetenz). Liegt aber ein Vertragsbruch im Sinne der genannten Bestimmung vor, hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht; ausserdem hat er Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens.

Der Einsatz (Nr. 25) des betreffenden Mitarbeiters dauerte insgesamt 63 Tage bzw. 2.1 Monate. Während dieses Zeitraums wurde ihm ein Bruttolohn von total CHF 9‘339.90 ausbezahlt, was einen durchschnittlichen Monatslohn von gerundet CHF 4‘447.55 ergibt. Die Rekurrentin war somit gemäss Art. 337d Abs. 1 OR berechtigt, einen Viertel dieses Betrages, CHF 1‘111.90 ausmachend, als Entschädigung zu verlangen bzw. zurückzubehalten. Die genannte Bestimmung behält zwar den Ersatz weiteren Schadens explizit vor. Die Rekurrentin hat aber weder im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2015 noch in ihrem Rekurs vom 28. Januar 2016 genauer ausgeführt, inwiefern ihr im konkreten Fall über den gesetzlich vorgesehenen Entschädigungsanspruch von einem Viertel des Monatslohnes hinaus ein Schaden entstanden ist. Sie spricht lediglich von einem „pauschalen Schadenersatz“, ohne diesen jedoch mittels Belegen zu konkretisieren.

Angesichts dieses Umstands und unabhängig von der fehlenden Vollzugskompetenz ist der Entscheid der Rekursgegnerin, lediglich den Entschädigungsanspruch von einem Viertel zuzulassen, nicht zu beanstanden. Die Mitarbeiter Nr. 12 geschuldete Nachzahlung beläuft sich somit korrekterweise auf CHF 321.35 (CHF 1‘433.25 abzüglich CHF 1‘111.90). Der Rekurs erweist sich auch insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

Individuelle übrige geldwerte Verfehlungen

5. Die übrigen (individuellen) geldwerten Verfehlungen, die durch die Kontrollstelle festgestellt worden sind, werden von der Rekurrentin nicht bestritten. Es kann insoweit auf ihre Eingaben vom 7. Mai 2015 und vom 28. Januar 2016 sowie auf den Kontrollbericht vom 31. Januar 2015 und den Entscheid der Rekursgegnerin vom 15. Dezember 2015 (Ziffer 2.2.9) verwiesen werden.

Individuelle nicht geldwerte Verfehlungen

6. Das soeben unter Ziffer 5 Gesagte trifft auf die (individuellen) nicht geldwerten Verfehlungen ebenfalls zu. Die insoweit festgestellten Verstösse werden von der Rekurrentin vollumfänglich akzeptiert.

Konventionalstrafe

7. Die Rekursgegnerin hat die Konventionalstrafe im Lichte der festgestellten geldwerten Verfehlungen (abzüglich der entsprechenden Verstösse währen der dreimonatigen Übergangsfrist) im Entscheid auf total CHF 25‘781.00 festgesetzt.

   Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16. März 2016 nahm sie eine zusätzliche Korrektur vor. Sie gab zu bedenken, dass sie den bei Mitarbeiter Nr. 41 festgestellten Annahmeverzug in der Höhe von CHF 639.93 fälschlicherweise in die Berechnung der Strafe habe einfliessen lassen. Unter Berücksichtigung dieser Anpassung reduziere sich die Konventionalstrafe auf CHF 25‘273.00. Die Rekurskommission stellt insoweit fest, dass es gemäss Art. 4 der Richtlinie Vollzugskompetenz zweifellos richtig war, in diesem Punkt auf den Entscheid zurückzukommen und die Strafe entsprechend zu korrigieren.

   Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass eine derart hohe Konventionalstrafe aufgrund der konkreten Umstände nicht gerechtfertigt sei. Die Höhe der geldwerten Verfehlungen entspreche nach ihrem Dafürhalten nur 0.42 Prozent der kontrollierten Lohnsumme. Bereits aus diesem Grund sei vorliegend von der Auferlegung einer Konventionalstrafe abzusehen. Zudem würden mangelnde Kooperation in Bezug auf die festgestellten Nachzahlungsbeiträge sowie mehr als 5 systematische Verfehlungen als Gründe aufgeführt, weshalb die Konventionalstrafe derart hoch ausgefallen sei. Im GAVP werde jedoch gerade nicht dargelegt, wie die für die Bemessung relevanten Elemente gewichtet würden. Die vorgenommenen Strafschärfungen seien deshalb nicht rechtens.

a) Rechtliche Grundlagen

Es ist der Rekurrentin zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass sich dem GAVP die Gewichtung der einzelnen Elemente, die für die Berechnung der Konventionalstrafe von Bedeutung sind, nicht entnehmen lässt. Dieser Aspekt muss jedoch auch nicht zwingend auf Stufe GAV geregelt werden, sofern dieser die Grundzüge, die für die Festsetzung der Strafe massgebend sind, regelt und den zuständigen Organen die Kompetenz erteilt, die Einzelheiten in einem Reglement festzulegen.

Das ist vorliegend der Fall. In Art. 38 Abs. 4 und 5 GAVP werden die Elemente, die für die Bemessung der Konventionalstrafe relevant sind, beispielhaft aufgeführt. Die Kompetenz, die Einzelheiten reglementarisch festzuhalten, wird der SPKP in Art. 32 GAVP erteilt. Sie schliesst auch die Berechtigung ein, Vollzugsdetails, wie etwa die Berechnungsmethode der Konventionalstrafe, in Ausführungsbestimmungen zum GAVP zu regeln, was in Art. 31 sowie im Anhang 1 (Konventionalstrafenrechner) des Reglements PVP auch erfolgt ist. Diese rechtlichen Grundlagen sind sowohl von der SPKP als auch von der Vereinsversammlung genehmigt worden und somit verbindlich.

b) Konventionalstrafenrechner

Gemäss Konventionalstrafenrechner im Anhang 1 des Reglements PVP wird in einem ersten Schritt die Grundkonventionalstrafe festgelegt. Diese wird auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten Lohnsumme berechnet. Geringfügige Verstösse (d.h. der prozentuale Anteil liegt unter 3 Prozent) werden in Übereinstimmung mit Art. 20 Abs. 2 AVG nicht mit einer Strafe geahndet.

Liegen demgegenüber keine geringfügigen Verstösse vor, wird eine Grundkonventionalstrafe nach einer vorgegebenen Formel festgesetzt. Diese wird in der Folge aufgrund der strafbeeinflussenden Faktoren Wiedergutmachung, Verschulden, Wiederholungsfall und nichtgeldwerte Verfehlung(en) erhöht oder gesenkt. Wie diese einzelnen Kriterien anzuwenden sind, geht detailliert aus dem Konventionalstrafenrechner hervor.

aa) Grundkonventionalstrafe

Die Rekursgegnerin hat die geldwerten Verfehlungen im Entscheid auf insgesamt CHF 42‘393.08 festgesetzt. Sanktionsrelevant waren indessen nur CHF 42‘194.78, da CHF 198.30 aus Verstössen während der dreimonatigen Übergangsfrist herrühren (vgl. Ziffer 4.3 des Entscheids). In der Stellungnahme vom 16. März 2016 hat sie zusätzlich einen Betrag von CHF 639.93 abgezogen (Annahmeverzug bei Mitarbeiter Nr. 41), fälschlicherweise aber den Betrag von CHF 198.30 wieder mitberücksichtigt (vgl. Ziffer 3 der betreffenden Stellungnahme).

Die für die Berechnung der Konventionalstrafe relevanten geldwerten Verfehlungen setzen sich korrekterweise wie folgt zusammen:

	CHF 42‘393.08		
-	CHF	198.30	(Verfehlungen während Übergangsfrist)
-	CHF	639.93	(Annahmeverzug Mitarbeiter Nr. 41)
-	CHF	4.85	(Reduktion Schichtzulage Mitarbeiter 31; vgl. Erw. 4b)
=	CHF 41‘550.00		

Wie sich dem beiliegenden Berechnungsblatt entnehmen lässt, entspricht die Höhe der relevanten geldwerten Verfehlungen somit 3.16% der kontrollierten Lohnsumme, was eine Grundstrafe von CHF 9‘702.00 nach sich zieht. Da der Wert über 3% liegt, kann vorliegend entgegen der Auffassung der Rekurrentin nicht von einem geringfügigen Verstoss im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG gesprochen werden. Ihrem Antrag, es sei von einer Auferlegung der Konventionalstrafe abzusehen, kann deshalb bereits aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Die so berechnete Grundstrafe ist mit den nachfolgenden strafbeeinflussenden Faktoren zu erhöhen oder zu senken.

bb) Wiedergutmachung

Der Grad der Wiedergutmachung errechnet sich am Anteil der nachgezahlten und belegten geldwerten Verfehlungen an der gesamten nicht bestrittenen Verfehlungssumme.

Die Rekurrentin hat vorliegend geldwerte Verfehlungen im Umfang von CHF 5‘077.14 anerkannt (vgl. Rz. 14 ihres Rekurses), diesen Betrag aber bisher nicht nachbezahlt (vgl. Ziffer 4.3 des Entscheids). Mit Schreiben vom 16. Februar 2015 (rechtliches Gehör) wurde ihr Gelegenheit gegeben, die festgestellten Korrekturen zu korrigieren. Gleichzeitig hat die Rekursgegnerin explizit darauf hingewiesen, dass sich belegte Korrekturen sowie bereits getätigte Nachzahlungen bei der Festsetzung allfälliger Sanktionen strafmildernd auswirken werden. Dieses Vorgehen steht ohne weiteres im Einklang mit Art. 6 Abs. 10 des Verfahrensreglements der SPKP (abrufbar auf www.tempservice.ch → Dokumente). Zudem lässt sich auch Art. 38 Abs. 4 GAVP entnehmen, dass sich die rasche Nachzahlung der vorenthaltenen (und anerkannten) geldwerten Leistungen strafmildernd auswirken.

Aus den genannten Gründen ist die von der Rekursgegnerin gemachte Feststellung, dass bisher keine Wiedergutmachungszahlungen geleistet worden sind, im Lichte von Anhang 1 des Reglements PVP nicht zu beanstanden. Dieser Umstand wurde zu Recht strafschärfend mit einem Faktor von 1.4 berücksichtigt.

cc) Verschulden

Der Grad des Verschuldens bestimmt sich anhand des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme bestimmt. Liegt dieser Anteil zwischen 3 und 3.75 Prozent, liegt ein leichtes Verschulden vor.

Der prozentuale Anteil liegt vorliegend wie erwähnt bei 3.16%, weshalb der Verschuldensgrad als leicht zu taxieren und mit dem Faktor 0.8 zu berücksichtigen ist.

dd) Wiederholungsfall

Ein Wiederholungsfall liegt, wenn der kontrollierte Verleihbetrieb mindestens 50 Prozent der gleichen Artikel des GAVP verletzt, gegen die er bereits bei der letzten Kontrolle verstossen hat.

Bei der Rekurrentin ist am 27. Februar 2014 erstmals eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt worden. Da kein Wiederholungsfall vorliegt, muss bei der Berechnung der Konventionalstrafe insoweit der Wert 1 eingesetzt werden.

ee) Nichtgeldwerte Verfehlungen

Insgesamt hat die Rekursgegnerin 16 nicht geldwerte Verfehlungen – davon 10 versäumte BVG-Versicherungen – festgestellt (vgl. Ziffer 2.3 des Entscheids). Diese sind von der Rekurrentin nicht bestritten worden und gelten deshalb als anerkannt (vgl. oben Erw. 6).

Liegen 5 (oder mehr) geldwerte Verfehlungen vor, so ist die Grundkonventionalstrafe gemäss Konventionalstrafenrechner mit dem Faktor 3 zu multiplizieren. Die Rekursgegnerin hat die Anzahl geldwerter Verfehlungen vorliegend fälschlicherweise mit „3“ beziffert, was gemäss dem dem Entscheid vom 15. Dezember 2015 beigelegten Berechnungsblatt lediglich einen Faktor von 1.8 ergibt. Die Konventionalstrafe ist somit betreffend der nicht geldwerten Verfehlungen irrtümlicherweise auf der Grundlage eines zu tiefen Faktors festgesetzt worden (1.8 anstatt recte 3).

In ihrer Stellungnahme vom 16. März 2016 hat die Rekursgegnerin dieses Versehen nicht korrigiert. Vielmehr hat sie die Reduktion der Strafe wegen mangelnder Sanktionskompetenz beim Annahmeverzug beantragt (vgl. Ziffer 3 der erwähnten Eingabe). Vor diesem Hintergrund hat die Rekurskommission vorliegend auch nicht weiter zu untersuchen hat, ob die Konventionalstrafe zu erhöhen wäre. Einem solchen Vorgehen stünde das bereits erwähnte Verbot der reformatio in peius im Wege (vgl. dazu BGE 129 III 419).

Liegt ein Fall einer schweren nicht geldwerten Verfehlung vor, so ist der oben genannten Faktor von 1.8 (recte eigentlich 3) um 0.5 zu erhöhen. Als Beispiel einer schweren geldwerten Verfehlung gelten praxisgemäss insbesondere versäumte BVG-Versicherungen. Somit ist die von der Rekursgegnerin in diesem Punkt vorgenommene Strafschärfung um den Faktor 0.5 gerechtfertigt.

c) Berechnung der konkreten Konventionalstrafe

Dem beiliegenden Berechnungsblatt lässt sich entnehmen, dass aufgrund der oben genannten Faktoren im konkreten Fall eine Gesamtstrafe von CHF 24‘992.00 resultiert.

Entscheid

8. Aus den oben unter Ziffer 1 - 7 gemachten Ausführungen ergibt sich, dass der Rekurs vom 28. Januar 2016 teilweise gutzuheissen ist. Der Entscheid der Rekursgegnerin vom 15. Dezember 2015 wird – soweit die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 betreffend – im Umfang von CHF 4.85 (vgl. Erw. Ziff. 4b) aufgehoben. Die geforderten Nachzahlungen reduzieren sich somit auf CHF 42‘388.25. Soweit den Betrag von CHF 639.93 bei Mitarbeiter Nr. 41 betreffend (Annahmeverzug) darf sie zudem nur empfohlen werden.

Im Weiteren ist die unter Ziffer 4.3 des angefochtenen Entscheids festgesetzte Konventionalstrafe von CHF 25‘781.00 auf CHF 24‘992.00 zu reduzieren.

Die Kosten dieses Verfahrens sind vom PVP zu tragen. Dem Antrag der Rekurrentin auf Ersatz der Parteikosten kann nicht entsprochen werden. Weder im GAVP noch im Reglement PVP oder in jenem der Rekurskommission lässt sich eine gesetzliche Grundlage finden, die es bei (teilweiser) Gutheissung des Rekurses gebieten würde, die Rekursgegnerin zur Übernahme der gegnerischen Parteikosten zu verpflichten.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit er sich nicht als gegenstandslos erweist.
2. Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 15. Dezember 2015 in der Höhe von CHF 42‘393.08 reduziert sich auf CHF 42‘388.25.

   Soweit den Betrag von CHF 639.93 bei Mitarbeiter Nr. 41 betreffend (Annahmeverzug) darf die Nachzahlung lediglich empfohlen werden.
3. Die Konventionalstrafe gemäss Ziffer 4.3 des Entscheids vom 15. Dezember 2015 in der Höhe von CHF 25‘781.00 reduziert sich auf CHF 24‘992.00.
4. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen. Es wird kein Ersatz für Parteikosten zugesprochen.

Dübendorf, 23. Juni 2016

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Mathias Regotz, Präsident

Decimo Vincenzi, Vizepräsident

zu eröffnen an:

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 9/2016

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 1. September 2016

in Sachen

W. SA

vertreten durch RA M. und RA N.

Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15

Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 29. Januar 2016 gegen den Entscheid der RPKD vom 14. Dezember 2015 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 12. und 13. Mai 2015 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2014. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 144 Mitarbeitende in 155 Einsätze verliehen. Davon wurden 16 Mitarbeitende in 17 Einsätzen überprüft. Die Ist-Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 222‘878.41.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 13. August 2015 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass insbesondere in den Bereichen Mindestlöhne, Lohnzuschläge, Annahmeverzug und Unterstellung unter die berufliche Vorsorge Verfehlungen festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 21. August 2015 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht vor Zustellung an die Rekursgegnerin einzusehen und sich dazu zu äussern. Sie hat am 30. Oktober 2015 eine entsprechende Stellungnahme eingereicht.

4. Mit Entscheid vom 14. Dezember 2015 stellte die Rekursgegnerin fest, dass die festgestellten geldwerten Verfehlungen insgesamt 19.37% der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden betragen würden. Es liege somit ein schweres Verschulden vor. Die Höhe der Konventionalstrafe wurde auf CHF 50‘000.00 festgesetzt. Zudem wurde die Rekurrentin verpflichtet, 75% der gesamten Kontrollkosten von CHF 7‘946.95, CHF 5‘960.20 ausmachend, zu übernehmen.

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin, vertreten durch RA M. und RA N., am 29. Januar 2016 Rekurs. Dabei stellte sie – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegnerin – den Antrag, Ziffer 4.3 des Beschlusses sei aufzuheben und die Konventionalstrafe auf maximal CHF 5‘000.00 zu reduzieren.

   Die Rekurrentin stellte sich zusammenfassend auf den Standpunkt, dass die Höhe der ihr vorliegend auferlegten Strafe völlig unverhältnismässig sei, zumal sie sich im Rahmen der Lohnbuchkontrolle ja nachweislich kooperativ verhalten habe. Insbesondere sei etwa unklar, wie die Gewichtung der Grundkonventionalstrafe zustande gekommen sei. Auch die verschiedenen Faktoren, die sich vorliegend strafschärfend ausgewirkt hätten, liessen sich weder dem GAV entnehmen noch seien sie substantiiert begründet worden. Der

Entscheid widerspreche insoweit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und lasse sich auch mit dem GAV Personalverleih (GAVP) nicht vereinbaren. Letzterer lasse die Auferlegung des Höchstbetrages notabene nur im Rahmen von Art. 38 Abs. 5 GAVP zu. Diese Konstellation liege vorliegend aber gerade nicht vor. Schliesslich lasse sich auch dem Bericht über den Vollzug der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr vom 5. Mai 2015 (FlaM-Bericht 2015) entnehmen, dass die vorliegend ausgesprochene Konventionalstrafe von CHF 50‘000.00 im statistischen Vergleich völlig unverhältnismässig sei. Sie entspreche rund dem 14-fachen der durchschnittlich im Jahr 2014 im Bereich des Personalverleihs auferlegten Strafen.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 14. März 2016 zum eingereichten Rekurs und beantragte sinngemäss dessen Abweisung.

   Sie wies ergänzend darauf hin, dass dem Beschluss vom 14. Dezember 2015 fälschlicherweise eine fehlerhafte Konventionalstrafenberechnung beigelegt worden sei. Im Entscheid selber seien jedoch die Höhe der Verfehlungen und der daraus resultierende Prozentsatz korrekt aufgeführt worden. Hinzu komme, dass die geldwerten Verfehlungen im Bereich des Annahmeverzugs im Lichte der seit März 2016 geltenden Richtlinie Vollzugskompetenz zu Unrecht in die Berechnung der Konventionalstrafe eingeflossen seien. Die geldwerten Verstösse würden sich somit auf CHF 22‘430.58 (CHF 53‘537.95 abzgl. CHF 31‘107.37) reduzieren, was einem Prozentsatz von 9.14% entspreche. Das ändere aber letztlich nichts daran, dass der Rekurrentin vorliegend die gemäss GAVP mögliche maximale Strafe in der Höhe von CHF 50‘000.00 auferlegt werden müsse.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 14. Dezember 2015. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch RA M. und RA N., am 29. Januar 2016 Rekurs. Eine entsprechende Vollmacht ist aktenkundig.

Unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. c des Reglements der Rekurskommission erfolgte die Eingabe fristgerecht innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP.

2. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf die Eingabe ist deshalb einzutreten.

II. Materielles

Vorbemerkung zum anwendbaren GAVP bzw. Reglement PVP (inkl. Anhänge)

Seit dem 1. Mai 2016 gilt der neue, allgemeinverbindlich erklärte GAVP 2016 – 2018 (nGAVP). Die Kontrollperiode umfasst vorliegend jedoch den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2014, weshalb sich die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids vom 14. Dezember 2015 noch nach den altrechtlichen Bestimmungen des GAVP, d.h. denjenigen in der Fassung vom 1. Januar 2012 bis am 30. April 2016, bestimmt.

Per 1. August 2016 wurde zudem das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des Reglements PVP revidiert. Art. 31ter Abs. 2 des neuen Reglements PVP stellt klar, dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 nur für Entscheide der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Personalverleih (SPKP) und der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (RPKP) anwendbar sind, welche nach der Inkraftsetzung des neuen Reglements PVP ergehen. Der angefochtene Entscheid datiert vom 14. Dezember 2015, weshalb in casu noch die altrechtlichen Bestimmungen des Reglements PVP (inkl. dessen Anhänge) zu beachten sind.

1. a) Die von der Rekursgegnerin unter Ziffer 2, Ziffer 3 sowie Ziffer 4.1 und 4.2 ihres Beschlusses vom 14. Dezember 2015 aufgeführten und substantiierten geldwerten und nicht geldwerten Verfehlungen werden von der Rekurrentin in ihrem Rekursschreiben nicht bestritten. Auch die Überwälzung der Kontrollkosten im Umfang von 75% (Ziffer 4.4 des Beschlusses) stellt sie nicht in Frage.

Streitgegenstand bildet im vorliegenden Rekursverfahren somit ausschliesslich die in Ziffer 4.3 des Beschlusses ausgesprochene Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 50‘000.00 (vgl. Rz. 7 des Rekurses).

b) Die Rekurrentin bestreitet im Wesentlichen die Verhältnismässigkeit der ihr vorliegend auferlegten Konventionalstrafe. Sie widerspreche der bundesgerichtlichen Praxis und sei sowohl mit Blick auf den GAVP als auch auf den FlaM-Bericht 2015 nicht haltbar. Unter Berücksichtigung der festgestellten Verstösse erachte sie eine Strafe von höchstens CHF 5‘000.00 für angemessen.

Die Rekursgegnerin äusserte sich in ihrer Stellungnahme vom 14. März 2016 nicht zur Frage der Angemessenheit der von ihr ausgesprochenen Sanktion. Sie hat sich lediglich darauf beschränkt, punktuelle Korrekturen vorzunehmen, die sich letztlich aber nicht auf die Höhe der Gesamtstrafe auswirken, da der Maximalbetrag aus ihrer Sicht so oder anders erreicht wird.

2. a) Art. 38 Abs. 4 GAVP stellt klar, dass die Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Arbeitsverleih (RPKA) gegenüber Betrieben, die Bestimmungen des GAVP verletzen, Konventionalstrafen bis zu CHF 50‘000.00 aussprechen können. Im Weiteren werden die Kriterien, nach denen die Konventionalstrafe festzusetzen ist, beispielhaft in den Absätzen 4 und 5 von Art. 38 GAVP aufgeführt. Sie legen gleichsam die Eckpunkte fest, die es bei der Berechnung der Strafe zu beachten gilt. Zudem sind sie vom Bundesrat ohne Einschränkung allgemeinverbindlich erklärt worden.

Ausführende Vorschriften zu Art. 38 Abs. 4 und 5 GAVP lassen sich dem Anhang 1 des Reglements PVP entnehmen. Der dort verankerte Konventionalstrafenrechner ist notabene sowohl von der Schweizerischen Paritätischen Kommission Personalverleih (SPKP) als auch von der Vereinsversammlung genehmigt worden und auf der Internetseite der Vorinstanz abrufbar (www.tempservice.ch/tempservice/dynasite.cfm?dsmid=118268). Die rechtsanwendenden Stellen – dazu gehört auch die Rekurskommission – sind folglich an diesen Rechner gebunden.

b) Gemäss Konventionalstrafenrechner wird in einem ersten Schritt die Grundkonventionalstrafe festgelegt. Diese wird auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten Lohnsumme berechnet. Geringfügige Verstösse (d.h. wenn der prozentuale Anteil unter 3% liegt) werden in Übereinstimmung mit Art. 20 Abs. 2 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) nicht geahndet.

Liegen demgegenüber keine geringfügigen Verstösse vor, wird eine Grundkonventionalstrafe nach einer vorgegebenen Formel festgesetzt. Diese wird in der Folge aufgrund der nachfolgenden, strafbeeinflussenden Faktoren erhöht oder gesenkt:

- Wiedergutmachung
- Verschulden
- Wiederholungsfall
- Nichtgeldwerte Verfehlung

Wie diese einzelnen Kriterien anzuwenden sind, geht detailliert aus dem Konventionalstrafenrechner hervor. Werden die festgestellten und unbestrittenen Nachzahlungen etwa vollumfänglich geleistet, fällt das mit einem Faktor von 0.8 strafmildernd ins Gewicht. Die Klärung bestrittener Verfehlungen bleibt dem Rekursverfahren vorbehalten. Verletzt der Betrieb im Rahmen einer zweiten Kontrolle mindestens 50% der gleichen GAV-Bestimmungen, gegen die er bereits im Rahmen der letzten Kontrolle verstossen hat, führt das zu einer Strafschärfung, die mit dem Faktor 1.5 in die Berechnung einfliesst. Nichtgeldwerte Verfehlungen werden – wie in Art. 38 Abs. 4 GAVP vorgesehen – strafschärfend berücksichtigt. Schliesslich richtet sich der Verschuldensgrad anhand des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlung an der kontrollierten Lohnsumme.

c) Keinen unmittelbaren Einfluss in den Konventionalstrafenrechner hat demgegenüber die Grösse der fehlbaren Unternehmung gefunden.

Dieses Kriterium soll gemäss GAVP allerdings auch nur dann eine Rolle spielen, wenn die Maximalstrafe ausgesprochen wird (vgl. Art. 38 Abs. 5 GAVP). Insoweit steht den RPKA jedoch explizit ein Ermessensspielraum zu. Die Unternehmensgrösse soll nicht das allein entscheidende Kriterium sein. Sie soll

vielmehr ein Notventil für den Fall darstellen, dass eine Konventionalstrafe von CHF 50‘000.00 die wirtschaftliche Existenz des kontrollierten Betriebes in Frage stellen könnte (vgl. dazu unten unter Erw. 6 lit. f). Folgerichtig sieht Art. 38 Abs. 5 GAVP auch nur eine „angemessene“ Beachtung dieses Kriteriums vor.

d) Im Weiteren fliesst das bisherige Verhalten des kontrollierten Betriebs bzw. dessen Kooperationsbereitschaft während der Lohnbuchkontrolle nicht in den Konventionalstrafenrechner ein.

Die Rekurrentin hält insoweit fest, dass sie stets um die vollste Zufriedenheit der Angestellten bemüht gewesen sei. Sie habe von verschiedenen Mitarbeitern überaus positive Rückmeldungen für ihre Tätigkeit erhalten. Zudem habe sie sich auch im Rahmen der Lohnbuchkontrolle kooperativ verhalten. Das werde auch von der Rekursgegnerin nicht in Abrede gestellt bzw. im Rahmen der Begründung der Kontrollkostenüberwälzung sogar explizit hervorgehoben. Auch angesichts dieser Tatsachen müsse die Auferlegung der maximalen Höhe der Konventionalstrafe als unverhältnismässig angesehen werden.

aa) Dass sich die Rekurrentin für das Wohl ihrer Mitarbeitenden eingesetzt hat, wird nicht bestritten. Das ergibt sich bis zu einem gewissen Grad allerdings bereits aus der in Art. 328 ff. des Obligationenrecht (OR) geregelten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten.

Das ändert jedoch nichts daran, dass die Rekurrentin geldwerte Verfehlungen in beträchtlichem Umfang zu verzeichnen hat. Für die Berechnung der Konventionalstrafe kann deshalb der allgemeine Umgang der Rekurrentin mit ihren Angestellten nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden.

bb) Sodann ist klarzustellen, dass die Kooperationsbereitschaft anlässlich der Kontrolle nicht als strafschärfendes oder -milderndes Element in den Konventionalstrafenrechner gemäss Anhang 1 des Reglements PVP einfliesst. Das ist jedoch auch sachgerecht. Selbst wenn einem kontrollierten Betrieb eine aktive Kooperation attestiert werden kann, sagt dieses Verhalten während der Betriebskontrolle nichts über die Schwere der festgestellten geldwerten und/oder nicht geldwerten Verfehlungen aus. Das gilt freilich auch im umgekehrten Fall,

d.h. bei fehlender Kooperationsbereitschaft. Demgegenüber führt ein unkooperatives oder sogar passives Verhalten des betreffenden Unternehmens in der Regel dazu, dass sich die Kontrolle verzögert, mithin mehr Zeit in Anspruch nimmt und dadurch auch teurer wird.

Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, die Kooperationsbereitschaft als Kriterium bei der Überwälzung der Kontrollkosten zu berücksichtigen, wie das im Anhang 2 des Reglements PVP vorgesehen ist. Für die Festsetzung der Konventionalstrafe kann sie jedoch kein entscheidendes Kriterium sein. Die Tatsache, dass die Rekurrentin vorliegend mit der betreffenden Kontrollfirma kooperiert hat, ist mit anderen Worten für die Beurteilung der Angemessenheit der konkret ausgesprochenen Konventionalstrafe nicht von Bedeutung.

e) Die obigen Ausführungen zeigen deutlich, dass die Berechnung – entgegen der Auffassung der Rekurrentin – sehr wohl substantiiert ist und die verschiedenen Komponenten einer Gewichtung zugeführt werden. Die Faktoren, die für die Strafbemessung entscheidend sind, werden im Rechner transparent aufgeführt. Die Höhe der Sanktion hängt zudem nicht allein vom prozentualen Anteil der geldwerten Verfehlung ab. Dieser ist lediglich für die Bestimmung der Grundkonventionalstrafe von Bedeutung. „Persönliche Verhältnisse“ des kontrollierten Betriebes fliessen mit den erwähnten Faktoren „Wiedergutmachung“ und „Wiederholungsfall“ in die Berechnung ein.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Reglement PVP bzw. dessen Anhang 1 bei der Bestimmung der dem Betrieb konkret aufzuerlegenden Konventionalstrafe durchaus eine Gesamtbeurteilung vornimmt. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin stellt es gerade nicht ausschliesslich auf die infolge GAV-Verletzung erzielten Vorteile bzw. auf den tatsächlichen oder möglichen Schaden bei den Arbeitnehmern ab.

3. Die Rekurrentin stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass die Rekursgegnerin mit der Berechnung der Strafe auch die Vorgaben des GAV selbst missachte. Eine volle Ausschöpfung des Rahmens von CHF 50‘000.00 sei nur bei „Rückfall oder mehrmaliger Verletzung des GAV“ zulässig. Diese Tatbestände seien vorliegend gerade nicht erfüllt. Somit sei es gemäss GAVP nicht zulässig, die Höchststrafe auszusprechen.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Art. 38 Abs. 4 GAVP stellt klar, dass die RPKA gegenüber Betrieben, die Bestimmungen des GAVP verletzen, Konventionalstrafen bis zu CHF 50‘000.00 aussprechen kann. Für die konkrete Strafberechnung sind die bereits erwähnten Faktoren herbeizuziehen bzw. zu berücksichtigen. Entscheidend ist somit stets der konkrete Einzelfall. Daraus folgt, dass sich die Kompetenz, Strafen bis zum erwähnten Maximalbetrag auszusprechen, bereits unmittelbar aus dieser GAV-Bestimmung ableiten lässt.

Im Weiteren weist auch Art. 38 Abs. 5 GAVP darauf hin, dass bei Rückfall oder mehrmaliger Verletzung des GAVP der volle Rahmen der Konventionalstrafe ausgeschöpft werden kann. Diese Feststellung hat jedoch im Lichte von Art. 38 Abs. 4 GAVP keinen eigenständigen Charakter. Absatz 5 von Art. 38 GAVP ist zusammen mit Absatz 4 zu lesen. Die in diesen beiden Absätzen aufgeführten Elemente fliessen – entweder strafschärend oder starfmildernd – in den Konventionalstrafenrechner gemäss Anhang 1 des Reglements PVP ein. Entgegen der Ansicht der Rekurrentin kann und darf aus Absatz 5 dieser GAV-Bestimmung nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Maximalstrafe nur in diesen beiden Konstellationen ausgesprochen werden darf und ansonsten ausgeschlossen sein soll. So muss die Höchststrafe beispielsweise auch dann auferlegt werden dürfen, wenn sich der zu kontrollierende Betrieb gänzlich weigert, den Kontrollorganen die für die Kontrolle nötigen Informationen und Dokumente auszuhändigen. Folgerichtig sieht Art. 31 Abs. 6 des Reglements PVP vor, dass (auch) im Falle von vollständiger Kontrollrenitenz eine Konventionalstrafe von CHF 50‘000.00 ausgesprochen werden darf. Das zeigt exemplarisch, dass die von der Rekurrentin vorgenommen Interpretation von Art. 38 Abs. 5 GAVP nicht zutreffen kann.

Ob die Maximalstrafe im konkreten Fall tatsächlich gerechtfertigt ist, werden die nachfolgenden Ausführungen zeigen (vgl. Erw. 6).

4. Die Rekurrentin bringt im Weiteren vor, dass die von der Rekursgegnerin vorgenommene Berechnung der Konventionalstrafe auch den Vorgaben des Bundesgerichts widerspreche und verweist insofern auf dessen Ausführungen im Entscheid BGE 116 II 302. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei es ausgeschlossen, für die Bemessung der Strafe schlechthin auf die infolge der

Verletzung des GAV erzielten Vorteile und auf den tatsächlichen oder möglichen Schaden von Arbeitnehmern abzustellen.

a) Wie oben unter Erwägung 2 aufgezeigt worden ist, stellt der Konventionalstrafenrechner nach Anhang 1 des Reglements PVP keineswegs nur auf diese Kriterien ab. In die Strafbemessung fliessen zusätzliche Faktoren ein, die sich je nach Einzelfall strafschärfend oder strafmildernd auswirken können. Das Bundesgericht stellte im besagten Entscheid unter Erwägung 3 gerade klar, dass die Schwere der Vertragsverletzung sowie das Verschulden mit zu berücksichtigen seien. Im Weiteren müsse die Bemessung der Strafe auch dem Zweck Rechnung tragen, durch wirksame Bestrafung künftige Vertragsverletzungen zu verhindern. Diese Kriterien werden vorliegend berücksichtigt. Der von der Rekursgegnerin angewandte Rechner beachtet sogar zusätzliche Aspekte wie etwa der Grad der Wiedergutmachung.

Aus dem Umstand, dass die Konventionalstrafe im zitierten Entscheid des Bundesgerichts lediglich im Umfang von CHF 10‘000.00 geschützt wurde – die Klägerin beantragte demgegenüber die ursprünglich von ihr festgesetzte Strafe in der Höhe von CHF 25‘000.00 –, kann die Rekurrentin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dem höchstrichterlichen Urteil lässt sich gerade nicht entnehmen, dass eine Strafe in der Höhe von CHF 50‘000.00 (ungeachtet des konkreten Einzelfalls) unverhältnismässig und somit unzulässig wäre. Die Richter haben lediglich die Kriterien aufgeführt, die es bei der konkreten Bemessung einer Konventionalstrafe zwingend zu beachten gilt. Diese fliessen in den von der Rekursgegnerin angewandten Rechner ein. Dieser berücksichtigt sogar noch weitere Faktoren und nimmt eine Gesamtbeurteilung vor.

b) Im vorliegenden Fall fällt zudem auf, dass die bei der Rekurrentin im Endeffekt festgestellten geldwerten Verfehlungen beinahe 10% der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden ausmachen (vgl. Ziffer 1.2 der Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 14. März 2016). Ein solch hoher Prozentsatz deutet auf eine ausserordentlich schwere Vertragsverletzung hin. Einem derartigen Verstoss muss auch mit einer hohen Strafe begegnet werden können, um künftige Vertragsverletzungen wirksam zu verhindern und um den Wettbewerb unter den Marktteilnehmern zu gewährleisten bzw. wiederherzustellen. Ein solches Vorgehen steht mit der bundesgerichtlichen Praxis in BGE 116 II 302 ohne weiteres im Einklang. Andernfalls würden diejenigen Unternehmen, die sich vollumfänglich an die Vorschriften des allgemeinverbindlich erklärten GAVP halten, offensichtlich benachteiligt. Zudem würde zweifellos auch die Glaubwürdigkeit des GAV-Vollzugs in Frage gestellt.

Schwerwiegende Vertragsverletzungen dürfen sich finanziell für die dem GAVP unterstellten Betriebe unter keinen Umständen lohnen.

c) Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass die vom Bundesgericht für die Bemessung der Konventionalstrafe aufgestellten Kriterien vorliegend beachtet werden. Der Rekurs erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, ob die der Rekursgegnerin konkret auferlegte Konventionalstrafe im Lichte des Rechners gemäss Anhang 1 des Reglements PVP rechtens ist oder ob deren Höhe in casu als unverhältnismässig einzustufen ist. Das wird nachfolgend unter Erwägung 6 untersucht.

5. a) Die Rekurrentin beruft sich im Weiteren auf den FlaM-Bericht 2015. Diesem lasse sich entnehmen, dass im Jahre 2014 insgesamt 614 Betriebe kontrolliert worden seien. In 26 Fällen seien wegen schwerwiegender Verstösse gegen den GAVP Konventionalstrafen ausgesprochen worden. Der Gesamtbetrag dieser Sanktionen belaufe sich auf CHF 94‘250.00, was einer durchschnittlich verhängten Strafe von CHF 3‘625.00 entspreche.

Die vorliegend ausgesprochene Konventionalstrafe betrage somit das 14-fache dieses Durchschnittswerts und sei somit auch im statistischen Vergleich völlig unverhältnismässig. Die beantragte Reduktion auf maximal CHF 5‘000.00 erscheine demgegenüber als angemessen und entspreche nach wie vor dem oberen Rahmen des statistisch Üblichen.

b) Die von der Rekurrentin dargelegten Zahlen im FlaM-Bericht 2015 sind korrekt. Gemäss dem aktuellen FlaM-Bericht vom 12. Mai 2016 wurden im Jahre 2015 126 Strafen im Gesamtbetrag von CHF 172‘002.00 ausgesprochen, was sogar zu einer Senkung des durchschnittlichen Werts im Vergleich zum Jahr 2014 führte (vgl. Tabelle 21, S. 35 des FlaM-Berichts 2016).

Aus diesen Statistiken zur Kontrolltätigkeit bzw. zu den ausgesprochenen Sanktionen wegen Verstössen gegen den GAVP kann die Rekurrentin für den konkreten Fall jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Innerhalb des Segments der schweren Verfehlungen, d.h. ab einem prozentualen Anteil der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme von 3%, sind beträchtliche Unterschiede

auszumachen. Zudem sind stets auch die strafschärfenden bzw. -mildernden Faktoren zu berücksichtigen.

Der oben erwähnten Tabelle lässt sich gerade nicht entnehmen, wie sich die 26 (2014) bzw. 126 (2015) ausgesprochenen Sanktionen betragsmässig konkret zusammensetzen. Es dürfte sich aber um sehr viele tiefe und vereinzelt hohe Strafen handeln. Die vorliegend von der Rekursgegnerin festgestellten geldwerten Verfehlungen betragen nahezu einen Zehntel der Soll-Lohnsumme. Ein derart schwerwiegender Fall hat gemäss Erfahrungen der Rekurskommission zweifellos Ausnahmecharakter und stellt einen Sonderfall dar. Folglich erscheint es auch nicht als sachgerecht, die der Rekurrentin auferlegte Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 50‘000.00 zur durchschnittlich ausgesprochenen Konventionalstrafe in den Jahren 2014 und 2015 in Relation zu setzen. Ein solcher Vergleich hinkt und lässt völlig ausser Acht, dass für die Strafzumessung letztlich immer der konkrete Einzelfall massgebend sein muss.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Rekurs auch in diesem Punkt als unbegründet erweist und abzuweisen ist.

Die gemäss GAVP zulässige Höchststrafe von CHF 50‘000.00 mag zwar im statistischen Vergleich unüblich, angesichts der konkreten Umstände möglicherweise aber durchaus verhältnismässig sein. Ob das vorliegend der Fall ist, wird im Nachfolgenden untersucht.

6. Es gilt nun zu prüfen, ob die Rekursgegnerin den Konventionalstrafenrechner gemäss Anhang 1 des Reglements PVP im Rahmen der konkreten Lohnbuchkontrolle richtig angewendet hat.

a) Grundkonventionalstrafe

Die Grundkonventionalstrafe wird wie bereits erwähnt auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeiter berechnet.

Den Ziffern 4.1 und 4.3 des Beschlusses vom 14. Dezember 2015 lässt sich entnehmen, dass die geldwerten Verstösse total CHF 53‘537.95 betragen, was einem Prozentsatz von 19.37% der Soll-Lohnsumme entspricht.

Die Rekursgegnerin hat dem Entscheid jedoch versehentlich ein falsches Berechnungsblatt beigelegt, das diese Werte nicht korrekt abbildet (vgl. Ziffer 1.1 sowie Beilagen 1 und 2 ihrer Stellungnahme vom 14. März 2016). Im Entscheiddispositiv sind sie aber richtig aufgeführt.

aa) Gemäss Ziffer 4 der Richtlinie Vollzugskompetenz war die Rekursgegnerin vorliegend befugt, die Einhaltung der vereinbarten Normalarbeitszeit zu prüfen und einen Annahmeverzug der Rekurrentin festzustellen (vgl. Ziffer 2.5 des Beschlusses vom 14. Dezember 2015). Die erwähnte Richtlinie Vollzugskompetenz verbietet aber, dass die entsprechenden Verfehlungen strafwirksam ins Gewicht fallen. Daraus folgt, dass die unter Ziffer 3 des Beschlusses in der Spalte „Annahmeverzug“ zusammengetragenen Verfehlungen in der Höhe von CHF 19‘189.64 nicht in die Berechnung der Grundkonventionalstrafe einfliessen durften.

Diesen Mangel hat die Rekursgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 14. März 2016 zwar erkannt und korrigiert (vgl. Ziffer 1.2). Sie hat sodann aber den falschen Betrag, nämlich die Summe der Verfehlungen beim Mindestlohn (CHF 31‘107.37) anstatt jenen beim Annahmeverzug (CHF 19‘189.64) in Abzug gebracht, was sich bei der Festlegung der Grundkonventionalstrafe zu Gunsten der Rekurrentin auswirkt. Diese fällt dadurch tiefer aus. Die Rekurskommission ist aufgrund des Verbots der reformatio in peius nicht befugt, diesen Fehler von Amtes wegen zu korrigieren (vgl. dazu BGE 129 III 419).

bb) Die sanktionsrelevanten geldwerten Verfehlungen belaufen sich somit – nach der Berechnung der Rekursgegnerin – auf total CHF 22‘430.58 (recte: CHF 34‘348.31), was einem Prozentsatz von 9.14% (recte: 13.35%) entspricht bzw. eine Grundkonventionalstrafe von CHF 15‘149.00 nach sich zieht. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, wirkt sich dieses Versehen jedoch insofern nicht aus, als auch auf dieser zu Gunsten der Rekurrentin fehlerhaften Grundlage unter Berücksichtigung der Strafzumessungsgründe die Maximalstrafe von CHF 50‘000.00 überschritten wird.

Insoweit kann vollumfänglich auf das Berechnungsblatt verwiesen werden, das die Rekursgegnerin ihrer Stellungnahme vom 14. März 2016 als Beilage 3 beigelegt hat. Diese Grundstrafe ist mit den nachfolgenden strafbeeinflussenden Faktoren zu erhöhen bzw. gegebenenfalls zu senken.

b) Wiedergutmachung

Der Grad der Wiedergutmachung errechnet sich am Anteil der nachgezahlten und belegten geldwerten Verfehlungen an der gesamten nicht bestrittenen Verfehlungssumme.

Die Rekurrentin hat vorliegend die festgestellten geldwerten Verfehlungen vollumfänglich anerkannt (vgl. Ziffer 1 ihrer im Rekurs gestellten Rechtsbegehren), den entsprechenden Betrag bisher aber nicht nachbezahlt. Mit Schreiben vom 21. August 2015 (rechtliches Gehör) wurde ihr Gelegenheit gegeben, die festgestellten Korrekturen zu korrigieren. Gleichzeitig hat die Rekursgegnerin explizit darauf hingewiesen, dass sich belegte Korrekturen sowie bereits getätigte Nachzahlungen bei der Festsetzung allfälliger Sanktionen strafmildernd auswirken werden. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit Art. 6 Abs. 10 des Verfahrensreglements der SPKP (abrufbar auf www.tempservice.ch → Dokumente). Zudem lässt sich auch Art. 38 Abs. 4 GAVP entnehmen, dass sich die rasche Nachzahlung der vorenthaltenen (und anerkannten) geldwerten Leistungen strafmildernd auswirken.

Aus den genannten Gründen ist die von der Rekursgegnerin gemachte Feststellung, dass bisher keine Wiedergutmachungszahlungen geleistet worden sind, im Lichte von Anhang 1 des Reglements PVP nicht zu beanstanden. Dieser Umstand wurde zu Recht strafschärfend mit einem Faktor von 1.4 berücksichtigt.

c) Verschulden

Der Konventionalstrafenrechner im Anhang 1 des Reglements PVP stellt klar, dass sich der Grad des Verschuldens anhand des prozentualen Anteils der

geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme bestimmt. Beträgt dieser Anteil über 6%, liegt ein schweres Verschulden vor.

Der prozentuale Anteil der sanktionsrelevanten geldwerten Verstösse liegt vorliegend wie erwähnt bei 9.14%, weshalb der Verschuldensgrad zwingend als schwer zu taxieren und mit dem Faktor 1.5 zu berücksichtigen ist.

d) Wiederholungsfall

Ein Wiederholungsfall liegt vor, wenn der kontrollierte Verleihbetrieb mindestens 50% der gleichen Artikel des GAVP verletzt, gegen die er bereits bei der letzten Kontrolle verstossen hat.

Bei der Rekurrentin ist am 12. und am 13. Mai 2015 erstmals eine betriebliche Lohnbuchkontrolle durchgeführt worden. Da kein Wiederholungsfall vorliegt, hat die Rekursgegnerin bei der Berechnung der Konventionalstrafe zu Recht den Wert 1 eingesetzt.

e) Nichtgeldwerte Verfehlungen

Insgesamt hat die Rekursgegnerin 8 versäumte BVG-Versicherungen festgestellt (vgl. Ziffer 4.2 des Entscheids). Diese sind von der Rekurrentin nicht bestritten worden und gelten deshalb als anerkannt.

Liegen 5 (oder mehr) nicht geldwerte Verfehlungen vor, so ist die Grundkonventionalstrafe gemäss Konventionalstrafenrechner mit dem Faktor 3 zu multiplizieren. Die Rekursgegnerin hat die Anzahl geldwerter Verfehlungen vorliegend mit „1“ beziffert, was gemäss dem der Stellungnahme vom 14. März 2016 beigelegten Berechnungsblatt (Beilage 3) lediglich einen Faktor von 1.2 ergibt. Dabei hat sie die 8 BVG-Verfehlungen offenbar als einen Verstoss gewertet. Der Rechner stellt insoweit jedoch auf die Quantität der Verfehlungen ab. Die Konventionalstrafe ist betreffend der nicht geldwerten Verfehlungen somit

irrtümlicherweise auf der Grundlage eines zu tiefen Faktors festgesetzt worden (1.2 anstatt recte 3).

In ihrer Stellungnahme vom 14. März 2016 hat die Rekursgegnerin den entsprechenden Faktor nicht geändert. Sie hat lediglich die Höhe der sanktionsrelevanten geldwerten Verfehlungen nach unten korrigiert (vgl. Ziffer 1.2 der erwähnten Eingabe). Vor diesem Hintergrund hat die Rekurskommission vorliegend auch nicht weiter zu untersuchen, ob die Konventionalstrafe zu erhöhen wäre. Einem solchen Vorgehen stünde ohnehin das bereits erwähnte Verbot der reformatio in peius im Wege (vgl. dazu BGE 129 III 419).

Liegt ein Fall einer schweren nicht geldwerten Verfehlung vor, so ist der oben genannten Faktor von 1.2 um 0.5 zu erhöhen. Als Beispiel solcher schwerer Verstösse gelten praxisgemäss insbesondere versäumte BVG-Versicherungen. Somit ist die von der Rekursgegnerin in diesem Punkt vorgenommene Strafschärfung um den Faktor 0.5 gerechtfertigt.

f) Berechnung der Konventionalstrafe im konkreten Fall

Dem Berechnungsblatt, das der Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 14. März 2016 beigelegt worden ist (vgl. Beilage 3), lässt sich entnehmen, dass aufgrund der genannten Faktoren im konkreten Fall eine Gesamtstrafe von CHF 54‘081.00 resultiert. Sie ist von der Rekursgegnerin auf den gemäss Art. 38 Abs. 4 und 5 GAVP zulässigen Maximalbetrag von CHF 50‘000.00 reduziert worden. Insoweit ist ihr Vorgehen nicht zu beanstanden.

Aus den oben genannten Gründen folgt, dass dem Antrag der Rekurrentin, die Konventionalstrafe sei auf maximal CHF 5‘000.00 zu reduzieren (vgl. Ziffer 1 ihrer Rechtsbegehren), nicht gefolgt werden kann. Bei einer prozentualen Verfehlung von knapp 10% der kontrollierten Soll-Lohnsumme erscheint die Auferlegung einer Strafe von CHF 50‘000.00 als verhältnismässig. Zudem ist diese durch die beiden Versehen der Rekursgegnerin bereits wesentlich tiefer ausgefallen als gemäss Rechner vorgesehen (vgl. oben unter Erw. 6a und e). Letztlich ist unter dem Aspekt der Angemessenheit auch zu beachten, dass die Strafe de facto

über dem Maximalbetrag zu liegen kommt, jedoch auf diese Summe reduziert worden ist.

Für eine weitergehende Ermässigung besteht mit Blick auf den Konventionalstrafenrechner kein Anlass. Auch die Betriebsgrösse der fehlbaren Rekurrentin (vgl. Art. 38 Abs. 5 GAVP sowie oben unter Erw. 2c) rechtfertigt es nicht, die Sanktion herabzusetzen. Es handelt sich vorliegend gerade nicht um einen kleinen Personalverleihbetrieb, dessen wirtschaftliche Existenz durch den angefochtenen Beschluss bzw. die auferlegte Konventionalstrafe gefährdet wäre. Die Rekurrentin hat die Rechtsform einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR und gehört einem Konzern mit Hauptsitz in Y an. Zwar stellte der zuständige Business Manager im Rahmen der Stellungnahme vom 30. Oktober 2015 fest, dass die Rekurrentin ab sofort die Büros geschlossen habe und hier keine Geschäftsstelle mehr unterhalte. Er hielt gleichzeitig aber auch fest, dass dieser Entscheid für ihn und sein Team sehr unerwartet gekommen und vom Mutterhaus kurzfristig getroffen worden sei. Aufgrund dieser Schilderung ist davon auszugehen, dass die Betriebsschliessung aus unternehmenspolitischen und/oder strategischen Gründen erfolgt ist und nicht im Zusammenhang mit dem (damals noch nicht abgeschlossenen) Kontrollverfahren gestanden hat.

7. Aus den oben unter Ziffer 1 – 6 gemachten Ausführungen ergibt sich, dass sich der Rekurs vom 29. Januar 2016 als unbegründet erweist und vollumfänglich abzuweisen ist.

Weder im GAVP noch im Reglement PVP oder in jenem der Rekurskommission lässt sich eine gesetzliche Grundlage finden, die es je nach Ausgang des Verfahrens erlauben würde, die Rekursgegnerin zur Übernahme der gegnerischen Parteikosten zu verpflichten. Im Übrigen könnte dem entsprechenden Antrag der Rekurrentin beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ohnehin nicht entsprochen werden.

Praxisgemäss sind die Verfahrenskosten demgegenüber auf die Kasse PVP zu nehmen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs vom 29. Januar 2016 wird abgewiesen.
2. Es wird kein Ersatz für Parteikosten zugesprochen.
3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 1. September 2016

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Mathias Regotz, Präsident Decimo Vincenzi, Vizepräsident

zu eröffnen an:

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 26/2016

Mitwirkend: Mathias Regotz, SYNA (Präsident)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Michael Müller, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 15. Dezember 2016

in Sachen

J. AG

vertreten durch E. AG

Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15

Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 4. April 2016 gegen den Entscheid der RPKD vom 24. Februar 2016 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 27. Januar 2015 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. November 2012 bis zum 31. Dezember 2013. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 204 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 20 Mitarbeitende in 43 Einsätzen überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 557‘928.80.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 14. April 2015 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass spezifische (geldwerte und nicht geldwerte) Verstösse – insbesondere in den Bereichen Mindestlohn, Überstunden, Annahmeverzug, Spesen und berufliche Vorsorge – festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 29. April 2015 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht einzusehen und sich dazu zu äussern. Am 4. Mai 2015 reichte sie eine entsprechende Stellungnahme ein.

4. Mit Entscheid vom 24. Februar 2016 bezifferte die Rekursgegnerin die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin an 17 Mitarbeitende auf insgesamt CHF 23‘960.90 (Ziffer 4.1 des Entscheids). In 4 Fällen wurde sie zudem verpflichtet, die betreffenden Mitarbeitenden rückwirkend auf den Einsatzbeginn der beruflichen Vorsorge zu unterstellen (Ziffer 4.2). Unter Berücksichtigung der festgestellten geldwerten Verfehlungen (abzüglich des Verstosses beim Annahmeverzug) setzte die Rekursgegnerin die Konventionalstrafe auf CHF 14‘784.00 fest (Ziffer 4.3). Kontrollkosten wurden der Rekurrentin indessen aufgrund des leichten Verschuldens und der aktiven Kooperation keine auferlegt (Ziffer 4.4).

5. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch die E. AG, am 4. April 2016 Rekurs. Sie beantragte, der Beschluss vom 24. Februar 2016 sei vollumfänglich aufzuheben – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegnerin.

Zur Begründung führte sie zusammenfassend aus, dass der angefochtene Entscheid mangelhaft begründet sei und eine Beweislastumkehr schaffe. Die Vorinstanz gehe zudem fälschlicherweise davon aus, dass diejenigen Verfehlungen, zu denen sie im Rahmen des rechtlichen Gehörs nicht Stellung bezogen habe, als anerkannt gelten würden. Dies sei keineswegs der Fall. Schliesslich lasse sich dem Beschluss nicht entnehmen, wie sich die Konventionalstrafe konkret zusammensetze. Ein solches Vorgehen verletze insbesondere den Anspruch auf rechtliches Gehör.

Auf die konkreten Vorbringen zu den festgestellten Verstössen wird – soweit notwendig – im materiellen Teil des vorliegenden Entscheids eingegangen.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 9. Mai 2016 zum eingereichten Rekurs und beantragte dessen Abweisung.

Sie gab zu bedenken, dass sie davon habe ausgehen dürfen, dass Sachverhalte, zu denen sich die Rekurrentin im Rahmen des rechtlichen Gehörs nicht habe vernehmen lassen, nicht bestritten gewesen seien. Dies habe umso mehr zu gelten, als sie in ihrer Eingabe vom 4. Mai 2015 zu diversen Verfehlungen sehr detailliert Stellung bezogen habe.

Auch insoweit werden spezifische Argumente der Rekursgegnerin, die die einzelnen Verstösse betreffen, im materiellen Teil dieses Entscheides abgehandelt.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert vom 24. Februar 2016. Dagegen erhob die Rekurrentin, vertreten durch Herrn A. von der E. AG, am 4. April 2016 Rekurs.

Unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. a des Reglements der Rekurskommission erfolgte die Eingabe somit fristgerecht innerhalb der in Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP vorgesehenen 30-tägigen Rechtsmittelfrist.

2. Die die Rekursschrift unterzeichnende Person ist Direktor der E. AG und gemäss Handelsregister des Kantons C. einzelzeichnungsberechtigt. Sie ist von der Rekurrentin zudem auch gehörig bevollmächtigt worden. Eine entsprechende Vollmacht ist aktenkundig.

3. Der Entscheid der Rekursgegnerin richtet sich an die Rekurrentin. Sie ist durch ihn sowohl in formeller wie auch in materieller Hinsicht beschwert und somit zum Rekurs legitimiert.

4. Die Rekurrentin bringt in ihrer Eingabe vor, dass sie keine der von der Rekursgegnerin in ihrem Beschluss aufgeführten Verfehlungen anerkenne. Sämtliche Verstösse würden bestritten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob damit dem in Art. 6 Abs. 1 des Reglements der Rekurskommission verankerten formellen Erfordernis, wonach ein Rekurs unter anderem eine Begründung enthalten müsse, Genüge getan wird.

   Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die Rekursgegnerin sehr wohl davon ausgehen durfte, dass diejenigen Sachverhalte, zu denen sich die Rekurrentin im Rahmen des rechtlichen Gehörs nicht geäussert hatte, von ihr als anerkannt gelten würden. In diesem Punkt kann ihr deshalb kein Vorwurf gemacht werden. Allerdings steht es der Rekurrentin im Rahmen des Rekursverfahrens natürlich frei, auch diejenigen im Beschluss aufgeführten Verfehlungen zu bestreiten, zu denen sie zuvor nicht Stellung bezogen hatte.

   Dieses Recht wird jedoch durch das sogenannte Rügeprinzip beschränkt. Die rekurrierende Partei hat demnach im Rechtsmittelverfahren darzulegen, welche Punkte sie bestreitet und weshalb sie diese als fehlerhaft einstuft. Es genügt nicht, wenn sie den Entscheid oder einzelne Punkte allgemein in Frage stellt. Die Begründung muss so klar sein, dass die Rekurskommission sie mühelos versteht. Dazu hat die Rekurrentin die Erwägungen der Rekursgegnerin, welche sie kritisiert, genau zu bezeichnen und die Aktenstücke zu nennen, auf denen

ihre Kritik beruht (vgl. dazu auch BGE 138 III 374). Mit Ausnahme von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Rekurskommission darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die rekurrierende Partei in der Begründung vorbringt.

Vorliegend äussert sich die Rekurrentin im Rekurs nur zu den bereits im Rahmen des rechtlichen Gehörs bestrittenen Verstössen sowie zusätzlich zur festgestellten Verfehlung im Zusammenhang mit dem Auslagenersatz bei Mitarbeiter Nr. 10 (vgl. S. 4 des Rekursschreibens). Zu den unter Ziffer 2.3, 2.4, 2.5 (betreffend Mitarbeiter Nr. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12 und 13), 2.6 und 2.9 (betreffend Mitarbeiter Nr. 1 und 8) des Beschlusses aufgeführten Verfehlungen nimmt sie demgegenüber auch im Rekursverfahren nicht konkret Stellung bzw. legt gerade nicht dar, inwiefern die von der Rekursgegnerin gemachten Feststellungen fehlerhaft sein sollten. Die Rekurrentin vermag mit ihrer Aussage, die im angefochtenen Entscheid erwähnten Verstösse würden generell bestritten, die an das Rügeprinzip gestellten und oben genannten Anforderungen zweifellos nicht zu erfüllen. Insoweit (und nur in diesem Umfang) kann deshalb nicht auf ihren Rekurs eingetreten werden.

Die übrigen bestrittenen und spezifisch gerügten Verfehlungen sind demgegenüber einer materiellen Prüfung durch die Rekurskommission zugänglich. Hier erfüllt das Rekursschreiben die in Art. 6 Abs. 1 des Reglements der Rekurskommission aufgeführten formellen Kriterien, weshalb insoweit darauf eingetreten wird.

II. Materielles

Vorbemerkung zum anwendbaren GAV Personalverleih (GAVP) bzw. Reglement PVP (inkl. Anhänge)

1. Seit dem 1. Mai 2016 gilt der neue, allgemeinverbindlich erklärte GAVP 2016 – 2018 (nGAVP). Die Kontrollperiode umfasst vorliegend jedoch den Zeitraum vom 1. November 2012 bis zum 31. Dezember 2013, weshalb sich die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids vom 24. Februar 2016 noch nach den altrechtlichen Bestimmungen des GAVP, d.h. denjenigen in der Fassung vom 1. Januar 2012 bis am 30. April 2016, bestimmt.

Per 1. August 2016 wurde zudem das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des Reglements PVP revidiert. Art. 31ter Abs. 2 des neuen Reglements PVP stellt klar, dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 nur für Entscheide der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Personalverleih (SPKP) und der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (RPKP) anwendbar sind, welche nach der Inkraftsetzung des neuen Reglements PVP ergehen. Der angefochtene Entscheid datiert vom 24. Februar 2016, weshalb in casu noch die altrechtlichen Bestimmungen des Reglements PVP (inkl. dessen Anhänge) zu beachten sind.

Vollzugskompetenz in den kontrollierten Branchen

2. a) Gemäss Art. 34 Abs. 1 GAVP überträgt die SPKP den Vollzug der Bereiche mit allgemeinverbindlich erklärten GAV, die Branchen-Vollzugsorgane haben, den entsprechenden Paritätischen Berufskommissionen und entschädigt diese. Einzelheiten werden in Leistungs- oder Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern des GAVP und der anderen betroffenen GAV geregelt.

Der Bundesrat ist davon ausgegangen, dass solche Vereinbarungen rechtzeitig im Hinblick auf die Allgemeinverbindlicherklärung zustande kommen werden. Er stellte aber auch klar, dass es Aufgabe der Vollzugsorgane des GAVP sei, die Einhaltung der Bestimmungen des GAV zu überprüfen, sollte in einzelnen Branchen (noch) keine Einigung erzielt worden sein.

b) Mit den paritätischen Kommissionen des Schreiner- und Gebäudehüllengewerbes bestanden während der Kontrollperiode keine Zusammenarbeitsvereinbarungen, weshalb die Kontrollkompetenz der Rekursgegnerin insoweit ohne weiteres zu bejahen ist.

In der von ihr im angefochtenen Entscheid ebenfalls kontrollierten Branchen Elektro- und Telekommunikation sowie Gebäudetechnik waren innerhalb der vorliegend relevanten Kontrollperiode jedoch (teilweise) Zusammenarbeitsvereinbarungen mit den jeweiligen paritätischen Kommissionen in Kraft. In diesen Abkommen wurde die Vollzugstätigkeit den paritätischen Vollzugsorganen der betreffenden allgemeinverbindlich erklärten

GAV übertragen. Insoweit stellt sich deshalb die Frage, ob die Rekursgegnerin hier überhaupt kompetent war, die im Januar 2015 erfolgte Kontrolle durchzuführen.

c) Den Verfahrensakten lässt sich entnehmen, dass die paritätische Landeskommission (PLK) Elektro- und Telekommunikation sowie die PLK der Gebäudetechnikbranche die Rekursgegnerin mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 ermächtigt haben, bei der Rekurrentin im oben genannten Zeitraum eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen und gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen.

Die beiden PLK haben somit die ihnen durch die Zusammenarbeitsvereinbarungen übertragene Kontrollkompetenz im konkreten Fall an die Rekursgegnerin zurückdelegiert. Letztere war infolgedessen (auch) befugt, die vorliegende Betriebsprüfung zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP, einschliesslich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des GAV Elektro sowie des GAV Gebäudetechnik anzuordnen und durchzusetzen (Art. 35 GAVP).

Mindestlöhne (Ziffer 2.2 des Beschlusses)

3. a) Der Mitarbeiter Nr. 3, der hinsichtlich des zu beachtenden Mindestlohnes den Vorschriften des GAV Elektro- und Telekommunikation unterstand (vgl. Art. 3 Abs. 1 GAVP), wurde von der Rekurrentin als Arbeitnehmer mit 2 Jahren Berufserfahrung, aber ohne Berufsabschluss eingestuft. Der Kontrolleur setzte die im vorliegenden Fall relevante berufliche Erfahrung jedoch auf 5 Jahre fest, was seinen Berechnungen zufolge eine Unterschreitung des Mindestlohnes während der Einsatzdauer von insgesamt CHF 2‘670.05 nach sich zieht.

Mit Stellungnahme vom 4. Mai 2015 hat die Rekurrentin ein Schreiben des betreffenden Mitarbeiters ins Recht gelegt, aus dem hervorgeht, dass dieser trotz Aufforderung den Nachweis schuldig geblieben sei, als gelernter Elektromonteur gearbeitet zu haben oder in Italien als Selbständigerwerbender tätig gewesen zu

sein. Wie die Rekursgegnerin im angefochtenen Beschluss zu Recht festhält, ist dieses Beweismittel vorliegend jedoch bedeutungslos, da gerade nicht strittig ist, ob der Mitarbeiter Nr. 3 als gelernt einzustufen ist. Er wurde vom Kontrolleur offenkundig als Mitarbeiter ohne Berufsabschluss geprüft. Auch die Frage, ob er selbständig erwerbstätig gewesen ist, ist im konkreten Fall alleine nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, ob er vor Antritt seines Einsatzes am 3. Juni 2013 bei der X. AG bereits mindestens 5 Jahre in der Elektrobranche tätig gewesen war. Ob er sich dabei in einem Arbeitsverhältnis befunden oder als Selbständigerwerbender gearbeitet hat, ist dabei nicht von Belang.

b) Dem Lebenslauf des betreffenden Mitarbeiters lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass er von 2004 bis 2011 bei der Firma E. s.n.c. in A. (Land T) gearbeitet hat und somit eigenen Angaben zufolge deutlich mehr als 5 Jahre Berufserfahrung in der Elektrobranche vorweisen kann.

Die Rekurrentin hält dieser Sachlage entgegen, dass der Lebenslauf keine Urkunde sei, vom Mitarbeiter notabene selbst erstellt werde und sich deshalb daraus keine Lohnansprüche ableiten liessen. Im Weiteren belege ein Firmenname, der das Wort „elettrica“ enthalte, gerade noch nicht, dass dieses Unternehmen auch effektiv in der Elektrobranche tätig sei. Schliesslich sei der Mitarbeiter aufgefordert worden, Zeugnisse oder Urkunden betreffend seiner bisherigen Tätigkeit einzureichen. Tue er dies nicht, könne ihr kein Vorwurf gemacht werden. Die Behauptung der Rekursgegnerin, wonach im konkreten Fall der Mindestlohn verletzt sei, sei als reine Behauptung zu werten.

c) Der Rekursgegnerin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass der Lebenslauf eines Mitarbeiters ein wichtiges Einstufungsinstrument sei. Dabei handelt es sich sehr wohl um eine (Privat-)Urkunde im rechtlichen Sinne (vgl. Art. 177 der Zivilprozessordnung [ZPO]). Diese hat – etwa im Gegensatz zu einer öffentlichen Urkunde im Sinne von Art. 110 Abs. 5 des Strafgesetzbuches (StGB) – jedoch keinen absoluten Beweiswert (vgl. Art. 9 Abs. 1 des Zivilgesetzbuch [ZGB] und Art. 179 ZPO). Sie stellt vielmehr eine Parteibehauptung dar, erbringt aber durchaus den Beweis des ersten Anscheins, solange nicht begründete Zweifel an deren Richtigkeit bestehen (vgl. dazu etwa BGE 4P.101/2005).

Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass der Arbeitgeber die in einem Lebenslauf gemachten Angaben überprüfen und vom Mitarbeiter allenfalls weitere Dokumente einholen kann. Das hat die Rekurrentin insbesondere betreffend allfälliger bestehender, aber nicht eingereichter Diplome auch getan (vgl. das Bestätigungsschreiben von Mitarbeiter Nr. 3 vom 7. April 2015). Hinsichtlich der von ihm im Lebenslauf erwähnten Tätigkeit von 2004 bis 2011 bei der Firma E. s.n.c. hat sie jedoch keine weiteren Abklärungen getätigt bzw. die Richtigkeit dieser Angabe vor Einsatzbeginn nicht in Frage gestellt. So hätte die Rekurrentin vor dem 3. Juni 2013 ohne weiteres überprüfen können, ob der Mitarbeiter tatsächlich sieben Jahre bei dieser Firma gearbeitet hat und ob diese effektiv in der Elektrobranche tätig ist. Nun nachträglich vorzubringen, die Angaben im Lebenslauf seien unbelegte Behauptungen und deshalb bei der Bestimmung des Lohnes unbeachtlich, geht nicht an und ist treuwidrig. Die Rekurrentin hätte die betreffende Berufserfahrung deshalb bei der Einstufung berücksichtigen müssen, da sie sie im Zeitpunkt der Anstellung in keiner Art und Weise hinterfragt hat.

d) Der Mitarbeiter Nr. 3 verfügt somit über mehr als 5 Jahre Berufserfahrung in der Elektrobranche, weshalb der Kontrolleur die von der Rekurrentin vorgenommene Einstufung (ohne Berufsabschluss, mit 2 Jahren Berufserfahrung) zu Recht beanstandet hat.

Hinsichtlich der von der Rekursgegnerin unter Ziffer 3 des Beschlusses (Spalte Mindestlohn) aufgeführten geldwerten Verfehlung in der Höhe von CHF 2‘670.05 kann vollständig auf die zutreffende Berechnung der Kontrollfirma in ihrem Bericht vom 14. April 2015 (vgl. Berechnungsschema Nr. 3) verwiesen werden. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet.

<u>Überstundenzuschläge</u> (Ziffer 2.5 des Beschlusses)

4. Bei insgesamt 14 der 20 kontrollierten Mitarbeitenden sind Verfehlungen bei den Überstunden bzw. bei der Überzeit in der Höhe von total CHF 16‘494.69 festgestellt worden. 9 dieser 14 Mitarbeiter unterstanden dem GAV Elektro, deren 3 dem GAV Gebäudetechnik und 2 dem GAVP.

Vor der Rekurskommission sind noch 3 der insoweit festgestellten Verfehlungen strittig – deren 2 betreffen den GAV Elektro, eine den GAV Gebäudetechnik.

Zu den übrigen pauschal bestrittenen Verstössen kann auf die obigen Ausführungen unter dem Titel „Formelles“ (Ziffer 4) verwiesen werden.

a) Die Rekurrentin legte ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2015 je ein von den betreffenden Mitarbeiter Nr. 2, 6 und 11 unterzeichnetes Bestätigungsschreiben bei, wonach diese im Zeitraum vom 29. Juli 2013 bis am 2. September 2013 (Mitarbeiter Nr. 2 und 6) bzw. vom 21. Februar 2013 bis am 15. April 2013 (Mitarbeiter Nr. 11) Überstunden kompensiert haben sollen. Die Sollarbeitszeit sei in Bezug zur Überstundenberechnung somit um 174 Stunden (bei Mitarbeiter Nr. 2 und 6) bzw. 143 Stunden (bei Mitarbeiter Nr. 11) zu reduzieren, weshalb der Zuschlag von 25% lediglich noch für 24 (bei Mitarbeiter Nr. 2) bzw. 37 (bei Mitarbeiter Nr. 6) Überstunden zu entrichten sei.

Anlässlich der Lohnbuchkontrolle wurde bei allen drei Mitarbeitenden am Ende der Einsätze pro Einsatzbetrieb jeweils ein Soll-/Ist-Vergleich der geleisteten Stunden vorgenommen. Zusammenfassend vertritt die Rekursgegnerin insoweit die Auffassung, dass die Kompensation nicht nachgewiesen sei. Hinzu komme, dass Überstunden, die noch gar nicht angefallen seien, auch nicht quasi vorsorglich in Zeit kompensiert werden könnten. Bei Mitarbeiter Nr. 6 und 11 stelle sich zudem die Frage, ob im Juli 2013 – mithin vor Beginn der beiden behaupteten Kompensationsperioden – allenfalls sogar ein Annahmeverzug vorgelegen habe, da in dieser Zeit ebenfalls keine Einsatzstunden geleistet worden seien. Da die Rekursgegnerin diesen Punkt materiell jedoch nicht weiter behandelt bzw. geprüft hat, ist er auch nicht Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens und dessen Begründetheit deshalb nicht weiter zu untersuchen.

Die Rekurrentin hält dieser Argumentation insbesondere entgegen, dass Personalverleiher im Vergleich zu Betrieben mit festangestelltem Personal diskriminiert würden, da diese während eines laufenden Einsatzes gar nie eine Kompensation vornehmen könnten und somit stets gezwungen seien, den Zuschlag auszurichten, da Lohnansprüche bis zum 5. des Folgemonats (Art. 23 GAVP) bzw. bis Monatsende (Art. 43 GAV Elektro [gültig bis 31. März 2014] und Art. 38 GAV Gebäudetechnik [gültig bis 31. Januar 2014]) ausbezahlt werden

müssten. Eine Kompensation komme für den Verleihbetrieb nur bei Einsatzende in Frage, indem das Arbeitsverhältnis „künstlich“ verlängert und während dieser Zeit der Zeitanspruch im Tagessaldo weiterhin entrichtet werde. So erhalte der Mitarbeiter die Überstunden am Monatsende sogleich mit dem Lohn entschädigt, was für ihn im Ergebnis günstiger sei, als wenn die Mehrstunden nicht sofort ausbezahlt, sondern kumuliert und erst am Ende des Einsatzes entrichtet würden.

b) Der Argumentation der Rekurrentin kann nicht gefolgt werden. Es ist gerade nicht ersichtlich, inwiefern die Personalverleiher gegenüber Einsatzbetrieben mit festangestelltem Personal benachteiligt sein sollten. Letztere haben die Vorschriften zur Kompensation von Überstunden gemäss GAV Elektro oder Gebäudetechnik ebenso wie die Personalverleiher uneingeschränkt einzuhalten. Art. 20 Abs. 1 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Verbindung mit Art. 48a Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) bzw. Art. 3 Abs. 1 GAVP stellen insoweit sicher, dass temporäres und festangestelltes Personal gleichbehandelt werden.

Im Anwendungsbereich des GAV Elektro und des GAV Gebäudetechnik steht bei der Abgeltung von Überstunden die Kompensation in Freizeit im Vordergrund (vgl. Art. 39.3 GAV Elektro und Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik). Nur wenn diese aus betrieblicher Sicht nicht möglich ist, kommt zwingend der Lohnzuschlag von 25% zur Anwendung. Müssten die Personalverleiher im Anwendungsbereich des GAV Elektro oder Gebäudetechnik Überstunden stets mit einem Zuschlag ausrichten, würde das die Verleiher in der Tat benachteiligen. Eine solche Regel lässt sich den beiden oben erwähnten GAV-Bestimmungen jedoch gerade nicht entnehmen. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin ist nicht ersichtlich, inwiefern es dem verliehenen Personal nicht möglich sein sollte, Überstunden während des laufenden Einsatzes in Freizeit zu kompensieren. Die Mitarbeiter Nr. 2, 6 und 11 waren allesamt über mehrere Monate im Einsatz, weshalb die Mehrstunden ohne weiteres durch den Bezug einzelner freier Tage hätten kompensiert werden können. Auch der in Art. 23 GAVP vorgeschriebene Lohnzahlungstermin steht einer Kompensation nicht im Weg. Entweder werden die Mehrstunden spätestens am 5. Tag des auf den Beschäftigungsmonat unmittelbar folgenden Monats (mit einem Zuschlag von 25%) ausbezahlt oder sie werden einem Überstundenkonto gutgeschrieben und innerhalb von 9 (GAV Elektro) bzw. 6 (GAV Gebäudetechnik) Monaten durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen.

Eine – wie es die Rekurrrentin selber nennt – „künstliche“ Verlängerung des Einsatzes, ohne dem Mitarbeiter die vertraglich vereinbarten Einsatzstunden anzubieten, ist entgegen ihrer Auffassung offensichtlich nicht rechtens (vgl. dazu auch die schriftliche Auskunft des Staatssekretariats für Wirtschaft [Seco] vom 6. April 2016 gemäss Beilage 11 zur Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 9. Mai 2016). Die Rekurrentin verfolgt mit diesem Vorgehen den alleinigen Zweck, die während des Einsatzes vom Mitarbeiter geleisteten, aber während dieser Zeit aus betrieblichen Gründen nicht mehr abbaubaren Überstunden einer faktischen Kompensation zuzuführen, um den gemäss GAV Elektro oder Gebäudetechnik vorgesehen Zuschlag von 25% nicht entrichten zu müssen. Eine solche vermeintliche Verlängerung des Einsatzes widerspricht klarerweise den Vorschriften von Art. 39.3 GAV Elektro und Art. 42.2 GAV Gebäudetechnik und ist für den temporären Mitarbeiter keinesfalls günstiger als die oben genannten Varianten Lohnauszahlung (mit Zuschlag) oder Gutschrift auf dem Überstundenkonto mit Kompensationsmöglichkeit während des Einsatzes. Die Argumentation der Rekurrentin geht somit im Grundsatz ins Leere.

c) Die Mitarbeiter Nr. 2 und 6 bestätigen zwar beide schriftlich, dass sie Überstunden im Zeitraum vom 29. Juli bis am 2. September 2013 kompensiert hätten. Bei Mitarbeiter Nr. 2 kann dies alleine schon aus dem Grund nicht zutreffen, weil er während dieser Zeit arbeitsunfähig war und Unfalltaggeld bezogen hat. Überstunden können nur dann in Freizeit ausgeglichen werden, wenn der Arbeitnehmer grundsätzlich arbeiten könnte, der Arbeitgeber aber auf dessen Arbeitsleistung verzichtet, damit dieser sich erholen kann. Hinzu kommt, dass die von beiden in Periode 4 – mithin nach der behaupteten Kompensationsperiode – geleisteten Mehrstunden, nicht vorsorglich bereits zu einem früheren Zeitpunkt ausgeglichen werden konnten. Eine solche Bestätigung kann deshalb für diese nachträglich erbrachten Überstunden a priori keine Wirkung entfalten. Schliesslich war es, wie oben unter lit. b bereits erwähnt, auch nicht zulässig, die Einsätze bei Einsatzbetrieb 2 (Periode 3) künstlich zu verlängern, um zuvor geleistete Mehrstunden in Zeit abzugelten. Somit können auch die in Periode 1 – 3 angefallenen Überstunden von Mitarbeiter Nr. 2 und 6 nicht als kompensiert gelten. Nur am Rande sei abschliessend erwähnt, dass der Einsatzbetrieb 2 kaum damit einverstanden gewesen sein dürfte, dass die beiden temporären Mitarbeitenden diejenigen Überstunden, die sie zuvor bei Einsatzbetrieb 1 geleistet haben, während dem bei ihm laufenden Einsatz kompensieren. Es besteht vielmehr die Vermutung, dass der Einsatzbetrieb 2

wider Erwarten nicht im Umfang der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit Arbeit anbieten konnte und die Rekurrentin dieses Risiko in unzulässiger Weise auf die beiden Mitarbeiter überwälzen wollte, indem die zuvor geleisteten Mehrstunden faktisch als kompensiert gelten sollten.

Bei Mitarbeiter Nr. 11 erweist sich die schriftliche Bestätigung aus den gleichen, soeben erwähnten Gründen als unbeachtlich. Auch hier kann es nicht angehen, dass Überstunden, die in Periode 2- 5 noch gar nicht geleistet worden sind, als bereits im Zeitraum vom 21. Februar 2013 bis am 15. April 2013 abgegolten gelten. Zudem hat die Rekurrentin wiederum versucht, den Einsatz im Einsatzbetrieb 1 (Periode 1) faktisch zu verlängern, um dem Lohnzuschlag zu entgehen.

d) Hinsichtlich der von der Rekursgegnerin unter Ziffer 3 des Beschlusses (Spalte Überstunden-/Überzeitzuschläge) bei Mitarbeiter Nr. 2, 6 und 11 aufgeführten geldwerten Verfehlung in der Höhe von CHF 3‘328.75, CHF 2‘672.20 und CHF 1‘666.35 kann vollständig auf die zutreffenden Berechnungen der Kontrollfirma in ihrem Bericht vom 14. April 2015 (vgl. Berechnungsschemen Nr. 2, 6 und 11) verwiesen werden. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet.

Spesen (Ziffer 2.7 des Beschlusses)

5. Gemäss Lohnbuchkontrollbericht sind die Spesen bei Mitarbeiter Nr. 1, 3, 4 und 10 nicht korrekt abgerechnet worden. Bei Mitarbeiter Nr. 1 und 3 hat die Rekursgegnerin die entsprechenden Feststellungen des Kontrolleurs korrigiert und ist den Ausführungen der Rekurrentin gefolgt (vgl. Ziffer 2.7.1 und 2.7.2 des Beschlusses). Insoweit liegen keine Verstösse vor.

Es bleibt somit lediglich noch zu prüfen, ob den beiden Mitarbeitern Nr. 4 (GAV Elektro) und 10 (GAV Gebäudetechnik) tatsächlich Auslagenersatz hätte ausbezahlt worden müssen.

a) Die Rekurrentin bringt bei Mitarbeiter Nr. 4 vor, dass dieser zur selben Zeit mit dem ebenfalls kontrollierten Mitarbeiter Nr. 5 bei der gleichen Einsatzfirma in Davos im Einsatz gestanden habe. Die beiden hätten sich in einer Pension das Zimmer geteilt. Insoweit verweist die Rekurrentin auf ein Schreiben des Mitarbeiters Nr. 5.

Die Rekursgegnerin hat diesen Einwand zu Recht nicht akzeptiert, da der Mitarbeiter Nr. 5 lediglich bestätigt hat, während des Einsatzes sämtliche ihm gemäss dem anwendbaren GAV zustehenden Verpflegungsspesen erhalten zu haben. Daraus geht in der Tat gerade nicht hervor, dass die beiden Mitarbeiter in der fraglichen Zeit gemeinsam in Davos domiziliert gewesen sind.

Die Rekurrentin bringt im Rahmen ihres Rekurses jedoch neu vor, dass der Wohnort zur Berechnung des Auslagenersatzes unerheblich sei. Der Weg zwischen Wohn- und Arbeitsort stelle Arbeitsweg dar und habe nichts mit Spesen begründender auswärtiger Arbeit zu tun.

aa) Gemäss Art. 41.1 GAV Elektro hat der Mitarbeiter Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten für die Verpflegung von Fr. 12.00 pro Tag, wenn

- eine Rückkehr über Mittag an den Anstellungsort/ans Firmendomizil oder nach Hause nicht möglich ist oder
- der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, über Mittag am auswärtigen Arbeitsort zu verbleiben.
- eine Rückkehr zum Anstellungsort/Firmendomizil oder nach Hause nicht möglich ist, wenn der Arbeitsort ausserhalb einem Radius von 10 km zum Anstellungsort/Firmendomizil oder Wohnort liegt oder wenn die entsprechende Wegstrecke länger als 15 km (ein Weg) ist.

Der zitierten Bestimmung lässt sich entnehmen, dass für die Ausrichtung von Auslagenersatz entscheidend ist, ob eine Rückkehr an den Anstellungsort/ans Firmendomizil oder nach Hause möglich ist oder nicht. Der Wohnsitz kann insoweit also durchaus eine Rolle spielen. Verpflegungsspesen sind zudem immer dann geschuldet, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweist, über Mittag am auswärtigen Arbeitsort zu verbleiben.

bb) Dem Einsatzvertrag, den die Rekurrentin mit dem betreffenden Mitarbeiter abgeschlossen und der ab 16. September 2013 Geltung beansprucht hat, lässt sich entnehmen, dass der Arbeitsort nicht genauer definiert worden ist („gemäss Firma“). Zudem wird vertraglich festgehalten, dass der Mitarbeiter „in der Nähe des Arbeitsplatzes“ wohne (vgl. Beilage 6 zur Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 9. Mai 2016).

Zwar ist der Rekurrentin zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass die Rekursgegnerin die entsprechenden Verfehlungen nachweisen müsse. Mit der hier gewählten Regelung des Arbeits- und Wohnortes im Einsatzvertrag ist es der kontrollierenden Stelle aber unter keinen Umständen möglich, die Einhaltung von Art. 41.1 GAV Elektro abschliessend zu überprüfen. Ob eine Rückkehr an den Anstellungsort/ans Firmendomizil oder nach Hause möglich ist bzw. ob der Arbeitsort ausserhalb einem Radius von 10 km zum Anstellungsort/Firmendomizil oder Wohnort liegt oder die entsprechende Wegstrecke länger als 15 km (ein Weg) ist, lässt sich anhand der konkreten vertraglichen Regelung mit dem Mitarbeiter Nr. 4 gerade nicht beurteilen. Es kann nicht angehen, dass sich die Rekurrentin auf diese Weise ihrer Pflicht, allenfalls Auslagenersatz von CHF 12.00 pro Tag leisten zu müssen, pauschal und vorbehaltlos entledigen kann. In einer solchen Konstellation hat der kontrollierte Verleihbetrieb deshalb mittels Belegen des Arbeitnehmers und/oder des Einsatzbetriebes nachzuweisen, dass effektiv kein Spesenersatz im Sinne von Art. 41.1 des GAV Elektro geschuldet ist. Will er diesen Beweis nicht erbringen müssen, wird er nicht darum herum kommen, Arbeits- und Wohnort detailliert zu regeln, um auf diese Weise eine Überprüfung der genannten GAV-Bestimmung zu ermöglichen.

Den Beweis, dass bei Mitarbeiter Nr. 4 zu Recht kein Auslagenersatz ausgerichtet worden ist, hat die Rekurrentin – anders als bei Mitarbeiter Nr. 1 (durch den Einsatzbetrieb) bzw. Mitarbeiter Nr. 3 und 5 (durch diese selber) – gerade nicht erbracht. Es findet sich auch kein Schreiben der Einsatzfirma, dem sich entnehmen liesse, an welchem Ort der betreffende Mitarbeiter tatsächlich eingesetzt worden ist. Bei dieser Sachlage hat die Rekurrentin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die Feststellung der Rekursgegnerin, dass dem Mitarbeiter Nr. 4 pro Einsatztag Auslagenersatz in der Höhe von CHF 12.00 hätte entrichtet werden müssen, ist deshalb nicht zu beanstanden.

cc) Hinsichtlich der unter Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses (Spalte Auslagenersatz) bei Mitarbeiter Nr. 4 aufgeführten geldwerten Verfehlung in der Höhe von CHF 816.00 kann vollständig auf die zutreffenden Berechnungen der Kontrollfirma in ihrem Bericht vom 14. April 2015 (vgl. Berechnungsschema Nr. 4) verwiesen werden. Der Rekurs erweist sich insoweit als unbegründet.

b) Bei Mitarbeiter Nr. 10 sind nicht ausgerichtete Auslagen in der Höhe von CHF 930.00 festgestellt worden. Auch insoweit stellt sich die Rekurrentin wiederum auf den Standpunkt, dass der Wohnort unerheblich sei und die Ausführungen der Rekursgegnerin als reine Behauptungen zu werten seien.

aa) Unter Beachtung von Art. 44.1 und 2 GAV Gebäudetechnik besteht ein Anspruch auf Auslagenersatz bei auswärtiger Arbeit, wenn der externe Arbeitsort

– ausserhalb einem Radius von 10 km oder
– einem Rayon mit einem Radius von 10 km

vom Firmendomizil/Anstellungsort entfernt ist. Unter Beachtung von Art. 44.3 GAV Gebäudetechnik beträgt die Mittagszulage CHF 15.00 pro Tag (vgl. Anhang 7 Ziffer 2 des GAV Gebäudetechnik).

Für die Bestimmung, ob Auslagenersatz geschuldet ist oder nicht, sind ausschliesslich der externe Arbeitsort und das Firmendomizil bzw. der Anstellungsort massgebend. Der Wohnort ist insoweit in der Tat nicht von Belang.

bb) Der Vertrag von Mitarbeiter Nr. 10 für den Einsatz vom 21. Mai 2013 bis am 7. Juni 2013 hält (wiederum) fest, dass der Arbeitsort „gemäss Firma“ festgelegt wird (vgl. Beilage 7 zur Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 9. Mai 2016).

Insoweit kann vollumfänglich auf die oben unter Ziffer 5 lit. a bb gemachten Ausführungen verwiesen werden. Ein solcher Passus lässt eine Überprüfung der oben zitierten Bestimmung im GAV Gebäudetechnik nicht zu. Die Rekurrentin hat hinsichtlich dieses Einsatzes bei Mitarbeiter Nr. 10 auch keine Dokumente – sei

es vom betreffenden Arbeitnehmer selber und/oder vom Einsatzbetrieb – ins Recht gelegt, aus denen hervorgehen würde, dass keine Spesen geschuldet wären. Die Folgen der Beweislosigkeit gehen somit erneut zu ihren Lasten.

cc) Der Einsatz vom 10. Juni 2013 bis am 2. August 2013 erfolgte bei einem Einsatzbetrieb in S. Der Mitarbeiter Nr. 10 wurde dabei als Heizungsmonteur eingesetzt. Der Arbeitsort wurde mit „Magazin“ angegeben (vgl. Beilage 8 zur Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 9. Mai 2016).

Zwar wird hier der Arbeitsort – im Gegensatz zum soeben erwähnten Einsatz vom 21. Mai 2013 bis am 7. Juni 2013 – konkretisiert. Allerdings muss aufgrund der von Mitarbeiter Nr. 10 konkret geleisteten Tätigkeit als Heizungsmonteur davon ausgegangen werden, dass dieser in aller Regel ausserhalb des Einsatzortes, mithin beim Kunden vor Ort, eingesetzt worden war und höchstens zu Arbeitsbeginn, am Ende des Arbeitstages oder allenfalls gelegentlich zwischen zwei Kundenterminen im Magazin war, um Arbeitsmaterial zu holen oder zurückzubringen. Die eigentliche Arbeitsleistung erbringt ein Heizungsmonteur jedoch erfahrungsgemäss ausserhalb des Magazins. Der vertraglich definierte Arbeitsort steht deshalb vorliegend (vermutungsweise) im Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten. Auch insoweit wäre es der Rekurrentin selbstverständlich offen gestanden, mittels Belegen nachzuweisen, dass gemäss Art. 44 in Verbindung mit Anhang 7 Ziffer 2 des GAV Gebäudetechnik effektiv keine Spesen geschuldet waren bzw. dass diese GAV-konform ausbezahlt worden sind. Sie hat jedoch auch hier keine entsprechenden Beweismittel ins Recht gelegt, weshalb bei diesem Einsatz ebenfalls davon ausgegangen werden muss, dass der betreffende Mitarbeiter Anspruch auf Auslagenersatz hatte.

dd) Der dritte Einsatz fand vom 5. August 2013 bis am 25. August 2013 bei einem Einsatzbetrieb in B. statt. Als Arbeitsort wurde „XY in V.“ angegeben (vgl. Beilage 9 zur Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 9. Mai 2016).

Mit „Radius“ im Sinne von Anhang 7 Ziffer 2 des GAV Gebäudetechnik ist gemäss Auskunft der PLK Gebäudetechnik die effektiv zurückzulegende Wegstrecke gemeint. Die Distanz zwischen dem vertraglich vereinbarten Arbeitsort (XY in V.) und dem Firmendomilzil des Einsatzbetriebes (VZ in B.) beträgt vorliegend rund

18 Kilometer. Daraus folgt, dass im Lichte des GAV Gebäudetechnik (auch) während dieses Einsatzes Auslagenersatz geschuldet war.

ee) Hinsichtlich der unter Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses (Spalte Auslagenersatz) bei Mitarbeiter Nr. 10 aufgeführten geldwerten Verfehlung in der Höhe von CHF 930.00 kann vollständig auf die zutreffenden Berechnungen der Kontrollfirma in ihrem Bericht vom 14. April 2015 (vgl. Berechnungsschema Nr. 10) verwiesen werden. Der Rekurs erweist sich auch insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

Annahmeverzug (Ziffer 2.8 des Beschlusses)

6. Gemäss Kontrollbericht wurde bei Mitarbeiter Nr. 16 ein Annahmeverzug festgestellt. Die Höhe des insoweit gerügten Verstosses beträgt CHF 2‘739.20.

Die Rekurrentin bringt vor, der betreffende Arbeitnehmer sei vorgängig informiert worden, dass es während des Einsatzes zu Abweichungen der Arbeitsstunden komme könne. Er sei damit einverstanden gewesen. Eine Bestätigung wie bei Mitarbeiter Nr. 14 habe leider nicht beigebracht werden können, da dieser nachträglich nicht mehr habe erreicht werden können. Allerdings hätten die beiden im gleichen Unternehmen im Einsatz gestanden. Zudem gelte es zu beachten, dass der Mitarbeiter Nr. 16 seine Arbeitsleistung im Umfang der angeblichen Fehlstunden gar nicht angeboten habe, was jedoch für das Vorliegen eines Annahmeverzuges unabdingbar sei. Es sei deshalb von einer konkludent erfolgten Vertragsänderung auszugehen, weshalb keine Verfehlung vorliege.

a) Vorliegend stellt sich vorab die Frage, ob die Rekursgegnerin überhaupt befugt war, die Einhaltung von Art. 324 des Obligationenrechts (OR) zu überprüfen, eine mögliche Verletzung dieser Vorschrift festzustellen und den Nachweis von Ausgleichszahlungen zu verlangen.

aa) Gemäss Art. 35 GAVP beschränkt sich die Vollzugskompetenz der SPKP und der RPKP grundsätzlich auf die Einhaltung von Bestimmungen des

GAVP. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass etwa OR-Bestimmungen einer Prüfung im Rahmen einer Lohnbuchkontrolle nicht zugänglich sind. Um solchen ausserhalb des GAVP verankerten Vorschriften zum Durchbruch zu verhelfen, steht den Arbeitnehmern der Zivilweg offen.

Die SPKP hat zwischenzeitlich aber gestützt auf Art. 32 ff. GAVP und in Ergänzung zum Reglement PVP sowie zur Vollzugsrichtlinie die Richtlinie Vollzugskompetenz erlassen und somit eine rechtliche Grundlage geschaffen, die es erlaubt, gewisse Bereiche, die ausschliesslich im OR geregelt sind, dennoch einer Überprüfung im Rahmen einer Lohnbuchkontrolle zuzuführen. Dabei handelt es sich gemäss Art. 4 Ziffer 2 und Art. 5 der Richtlinie Vollzugskompetenz um die Karenztage bei einem Unfall (Art. 324b Abs. 3 OR) sowie – für den vorliegenden Fall von Bedeutung – um den Annahmeverzug (Art. 324 Abs. 1 OR).

bb) Fraglich ist jedoch, ob die betreffende Richtlinie auf den konkreten Rekursfall überhaupt anwendbar ist, da sie erst am 15. März 2016 in Kraft getreten ist, der angefochtene Entscheid indessen vom 24. Februar 2016 datiert.

Die Richtlinie selber sieht keine explizite Rückwirkung vor (vgl. insbesondere Art. 7). Dem Protokollauszug der SPKP vom 16. März 2016 lässt sich indessen entnehmen, dass sie rückwirkend (sogar) auf hängige Rekursfälle zur Anwendung gelangen soll. Dieser Beschluss ist verbindlich und gilt es umzusetzen.

Das vorliegende Rekursverfahren ist erst am 4. April 2016 anhängig gemacht worden. In diesem Zeitpunkt war die Richtlinie Vollzugskompetenz bereits in Kraft. Sie ist deshalb auf den vorliegenden Rekursfall ohne weiteres anwendbar.

cc) Ist die IST-Arbeitszeit kleiner als die SOLL-Arbeitszeit und kann anlässlich einer Kontrolle aufgrund konkreter Anhaltspunkte ein Annahmeverzug des Arbeitgebers vermutet werden, ist die an sich fehlende Vollzugskompetenz der SPKP und der RPKP gemäss Art. 4 Ziffer 2 der Richtlinie Vollzugskompetenz insoweit zu bejahen, als die auf diese Weise festgestellten Verfehlungen zur Nachzahlung empfohlen werden dürfen. Die insoweit vermutungsweise

festgestellten Verstösse dürfen jedoch nicht strafwirksam in den Konventionalstrafen- und/oder den Kontrollkostenrechner gemäss den Anhängen 1 und 2 des Reglements PVP einfliessen.

Der Sachverhalt darf somit im Kontrollbericht vermutungsweise festgehalten und die Ausgleichszahlung im Beschluss empfohlen werden – unter Hinweis darauf, dass die Arbeitnehmenden nach Erlangung der Rechtskraft des Beschlusses und ohne Gegenbericht der kontrollierten Firma über ihre möglichen Ansprüche orientiert werden. Der SPKP und den RPKP steht jedoch keine Kompetenz zu, den Nachweis dieser Ausgleichszahlungen zu verlangen.

dd) Aus den obigen Ausführungen wird klar, dass die Rekurskommission vorliegend nicht abschliessend zu prüfen hat, ob bei Mitarbeiter Nr. 16 effektiv ein Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR vorliegt. Diese Kompetenz steht ausschliesslich den Zivilgerichten zu, weshalb die Rekursgegnerin mit ihrer (absoluten) Feststellung, es liege seitens der Rekurrentin ein Annahmeverzug vor, die ihr zustehende Vollzugskompetenz überschritten hat. Im Lichte der Richtlinie Vollzugskompetenz darf nur untersucht werden, ob konkrete Anhaltspunkte auszumachen sind, die vermutungsweise auf eine Verletzung von Art. 324 Abs. 1 OR schliessen lassen (dazu sogleich unter lit. b).

b) Mit dem Mitarbeiter Nr. 16 wurde eine Normalarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche gemäss Art. 12 Abs. 1 GAVP vereinbart. Unbestritten ist, dass diese vertraglich abgemachte Arbeitszeit in den 3 Einsatzperioden, in denen er eingesetzt wurde, regelmässig unterschritten worden ist.

Die Behauptung der Rekurrentin, wonach diese Minderstunden auf Wunsch des betroffenen Arbeitnehmers nicht geleistet worden seien, ist nicht durch schriftliche Dokumente untermauert worden. Ob eine (rückwirkende) Einverständniserklärung einen vermuteten Annahmeverzug effektiv entkräften könnte, braucht deshalb vorliegend nicht weiter untersucht zu werden. Fest steht jedoch, dass etwa unterzeichnete Arbeitszeitrapporte das Vorliegen eines Annahmeverzuges nicht auszuschliessen vermögen. Insoweit kann gerade nicht auf eine konkludente Zustimmung des Mitarbeiters geschlossen werden. Mit der Unterzeichnung der Rapporte erklärt dieser lediglich, dass er die aufgeführten Arbeitsstunden auch effektiv geleistet hat. Daraus kann und darf nicht der Schluss gezogen werden, dass er auch mit der Unterschreitung der vertraglich abgemachten Arbeitszeit einverstanden gewesen war.

Soweit sich die Rekurrentin auf den Standpunkt stellt, der Mitarbeiter Nr. 16 habe seine Arbeitsleistung gar nicht angeboten, scheint sie zu verkennen, dass dies bereits mit dessen Unterzeichnung der Einsatzverträge erfolgt ist. Zu diesem Zeitpunkt hat er seine Dienste im Umfang von 42 Wochenstunden während der gesamten Vertragsdauer zur Verfügung gestellt. Ein darüber hinausgehendes (erfolgloses) Anbieten der Arbeitsleistung war deshalb vorliegend gar nicht mehr erforderlich. Von einer einvernehmlich erfolgten Vertragsänderung kann deshalb keine Rede sein.
Zusammenfassend vertritt die Rekurskommission somit die Auffassung, dass im genannten Fall vermutungsweise ein Annahmeverzug vorliegt. Eine solche Feststellung steht im Einklang mit Art. 4 Ziffer 2 der Richtlinie Vollzugskompetenz. Demgegenüber obliegt es allenfalls den Zivilgerichten, verbindlich festzustellen, ob die Voraussetzungen von Art. 324 Abs. 1 OR im Einzelfall tatsächlich erfüllt sind. Auch die Frage, ob der betreffende Mitarbeiter während der Einsatzdauer allenfalls anderweitige Arbeit geleistet und dafür Lohn bezogen hat, was er sich gemäss Art. 324 Abs. 2 OR anrechnen lassen müsste, ist nicht in diesem Verfahren, sondern in einem allfälligen Zivilprozess zu prüfen.

c) Wird aufgrund konkreter Anhaltspunkte ein Annahmeverzug des Arbeitgebers vermutet, so dürfen die daraus resultierenden Ausgleichszahlungen im Beschluss empfohlen werden und zwar unter Hinweis darauf, dass die betroffenen Arbeitnehmer ohne dessen Gegenbericht und nach Erlangung der Rechtskraft des Beschlusses über ihre Ansprüche orientiert werden (vgl. Art. 4 Ziffer 2 der Richtlinie Vollzugskompetenz).

Betreffend der Höhe der Ausgleichszahlungen im Zusammenhang mit dem vermuteten Annahmeverzug kann auf die – unter Berücksichtigung der von der Rekursgegnerin praxisgemäss gewährten Toleranz von 0.5 Stunden pro Tag – zutreffenden Berechnungen im Kontrollbericht vom 14. April 2015 (vgl. Berechnungsschema Nr. 16) verwiesen werden. Die Ausstände belaufen sich auf insgesamt CHF 2‘739.20 (vgl. Ziffer 3 des Beschlusses, Spalte Annahmeverzug).

Dieser Betrag darf gemäss der erwähnten Richtlinie Vollzugskompetenz aber lediglich zur Zahlung empfohlen werden. Soweit die Rekursgegnerin die Rekurrentin im angefochtenen Entscheid unter Ziffer 4.1 verpflichtet hat, Ausgleichszahlungen im genannten Umfang zu leisten, erweist sich der Rekurs

als begründet und ist gutzuheissen. Die Nachzahlungspflicht in der Höhe von insgesamt CHF 23‘960.90 reduziert sich somit um CHF 2‘739.20 auf CHF 21‘221.70.

Konventionalstrafe

7. Die Rekursgegnerin hat die Konventionalstrafe aufgrund der festgestellten geldwerten Verfehlungen – unter Abzug des im Lichte der Richtlinie Vollzugskompetenz nicht strafwirksam zu berücksichtigenden Verstosses beim Annahmeverzug in der Höhe von CHF 2‘739.20 [vgl. oben unter Erw. 6 a) cc] – auf total CHF 14‘784.00 festgesetzt (vgl. Ziffer 4.3 des Beschlusses vom 24. Februar 2016).

Die Rekurrentin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Konventionalstrafe unbegründet sei. Es sei nicht ersichtlich, wie sie zustande gekommen sei und wie sie sich zusammensetze. Sie scheine jedenfalls zu hoch ausgefallen zu sein, zumal ihr ja nur ein leichtes Verschulden zur Last gelegt werde. Die Festsetzung der Konventionalstrafe erweise sich deshalb als willkürlich, verletze den Anspruch auf rechtliches Gehör und sei unverhältnismässig. Die Rekursgegnerin hätte sich auch mit einer Abmahnung oder einem Verweis begnügen können.

d) Rechtliche Grundlagen

Die Rekurrentin scheint vorliegend zu verkennen, dass die Grundzüge, die für die Festsetzung der Strafe massgebend sind, sehr wohl geregelt sind. In Art. 38 Abs. 4 und 5 GAVP werden die Elemente, die für die Bemessung der Konventionalstrafe relevant sind, beispielhaft aufgeführt. Die Kompetenz, die Einzelheiten reglementarisch festzuhalten, wird der SPKP in Art. 32 GAVP erteilt. Diese schliesst auch die Berechtigung ein, Vollzugsdetails, wie etwa die Berechnungsmethode der Konventionalstrafe, in Ausführungsbestimmungen zum GAVP zu regeln, was in Art. 31 sowie im Anhang 1 (Konventionalstrafenrechner) des Reglements PVP auch erfolgt ist. Diese rechtlichen Grundlagen sind sowohl von der SPKP als auch von der Vereinsversammlung genehmigt worden und somit verbindlich.

Bereits aus diesem Grund kann die von der Rekurrentin vorgebrachte Rüge, wonach nicht klar sei, wie sich die Konventionalstrafe zusammensetze, nicht gehört werden. Die erwähnten Rechtsgrundlagen sind für alle Verleihbetriebe, die einer Kontrolle unterzogen werden, ohne weiteres einsehbar (www.tempservice.ch → Dokumente). Es ist somit nicht ersichtlich, inwiefern die Konventionalstrafe vorliegend willkürlich bzw. in nicht nachvollziehbarer Weise festgelegt worden sein sollte. Ob das strittige Berechnungsblatt dem Beschluss vom 24. Februar 2016 effektiv beigelegt worden ist, kann die Rekurskommission nicht abschliessend beurteilen. Fest steht jedenfalls, dass es dort als Beilage explizit aufgeführt worden ist (vgl. S. 12 des Beschlusses). Sollte es in der Tat gefehlt haben, hätte die Rekurrentin dieses bei der Rekursgegnerin ohne weiteres nachfordern können. Daraus eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ableiten zu wollen, ist somit nicht statthaft.

Ob die im konkreten Fall ausgesprochene Konventionalstrafe zu hoch ausgefallen ist oder nicht und ob im Lichte der zitierten rechtlichen Grundlagen im GAVP bzw. im Reglement PVP auch mildere Sanktionen (etwa eine Abmahnung oder ein Verweis) hätten ausgesprochen werden können, wird nachfolgend eingehend untersucht.

e) Konventionalstrafenrechner

Gemäss Konventionalstrafenrechner im Anhang 1 des Reglements PVP wird in einem ersten Schritt die Grundkonventionalstrafe festgelegt. Diese wird auf der Basis des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten Lohnsumme berechnet.

Geringfügige Verstösse (d.h. wenn der prozentuale Anteil unter 3 Prozent liegt) werden in Übereinstimmung mit Art. 20 Abs. 2 AVG nicht mit einer Strafe geahndet. Diesfalls sind jedoch auch keine anderen (milderen) Massnahmen – etwa eine Abmahnung oder ein Verweis – vorgesehen. Deshalb können solche Sanktionen erst recht dann nicht zum Zuge kommen, wenn im Einzelfall die 3-Prozent-Grenze überschritten wird.

Liegen keine geringfügigen Verstösse vor, wird gemäss Anhang 1 des Reglements PVP zwingend eine Grundkonventionalstrafe nach einer vorgegebenen Formel festgesetzt. Alternative Massnahmen sind insoweit weder

im GAVP noch im Reglement PVP vorgesehen. Die Grundkonventionalstrafe wird aufgrund der strafbeeinflussenden Faktoren Wiedergutmachung, Verschulden, Wiederholungsfall und nichtgeldwerte Verfehlung(en) erhöht oder gesenkt. Wie diese einzelnen Kriterien anzuwenden sind, geht detailliert aus dem Konventionalstrafenrechner hervor.

aa) Grundkonventionalstrafe

Die Rekursgegnerin hat die geldwerten Verfehlungen im Beschluss zu Recht auf CHF 21‘221.70 festgesetzt. Sanktionsrelevant waren die unter Ziffer 4.1 des Beschlusses aufgeführten geldwerten Verstösse abzüglich der Verfehlung beim Annahmeverzug bei Mitarbeiter Nr. 16.

Wie sich dem der Stellungnahme vom 9. Mai 2016 beiliegenden Berechnungsblatt entnehmen lässt, entspricht die Höhe der relevanten geldwerten Verfehlungen somit 3.66 Prozent der kontrollierten Lohnsumme, was gemäss Anhang 1 des Reglements PVP eine Grundstrafe von CHF 5‘739.00 nach sich zieht. Da der Wert über 3 Prozent liegt, kann vorliegend entgegen der Auffassung der Rekurrentin nicht von einem geringfügigen Verstoss im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG gesprochen werden. Ihrem Antrag, es sei von einer Auferlegung der Konventionalstrafe abzusehen oder eine mildere Massnahme auszusprechen, kann deshalb bereits aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Die so berechnete Grundstrafe ist mit den nachfolgenden strafbeeinflussenden Faktoren zu erhöhen oder zu senken.

bb) Wiedergutmachung

Der Grad der Wiedergutmachung errechnet sich am Anteil der nachgezahlten und belegten geldwerten Verfehlungen an der gesamten nicht bestrittenen Verfehlungssumme.

Mit Schreiben vom 29. April 2015 hat die Rekursgegnerin die Rekurrentin darauf hingewiesen, dass sich belegte Korrekturen sowie bereits getätigte Nachzahlungen bei der Festsetzung allfälliger Sanktionen strafmildernd

auswirken werden. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit Art. 6 Abs. 10 des Verfahrensreglements der SPKP (abrufbar auf www.tempservice.ch → Dokumente). Zudem lässt sich auch Art. 38 Abs. 4 GAVP entnehmen, dass sich die rasche Nachzahlung der vorenthaltenen (und anerkannten) geldwerten Leistungen strafmildernd auswirken.

Es ist aktenkundig, dass die Rekurrentin gewisse Verstösse im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2015 ausdrücklich anerkannt hat (vgl. etwa ihre Ausführungen bei Mitarbeiter Nr. 2 und 6 betreffend berufliche Vorsorge), bisher aber keine Nachzahlungen geleistet hat. Zudem hat sie sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu mehreren Verfehlungen überhaupt nicht geäussert, weshalb die Rekursgegnerin davon ausgehen durfte, dass diese Verstösse von ihr nicht bestritten werden. Aus den genannten Gründen ist die von der Rekursgegnerin gemachte Feststellung, dass bisher keine Wiedergutmachungszahlungen geleistet worden sind, im Lichte von Anhang 1 des Reglements PVP nicht zu beanstanden. Dieser Umstand wurde zu Recht strafschärfend mit einem Faktor von 1.4 berücksichtigt.

cc) Verschulden

Der Grad des Verschuldens bestimmt sich anhand des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der Soll-Lohnsumme bestimmt. Liegt dieser Anteil zwischen 3 und 3.75 Prozent, liegt ein leichtes Verschulden vor.

Der prozentuale Anteil liegt vorliegend wie erwähnt bei 3.66 Prozent, weshalb der Verschuldensgrad als leicht zu taxieren und mit dem Faktor 0.8 zu berücksichtigen ist.

dd) Wiederholungsfall

Ein Wiederholungsfall liegt, wenn der kontrollierte Verleihbetrieb mindestens 50 Prozent der gleichen Artikel des GAVP verletzt, gegen die er bereits bei der letzten Kontrolle verstossen hat.

Bei der Rekurrentin ist am 27. Januar 2015 erstmals eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt worden. Da kein Wiederholungsfall vorliegt, muss bei der Berechnung der Konventionalstrafe insoweit der Wert 1 eingesetzt werden.

ee) Nichtgeldwerte Verfehlungen

Insgesamt hat die Rekursgegnerin 4 versäumte BVG-Versicherungen festgestellt (vgl. Ziffer 2.9 des Beschlusses). Diese sind von der Rekurrentin soweit Mitarbeiter Nr. 2 und 6 betreffend explizit anerkannt worden. Zu den anderen beiden Verstössen hat sie sich im Rekursverfahren nicht spezifisch geäussert, weshalb insoweit nicht auf den Rekurs eingetreten werden kann [vgl. oben unter dem Titel „Formelles“ (Ziffer 4)].

Liegen 4 nichtgeldwerte Verfehlungen vor, so ist die Grundkonventionalstrafe gemäss Konventionalstrafenrechner mit dem Faktor 2.3 zu multiplizieren. Die Rekursgegnerin hat die Anzahl geldwerter Verfehlungen im Beschluss fälschlicherweise mit „3“ beziffert, was lediglich einen Faktor von 1.8 zur Folge hat. Die Konventionalstrafe ist somit betreffend der nicht geldwerten Verstösse irrtümlicherweise auf der Grundlage eines zu tiefen Faktors festgesetzt worden (1.8 anstatt recte 2.3).

In ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2016 hat die Rekursgegnerin dieses Versehen nicht korrigiert. Sie hat vielmehr darauf hingewiesen, dass die Anzahl der nicht geldwerten Verfehlungen sogar nur auf „2“ (= Faktor 1.4) hätte festgesetzt werden dürfen. Sie führt jedoch nicht weiter aus, wie sie zu diesem Schluss kommt. Diese Einschätzung ist jedoch im Lichte der festgestellten BVG-Verstösse falsch, weshalb eine Reduktion des Faktors auf 1.4 nicht angezeigt ist. Einer Erhöhung des Faktors auf 2.3 und damit eine Verschärfung der Konventionalstrafe ist demgegenüber ebenfalls nicht geboten, da diesem Vorgehen das Verbot der reformatio in peius im Wege stünde (vgl. dazu BGE 129 III 419). Somit wird die Anzahl der nicht geldwerter Verfehlungen, wie im Beschluss festgehalten, auf „3“ festgesetzt, was einen Faktor von 1.8 nach sich zieht.

Liegt ein Fall einer schweren nicht geldwerten Verfehlung vor, so ist der oben genannten Faktor von 1.8 um 0.5 zu erhöhen. Als Beispiel einer schweren geldwerten Verfehlung gelten praxisgemäss insbesondere versäumte BVG-Versicherungen. Somit ist die von der Rekursgegnerin in diesem Punkt vorgenommene Strafschärfung um den Faktor 0.5 gerechtfertigt.

f) Berechnung der konkreten Konventionalstrafe

Dem der Stellungnahme der Rekursgegnerin vom 9. Mai 2016 beiliegenden Berechnungsblatt lässt sich entnehmen, dass aufgrund der oben genannten strafschärfenden und -mildernden Faktoren im konkreten Fall eine Gesamtstrafe von insgesamt CHF 14‘784.00 resultiert. Diese ist zu bestätigen.

Entscheid

8. Aus den oben unter Ziffer 1 - 7 gemachten Ausführungen ergibt sich, dass der Rekurs vom 4. April 2016 teilweise gutzuheissen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Beschlusses vom 24. Februar 2016 in der Höhe von CHF 23‘960.90 reduziert sich auf CHF 21‘221.70. Soweit den Betrag von CHF 2‘739.20 bei Mitarbeiter Nr. 16 betreffend (Annahmeverzug) darf die Nachzahlung lediglich empfohlen werden.

Soweit weitergehend – das bezieht sich insbesondere auf die unter Ziffer 4.3 des Beschlusses festgesetzte Konventionalstrafe – ist der Rekurs abzuweisen.

Die Kosten dieses Verfahrens sind vom PVP zu tragen. Dem Antrag der Rekurrentin auf Ersatz der Parteikosten kann nicht entsprochen werden. Weder im GAVP noch im Reglement PVP oder in jenem der Rekurskommission lässt sich eine gesetzliche Grundlage finden, die es bei (teilweiser) Gutheissung des Rekurses gebieten würde, die Rekursgegnerin zur Übernahme der gegnerischen Parteikosten zu verpflichten.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

   Soweit weitergehend wird der Rekurs abgewiesen.

2. Die Nachzahlungspflicht gemäss Ziffer 4.1 des Entscheids vom 24. Februar 2016 in der Höhe von CHF 23‘960.90 reduziert sich auf CHF 21‘221.70.

   Soweit den Betrag von CHF 2‘739.20 bei Mitarbeiter Nr. 16 betreffend (Annahmeverzug) darf die Nachzahlung lediglich empfohlen werden.

3. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen. Es wird kein Ersatz für Parteikosten zugesprochen.

Dübendorf, 15. Dezember 2016

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Mathias Regotz, Präsident

Decimo Vincenzi, Vizepräsident

zu eröffnen an:

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services

---

Affaire Nr. 62/2017

Participants: Decimo Vincenzi, swissstaffing (Président)
Mathias Regotz, SYNA (Vice-Président)
Philip Thomas, UNIA (Membre)
Sandro Pohli, Adecco (Membre)
Christof Burkard, Employés Suisse (Membre suppléant permanent)
Boris Eicher, swissstaffing (Greffier)

Décision du 2 novembre 2017

dans l'affaire

x

y Recourants

contre

Association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de service
temptraining
c/o swissstaffing
Stettbachstrasse 10
8600 Dübendorf *Intimée*

relatif au

Recours du 26 juillet 2017 contre les décisions de temptraining des 17 et 18 juillet 2017 (demandes Nr. 2017-54517, 2017-54554 et 2017-54555)

Etat de fait:

1. Les Recourants, représentés par leur employeur, ont présenté à l'Intimée trois demandes, les 4 et 11 juillet 2017, pour les formations suivantes :
   - Conducteur de nacelles, du 28 au 29 juin 2017, auprès de l'institut de formation Manutention & Chariots SA ;
   - Formation professionnelle pour conducteurs de camion-grues, du 6 au 13 mai 2017, auprès de la Fédération Vaudoise des Entrepreneurs (FVE) ;
   - Conducteur de nacelles, du 28 au 29 juin 2017, auprès de l'institut de formation Manutention & Chariots SA.
2. Par courriels des 17 et 18 juillet 2017, l'Intimée a refusé ces trois demandes de prestation de formation Nr. 2017-54517, 2017-54554 et 2017-54555, jugées tardives.
3. Les Recourants, toujours représentés par leur employeur, ont fait appel contre la décision de refus par écrit en date du 26 juillet 2017 et ont requis l'acceptation de leur demande de formation au motif que le retard dans le dépôt de la demande était dû au fait que l'employeur n'était pas au courant que la demande devait être envoyée avant le début du cours. S'il reconnaît le retard, il indique toutefois que les demandes devraient être réappréciées à titre d'exception.

Considérant:

I. A la forme

1. Les Recourants se sont pourvus en appel dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 32 al. 2 du règlement de l'Association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services (ci-après : « AFPL »).
2. Le recours est ainsi recevable.

II. Au fond

1. a) Selon l'art. 18 al. 2 du Règlement AFPL, un travailleur loué par un bailleur de services a droit à des prestations de formation continue lorsque le cours à financer a un rapport raisonnable avec l'activité professionnelle actuelle ou visée, qu'il a accompli au minimum 352 heures de mission en l'espace de 12 mois auprès d'une entreprise de location de services, que, pour celles-ci, tant lui que l'entreprise de location de services ont payé la contribution professionnelle fixée par la CCT Location de services et qu'il ne s'agit pas d'une formation exclue selon la liste exhaustive mentionnée dans le paragraphe concerné.

   Selon l'art. 18 al. 3 du Règlement AFPL, les prestations de formation continue sont payées pour les cours dispensés par des instituts de formation selon le répertoire de la formation, lequel a été adopté par le comité. Le demandeur doit avoir assisté au minimum à 80% du cours. Sont exceptées les absences particulières pour cause de maladie ou d'accident.

   L'art. 18 al. 11 du Règlement AFPL prévoit également que les demandes de versement de contributions à la formation continue doivent être adressées signées au Secrétariat Formation avant le début de la formation en y joignant les décomptes de salaire pour les heures de mission effectuées selon l'al. 6 de cette disposition et une copie d'une pièce d'identité officielle. Le timbre postal ou la date d'envoi de l'e-mail font foi. Dans le cadre de la demande, le formulaire qui est mis à disposition par le Secrétariat Formation (consultable sous www.temptraining.ch) doit obligatoirement être utilisé.

   b) Si ces conditions sont remplies, le demandeur a en principe droit aux prestations selon l'art. 18 al. 6 du Règlement AFPL :

   - en ce qui concerne les frais de cours, Fr. 800.- par cours d'une journée, respectivement :

   - Fr. 1'000.- pour 352 heures,
   - Fr. 2'000.- pour 528 heures
   - Fr. 4'000.- pour 704 heures.

En cas de dépassement pendant le délai d'indemnisation du coût total du cours d'un montant de Fr. 1'000.-, le travailleur supporte une franchise de 20 % du coût du cours qui dépasse la somme de Fr. 1'000.- (art. 18 al. 5 du Règlement AFPL).

- pour la perte de gain : Fr. 250.- par journée de cours, respectivement Fr. 29.75 par heure:

- Fr. 750.- pour 352 heures
- Fr. 1'250.- pour 528 heures
- Fr. 2'000.- pour 704 heures

2. L'Intimée a examiné les demandes des Recourants et les a refusées au motif que les demandes n'avaient pas été déposées avant le début du cours, comme le prévoit le Règlement de l'AFPL dans sa version actuelle.

3. L'employeur des Recourants fait valoir à l'appui de son recours que toutes les conditions seraient réunies pour avoir droit au remboursement de la formation. Il affirme en particulier que le retard dans le dépôt de la demande est dû au fait qu'il n'était pas au courant que la demande devait être envoyée avant le début du cours. S'il reconnaît le retard, il indique toutefois que les demandes devraient être réappréciées à titre d'exception.

4. En l'espèce, les demandes de formation ont été adressées à l'Intimée après le début des cours, qui ont commencé respectivement en date du 6 mai et du 28 juin 2017, ce que l'employeur des Recourants ne conteste pas.

   L'argument selon lequel ce manquement est excusable ne saurait être suivi. Les informations concernant les conditions pour bénéficier de la formation sont explicitées très clairement sur le site internet de temptraining (voir http://temptraining.ch/dynasite.cfm?dsmid=115736).

   Le fait que l'employeur des Recourants indique qu'il n'était pas au courant que la demande devait être envoyée avant le début du cours n'y change rien.

   En tout état de cause et indépendamment de cela, il appartient en premier lieu aux Recourants en personne de s'assurer que les conditions pour bénéficier de la formation continue sont remplies. A cet égard, il y a lieu de garantir une égalité de traitement entre l'ensemble des bénéficiaires de la formation continue. En l'espèce, l'employeur des Recourants indique d'ailleurs avoir déjà effectué des demandes

de prestations durant l'année passée. Sur cette base, il pouvait lui-même vérifier, avant le début du cours, si les conditions prévues dans le Règlement de l'AFPL étaient remplies.

En conclusion, c'est à raison que l'Intimée a considéré que la condition de la demande préalable s'applique aux cas d'espèce et a refusé le remboursement des cours souhaités.

Afin de ne pas devoir supporter l'intégralité des frais de formation, il ne reste en définitive aux Recourants que la possibilité de prendre contact, le cas échéant, avec l'agence temporaire concernée en lien avec la formation continue et de faire valoir auprès d'elle leur droit au remboursement en cas de négligence commise par le conseiller en personnel compétent.

5. Par conséquent, le recours doit être rejeté et les frais mis à la charge de l'AFPL.

Par ces motifs, la Commission de recours décide que:

3. Le recours est recevable quant à la forme.

4. Le recours est rejeté et le droit à la formation complémentaire (demandes Nr. 2017-54517, 2017-54554 et 2017-54555) est refusé aux Recourants.

5. Les frais de procédure sont mis à la charge de l'AFPL.

Dübendorf, le 2 novembre 2017

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services :

Decimo Vincenzi, Président Mathias Regotz, Vice-président

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 05/2017

Mitwirkend: Decimo Vincenzi, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Sandro Pohli, Adecco (Mitglied)
Christof Burkard, Angestellte Schweiz (ständiges Ersatzmitglied)
Boris Eicher, swissstaffing (Gerichtsschreiber)

Beschluss vom 2. November 2017

in Sachen

XY — Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch die Regionale Paritätische Berufskommission deutsche Schweiz für den Personalverleih (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15 — Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 16. Januar 2017 gegen den Entscheid der RPKD vom 13. Dezember 2016 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 12. März 2015 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2013. Die Rekurrentin hat in dieser Zeit insgesamt 74 Mitarbeitende verliehen. Davon wurden 15 Mitarbeitende überprüft. Die Lohnsumme der kontrollierten Arbeitnehmenden betrug insgesamt CHF 281‘518.90.

2. Die Kontrollfirma verfasste am 4. November 2015 zu Handen der Rekursgegnerin einen Lohnbuchkontrollbericht. Diesem lässt sich entnehmen, dass spezifische geldwerte Verstösse – insbesondere im Bereich berufliche Vorsorge – festgestellt worden sind.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 18. März 2016 Gelegenheit geboten, den Kontrollbericht einzusehen und sich dazu zu äussern. Am 22. August 2016 reichte sie eine Stellungnahme ein.

4. Mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 bezifferte die Rekursgegnerin die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin an 7 Mitarbeitende auf insgesamt CHF 540.75 (Ziffer 4.1 des Entscheids). Unter Berücksichtigung der festgestellten geldwerten Verfehlungen wurden von der Rekursgegnerin keine Konventionalstrafe und keine Kontrollkosten auferlegt (Ziffer 4.3 und 4.4). Angesichts der weiteren festgestellten, nichtgeldwerten Verfehlungen wurde hingegen eine Konventionalstrafe im Umfang von CHF 600.00 gesprochen (Ziffer 4.2 und 4.3).

5. Dagegen erhob die Rekurrentin am 16. Januar 2017 Rekurs und beantragte die Aufhebung der Ziffer 2.6.1 betreffend MA Nr. 6 mit entsprechender Änderung von Ziffer 2.6.2. Die Anträge resultieren in einem Begehren um eine Reduktion der Konventionalstrafe um CHF 300.00.

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 15. Februar 2017 zum eingereichten Rekurs und beantragte dessen vollumfängliche Abweisung.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Das Rekursverfahren wird in Art. 39 GAV Personalverleih (GAVP) geregelt. Ausführende Vorschriften finden sich in Art. 32 des Reglements PVP sowie in Art. 1 ff. des Reglements der Rekurskommission Personalverleih (beide Dokumente sind einsehbar auf www.tempservice.ch → Dokumente). Der Beschluss der Rekursgegnerin vom 13. Dezember 2016 ist mit Blick auf Art. 35 GAVP verbindlich, vermag Rechtswirkungen zu entfalten und kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen mittels eines Rekurses angefochten werden.

2. Der Entscheid der Rekursgegnerin datiert, wie bereits erwähnt, vom 13. Dezember 2016. Dagegen erhob die Rekurrentin am 16. Januar 2017 Rekurs. Die Eingabe der Rekurrentin erfolgte somit fristgerecht gemäss Art. 32 Abs. 2 des Reglements PVP.

3. Als Adressatin des Beschlusses der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert.

4. Art. 9 Abs. 2 lit. a des Reglements RK schreibt vor, dass die rekurrierende Partei für die Rekurserhebung ein schutzwürdiges Interesse nachweisen muss.

   a) Dieses Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer. Die das Rechtsmittel ergreifende Partei muss durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein und damit ein Interesse an dessen Abänderung haben, ansonsten auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 59 N 12 ff.). Das Rechtsschutzinteresse wird verneint, wenn sich das Rechtsmittel nur gegen die Begründung des angefochtenen Entscheides richtet, ohne dass eine Änderung des Dispositivs verlangt wird (vgl. Urteil des BGer. vom 5. Juli 2011 8C_457/2011; Urteil des BGer. vom 13. Januar 2009 8C_539/2009, E.2.2 mit Hinweisen).

b) In ihrem Anträgen fordert die Rekurrentin die Aufhebung von Teilen der Begründung des angefochtenen Entscheids; explizit wird eine Dispositivänderung somit nicht verlangt, weshalb zu prüfen ist, ob auf den Rekurs überhaupt eingetreten werden kann. Dabei ist zugunsten der Rekurrentin festzustellen, dass diese zwar ausschliesslich (und formell falsch) eine Abänderung der Urteilsbegründung verlangt, die vorgebrachten Rügen aber auf eine (teilweise) Änderung des Dispositivs zielen. Die begehrte Änderung betreffend die berufliche Vorsorge hat direkten Einfluss auf die ausgesprochene Konventionalstrafe. Aus laienfreundlicher Perspektive wird deshalb an die gestellten Rechtsbegehren kein strengformaler Massstab gelegt und auf den Rekurs eingetreten.

II.Materielles

Seit dem 1. Mai 2016 gilt der neue, allgemeinverbindlich erklärte GAVP 2016 – 2018 (nGAVP). Die Kontrollperiode umfasst vorliegend jedoch den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2013, weshalb sich die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids vom 13. Dezember 2016 noch nach den altrechtlichen Bestimmungen des GAVP, d.h. nach denjenigen in der Fassung vom 1. Januar 2012 bis am 30. April 2016, bestimmt.

Per 1. August 2016 wurde zudem das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des Reglements PVP revidiert. Art. 31ter Abs. 2 des neuen Reglements PVP stellt klar, dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 nur für Entscheide der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Personalverleih (SPKP) und der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (RPKP) anwendbar sind, welche nach der Inkraftsetzung des neuen Reglements PVP ergehen. Da der angefochtene Entscheid am 13. Dezember 2016 und mithin nach Inkrafttreten der Revision des Reglements ergangen ist, sind in casu diese neurechtlichen Bestimmungen des Reglements PVP (inkl. dessen Anhänge) zu beachten.

A. Nichtgeldwerte Verfehlungen im Bereich der beruflichen Vorsorge

Mitarbeiter Nr. 6:

1. Gemäss Kontrollbericht trifft Mitarbeitenden Nr. 6 eine Unterstützungspflicht, weshalb er ab dem 1. Arbeitstag der beruflichen Vorsorge hätte unterstellt werden müssen (Art. 31 Abs. 2 Satz 1 GAVP). Anlässlich des rechtlichen Gehörs brachte die Rekurrentin dagegen vor, der Mitarbeiter sei seit 2006 geschieden und seitdem nicht mehr unterstützungspflichtig, da sein Kind im Ausland lebe. Zudem habe der Mitarbeiter auch keine Kinderzulagen beantragt.

   Entgegen dieser Darstellung lag jedoch ein Lebenslauf vor, der das Kind (mit dem Jahrgang 2006) in der Rubrik „Personalien“ erwähnt. Gemäss angefochtenem Beschluss obliege es der Verantwortung der Arbeitgeberin nachzufragen, ob gegenüber diesem Kind eine Unterstützungspflicht bestehe, da auch eine Scheidung üblicherweise nicht von der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern entbinde. Dieser Obliegenheit sei nicht Genüge getan worden, weshalb das vorgebrachte Nichtbestehen der Unterstützungspflicht nicht gehört werden könne und entsprechend eine Verfehlung festgestellt wurde.

2. Hiergegen rekurriert die Rekurrentin mit dem Argument, die Angaben im Lebenslauf würden keine bestehende Unterstützungspflicht bestätigen. Der Mitarbeitende Nr. 6 hätte zudem selber bestätigt, dass er nicht mehr unterstützungspflichtig sei. Es sei aufgrund dieser Aussage definitiv auszugehen, dass dieser keine finanzielle Unterstützung leiste. Dementsprechend beantragt die Rekurrentin die Aufhebung von Ziff. 2.6.1 und 2.6.2 betreffend MA Nr. 6 sowie die Reduktion der Konventionalstrafe.

   Die Rekursgegnerin führt in ihrer Stellungnahme aus, dass der Umstand, dass der Mitarbeitende geschieden sei, sein Kind im Ausland lebe und er keine Kinderzulage beantragt habe, wenig über das Bestehen einer Unterhaltspflicht aussage. Der Mitarbeiter Nr. 6 hatte in seinem Lebenslauf angegeben, einen Sohn mit Jahrgang 2006 zu haben. Dieses Kind wäre somit in einem Alter, in dem es noch unterstützungsberechtigt sei. Das behauptete Nichtbestehen einer Unterhaltspflicht kann somit als nicht erwiesen betrachtet werden. Deshalb sei der Antrag der Rekurrentin abzuweisen.

3. Entsprechend Ziffer 5.2 der Frequently Asked Questions (FAQ) zum GAV Personalverleih ist eine Einstufung auf Vertrauensbasis möglich, wenn ein Mitarbeiter im Lebenslauf angibt, Kinder zu haben. Es ist der Arbeitgeberin aber auch erlaubt, einen Nachweis für die Unterstützungspflicht (bspw. Familienbüchlein) zu verlangen und weitere Handlungen zur Versicherung bis zur Einreichung dieses Nachweises auszusetzen. Sämtliche Mitarbeiter mit bestehenden Unterstützungspflichten haben jedoch ein Recht auf Versicherung ab dem 1. Arbeitstag. Die Anmeldung eines Anspruchs auf Familienzulagen ist dazu nicht notwendig.

4. Die gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung lässt es somit grundsätzlich zu, dass eine Personalverleiherin die Mitarbeiter entweder auf Vertrauensbasis versichert oder aber einen Nachweis verlangt. Wird - wie im vorliegenden Fall behauptet - die Einstufung aufgrund von Zweifeln nicht auf Vertrauensbasis, sondern erst nach Vorweisen einer Urkunde durch den Mitarbeitenden vorgenommen, so hat die Personalverleiherin bzw. die rekurrierende Partei nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZBG) den Beweis zu erbringen, dass sie den betroffenen Mitarbeitenden um Aushändigung eines Dokumentes, welches die Unterstützungspflicht attestiert, ersucht hat. Wird dieser Beweis vom Arbeitgeber nicht erbracht, ist vermutungsweise von der Unterstützungspflicht auszugehen mit der Folge, dass die Einstufung auf Vertrauensbasis gestützt auf den vom Mitarbeiter eingereichten Lebenslauf zu erfolgen gehabt hätte.

   Im vorliegenden Fall liegt die Sache hingegen genau umgekehrt. Der Arbeitnehmer soll die Angaben im Lebenslauf entkräftet und ausgesagt haben, dass ihn trotzdem keinerlei Unterstützungspflicht treffe. Abgesehen davon, dass diese Aussage unbewiesen bleibt und die Rekurrentin gemäss Art. 8 ZGB die Folgen davon zu tragen hätte, gilt bei dieser Konstellation in Umkehrung der Obgenannten Folgendes: bestreitet der Arbeitnehmer trotz dossierkundigen Hinweisen die Unterstützungspflicht und damit die unmittelbare BVG-Unterstellung aus diesem Grunde, hat der Arbeitgeber dieser Behauptung nachzugehen und dem Arbeitnehmer eine Frist anzusetzen, um einen sogenannten Negativbeweis dieser fehlenden Unterstützungspflicht zu liefern. Bis zum Ablauf dieser Frist – welche verhältnismässig anzusetzen ist - ist der Arbeitgeber von der sofortigen bzw. ab dem 1. Einsatztag vorzunehmenden BVG-Versicherungsunterstellung befreit und selbstredend ist er bei Erbringung des Negativbeweises entlastet. Wir dieser Negativbeweis hingegen innert Frist nicht erbracht, hat der Arbeitgeber von einer Unterstützungspflicht auszugehen

und den Arbeitnehmer rückwirkend ab dem 1. Einsatztag zu versichern. Dieses Vorgehen hat der Arbeitgeber zu beweisen und das Ausbleiben dieses Nachweises verpflichtet ihn gemäss Art. 8 ZGB - bei dossierkundigen Hinweisen auf eine Unterstützungspflicht - zur BVG-Unterstellung ab dem 1. Tag. Die Rekurrentin hat weder vor der Vorinstanz noch im Rekursverfahren den Beweis erbracht, einen Nachweis betreffend die fehlende Unterstützungspflicht verlangt zu haben. Im Übrigen können allein im Umstand, dass der Mitarbeitende geschieden ist, keine Zweifel an dem Bestehen einer Unterhaltspflicht erblickt werden. Eine einzige Aussage des Mitarbeiters genügt grundsätzlich nicht, um definitiv davon auszugehen, dass dieser keine finanzielle Unterstützung leistet bzw. leisten muss.

Da vorliegend der obgenannte massgebliche Beweis fehlt, jedoch aktenkundig ist, dass gemäss dem Lebenslauf ein Kind und mithin Unterstützungspflichten bestehen, ist die betreffende Person rückwirkend auf den 1. Arbeitstag zu versichern und die Verfehlung zu bestätigen.

Nach dem Gesagten ist der Rekurs abzuweisen.

B. Entscheid

1. Aus dem unter den Ziff. II. A Gesagten ergibt sich, dass der Rekurs vom 16. Januar 2017 in abzuweisen ist.

2. Entsprechend der Geringfügigkeit der geldwerten Verfehlungen wurde daraus im Beschluss keine Konventionalstrafe gesprochen. Die festgestellten Nachzahlungsbeträge sind jedoch zu bestätigen.

   Die Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge sind hingegen reglementskonform als nicht geringfügig zu erachten und ergeben die richtigerweise festgestellte Grundkonventionalstrafe von CHF 600.-. Im Rahmen der Strafmilderungs- und Strafschärfungstatbestände wäre diese entsprechend dem geringfügigen Verschulden aus dem Verfehlungsprozentsatz von lediglich 0.19 % mit dem Faktor 0.8 zu multiplizieren gewesen. Entsprechend Anhang 1 Ziff. 3 Reglements PVP hätte sich dabei die fehlende Wiedergutmachung mit dem

Faktor 1.4 auswirken sollen. Es liegt kein Wiederholungsfall vor, weshalb weiter ein letzter neutraler Faktor 1 anzuwenden gewesen wäre. Folglich wäre tatsächlich eine Konventionalstrafe im Umfang von CHF 672.- zu verfügen gewesen. Einer Korrektur durch die Rekurskommission steht indessen das Verbot der reformatio in peius entgegen, weshalb lediglich der Entscheid der Rekursgegnerin mit einer Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 600.- zu bestätigen ist.

3. Die Verfahrenskosten sind auf die Kasse des PVP zu nehmen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 2. November 2017

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Decimo Vincenzi, Präsident Mathias Regotz, Vizepräsident

zu eröffnen an:

- XY
- RPKD, Postfach 272, 3000 Bern 15

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services

---

Affaire Nr. 13/2014

Composition: Mathias Regotz, Syna (Président)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vice-Président)
Philip Thomas, UNIA (Membre)
Sandro Pohli, Adecco (Membre)
Christof Burkard, Employés Suisse (Membre suppléant permanent)
Boris Eicher, swissstaffing (Greffier)

Décision du 12 mai 2016

Dans l'Affaire

XY — Recourante

contre

l'Association paritaire exécution, formation continue et
fondation de prévoyance sociale pour la location de services (AFPL)

représentée par
la Commission paritaire professionnelle régionale pour
la suisse-romande (CPRR)
c/o UNIA Fribourg
Route des Arsenaux 15
CP 230
1705 Fribourg — Intimée

Concernant le

Recours du 24 avril 2014 contre la décision de la CPRR du 31 mars 2014 concernant le contrôle du 13 mai 2013

Etat de fait

1. En date du 13 mai 2013, Monsieur L. a mené, sur mandat l'Intimée, un contrôle auprès de la succursale de Monthey de Recourante. Le rapport de contrôle qui en résulte concerne la période du 1er mai 2012 au 30 avril 2013. Pendant cette période, 12 dossiers d'employés ont été prélevés.

2. Le rapport a mis en évidence les points suivants à rectifier :

   - *Art. 5 : Contrats de durée maximum 3 mois non prolongé en contrat indéterminé.*
   - *Art. 12 : Dépassement des horaires hebdomadaires conventionnels et/ou légaux. Les horaires contractuels et/ou conventionnels ne sont pas respectés. Heures supplémentaires non majorées.*
   - *Art. 19 : Les classifications salariales ne correspondent pas à la CCT.*
   - *Art. 20 : les salaires minimaux ne sont pas respectés.*
   - *Art. 26 : le matériel de sécurité n'est pas mis à disposition gratuitement aux salariés.*
   - *Art. 31 : l'affiliation à une institution de prévoyance professionnelle n'est pas respectée.*

3. La Recourante n'est pas membre de Swissstaffing.

4. En date du 23 juillet 2013, l'Intimée a requis de la Recourante qu'elle procède à certaines corrections suite au contrôle du 13 mai 2013.

5. Les compléments suivants ont été demandés dans un délai au 14 août 2013 :

   - *Paiement des salaires de chacun des employés à hauteur du barème conventionnel de la branche correspondante (y compris 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de leur mission.*
   - *Paiement des heures supplémentaires, avec supplément calculé sur le salaire de base et le 13ème salaire, de chacun des travailleurs concernés, pour toute la durée de leur mission.*
   - *Pour Madame XYi : nous souhaitons recevoir, en complément d'information, tous les documents relatifs à son congé maternité.*

- *Correction du taux de l'assurance-accident retenu aux employés pour les secteurs bureau et exploitation, pour chacun de vos travailleurs concernés pour toute la durée de leur mission.*
- *Remboursement du matériel de sécurité de base de chacun des travailleurs concernés.*
- *Mention de la classification salariale.*

6. Par courrier du 2 septembre 2013, la Recourante a fait part de ses remarques concernant les correctifs et a indiqué quels correctifs avaient été effectués.

7. Par décision du 31 mars 2014, l'Intimée a requis les corrections suivantes :
   - XY : paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel CCT Métal - catégorie D (y.c 13ème salaire, vacances, et jours fériés), pour toute la durée de sa mission
   - XY: paiement des heures supplémentaires, avec supplément calculé sur salaire de base et le 13ème salaire, pour toute la durée de sa mission
   - XY : paiement des heures de travail contractuelles (y.c. 13ème salaire, vacances et jours fériés) pour toute la durée de sa mission, ou attestation/justificatif de son horaire.
   - Preuve de la mise à disposition gratuitement du matériel de sécurité de base, par exemple sous la forme d'une mention écrite au travailleur par le biais de son contrat individuel de travail (cadre et/ou mission)
   - Justificatif de paiement pour XY (décompte salaire du 26.08.2013 pour part 13ème sur majoration heures supplémentaires)

8. Dans sa décision du 31 mars 2014, l'Intimée, se fondant sur les art. 37 et 38 CCTL, a infligé à la Recourante une peine conventionnelle de CHF 930.- et a mis à sa charge 50 % des frais de contrôle, soit un montant de CHF 1'020.-.

9. En date du 24 avril 2014, la Recourante a interjeté recours contre la décision du 31 mars 2014 de l'Intimée.

10. Dans sa motivation, la Recourante conteste la décision de l'Intimée s'agissant des employés …… Pour ce qui est du matériel de sécurité, la Recourante conteste l'existence d'une base légale permettant à l'Intimée d'exiger que les contrats de missions mentionnent expressément la gratuité de la mise à disposition du matériel de sécurité. Enfin, elle transmet le décompte définitif pour l'employé XY.

11. Le 10 juin 2014, l'Intimée a fait parvenir à la Commission de recours sa prise de position et a annexé la tabelle des manquements suivante :

Salarié	Branche	Art.	Disposition	Nature du manque	Période	Montant total CHF
	Techn./enve-loppe bât. VS	12	Temps de travail	Heures contractuelles		715.00
	Loc. Services	12	Temps de travail	13e sal. sur majoration heures supplém.		23.10
	Techn./enve-loppe bât. VS	12	Temps de travail	Heures supplémentaires		251.05
	Métal VD	20	Salaire minimum	à hauteur CCT		1'372.14
	Nettoyage	31	Prévoyance prof.	Non affiliation	05.2012 04.2013	331.20
Total						**2'692.49**

Art. 12 – Temps de travail

Mme x Aide sanitaire chez y

Début de mission : 25.03.2013

Durée de la mission : Max. 3 mois

Horaire de travail : Moyenne 42h/semaine

Horaires effectués : semaine 14 = 36h75

semaine 15 = 26h50 (manquent 15h50 à horaire contractuel)

semaine 16 = 40h75

semaine 17 = 30h00 (manquent 12h00 à horaire contractuel)

semaine 18 = 08h75

27.50 heures contractuelles à payer à CHF 26.00/heure = 715.00

x Tuyauteur chez y

Début de mission : 02.01.2013

Durée de la mission : Indéterminé

Horaire de travail : Moyenne 42h/semaine

Horaires effectués : semaine 18 = 48h00 (6 heures majorées de 25% sur le salaire de base)

Part de 13e salaire manque sur la majoration des heures supplémentaires = 23.10

x en chauffage CAP chez y

Début de mission : 07.01.2013

Durée de la mission : Indéterminé

Horaire de travail : Moyenne 42h/semaine

Horaires effectués : semaine 14 = 35h00

semaine 15 = 53h00 (heures non majorées : 8)

semaine 16 = 44h00

semaine 17 = 44h00

semaine 18 = 44h00

Heures supplémentaires à payer avec majoration 25 % :

8.00 h. à CHF 31.38 (base 23.17 + 13e 1.93 = 25.10) = 251.05

Art. 20 – Salaires minimum

x électricien de maintenance chez y

Début de mission : 02.01.2013

Durée de la mission : Indéterminé

Salaire de base CHF 22.97

10.17% vacances CHF 2.34

3.58% férié CHF 0.82

8.33% 13ème	CHF 2.18

TOTAL	CHF 28.31

Salaire à hauteur du barème conventionnel CCT Métal – catégorie D :

Salaire base	**CHF 24.50 / heure**
3.58% férié	**CHF 0.88**
10.17% vacances	**CHF 2.58**
8.33% 13ème	**CHF 2.33**

TOTAL	**CHF 30.29**

Différence salariale brute horaire CHF 1.98

16 ½ semaines à 42h/semaine : 693 heures

693 heures à 1.98 = 1'372.14

Art. 31 – Prévoyance professionnelle

Par sondage une personne en mission depuis 2011 mariée avec 2 enfants de 6 & 11 ans ne cotise pas en 2013.

x employée de nettoyage chez y

Début de mission :	17.06.2011
Durée de la mission :	max. 3 mois

Moyenne salariale sur deux mois (en notre possession) : CHF 276.—

Manquement estimé 10% salaire : CHF 27.60 x 12 mois (période contrôle) = 331.20

Considérant:

I. A la forme

1. La décision du 31 mars 2014 de l'Intimée a été notifiée à la Recourante en date du 1er avril 2014, qui a interjeté recours en date du 24 avril 2014. Les décisions de l'Intimée sont soumises à la CCTL ainsi qu'au règlement de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services (ci-après : AFPL).

   En vertu de l'art. 32 al. 2 du règlement de l'AFPL, les décisions de l'Intimée peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours dans les 30 jours à compter de leur notification.

   Interjeté en temps utile devant la Commission de recours compétente, le recours de la Recourante est recevable.

   Partant, il sera entré en matière sur le présent recours.

II. Au fond

1. a) Selon l'art. 39 al. 2 CCTL, la Commission de recours examine et tranche les recours des intéressés dirigés contre la SPKA et la RPKA et portant sur les décisions d'assujettissement, les décisions de constatation, les peines conventionnelles prononcées, les décisions découlant des contrôles, notamment sur la prise en charge des frais de contrôle, les décisions concernant les demandes de soutien de la formation et les décisions concernant les demandes de soutien de mesures relevant de la protection de la santé et de la sécurité au travail.

   L'art. 35 CCTL prévoit que la Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) et les commissions paritaires professionnelles régionales (RPKA) peuvent ordonner et faire aboutir des contrôles de gestion visant à vérifier le

respect de la CCTL, soit ses dispositions concernant la durée du travail et les salaires, les prestations minimales dues par l'assurance d'indemnité journalière maladie ainsi que le versement des contributions dues au fonds paritaire d'application, de formation et social. La Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) assure la coordination.

Selon l'art. 36 CCTL, les contrôles de gestion seront exécutés sur mandat de la commission paritaire (SPKA/RPKA) par des entreprises/institutions mandatées et spécialisées en la matière (art. 36 CCTL).

b) Conformément aux articles énoncés ci-dessus, l'Intimée avait bel et bien la compétence de procéder à un contrôle de la Recourante et de confier à Monsieur L. le soin de rédiger un rapport de contrôle pour la période du 1er mai 2012 au 30 avril 2013.

2. La Recourante remet en cause les chiffres 12, 20 et 26 ainsi qu'implicitement le bienfondé de l'amende conventionnelle et la répartition des frais de contrôle.

Par conséquent, le bienfondé des autres chiffres de la décision de l'Intimée du 31 mars 2014 mettant en lumière les autres manquements de la Recourante ne seront pas analysés dans le cadre de la présente décision, ces manquements étant considérés comme admis par la Recourante, qui ne les a pas contestés dans le cadre de son recours du 24 avril 2014.

3. La Recourante conteste le fait de ne pas avoir respecté le salaire minimum pour Monsieur x, employé en tant que profileur au sein de la production Tubes Inox de la société y. Elle allègue le fait que les salaires minimaux des employés délégués au sein de la production Tubes Inox font partie d'un avenant à la CCT Métal Vaud, applicable dans le cas d'espèce.

L'Intimée argue que le contrat de Monsieur x ne mentionne pas que celui-ci travaillait au sein de l'Unité de production de Tubes Inox mais bien auprès de y, et que de ce fait, c'est le salaire horaire de CHF 24.50 pour 2013, et de CHF 25.- pour 2014, correspondant à la « classe d, travailleur avec CFC après 1 an de pratique » issu de la CCT Métal Vaud qui lui est applicable.

a) Selon l'art. 3 al. 1 CCTL, la CCT Location de services est également applicable là ou une autre convention de travail s'applique pour une entreprise locataire de services. Le cas échéant elle reprend, à l'exclusion de ses propres dispositions, les dispositions concernant le salaire et le temps de travail visées à l'art. 20 LSE et à l'art. 48a OSE des CCT en vigueur dans l'entreprise locataire de services, qui font notamment l'objet d'une décision d'extension.

L'art. 48a al. 1 OSE précise quelles dispositions concernant le salaire sont des dispositions régissant notamment (let. a) le salaire minimum, dans lequel ne doivent pas être incorporés d'éventuels frais […]; (let. b) les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés; (let. c) la compensation des vacances *pro rata temporis*; (let. d) le 13e salaire *pro rata temporis*.

L'alinéa 2 précise que les dispositions concernant la durée du travail sont des dispositions régissant notamment (let. a) le temps de travail normal; (let. c) les heures supplémentaires, le travail posté, le travail de nuit et le dimanche […].

En d'autres termes, l'art. 3 de la CCTL incorpore les dispositions sur le salaire et le temps de travail conformément à l'art. 48a OSE des autres CCT étendues, qui font dès lors partie intégrante de la CCTL.

b) En l'espèce, les heures supplémentaires qui ont fait l'objet des points contestés par la Recourante sont celles d'employés actifs au sein de l'Unité de production Tubes Inox de y.

Un avenant a bel été bien conclu à la CCT Métal Vaud, par la société y avec le syndicat Unia. Cet avenant prévoit des conditions de salaire différentes que la CCT Métal Vaud.

Cependant, faute de décision d'extension du Conseil fédéral dudit avenant, ce dernier ne saurait s'appliquer aux travailleurs temporaires. Ce sont par conséquent les salaires minimaux de la CCT Métal Vaud qui s'appliquent.

c) Partant, ce sont les salaires minimaux de la CCT Métal Vaud qui s'appliquent, et non ceux de l'avenant, qui est inapplicable. Par conséquent, conformément au calcul effectué par la CPRR dans sa prise de position, le manquement reproché à l'Intimée se monte à un total de CHF 1'372.14, correspondant à la différence salariale horaire de CHF 1.98 (différence entre salaire horaire payé de CHF 28.31 et salaire dû de CHF 30.29 pour un travailleur en catégorie D, pendant 16 semaines et demies).

4. La Recourante conteste la décision de l'Intimée s'agissant des heures supplémentaires de Monsieur x, travailleur actif au sein de l'entreprise de mission y, arguant que les heures supplémentaires effectuées ont été compensées en semaine 14 et que conformément à l'art. 10 de la CCT de la technique et de l'enveloppe du bâtiment, c'est à juste titre que les heures supplémentaires de la semaine 15 n'ont pas été payées.

La position de l'Intimée oscille entre l'application de la CCTL et l'application de la CCT de la technique et de l'enveloppe du bâtiment. En effet, le rapport de contrôle se base sur la CCTL pour ce qui est du calcul des heures supplémentaires, de même que dans la décision, l'Intimée semble se baser sur la CCTL, faisant référence à un pourcentage de 25%. Par la suite, dans sa réponse au recours, la prise de position de l'Intimée se fonde ouvertement sur l'application de la CCTL, tout en exigeant un supplément de 30% se basant sur la CCT Technique du bâtiment du Valais.

Il s'avère que ce point n'a pas été motivé par l'Intimée, qui n'a pas prouvé en quoi la Recourante n'a pas compensé les heures supplémentaires fournies. D'ailleurs, même dans sa prise de position, l'Intimée n'a pas pris la peine d'expliciter et de

revenir sur ce point pourtant crucial. Faute de motivation et de contestation claire par l'Intimée, la Commission de recours part du principe que la Recourante n'a pas commis de manquement pour le paiement des heures supplémentaires de Monsieur x.

Par conséquent, la décision de l'Intimée sera annulée sur ce point.

5. La Recourante considère que c'est à tort que l'Intimée a retenu que la Recourante doit payer les heures contractuelles pour x. La Recourante argue que les horaires de travail réduits de Monsieur x sont dus uniquement aux absences volontaires de celui-ci, et produit à cette fin un courrier de l'entreprise de mission, confirmant le fait qu'il a été mis fin au contrat de mission pour absence répétée.

La question est ainsi de savoir si le pouvoir de cognition de l'Intimée s'étend également au respect des autres dispositions figurant dans d'autres sources que la CCTL.

a) Selon l'art. 35 CCT Location de services, les commissions paritaires professionnelles régionales de la location de services (RPKA) peuvent ordonner et faire aboutir des contrôles de gestion tant que les dispositions de la CCT Location de services sont concernées (cf. art. 2 du Règlement PVP). Il en découle que la compétence d'exécution (qui comporte les compétences de contrôle et de sanction) des RPKA est strictement limitée aux dispositions figurant explicitement dans la CCTL.

Le renvoi de l'art. 41 CCTL prévoit certes que, dans la mesure où la CCT Location de services ne contient aucune disposition, les dispositions du CO, de la loi fédérale sur le travail ou de la LSE s'appliquent. Mais la compétence d'exécution des RPKA ne s'étend pas au respect des normes de ces lois, pourtant, celles-ci comportant leurs propres mécanismes obligatoires d'exécution. Les dispositions mentionnées à l'art. 41 CCTL (CO, LTr, LSE, LCEE) constituent de toute façon

déjà le droit en vigueur et trouvent application indépendamment d'une mention à l'art. 41 CCTL. La compétence d'exécution des RPKA est ainsi limitée aux avancées par rapport à la situation existante ou, en d'autres termes, à la plus-value normative inhérente à la CCT Location de services par rapport à l'ordre juridique en vigueur.

b) Selon l'art. 324 al. 1 CO, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Comme cette disposition est relativement impérative (CO 362), les parties au contrat de travail ne sauraient faire supporter ces risques au travailleur. Ainsi, le risque d'entreprise et le risque économique sont tous deux à la charge de l'employeur. Si l'employé est en mesure de fournir sa prestation de services mais que l'employeur la décline pour des motifs techniques liés à l'exploitation de l'entreprise ou pour des motifs économiques, l'employeur se retrouve en demeure et doit le salaire aussi longtemps que le travailleur offre sa prestation de travail. Une disposition analogue n'existe pas dans la CCTL.

In casu, le respect des horaires contractuels, soit le fait que les heures indiquées dans le contrat soient effectivement payées mêmes si elles n'ont pas été nécessaires et de ce fait pas travaillées, découle de l'art. 324 CO et n'est pas réglé dans la CCTL ; en lien avec le temps de travail, la compétence d'exécution de la CPRR s'étend uniquement aux points figurant aux articles 12, 24 et 25 CCTL qui règlent les questions du temps de travail normal, des heures supplémentaires, du travail supplémentaire ainsi que des suppléments correspondants, et non celle des heures de travail contractuelles, respectivement la demeure de l'employeur. Pour cette raison, la CPRR n'a pas de compétence d'exécution dans ce domaine. L'employé doit dès lors être renvoyé à faire valoir en justice ses prétentions en lien avec les heures de travail contractuelles, ce qui représente pour ce droit-là le propre mécanisme obligatoire d'exécution.

La SPKA a, en lien avec la demeure de l'employeur (art. 324 al. 1 CO), précisé cette absence de compétence d'exécution en ce sens que la compétence de contrôle demeure cependant et qu'elle doit être mise en relation avec la compétence d'émettre des recommandations sur le paiement compensatoire.

Cela signifie que l'état de fait peut être établi – au moins de manière supposée – et retenu dans le rapport de contrôle et que les recommandations idoines peuvent être émises avec l'indication que les travailleurs concernés soient informés sur leurs droits potentiels. Il ne reste toutefois aucune compétence de contrainte, respectivement de compétence d'exiger la preuve des corrections, et aucun pouvoir de sanction. Les manquements dans ce domaine ne peuvent non plus être sanctionnés selon le calculateur de peines conventionnelles, ni mener à des peines conventionnelles pour refus de contrôle selon l'art. 38 al. 3 CCTL et 31 al. 7 Règlement PVP.

Il s'ensuit que le respect de l'art. 324 al.1 CO ne fait pas partie des compétences de contrainte et de sanction de l'Intimée, indépendamment du fait que le droit du travailleur existe ou non. En exigeant dans la décision la preuve du paiement de CHF 715.- et en sanctionnant ce manquement, l'Intimée a outrepassé ses compétences.

c) Par conséquent, ce point est contesté à juste titre par la Recourante et la décision de l'Intimée sera annulée sur ce point.

Pour terminer, on rappellera que les RPKA sont autorisées, en vertu du principe susmentionné, à mentionner dans le rapport de contrôle également les manquements dans des domaines non sanctionnables, comme in casu la demeure de l'employeur (art. 324 CO), de recommander les paiements compensatoires correspondants ainsi que d'informer les travailleurs concernés sur leurs droits.

6. La Recourante considère que c'est à tort que l'Intimée requiert qu'il soit indiqué sur les contrats des travailleurs que le matériel de sécurité est mis à disposition gratuitement, à défaut de base légale. Elle argue qu'aucune retenue de matériel n'a été constatée sur les dossiers contrôlés.

Selon l'art. 26 al. 1 CCTL, les titulaires d'une autorisation pour la location de services doivent prouver à la commission chargée de l'exécution qu'ils respectent les directives déterminantes de la CFST.

Ni la CFST, ni la CCTL ne mentionnent une quelconque obligation d'indiquer sur les contrats des travailleurs le fait que le matériel de sécurité est gratuitement mis à leur disposition.

Ainsi, *stricto sensu*, l'absence d'une telle mention dans le contrat de travail des employés ne constitue pas un manquement à la CCTL.

A défaut de base légale, c'est à juste titre que la Recourante conteste une telle obligation.

7. La Recourante, non représentée par un mandataire, conteste implicitement le bienfondé de la peine conventionnelle, ainsi que la répartition des frais de contrôle.

a) Selon l'article 20 alinéa 2 de la loi sur le service de l'emploi (LSE, RS 823.11), la Commission paritaire de contrôle prévue par la convention collective de travail étendue est habilitée à contrôler le bailleur de services. En cas d'infraction grave, elle doit en informer l'office cantonal du travail et peut (let. a) infliger au bailleur de services une peine prévue par la convention collective de travail et (let. b) imputer au bailleur de services tout ou partie des frais de contrôle.

Ni la LSE, ni son ordonnance d'application (OSE, RS 823.111), ne prévoient la possibilité pour une Commission paritaire de contrôle prévue par une convention collective de travail étendue d'agir en cas de manquement léger. En effet, les versions allemande et italienne reflètent clairement l'intention du législateur : les commissions paritaires en charge du contrôle de l'application de la CCT étendue ne peuvent mettre à la charge d'une entreprise les frais de contrôle ainsi que

prononcer une amende conventionnelle que s'il ne s'agit pas d'une infraction légère « *Bei nicht geringfügigen Verstössen*"; « *Se accerta infrazioni che non siano di lieve entità*". Le texte français, qui prévoit une amende « en cas d'infraction grave » diffère ici du texte italien et allemand, étant donné qu'il restreint la compétence des commissions paritaires uniquement aux cas grave.

Le principe de l'égalité des trois versions des textes législatifs fédéraux est posé à l'art. 14 al. 1 de la loi sur les publications officielles (Lpubl, RS 170.512). Il exerce une influence importante sur l'interprétation de ces textes. Selon la jurisprudence, l'interprète doit déterminer, en cas de non-concordance du texte légal dans les trois langues officielles, celui qui traduit son véritable sens (ATF 117 V 287), soit celui qui correspond le mieux au but de la norme (ATF 115 V 448), soit celui qui exprime au plus près la volonté de son auteur (ATF 107 Ia 261).

Les versions italienne et allemande recouvrant les mêmes notions, de sorte que ce sont leur version qu'il convient de faire primer, c'est-à-dire que les commissions paritaires peuvent également mettre à la charge du bailleur de services contrôlés les frais de contrôle lorsque ceux-ci mettent en lumière non seulement des infractions graves, mais également des infractions de gravité moyenne.

Il convient dès lors d'analyser si les manquements retenus par l'Intimée sont qualifiables d'infraction légère ou pas. Pour ce faire, il convient de calculer l'écart de salaire mis en rapport avec la masse salariale contrôlée, en pourcentage, conformément à l'Annexe au Règlement de l'AFPL, qui prévoit que cette part doit s'élever à au moins 3% de la masse salariale contrôlée, et que si le pourcentage est inférieur à 3%, ces cas doivent être considérés comme des infractions mineures au sens de l'art. 20 al. 2 LSE.

b) En l'espèce, au vu des considérants ci-dessus et sur la base des pièces présentes au dossier, la Commission de recours n'est pas en mesure de procéder au calcul de la peine conventionnelle.

c) Par conséquent, la décision concernant une peine conventionnelle ainsi qu'une répartition des frais de contrôle éventuelle sera renvoyée pour nouvelle décision à l'Intimée. Il sera ainsi requis de l'Intimée qu'elle se prononce sur ces deux aspects conformément au règlement de l'AFPL en vigueur au moment de la notification de la décision contestée, à savoir le 31 mars 2014, ainsi qu'aux règles exposées ci-dessus, en comparant le total des manquements à valeur pécuniaires retenus par la présente décision mis en rapport avec le montant de la masse salariale contrôlée et en tenant compte du manquement à valeur non pécuniaire relatif à la non affiliation du/des salarié/s à la LPP.

8. A la lumière de ce qui précède, le recours sera partiellement admis.

9. Les coûts de cette procédure seront mis à la charge de la caisse de l'AFPL.

La Commission de recours décide:

1. Le recours du 24 avril 2014 est recevable quant à la forme.
2. Le recours est partiellement admis sur le fond.
3. La décision concernant une éventuelle peine conventionnelle et une éventuelle participation aux frais de contrôle de la Recourante est renvoyée à l'Intimée pour qu'elle procède à un nouveau calcul conformément aux considérants.
4. La décision de l'Intimée du 31 mars 2014 est annulée dans le sens des considérants.
5. Les frais de procédure sont mis à la charge de l'AFPL.

Dübendorf, le 18 mai 2016

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services :

Mathias Regotz, Président

Decimo Vincenzi, Vice-président

Notifié à :

- y
- Commission paritaire régionale romande
  de la location de services (CPRR), c/o Unia Région Fribourg,
  Route des Arsenaux 15, CP 230, 1705 Fribourg

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services

---

Affaire Nr. 40/2014

Composition: Matthias Regotz, Syna (Président)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vice-Président)
Philip Thomas, UNIA (Membre)
Sandro Pohli, Adecco (Membre)
Christof Burkard, Employés Suisse (Membre suppléant permanent)
Yasmine Arasthe, swissstaffing (Greffière)

Décision du 10 juillet 2015

Dans l'Affaire

X

représentée par

Y Recourante

contre

l'Association paritaire exécution, formation continue et fondation de prévoyance sociale pour la location de services (AFPL)

représentée par
la Commission paritaire professionnelle régionale pour la suisse-romande, (CPRR)
c/o Unia Fribourg
Route des Arsenaux 15
CP 230
1705 Fribourg Intimée

Concernant le

Recours du 22 octobre 2014 contre la décision de la CPRR du 7 octobre 2014 concernant le contrôle du 11 février 2013

Etat de fait

1. En date du 9 janvier 2013, Monsieur L. a mené, sur mandat de l'Intimée, un contrôle auprès la Recourante, qui est membre de swissstaffing. Le rapport de contrôle qui en résulte n'indique pas quelle période a été contrôlée. Le contrôleur a prélevé les dossiers de 12 employés.

2. Le rapport de contrôle a mis en évidence les points suivants :

   - Art 12 : l'horaire de travail conventionnel et/ou prévu par contrat ne sont pas respectés ;
   - Art. 20 : les salaires minimaux ne sont pas respectés.

3. Le 18 juillet 2013, l'Intimée a adressé une demande de correction à effectuer d'ici le 8 août 2013, à la Recourante avec menace de peine conventionnelle et de facturation de tout ou partie des frais de contrôle assorti d'un droit de réponse sous 30 jours. Les corrections requises étaient les suivantes :

   - Pour Madame x : paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de la mission, à savoir un salaire de CHF 4'300.-/mois à 100% ;
   - Pour Madame x: paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de la mission, à savoir un salaire de CHF 4'300.-/mois à 100% ;
   - Pour Mesdames xy : paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de la mission, à savoir un salaire de base de CHF 17.56/heure ;
   - Pour Monsieur x : paiement des heures de travail contractuelles (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de sa mission, à savoir 40 heures/semaines ;
   - Paiement des cotisations dues aux assurances sociales et paritaires et envoi des preuves de paiement ;
   - Remboursement des éventuels montants touchés par le biais du système de participation aux excédents en faveurs des salariés, ainsi que de l'assurance perte de gain ;

4. Le 23 octobre 2013, la Recourante a répondu aux demandes de corrections de l'Intimée. Elle n'a pas donné suite aux autres corrections requises, estimant que l'Intimée n'était pas en droit de requérir de telles corrections, étant donné que les corrections requises concernent des sociétés pharmaceutiques pour lesquelles les salaires minimaux de l'art. 20 CCTL ne s'appliquent pas.

5. Le 18 décembre 2013, l'Intimée a rendu une décision dont le dispositif s'articule ainsi : « eu égard aux infractions constatées et aux corrections complémentaires à apporter, des frais de contrôle s'élevant à CHF 1'225.- sont mis à votre charge au sens de l'art. 37 CCT. Ces frais sont à payer dans un délai de 30 jours, au moyen du bulletin de versement ci-joint. Dans le cas où vous ne répondriez pas aux exigences de la présente lettre, une peine conventionnelle vous sera infligée. Enfin, nous vous informons que les droits individuels des travailleurs demeurent réservés ».

6. Dans sa décision du 9 décembre 2013, les corrections suivantes sont requises de la part de l'Intimée, qui considère que les code NOGA des entreprises de mission ne font pas partie des exceptions de l'art. 3 al. 3 CCTL :

   - Pour Madame x : paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de la mission, à savoir un salaire de CHF 4'300.-/mois à 100%
   - Pour Madame x : paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de la mission, à savoir un salaire de CHF 4'300.-/mois à 100% ;
   - Pour Mesdames xy : paiement du salaire à hauteur du barème conventionnel (yc. 13ème salaire, vacances et jours fériés), pour toute la durée de la mission, à savoir un salaire de base de CHF 17.56/heure ;

7. La décision précise que ces paiements et rectifications sont à apporter dans un délai de 10 jours à compter de la réception de la présente.

8. Par courrier du 10 janvier 2014, la Recourante a fait une demande de reconsidération à l'Intimée, en argumentant que le salaire de ses employés travaillant dans une société pharmaceutique sont exclus du champ d'application des salaires minimaux de la CCTL.

9. En date du 11 février 2014, l'Intimée a rendu une nouvelle décision sur reconsidération. Elle a maintenu la répartition des frais de contrôle à hauteur de CHF 1'225.-.

10. La Recourante a adressé une seconde demande de reconsidération à l'Intimée en date du 28 février 2014.

11. L'Intimée s'est manifestée en date du 7 octobre 2014 en rendant une décision, par laquelle la répartition des frais de contrôle reste inchangée.

12. En date du 22 octobre 2014, la Recourante a, par l'entremise de son conseil, interjeté recours contre la décision du 8 décembre 2013 de l'Intimée. Elle a requis de la Commission de recours qu'elle lui accorde un délai supplémentaire pour motiver son recours, et a requis la copie du dossier.

13. Par courrier du 6 novembre 2014, la Commission de recours a octroyé un délai supplémentaire au 21 novembre 2014 à la Recourante pour motiver son recours et obtenir copie du dossier auprès de l'Intimée.

14. La Recourante a, par courrier du 11 novembre 2014, adressé à la Commission de recours, réitéré sa demande d'obtenir copie de dossier avec fixation d'un délai supplémentaire dès obtention du dossier pour motiver son recours.

15. En date du 20 novembre 2014, la Commission de recours a octroyé un délai au 23 décembre 2014 pour que la Recourante motive son recours.

16. La Recourante a fait parvenir sa motivation une première fois en date du 21 novembre 2014, et une seconde fois en date du 19 décembre 2014.

17. La Commission recours a requis de l'Intimée par courriel du 22 décembre 2014 qu'elle lui fasse parvenir, d'ici au au 28 janvier 2015 une prise de position écrite de l'Intimée concernant le recours, la masse salariale contrôlée, la période sur laquelle le contrôle a porté ainsi qu'une liste avec tous les manquements reprochés par la CPRR à la Recourante accompagné du montant auquel ces manquements correspondent, ainsi que d'une référence claire aux pièces auxquelles les chiffres se rapportent, et les bases légales y relatives.

18. Par courrier daté du 15 janvier 2015, l'Intimée a indiqué dans sa prise de position que : « les pièces parlent d'elles-mêmes » et a prié la Commisson de recours de se baser sur les pièces au dossier pour apprécier les faits de la cause.

19. Dans la prise de position de l'Intimée ne figure aucune des indications requises dans le courriel du 22 décembre 2014, raison pour laquelle la Commission de recours a accordé, par courrier daté du 28 avril 2015, un ultime délai non-prolongeable au 20 mai 2015 à l'Intime pour lui faire parvenir les documents suivants :

- une prise de position en bonne et due forme, répondant point par point aux arguments avancés par la Recourante;
- la motivation de votre décision finale, concernant tous les points qui demeurent contestés par la Recourante, au moyen de références claires aux bases légales applicables, de renvoi clair aux pièces du dossier et de conclusions chiffrées;
- La masse salariale contrôlée ains que la période sur laquelle le contrôle a porté ;
- Une tabelle regroupant les manquements reprochés par la CPRR à la Recourante et qui demeurent contestés par celle-ci, accompagnée du montant auquel ces manquements correspondent.

20. Faute de transmission des documents requis en bonne et due forme, la Commission de recours a indiqué qu'elle statuera sur la base des pièces au dossier.

21. L'Intimée n'a pas donné suite à la réquisition de la Commission de recours.

Considérant:

I. A la forme

1. La décision de l'Intimée a été notifiée à la Recourante en date du 7 octobre 2014, qui a interjeté recours en date du 22 octobre 2014. Les décisions de l'Intimée sont soumises à la CCTL ainsi qu'au règlement de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services (ci-après : AFPL).

   En vertu de l'art. 32 al. 2 du règlement de l'AFPL, les décisions de l'Intimée peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours dans les 30 jours à compter de leur notification.

   Interjeté en temps utile devant la Commission de recours, le recours de la succursale de x de la Recourante, est ainsi recevable.

2. La Recourante a interjeté recours par le biais d'un mandataire, et a fait parvenir sa procuration dûment signée à la Commission de recours.

La Recourante est, en tant que destinataire de la décision du 7 octobre 2014, légitimée à recourir.

Conformément à la procuration accompagnant le recours, le représentant de la Recourante est dûment autorisé à agir au nom et pour le compte de la Recourante.

Partant, il sera entré en matière sur le présent recours.

II. Au fond

1. a) Selon l'art. 39 al. 2 CCTL, la Commission de recours examine et tranche les recours des intéressés dirigés contre la SPKA et la RPKA et portant sur les décisions d'assujettissement, les décisions de constatation, les peines conventionnelles prononcées, les décisions découlant des contrôles, notamment sur la prise en charge des frais de contrôle, les décisions concernant les demandes de soutien de la formation et les décisions concernant les demandes de soutien de mesures relevant de la protection de la santé et de la sécurité au travail.

L'art. 35 CCTL prévoit que la Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) et les commissions paritaires professionnelles régionales (RPKA) peuvent ordonner et faire aboutir des contrôles de gestion visant à vérifier le respect de la CCTL, soit ses dispositions concernant la durée du travail et les salaires, les prestations minimales dues par l'assurance d'indemnité journalière maladie ainsi que le versement des contributions dues au fonds paritaire d'application, de formation et social. La Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) assure la coordination.

Selon l'art. 36 CCTL, les contrôles de gestion seront exécutés sur mandat de la commission paritaire (SPKA/RPKA) par des entreprises/institutions mandatées et spécialisées en la matière (art. 36 CCTL).

b) Conformément aux articles énoncés ci-dessus, l'Intimée avait bel et bien la compétence de procéder à un contrôle de la Recourante et de confier à Monsieur L. le soin de rédiger un rapport de contrôle.

2. Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend l'obligation de motiver les décisions de telle façon que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Pour satisfaire cette exigence, il suffit de mentionner au moins brièvement les motifs sur lesquels la décision est fondée. L'autorité ou le juge n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (voir notamment ATF 129 I 232 consid. 3.2 p. 236; 126 I 97 consid. 2b p. 102). Cette garantie tend à assurer une décision compréhensible pour son destinataire. Le droit d'être entendu étant une garantie constitutionnelle de caractère formel, sa violation, en l'occurrence l'insuffisance de motivation, entraîne l'annulation de la décision viciée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (B. Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 241 et références citées).

3. La motivation de la décision du 7 octobre 2014 ne suffisait pas aux critères cités ci-dessus. L'Intimée n'a pas donné suite à la dernière réquisition de la Commission de recours daté du 28 avril 2015, avec laquelle elle avait reçu un ultime délai non-prolongeable pour lui faire parvenir les documents, qui aurait pu motiver la décision contestée en respect du droit d'être entendu. Au vu des pièces requises et non transmises, et l'absence totale de la motivation de la décision du 7 octobre 2014, malgré les deux réquisitions de la Commission de recours, la décision de l'Intimée sera annulée conformément à la jurisprudence constante du tribunal fédéral.

4. Les coûts de cette procédure seront mis à la charge par la caisse de l'AFPL.

La Commission de recours décide:

1. Le recours du 22 octobre 2014 est recevable quant à la forme.
2. Le recours est admis sur le fond.
3. La décision de l'Intimée du 7 octobre 2014 est annulée.
4. Les frais de procédure sont mis à la charge de l'AFPL.

Dübendorf, le 13 juillet 2015

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services :

Mathias Regotz, Président Decimo Vincenzi, Vice-président

Notifié à :

- x
- Commission paritaire professionnelle régionale pour la suisse-romande (CPRR), c/o UNIA Fribourg, Route des Arsenaux 15, CP 230, 1705 Fribourg

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services

---

Affaire Nr. 62/2015

Participants: Mathias Regotz, SYNA (Président)
Decimo Vincenzi, swissstaffing (Vice-Président)
Philip Thomas, UNIA (Membre)
Sandro Pohli, Adecco (Membre)
Christof Burkard, Employés Suisse (Membre suppléant permanent)
Boris Eicher, swissstaffing (Greffier)

Décision du 16 décembre 2015

Dans l'Affaire

X — Recourante

contre

l'Association paritaire exécution, formation continue et
fondation de prévoyance sociale pour la location de services (AFPL)

représentée par
la Commission paritaire professionnelle régionale pour
la suisse-romande (CPRR)
c/o UNIA Fribourg
Route des Arsenaux 15
CP 230
1705 Fribourg — Intimée

Concernant le

Recours du 16 juillet 2015 contre la décision de la CPRR du 22 juin 2015 concernant le contrôle du 14 janvier 2015

Etat de fait :

1. En date du 14 janvier 2015, Monsieur L. a mené, sur mandat de l'Intimée un contrôle auprès de la succursale de la Recourante. à Sion. Le rapport de contrôle qui en résulte concerne la période du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2014. Pendant cette période, 17 dossiers d'employés ont été prélevés.

2. Le rapport a mis en évidence les points suivants à rectifier :

   - *Art. 7 : contribution professionnelle non versée*
   - *Art. 19 : mauvaise classification de salaire*
   - *Art. 20 : salaire minimum non respecté*
   - *Art. 31 : manque de cotisation à la prévoyance professionnelle*

3. [redacted]

4. En date du 4 mars 2015, l'Intimée a requis de la Recourante qu'elle procède à certaines corrections suite au contrôle du 14 janvier 2015.

5. Par courrier du 23 avril 2015, la Recourante a fait part de ses remarques concernant les correctifs et a indiqué les correctifs qui avaient été effectués.

6. Par décision du 22 juin 2015, l'Intimée, se fondant sur les art. 37 et 38 CCTL, a infligé à la Recourante une peine conventionnelle de CHF 3'586.- et a mis à sa charge 75 % des frais de contrôle, soit un montant de CHF 2'790.-.

7. En date du 16 juillet 2015, la Recourante a interjeté recours contre la décision du 22 juin 2015 de l'Intimée.

8. Dans sa motivation, la Recourante invoque une violation des art. 2 al. 3, 20, 35 et 38 de la CCTL, une appréciation des preuves et un établissement des faits arbitraire ainsi qu'une absence manifeste de toute motivation en fait comme en droit.

9. Le 7 septembre 2015, l'Intimée a fait parvenir à la Commission de recours sa prise de position. Elle conteste les griefs invoqués par la Recourante. Elle indique en particulier avoir pris en considération dans sa décision les corrections et explications fournies par la Recourante, s'agissant en particulier du salaire minimum. Elle se réfère par ailleurs à la circulaire d'informations sur la CCTL du 18 mars 2013 et indique à ce propos que la Recourante n'a pas démontré la nécessité des pics de travail allégués. Elle précise enfin que l'étendue des frais de contrôle ont été calculés selon le barème prévu par la SPKA, et qu'elle ne correspond pas à l'entier des frais supportés. Enfin, elle argue que la peine conventionnelle se justifie de par les infractions commises. Elle se rapporte au modèle prévu par la SPKA pour ce qui est des modalités de calcul de la peine conventionnelle.

10. Par Ordonnance du 28 septembre 2015, le Président de la Commission de recours a ordonné un deuxième échange d'écriture limité à la problématique des pics de travail.

11. Le 12 octobre 2015, la Recourante s'est déterminée en produisant notamment des confirmations écrites des entreprises concernées.

12. Le 9 novembre 2015, l'Intimée a produit une brève détermination sur les motifs justifiant, respectivement refusant, l'admission de pics de travail pour les collaborateurs concernés et où elle indique en particulier avoir considéré que les deux semaines de désherbage ne constituaient pas un pic de travail.

Considérant :

I. A la forme

1. La décision du 22 juin 2015 de l'Intimée a été notifiée le 23 juin 2015 à la Recourante, qui a interjeté recours en date du 16 juillet 2015. Les décisions de la CPRR sont soumises à la CCTL ainsi qu'au règlement de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services (ci-après : AFPL).

   En vertu de l'art. 32 al. 2 du règlement de l'AFPL, les décisions de la CPRR peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours dans les 30 jours à compter de leur notification.

   Interjeté en temps utile devant la Commission de recours compétente, le recours de la Recourante est recevable.

2. La Recourante est, en tant que destinataire de la décision du 22 juin 2015, légitimée à recourir.

3. Partant, il sera entré en matière sur le présent recours.

II. Au fond

1. a) Selon l'art. 39 al. 2 CCTL, la Commission de recours examine et tranche les recours des intéressés dirigés contre la SPKA et la RPKA et portant sur les

décisions d'assujettissement, les décisions de constatation, les peines conventionnelles prononcées, les décisions découlant des contrôles, notamment sur la prise en charge des frais de contrôle, les décisions concernant les demandes de soutien de la formation et les décisions concernant les demandes de soutien de mesures relevant de la protection de la santé et de la sécurité au travail.

L'art. 35 CCTL prévoit que la Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) et les commissions paritaires professionnelles régionales (RPKA) peuvent ordonner et faire aboutir des contrôles de gestion visant à vérifier le respect de la CCTL, soit ses dispositions concernant la durée du travail et les salaires, les prestations minimales dues par l'assurance d'indemnité journalière maladie ainsi que le versement des contributions dues au fonds paritaire d'application, de formation et social. La Commission paritaire professionnelle suisse (SPKA) assure la coordination.

Selon l'art. 36 CCTL, les contrôles de gestion seront exécutés sur mandat de la commission paritaire (SPKA/RPKA) par des entreprises/institutions mandatées et spécialisées en la matière (art. 36 CCTL).

b) Conformément aux articles énoncés ci-dessus, l'Intimée avait bel et bien la compétence de procéder à un contrôle de la Recourante et de confier à Monsieur Lecouvé le soin de rédiger un rapport de contrôle pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2014.

2. La Recourante remet en cause dans son recours l'arbitraire et l'absence de motivation de la décision s'agissant du non-respect du salaire minimum prévu par la CCTL pour ses collaborateurs.

   Par conséquent, le bienfondé des autres points de la décision de l'Intimée du 22 juin 2015 mettant en lumière les autres manquements de la Recourante ne seront pas analysés dans le cadre de la présente décision, ces manquements étant considérés comme admis par la Recourante, qui ne les a pas contestés dans le cadre de son recours.

3. La Recourante conteste principalement la décision de l'Intimée s'agissant du non-respect du salaire minimum prévu par la CCTL pour les collaborateurs n° 4510805, 4510654, 4510799 et 4510252. Elle invoque l'art. 2 al. 3 de la CCT ainsi que les explications par courriel du 15 avril 2013 de M. X secrétaire d'application de la CPRR. Elle conclut qu'aucun correctif n'est à apporter.

a) S'agissant des collaborateurs n° 4510805 et 4510654, l'Intimée indique dans sa réponse du 7 septembre 2015 que les explications apportées par la Recourante ont été prises en compte et qu'aucune correction n'était à effectuer, ce qui ressort d'ailleurs du tableau récapitulatif des manquements qui comporte la mention « *pas à faire selon justification e.o* ».

Dans ses observations du 9 novembre 2015, l'Intimée admet à cet égard que, dans la mesure où ces collaborateurs ont effectué 3 semaines d'ébourgeonnage et 3 semaines d'effeuillage, ces périodes constituaient des pics de travail et le salaire qui leur a été octroyé était conforme à l'art. 2 al. 3 CCTL.

Dans la mesure où l'Intimée admet elle-même l'absence de manquement, ce point n'est donc plus litigieux.

b) S'agissant des collaborateurs n° 4510799 et 4510252, la Recourante invoque que la décision attaquée ne comporte aucune motivation sur le manquement retenu, violant ainsi le devoir de motivation découlant de l'art. 29 Cst.

Dans sa réponse du 7 septembre 2015, l'Intimée indique tout d'abord qu'elle n'a pas admis le pic de travail pour les semaines 27-28, puisque la Recourante n'avait pas justifié ces périodes de pic de travail dans ses observations du 23 avril 2015.

Dans ses observations du 9 novembre 2015, l'Intimée indique finalement qu'elle avait certes admis deux pics de travail de 3 semaines pour ces deux collaborateurs, mais qu'elle considérait que les deux semaines de désherbage (semaines 27-28) ne constituaient pas, selon elle, des pics de travail.

c) Selon l'art. 2 al. 3 CCTL, l'extension de la CCT « *s'applique à tous les travailleurs qui sont loués par les entreprises indiquées à l'alinéa 2. Sont exclus les travailleurs dont le salaire dépasse le gain maximal assuré par la SUVA. Sont également exclus les travailleurs qui sont loués à des entreprises agricoles en difficulté (par ex. absences pour vacances et empêchement de travailler du directeur de l'entreprise ou pics de travail)*.»

La location de services dans l'agriculture est soumise à la CCT sauf en cas de difficultés passagères (par ex. absences pour raison de vacances, empêchement de travailler du chef d'exploitation, pics de travail…). Il est recommandé au bailleur de services de requérir de l'exploitation agricole en question une confirmation écrite de la difficulté passagère (arrêt de travail ordonné par le médecin, déclaration d'accident, etc.) (FAQ CCT Locations de services, ch. 1.4; http://www.tempservice.ch/tempservice/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=118280).

d) In casu, force est de constater que la décision du 22 juin 2015 ne comporte aucune motivation sur le manquement relatif au non-respect du salaire minimum prévu par la CCTL pour les collaborateurs n° 4510799 et 4510252.

Or, le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend l'obligation de motiver les décisions de telle façon que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Pour satisfaire cette exigence, il suffit de mentionner au moins brièvement les motifs sur lesquels la décision est fondée. L'autorité ou le juge n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (voir notamment ATF 129 I 232 consid. 3.2 p. 236; 126 I 97 consid. 2b p. 102). Cette garantie tend à assurer une décision compréhensible pour son destinataire. Le droit d'être entendu étant une garantie constitutionnelle de caractère formel, sa violation, en l'occurrence l'insuffisance de motivation, entraîne l'annulation de la décision viciée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (B. Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 241 et références citées).

La motivation de la décision attaquée ne suffisait donc pas aux critères cités ci-dessus s'agissant des manquements liés aux collaborateurs n° 4510799 et 4510252.

L'Intimée indique certes, dans sa réponse au recours du 7 septembre 2015, qu'elle n'a pas admis le pic de travail pour les semaines 27-28 au motif que la Recourante n'avait pas justifié ces périodes, puis, dans ses observations du 9 novembre 2015, qu'elle avait certes admis deux pics de travail de 3 semaines pour ces collaborateurs, mais qu'elle considérait au contraire que les deux semaines de désherbage (semaines 27-28) ne constituaient pas un pic de travail.

Cette motivation, en plus d'évoluer au fil des échanges d'écritures, ne correspond pas au tableau récapitulatif des manquements établis dans la décision du 22 juin 2015, lequel retient pour les collaborateurs n° 4510799 et 4510252 des montants de CHF 1'149.92 et CHF 1'224.40 (soit respectivement 218h50 et 230h de travail selon le rapport de contrôle) alors que les semaines 27 et 28 ne comptent que 88h50 et 100h de travail selon ce même rapport de contrôle (soit respectivement des montants de CHF 468.72 et CHF 512.-).

Enfin, l'Intimée n'a pas été en mesure, en dépit de deux échanges d'écriture, d'établir en quoi la différence d'activité (à savoir le désherbage en lieu et place de l'ébourgeonnage et de l'effeuillage) constituait un motif objectif justifiant un traitement différencié de ces périodes de travail. La fluctuation de motivation, ajoutée à l'absence de motivation de la décision du 22 juin 2015, démontre que l'Intimée ne dispose pas de critères objectifs qu'elle puisse appliquer uniformément et en respect du principe de l'égalité de traitement dans l'évaluation des pics de travail.

A défaut de différences objectives, les semaines de désherbage (semaines 27-28) auraient donc dû être acceptées comme pics de travail.

e) Par surabondance, la Commission de recours constate que le calcul de la peine conventionnelle prononcée dans la décision du 22 juin 2015 n'est également pas cohérent avec la motivation de l'Intimée.

En effet, la décision attaquée retient un montant total de CHF 3'938.80 pour les manquements à valeur pécuniaire, en y incluant les manquements relatifs aux collaborateurs n° 4510805 et 4510654, pour lesquels l'Intimée a pourtant admis qu'aucune correction n'était à effectuer.

De même, la décision attaquée inclut dans ce montant total les manquements relatifs aux collaborateurs n° 4510799 et 4510252 pour l'ensemble de la période contrôlée (cf. lit. d) ci-dessus), alors même que l'Intimée a expliqué dans ses déterminations que seules les semaines 27-28 n'étaient pas acceptées.

Ainsi, si, par hypothèse, l'on devait suivre la motivation développée par l'Intimée dans ses observations des 7 septembre et 9 novembre 2015, c'est un montant total de CHF 1'460.20 (60.50 + 52.70 + 141 + 225.28 + 468.72 + 512) qui aurait dû être retenu pour les manquements à valeur pécuniaire, et non pas CHF 3'938.80.

En calculant cet écart de salaire (CHF 1'460.20) mis en rapport avec la masse salariale contrôlée (CHF 74'310.45), en pourcentage, on constate que l'on arrive à un résultat de 1.96%, alors que l'annexe au règlement de l'AFPL exige, pour justifier le prononcé d'une peine conventionnelle, que cette part s'élève à au moins 3% de la masse salariale contrôlée.

En définitive, force est de constater que le calcul de la peine conventionnelle établi dans la décision attaquée ne correspond pas à la motivation défendue par l'Intimée dans ses écritures. Un calcul correct, y compris dans l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, où les semaines de désherbage (semaines 27-28) auraient pu être refusées comme pics de travail, ne justifiait dans tous les cas ni le prononcé d'une peine conventionnelle, ni une répartition des frais de contrôle.

4. Par conséquent, l'absence totale de motivation de la décision du 22 juin 2015 mise à part, les explications fluctuantes constatées dans les écritures de l'Intimée et les nombreuses incohérences entre la motivation de l'Intimée d'une part, et le rapport de contrôle et la décision attaquée d'autre part, font que la décision de l'Intimée doit être annulée en ce qui concerne les pics de travail, la peine conventionnelle et la répartition des frais de contrôle, conformément à la jurisprudence constante du tribunal fédéral.

5. A la lumière de ce qui précède, le recours sera admis et la décision partiellement annulée.

6. Les coûts de cette procédure seront mis à la charge de la caisse de l'AFPL.

La Commission de recours décide:

1. Le recours du 16 juillet 2015 est recevable quant à la forme.
2. Le recours est admis sur le fond.
3. La décision de l'Intimée du 22 juin 2015 est partiellement annulée dans le sens des considérants.
4. Les frais de procédure sont mis à la charge de l'AFPL.

Dübendorf, le 16 décembre 2015

Commission de recours de l'association Fonds paritaire d'application, de formation et social pour le secteur de la location de services :

Mathias Regotz, Président Decimo Vincenzi, Vice-président

Notifié à :

- x
- Commission paritaire professionnelle régionale pour la suisse-romande (CPRR), c/o UNIA Fribourg, Route des Arsenaux 15, CP 230, 1705 Fribourg

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Geschäfts-Nr. 20/2020

Mitwirkend: Marc Widmer, swissstaffing (Präsident)
Jolanta Krattinger, SYNA (Vizepräsidentin)
Martin Vonaesch, Adecco (Mitglied)
Regula Dick, UNIA (Mitglied)
Pierre Serge Heger, Angestellte Schweiz (Ersatzmitglied, ohne Stimmrecht)
Ivana Zellweger, swissstaffing (juristische Sekretärin)

Beschluss vom 16. Dezember 2020

in Sachen

x Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)
vertreten durch
Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15 Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 27. März 2020 gegen den Entscheid der RPKD vom 19. Februar 2020 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 13. Dezember 2018 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 30. Juni 2018. Die Rekurrentin verlieh in dieser Zeit insgesamt 41 Mitarbeitende. Davon wurden 15 Mitarbeitende in 28 Einsätzen überprüft. Die IST-Lohnsumme der kontrollierten Mitarbeitenden betrug insgesamt CHF 680‘658.85.

2. Die beauftragte Kontrollfirma verfasste am 24. Januar 2019 einen Lohnbuchkontrollbericht. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 29. Januar 2019 Gelegenheit gegeben, Einsicht in den Lohnbuchkontrollbericht vom 24. Januar 2019 zu nehmen und sich dazu zu äussern. Die Rekurrentin reichte eine auf den 28. Februar 2019 datierte schriftliche Stellungnahme ein.

3. Mit Beschluss vom 19. Februar 2020, welchen die Rekursgegnerin am 27. Februar 2020 schriftlich ausfertigte (nachfolgend „Entscheid“), bezifferte die Rekursgegnerin die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin an 8 Mitarbeitende auf insgesamt CHF 10‘361.95 (Dispositiv-Ziffer 3.1). In Dispositiv-Ziffer 3.2 wurde die Rekurrentin verpflichtet, 12 Mitarbeiter rückwirkend der beruflichen Vorsorge zu unterstellen. In Dispositiv-Ziffer 3.3 wurde die Rekurrentin angewiesen, sich auf ihren Einsatzverträgen die Instruktion zur Arbeitssicherheit bestätigen zu lassen. In Dispositiv-Ziffer 3.4 auferlegte die Rekursgegnerin der Rekurrentin eine Konventionalstrafe von CHF 6‘000.00. Überdies wurden Kontrollkosten in der Höhe von CHF 1‘081.00 auferlegt (Dispositiv-Ziffer 3.5).

4. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin am 27. März 2020 Rekurs und stellt folgende Anträge:

   I. Die Berechnung der Nachzahlungen an Arbeitnehmende gemäss Ziffer 3.1 in Bezug auf die MA Nr. 1, 3, 8, 9, 10 ist von insgesamt CHF 10‘361.95 auf insgesamt CHF 3‘042.40 zu reduzieren und in Bezug auf die MA Nr. 2 und 6 aufzuheben.

   II. Die rückwirkende BVG-Unterstellung gemäss Ziffer 3.2 der Beschlüsse der RPKD ist aufzuheben.

   III. Sofern dem Rekursantrag II nicht entsprochen wird, ist die rückwirkende BVG-Unterstellung gemäss Ziffer 3.2 in Bezug auf die MA Nr. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 und 21 aufzuheben.

   IV. Insoweit den Anträgen zu den Rekursanträgen II bzw. III entsprochen wird, entfällt die Grundlage für die Berechnung der Konventionalstrafe. Die Konventionalstrafe sollte damit entfallen.

Auf die entsprechende Begründung ist nachfolgend im materiellen Teil einzugehen.

5. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Stellungnahme vom 12. Mai 2020 und beantragt die Abweisung des Rekurses

   Auf die entsprechende Begründung ist nachfolgend im materiellen Teil einzugehen.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Das Rekursverfahren wird in Art. 39 GAV Personalverleih (nachfolgend „GAVP“) geregelt. Ausführende Bestimmungen finden sich in Art. 32 Reglement des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend „RegPVP“) sowie in Art. 1 ff. Reglement der Rekurskommission Personalverleih (nachfolgend „RegRK“) (beide Dokumente sind einsehbar auf www.tempservice.ch unter der Rubrik „Dokumente“).

2. Die Rekursgegnerin fasste ihren Entscheid an der Sitzung vom 19. Februar 2020 und fertigte diesen am 27. Februar 2020 schriftlich aus. Der Beschluss ging am 3. März 2020 bei der Rekurrentin ein. Am 27. März 2020 erhob die Rekurrentin Rekurs. Die Eingabe erfolgte innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist und mithin fristgerecht (vgl. Art. 32 Abs. 2 RegPVP; Art. 6 Abs. 1 RegRK).

3. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

II. Materielles

A. Vorbemerkung

1. Die Kontrollperiode umfasst vorliegend den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 30. Juni 2018, weshalb die Bestimmungen des GAVP in der Fassung vom 1. Mai 2016 bis 31. Dezember 2018 anwendbar sind.

2. Per 1. August 2016 wurde zudem das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des RegPVP revidiert. Art. 31ter Abs. 2 neues RegPVP stellt klar, dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 nur für Entscheide der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Personalverleih (SPKP) und der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (RPKP) anwendbar sind, welche nach der Inkraftsetzung des neuen RegPVP ergehen. Da der angefochtene Entscheid am 19. Februar 2020 und mithin nach Inkrafttreten der Revision des RegPVP ergangen ist, gilt es vorliegend die neurechtlichen Bestimmungen des RegPVP (inkl. dessen Anhänge) zu beachten.

3. a) Die Rekurrentin bringt vor, in Ziffer 1.2 Abs. 3 stelle die Rekursgegnerin fest, dass in Bezug auf die im Beschluss relevanten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen 15 Personen in 28 Einsätzen überprüft worden seien. Allerdings seien unter Ziffer 2.1.5 bei weiteren 10 Personen Verfehlungen (berufliche Vorsorge) festgestellt worden, welche unter Ziffer 1.2 des Beschlusses der Rekursgegnerin nicht erwähnt würden. Die Rekursgegnerin bringt diesbezüglich vor, es seien in Bezug auf die für den Beschluss relevanten Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen 15 Personen in 28 Einsätzen überprüft worden. In Art. 48a AVV werde geregelt, was Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen seien. Bei den zehn weiteren Arbeitnehmenden unter Ziffer 2.1.5 des Beschlusses seien Verfehlungen betreffend die berufliche Vorsorge festgestellt worden. Diese Thematik falle weder unter den Begriff der Lohn- noch der Arbeitszeitbestimmungen.

   b) Am 15. November 2018 hat die Rekurrentin von der Rekursgegnerin den Beschluss zur Durchführung einer Betriebsprüfung erhalten. Mit E-Mail vom 28. November 2018 wurde die Rekurrentin über die Erweiterung des Kontrollauftrags informiert. Es wurde ihr mitgeteilt, dass der Kontrollauftrag erweitert und auch das Holzbaugewerbe kontrolliert werde. Im Lohnbuchkontrollbericht vom 24. Januar 2019 wurde bezüglich dem Kontrollauftrag festgehalten, dass die Mitarbeiter in Form einer Stichprobe zu prüfen seien und diese in der Holzbaugewerbebranche und in den Branchen ohne ave-GAV (Personalverleih) tätig gewesen seien. Im

genannten Bericht wird sodann aufgeführt, in welchen Bereichen wie viele Mitarbeiter überprüft wurden. Aus der Einsatzstatistik (Beilage 1 des Lohnbuchkontrollberichts vom 24. Januar 2019) geht hervor, dass 15 Personen im Bereich Personalverleih und 11 Personen im Bereich Holzbaugewerbe kontrolliert wurden. Die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbestimmungen, welche sich bei 11 verliehenen Mitarbeitern nach dem GAV Holzbau richten, wurden von der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Holzbau (SPBH) kontrolliert. Es ist folglich korrekt, dass die Rekursgegnerin bei lediglich 15 Mitarbeitern die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen kontrollierte und bei den übrigen 11 Mitarbeitern, welche im Holzbaugewerbe tätig waren, hingegen nicht.

B. Geldwerte Verfehlungen nach GAV

Mindestlöhne

4. a) Die Rekurrentin beantragt, die Nachzahlungen gemäss Ziffer 3.1 an die Mitarbeiter Nr. 1, 3, 8, 9 und 10 von insgesamt CHF 10‘361.95 seien auf insgesamt CHF 3‘042.40 zu reduzieren.

Sie bringt diesbezüglich vor, der Beschluss betreffend Nachzahlungen an diese Mitarbeiter stütze sich nahezu vollständig auf die Auffassung, Personen mit einem Abschluss als „Bachelor“ oder „Master“ seien gemäss ständiger Praxis der RPKD als „Gelernt“ einzustufen, unabhängig oder nahezu unabhängig von der Art des Einsatzes. Die genannten Mitarbeiter seien für die Teilnahme als Trainee im Trainee-Programm der MS AMLIN AG als „Ungelernt“ im Sinne von Art. 20 GAVP eingestuft worden. Die Einstufung sei im Falle von kurzen Trainee-Programmen und Praktika für Studenten und Studierte eine Ermessensfrage, da die Einstufung nicht unmittelbar aus der Definition gemäss Art. 20 GAVP hervorgehe und auch in den FAQ keine weiterführenden Abgrenzungen zu finden seien.

Für die Auffassung der Rekursgegnerin, eine Person mit einem „Bachelor“ oder „Master“ Abschluss sei grundsätzlich als „Gelernt“ einzustufen, bestehe weder eine Rechtsgrundlage noch habe die Rekursgegnerin Beweise angeführt. Diese Auffassung entbehre jeder gesetzlichen und praktischen Grundlage. Ob es ständige Praxis der Rekursgegnerin sei oder nicht, sei im Übrigen rechtlich nicht von Bedeutung, insbesondere da diese nicht publiziert werde.

Die Mitarbeiter seien im Rahmen von dreimonatigen Trainee-Programmen an die MS AMLIN AG verliehen worden. Die MS AMLIN AG sei eine Rückversicherungs-Gesellschaft und Tochtergesellschaft der MS Amlin plc mit Sitz in London. Der Einsatz als Trainee sei grundsätzlich nicht zu vergleichen mit einem Einsatz als temporär oder festangestellter Mitarbeiter. Ein Trainee- Programm umfasse einerseits Einführung in die Praxis und andererseits die Anwendung von gewissen Basiskenntnissen in der Praxis. Dies sei auch beim Trainee-Programm der MS Amlin AG der Fall gewesen. Ein Trainee-Programm habe Merkmale von einem Praktikum. Es ermögliche einerseits dem Einsatzbetrieb zu entscheiden, welche Trainees nach Ablauf des Trainee-Programms weiter beschäftigt und allenfalls festangestellt werden. Andererseits erhalten Studenten und Absolventen die Möglichkeit herauszufinden, ob ein gewisser Arbeitsbereich für die Weiterentwicklung interessant sei oder nicht. Zudem sei die Teilnahme an einem solchen Trainee-Programm bei Studenten und Absolventen in der Regel begehrt, da mit solchen Programmen erste Erfahrungen in der Wirtschaft bzw. in einem besonderen Bereich der Wirtschaft gemacht werden könnten.

Ziel des Einsatzbetriebes sei es gewesen, bei diesen Einsätzen ETH-Studenten und Absolventen, welche sich für die Rückversicherungsbranchen interessieren, die Möglichkeit zu geben, einen guten Einblick in den Rückversicherungsbereich zu erhalten und diese Personen zu motivieren, künftig weiter in diesem Bereich tätig zu sein. Für die Aufgaben selbst sei kein Bachelor- oder Master- Abschluss erforderlich. Ein Sekundarschüler mit Interesse für eine kaufmännische Lehre hätte die verlangten Tätigkeiten auch ausführen können.

Neben dem Einblick in das Versicherungsgeschäft seien die Trainees nur mit einfachen Tätigkeiten beauftragt worden. Dazu hätten gemäss Angaben des Einsatzbetriebes insbesondere folgende gehört:

- Enter relevant data regarding submission, acceptances and declinations (mainly using Excel)
- Preparing of renewal information
- Examination of wordings

Im Übrigen habe keiner dieser Mitarbeiter über einen Abschluss verfügt, welcher direkt für das Rückversicherungsgeschäft anwendbar gewesen wäre. Ferner würde kein ETH- oder Universitäts-Student sich um ein Trainee-Programm bewerben, wenn er bereits Erfahrung in der (Rück-)Versicherungsbranche hätte.

b) Die Rekursgegnerin bringt demgegenüber vor, in Art. 20 GAVP werde geregelt, in welche Lohnklasse Arbeitnehmende einzuteilen seien. Als „Gelernt“ würden

unter anderem Arbeitnehmende mit einem eidgenössischen Fähigkeitsausweis (EFZ) der Branche oder mit einer abgeschlossenen mindestens dreijährigen beruflichen Grundausbildung, die für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist, gelten. Gemäss Kommentar zu Art. 20 Abs. 4 und 5 GAVP sei eine berufliche Grundbildung für die auszuübende Tätigkeit dann geeignet, wenn die beiden Berufe miteinander verwandt seien. Dies zeige auf, dass die Sozialpartner bei den Vertragsverhandlungen zu den Hochschulabgängern in Bezug auf die Lohnklasseneinteilung nur am Rande Beachtung geschenkt haben. Aufgrund dessen sei die diesbezügliche Auslegung Sache der Vollzugsorgane, welche eine rechtsverbindliche Praxis entwickelt hätten. Vor diesem Hintergrund sei das Hochschulstudium, welches in einem ersten Schritt (Bachelorabschluss) regelmässig drei Jahre dauere, als berufliche Grundbildung zu qualifizieren. Betreffend Verwandtschaft zwischen Berufen sei eine Einzelfallbetrachtung notwendig, da viele Studiengänge nicht lediglich auf einen spezifischen Beruf abzielen würden. Bei der Einzelfallbetrachtung müsse somit die Ausbildung oder der Inhalt der Ausbildung des Arbeitnehmenden mit dem Tätigkeitsfeld des relevanten Einsatzes verglichen werden. Sei die Mehrheit des Inhaltes der Ausbildung deckend mit dem Anforderungsprofil/Tätigkeitsfeld, so sei die berufliche Grundbildung für die auszuübende Tätigkeit geeignet und der Arbeitnehmende als „Gelernt“ einzustufen.

Die Arbeitnehmenden hätten bei Stellenantritt alle über einen Hochschulabschluss (Bachelor- oder Masterabschluss) verfügt. Bei allen abgeschlossenen Studiengängen komme der Datenerhebung und Datenverarbeitung eine zentrale Bedeutung zu. Dies veranschauliche die Rekurrentin auch gleich selbst mit dem gemachten Beispiel, wonach die Datenverarbeitung die zentrale Tätigkeit während des Einsatzes gewesen sei. Da die Arbeitnehmenden somit über berufliche Grundbildungen verfügt hätten und diese für die auszuübenden Tätigkeiten geeignet gewesen seien, würden sie die Voraussetzungen erfüllen, um als „Gelernt“ qualifiziert zu werden.

Dass die verlangten Tätigkeiten auch von einem Sekundarschüler mit Interesse für eine kaufmännische Lehre hätten ausgeführt werden können, stelle ein Widerspruch zur übrigen Argumentation der Rekurrentin dar und bestätige die Praxis der RPKD. Denn wenn sogar ein Sekundarschüler diese einfachen Tätigkeiten hätte ausführen können, erscheine es höchst fragwürdig, wenn ein Arbeitnehmender mit Hochschulabschluss, in welchem die genannten Tätigkeiten von fundamentaler Bedeutung sind, als «Ungelernt» qualifiziert und eingestuft werden würde. Dass es sich bei den Einsätzen um Trainee-Programme oder Praktika handle, sei in casu nicht von Bedeutung, da einem Arbeitnehmenden auch bei einem «regulären» Stellenantritt in den häufigsten Fällen eine Einführungsfrist gewährt werden müsse, um die Unternehmensstruktur, die

internen Prozesse sowie neue Softwares kennenlernen zu können, bis das Unternehmen vom Output des Arbeitnehmenden profitieren könne.

Betreffend entwickelter Praxis der RPKD sei schliesslich noch auszuführen, dass sich diese aus dem GAV Personalverleih und dem dazugehörigen Kommentar, welcher die FAQ zum GAV Personalverleih abgelöst habe, ergibt. Somit mangle es nicht an einer rechtlichen Grundlage.

Den Neuberechnungen der Rekurrentin sei somit nicht zu folgen, weshalb am Beschluss festzuhalten sei. Auch seien die Nachzahlungen gemäss den in der Beilage zum Rekursschreiben angezeigten Korrekturen nicht belegt worden.

c) Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Mitarbeiter Nr. 1, 3, 8, 9 und 10 von der Rekurrentin zu Recht als „Ungelernte“ eingestuft wurden, oder ob diese aufgrund ihrer Ausbildung als „Gelernte“ hätten eingestuft werden müssen.

In Art. 20 GAVP werden die Mindestlöhne und die Lohnklasseneinteilung geregelt. Als gelernt gelten Arbeitnehmende mit:

- einem eidgenössischen Fähigkeitsausweis (EFZ) der Branche;
- einer abgeschlossenen, mindestens dreijährigen beruflichen Grundbildung, die für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist, oder;
- einer Attestlehre (EBA) der Branche und mindestens drei Jahren Berufspraxis in der auszuübenden Tätigkeit.

Was die Einteilung in die Qualifikationsstufe betrifft, so ist entscheidend, welche konkrete Tätigkeit der Mitarbeiter ausübt. Für die Einreihung in die entsprechende Lohnklasse kommt es somit einzig darauf an, welche Tätigkeit diese Person effektiv ausführt. Entscheidend ist folglich ein EFZ d*er Branche* oder eine abgeschlossene Ausbildung die für die auszuübende Tätigkeit *geeigne*t ist oder Berufserfahrung *in der auszuübenden Tätigkeit*. Ist der Mitarbeiter zwar ausgebildet, wird er jedoch in einem Bereich eingesetzt, in welchem er keine Ausbildung hat, so gilt er nicht als „Gelernt“.

Die berufliche Grundbildung ist dann für die auszuübende Tätigkeit geeignet, wenn die beiden Berufe miteinander verwandt sind. Die Verwandtschaft zwischen Berufen richtet sich nach der Definition des Schweizerischen Dienstleistungszentrums Berufsbildung, Berufs-, Studien- und Laufbahnberatung

(SDBB), welche unter www.berufsberatung.ch (Beruf eingeben, dann Rubrik „verwandte Berufe“ wählen) eingesehen werden kann.

ca) Fest steht somit, dass ein Temporärmitarbeiter nicht aufgrund eines Bachelor- oder Masterabschlusses per se als „Gelernt“ einzustufen ist. Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob das absolvierte Studium für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist. Wie die Rekursgegnerin zutreffend ausführt, ist eine Einzelfallbetrachtung notwendig, da viele Studiengänge nicht lediglich auf einen spezifischen Beruf abzielen. Bei der Einzelfallbetrachtung ist die Ausbildung oder der Inhalt der Ausbildung des Mitarbeiters mit dem Tätigkeitsfeld des relevanten Einsatzes zu vergleichen. Ist die Mehrheit des Inhaltes der Ausbildung deckend mit dem Anforderungsprofil/Tätigkeitsfeld, so ist die berufliche Grundbildung für die auszuübende Tätigkeit geeignet und der Mitarbeiter ist als „Gelernt“ einzustufen.

Die Vorbringen der Rekurrentin, es sei kein Bachelor- oder Masterabschluss erforderlich gewesen und kein ETH- oder Universitätsstudent mit Erfahrung in der Versicherungsbranche würde sich für ein Trainee-Programm bewerben, vermögen an dieser Sachlage nichts zu ändern. Der Abschluss bzw. die Grundausbildung muss für die Tätigkeit nicht zwingend erforderlich sein, sondern es genügt vielmehr, wenn dieser für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist. Besteht sodann eine mindestens dreijährige berufliche Grundausbildung, so ist die Berufserfahrung nicht mehr entscheidend für die Einstufung in „Gelernt“.

cb) Die Rekurrentin bringt sodann vor, der Einsatz als Trainee sei grundsätzlich nicht zu vergleichen mit einem Einsatz als temporär oder festangestellter Mitarbeiter. Ein Trainee- Programm umfasse einerseits Einführung in die Praxis und andererseits die Anwendung von gewissen Basiskenntnissen in der Praxis. Ein Trainee-Programm habe Merkmale von einem Praktikum.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Mindestlohn auch bei den Praktikanten einzuhalten ist. Der Mindestlohn (gelernt, angelernt oder ungelernt) kann jedoch für Praktikanten um bis zu 15 % unterschritten werden. Hierzu bedarf es aber gemäss Art. 21 GAV Personalverleih eines Antrags an die Paritätische Berufskommission Personalverleih (SPKP). Gemäss Art. 21 GAVP kann die SPKP mit Zustimmung der zuständigen paritätischen Vollzugskommission der entsprechenden Branche bei Arbeitnehmenden unter 17 Jahren, Schülern, *Praktikanten* und Personen, die maximal 2 Monate im Kalenderjahr beschäftigt werden, sowie bei Personen mit eingeschränkter körperlicher oder geistiger Leistungsfähigkeit von den erfassten Tarifen Abweichungen um bis zu 15%

bewilligen. Diese Bestimmung verweist implizit auf die Mindestlöhne nach Art. 20 GAVP, von dem sie abweicht. Für eine Abweichung von den Mindestlöhnen ist folglich die ausdrückliche Bewilligung der SPKP erforderlich.

Künftig wäre also – sofern es sich bei der auszuübenden Tätigkeit effektiv um eine Praktikumsstelle handelt – vorab ein Antrag bei der SPKP einzureichen.

cc) Konkrete Verfehlungen betreffend die einzelnen Mitarbeitenden

Mitarbeiter Nr. 1

Im Einsatzvertrag vom 9. Juli 2017 wurde bezüglich der auszuübenden Arbeitstätigkeit „Catastrophe Modelling Trainee / Support“ festgehalten. Der Einsatz dauerte vom 18. September bis am 17. Dezember 2017. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Mitarbeiter in seinem Masterstudium und verfügte gemäss seines Lebenslaufs über einen Bachelor of Science in Earth Science. Ob ein dreijähriges Bachelor-Studium in Geowissenschaften effektiv geeignet ist für dieses Traineeprogramm, kann anhand fehlender weiterer Informationen nicht abschliessend beurteilt werden. Weshalb die Rekursgegnerin diesen Mitarbeiter als „Gelernt“ einstuft, begründet sie nicht.

Mitarbeiter Nr. 3

Im Einsatzvertrag vom 27. Juli 2017 wurde bezüglich der auszuübenden Arbeitstätigkeit „Catastrophe Modelling Trainee / Support“ festgehalten. Der Einsatz dauerte vom 18. September 2017 bis am 18. Januar 2018. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Mitarbeiter gemäss Lebenslauf über einen Master of Science in Geology. Auch hier ist unklar, ob das Masterstudium für die auszuübende Tätigkeit wirklich geeignet ist. Weshalb die Rekursgegnerin annimmt, dass das Studium geeignet ist, führt sie nicht näher aus.

Mitarbeiter Nr. 8

Im Einsatzvertrag vom 9. Oktober 2017 wurde bezüglich der auszuübenden Arbeitstätigkeit „Underwriting Support“ festgehalten. Der Einsatz dauerte vom 9. Oktober 2017 bis am 8. Januar 2018. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Mitarbeiter

über einen Bachelor in Statistik. Auch bei diesem Mitarbeiter führt die Rekusgegnerin nicht näher aus, weshalb sie der Ansicht ist, dass das vorliegende Studium für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist. Welche Tätigkeit der Mitarbeiter effektiv ausübt und ob sein Studium dafür geeignet ist, kann ohne weitere Informationen nicht beantwortet werden.

Mitarbeiter Nr. 9

Im Einsatzvertrag vom 2. Oktober 2017 wurde bezüglich der auszuübenden Arbeitstätigkeit „Actuarial Analyst Trainee“ festgehalten. Der Einsatz dauerte vom 20. September bis 19. Dezember 2017. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Mitarbeiter über einen Bachelor in Mathematics. Ob ein Mathematikstudium für dieses Trainee geeignet ist, lässt sich nicht ohne Zweifel beantworten. Die Rekursgegnerin begründet nicht, weshalb das Studium ihres Erachtens geeignet ist.

Mitarbeiter Nr. 10

Im Einsatzvertrag vom 19. September 2017 wurde bezüglich der auszuübenden Arbeitstätigkeit „Actuarial Analyst Trainee“ festgehalten. Der Einsatz dauerte vom 20. September bis 19. Dezember 2017. Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Mitarbeiter über einen Bachelor in Mathematics sowie einen Master in Actuarial Science. Auch hier führt die Rekursgegenerin nicht aus, weshalb sie davon ausgeht, dass das Studium für das Trainee geeignet ist. Es sind weitere Informationen nötig, um konkret beurteilen zu können, ob das Studium geeignet ist.

cd) Aus den hiervor genannten Gründen sind im Zusammenhang mit den festgestellten Verfehlungen im Bereich Mindestlohn betreffend die Mitarbeiter Nr. 1, 3, 8, 9 und 10 zwingend weitere Abklärungen von der Rekursgegnerin vorzunehmen. Die in den Akten liegenden Unterlagen reichen nicht aus, um die Lohnklasseneinteilung abschliessend beurteilen zu können. Die Rekursgegnerin hat also zu prüfen, ob das absolvierte Studium effektiv für die auszuübende Tätigkeit geeignet ist. Es ist der Inhalt des Studiums des Mitarbeiters mit dem Tätigkeitsfeld des relevanten Einsatzes bzw. Trainees zu vergleichen. Es müssen dementsprechend weitere Informationen eingeholt werden. So sind beispielsweise Unterlagen bezüglich belegter Studienkurse anzufordern und allfällige Spezialisierungen zu berücksichtigen. Des Weiteren ist der Inhalt des jeweiligen Trainees klar festzulegen. Nach erfolgten Abklärungen ist die

Lohnklasseneinstufung neu vorzunehmen. Ist die Mehrheit des Inhaltes der Ausbildung deckend mit dem Anforderungsprofil/Tätigkeitsfeld, so ist die berufliche Grundbildung für die auszuübende Tätigkeit geeignet und der Mitarbeiter ist als „Gelernt“ einzustufen. Ist dies nicht der Fall, kann die Ausbildung bzw. das Studium bei der Lohnklasseneinstufung nicht berücksichtigt werden.

Der Beschluss ist somit in diesem Punkt zur weiteren Abklärung und Neubeurteilung an die Rekursgegenerin zurückzuweisen.13. Monatslohn

5. a) Die Rekurrentin bringt vor, MA Nr. 2 und 6 seien bereits seit 2015 für temporäre Einsätze bei der x beschäftigt gewesen. Ähnlich wie im Fall Diederik Janssen sei der Einsatzvertrag aus dem Jahr 2015 als Vorlage für die nachfolgenden Einsätze, wie im Jahr 2017, wiederverwendet worden. Wie im Fall Diederik Janssen sei damit die Erhöhung des UVG-Maximums von CHF 126'000.00 auf CHF 148'200.00 im Vertragstext nicht berücksichtigt worden. Als Folge dieser Erhöhung seien diese beiden Einsatzverträge neu unter die Anwendbarkeit des GAV Personalverleih gefallen, womit ein 13. Monatslohn hätte vereinbart und vertraglich als im Stundenlohn inbegriffen festgehalten werden müssen.

In beiden Fällen sei ein Gesamtbruttolohn pro Stunde von CHF 70.00 vereinbart worden. Ein um einen anteiligen 13. Monatslohn erhöhter Gesamtbruttolohn sei zu keinem Zeitpunkt vereinbart oder erwartet worden.

Auch in diesen Fällen bedürfe es lediglich einer Klarstellung zum Einsatzvertrag und zwar derart, dass der Einsatzvertrag dem GAV Personalverleih unterliege und die Zahlung des 13. Monatsgehalts im Stundenlohn von CHF 70.00 enthalten sei. Der Beschluss der Rekursgegnerin werde in Bezug auf Nachzahlungen an diese zwei Arbeitnehmende deshalb nicht akzeptiert.

Es sei der x bewusst, dass die Verwendung der vorherigen Verträge aus dem Jahr 2015, als Vorlage für den neuen Einsatz, ein formeller Fehler darstelle. Aus Sicht der x sei dies aber ein Flüchtigkeitsfehler, welcher genau den Stellenwert habe, wie der Flüchtigkeitsfehler im Kontrollbericht mit der Erwähnung des alten GAV Personalverleih als Grundlage für die Prüfung.

b) Die Rekursgegnerin hält diesbezüglich fest, dass die Entschädigungen für Feiertage und Ferien explizit in den Einsatzverträgen sowie in den Rahmenarbeitsverträgen thematisiert und ausgewiesen würden. Demgegenüber fehle die Thematik betreffend 13. Monatslohn vollends. Die Rekurrentin führe aus, dass sie die Verträge aus dem Jahr 2015 für die Einsätze im Jahr 2017

wiederverwendet habe. Da die Arbeitnehmenden mit den aufgeführten Löhnen 2015 nicht in den persönlichen Geltungsbereich des GAV Personalverleih (Art. 4) gefallen seien, sei auch kein 13. Monatslohn geschuldet gewesen. Dem Wortlaut der Ausführungen der Rekurrentin sei zu entnehmen, dass die vereinbarten Löhne 2015 exkl. 13. Monatslohn zu verstehen gewesen seien, die gleichen Löhne 2017 jedoch inkl. Entschädigung für den 13. Monatslohn. Dies sei wenig glaubhaft. Die Rekurrentin sei entweder schlichtweg nicht in Kenntnis der Erhöhung des SUVA-Maximums gewesen oder habe bei der Aktualisierung der Einsatzverträge nicht in Betracht gezo- gen, dass die Arbeitnehmenden vorliegend keine Ausnahme mehr i.S.v. Art. 4 Abs. 2 GAV Personalverleih darstellen und ein 13. Monatslohn geschuldet sei.

Sie vermöge somit nicht glaubhaft darzulegen, dass der 13. Monatslohn ab 2017 im Bruttolohn enthalten gewesen sein soll, weshalb am Beschluss festzuhalten ist. Vorliegend könne auch nicht von einem Flüchtigkeitsfehler ausgegangen werden, da dieser Fehler ein doch beträchtlicher finanzieller Nachteil für die Arbeitnehmenden darstelle.

c) Gemäss Art. 18 Abs. 2 GAV Personalverleih besteht ein Anspruch auf einen 13. Monatslohn. Die Sozialpartner des GAV Personalverleihs haben das Berechnungsmodul für den Minimallohn gemäss GAV Personalverleih verbindlich festgelegt. Dieses Modul ist im Anhang 2 zum GAV Personalverleih. Das Berechnungsmodul sieht vor, dass auf dem Basislohn die Feiertagsentschädigung (3.2% des Basislohns), die Ferienentschädigung (8.33% bzw.10.60% von der Summe Basislohn + Feiertagsentschädigung) sowie der 13. Monatslohn (8.33% der Summe Basislohn + Ferienentschädigung + Feiertagsentschädigung) hinzurechnen sind, was zum Bruttolohn pro Stunde führt. Diese Lohnbestandteile sind aus Gründen der Transparenz und der Rechtssicherheit in der Lohnabrechnung jeweils aufzuführen. Die Berechnungsmethode des Bruttolohns muss für die Arbeitnehmer im Detail nachvollziehbar sein.

Wie die Rekursgegnerin korrekt ausführt, enthalten die vorliegenden Einsatz- und Rahmenverträge lediglich Angaben zur Ferienentschädigung sowie zur Feiertagsentschädigung, der 13. Monatslohn wird in den Verträgen jedoch nicht aufgeführt. Auch in den Lohnabrechnungen wurde jeweils lediglich die Feiertags- und Ferienvergütung sowie der Bruttolohn aufgeführt, der 13. Monatslohn hingegen nicht. Wie die Rekursgegenerin zutreffend ausführt, ist es wenig glaubhaft, dass die vereinbarten Löhne im Jahr 2015 exklusiv 13. Monatslohn zu verstehen gewesen seien, die gleichen Löhne im Jahr 2017 hingegen den 13. Monatslohn inkludieren sollen.

Auch im Rekursverfahren gilt der allgemeine Grundsatz gemäss Art. 8 ZGB, wonach derjenige die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat, der aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte abzuleiten sucht. Im vorliegenden Fall ist der Sachverhalt nicht erstellt bzw. die Rekurrentin kann nicht nachweisen, dass den Mitarbeitern Nr. 2 und Nr. 6 der 13. Monatslohn ausgerichtet wurde bzw. dieser effektiv im Bruttolohn enthalten ist. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt somit die Rekurrentin.

Die folgenden Verfehlungen sind somit ausgewiesen:

Nr.	Mitarbeiter	Verfehlung
2	x	CHF 781.30
6	x	CHF 1‘399.35
	Gesamttotal	CHF 2‘180.65

d) Die weiteren Verfehlungen im Bereich 13. Monatslohn betreffend die Mitarbeiter Nr. 1, 3, 8, 9 und 10 ergeben sich aufgrund der von der Rekursgegnerin festgestellten Mindestlohnverfehlungen. Wie unter Erwägung B.4.cd) ausgeführt, sind im Zusammenhang mit den Mindestlohnverfehlungen von der Rekursgegnerin weitere Abklärungen vorzunehmen. Die Verfehlungen im Bereich 13. Monatslohn sind nach erfolgten Abklärungen bezüglich Mindestlohnverfehlungen neu zu berechnen.

C. Nichtgeldwerte Verfehlungen nach GAV

Berufliche Vorsorge

6.1 Vollzugskompetenz

a) Die Rekurrentin führt aus, dass das BVG-Reglement gemäss Art. 31 Abs. 1 und 2 GAV Personalverleih mindestens sicherstellen müsse, dass u.a. Arbeitnehmende mit unbestimmter Vertragsdauer oder Verträgen, die auf eine längere Zeit als drei Monate eingegangen worden seien, obligatorisch ab dem 1. Tag der Versicherungspflicht unterstehen würden und Arbeitnehmende mit zeitlich beschränkten Verträgen bis zu drei Monaten nicht versicherungspflichtig seien. Beide Bestimmungen würden lediglich eine Wiederholung der gesetzlichen Bestimmungen gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. b und Art. 1k lit. a BVV 2 darstellen. Die Ausgleichskassen seien dazu verpflichtet sicherzustellen, dass Arbeitgeber sich

einem BVG anschliessen. Ebenfalls umfasse die AHV-Revision bzw. Arbeitgeberkontrolle die Kontrolle der BVG- Abrechnungen.

Die RPKD stütze ihr Recht auf Durchführung einer Kontrolle und zur Durchsetzung der Einhaltung des GAV Personalverleih auf Art. 33 GAV Personalverleih. Dabei sei allerdings zu beachten, dass gemäss Art. 35 GAV Personalverleih diese Betriebsprüfungen namentlich zur Einhaltung der Arbeitszeit- und Lohnbestimmungen, der minimalen Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung sowie der Leistung der Beiträge an den Vollzugs-, Weiterbildungs- und Sozialfonds angeordnet und durchgesetzt werden könnten. Die Betriebsprüfungen gemäss GAV Personalverleih würden höchstens die Prüfung der Einhaltung der Bedingungen gemäss Art. 31 Abs. 1 und 2 GAV Personalverleih umfassen können und damit die Prüfung, ob das BVG-Reglement die Bedingungen gemäss diesem Artikel erfüllen würden. Für die BVG-Betriebsprüfung, bzw. eine Beurteilung ob Mitarbeiter zu Recht oder Unrecht dem BVG unterstellt wurden, fehle die rechtliche Grundlage. Sogar wenn im Rahmen einer Betriebsprüfung gemäss GAV Personalverleih Meinungsverschiedenheiten oder vermeintliche Fehler bei der Unterstellung von Mitarbeitern gemäss BVG festgestellt würden, habe die RPKD keine rechtliche Grundlage aufgrund deren sie anordnen könnte, dass Mitarbeiter rückwirkend dem BVG zu unterstellen seien.

b) Die Rekursgegnerin bringt demgegenüber vor, gemäss Art. 33 GAV Personalverleih seien die genannten regionalen paritätischen Kommissionen für den Vollzug des GAV Personalverleih zuständig. Diese Legitimation basiere auf Art. 32 GAV Personalverleih. Gemäss Art. 35 GAV Personalverleih würden die genannten paritätischen Kommissionen zur Sicherung des Vollzugs Betriebsprüfungen zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Personalverleih, namentlich der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen, der Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung sowie der Leistung der Beiträge an den Vollzugs-, Weiterbildungs- und Sozialfonds, anordnen und durchsetzen können.

Hierbei sei dem Wort «namentlich» speziell Rechnung zu tragen. Daraus werde ersichtlich, dass es sich hierbei lediglich um eine nicht abschliessende Aufzählung handle. Dies verdeutliche auch Art. 32 GAV Personalverleih in Verbindung mit dem dazugehörigen Kommentar. Der Vollzug beziehe sich auf sämtliche materiellen Bestimmungen (Art. 10-31) des GAV Personalverleih. Dies ergebe sich jedoch auch bereits aus der Natur der Sache. So wäre nicht plausibel erklärbar, weshalb der Vollzug die Bestimmungen betreffend berufliche Vorsorge nicht umfassen sollte.

Somit sei die rechtliche Grundlage, zur Durchsetzung der rückwirkenden Unterstellung unter die berufliche Vorsorge gegeben.

c) Der GAVP besteht aus materiellen und schuldrechtlichen Bestimmungen. Die materiellen Bestimmungen (Art. 10 bis 31 GAVP) regeln das Arbeitsverhältnis als solches. Sie werden automatisch, also unabhängig vom Willen der jeweiligen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Teil der individuellen Arbeitsverträge. Sie können von jedem Arbeitnehmer direkt durchgesetzt werden. Zusätzlich sieht der GAVP eigene Kontrollmechanismen vor, welche die Durchsetzung der materiellen Bestimmungen des GAV sicherstellen sollen. Die SPKP und RPK können gemäss Art. 35 GAVP nur Betriebsprüfungen zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP, namentlich der Arbeitszeit- und der Lohnbestimmungen, der minimalen Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung sowie der Leistung der Beiträge an den Vollzugs-, Weiterbildungs- und Sozialfonds, anordnen und durchsetzen. Daraus folgt, dass die Vollzugskompetenz der RPKD auf die Einhaltung von Normen beschränkt ist, die sich unmittelbar und spezifisch nur im GAVP niedergeschlagen haben.

ca) Die Frage, ob und ab welchem Zeitpunkt ein Arbeitnehmer der beruflichen Vorsorge zu unterstellen ist, wird explizit in Art. 31 GAVP geregelt. Die Rechtsgrundlage, auf welche die Rekursgegnerin ihre Ausführungen stützt, findet sich im GAV Personalverleih selbst. Um die Versicherungspflicht gemäss Art. 31 GAVP abklären zu können, ist der Arbeitsvertrag bzw. die konkrete Vertragsdauer jeweils zu prüfen. Die Kontrollinstanz hat folglich festzustellen, ab wann der Arbeitnehmer zwingend zu versichern ist und ob die Unterstellung korrekt erfolgt ist. Wäre dies nicht möglich, könnte die Durchsetzung der Bestimmung betreffend die berufliche Vorsorge des GAVP nicht sichergestellt werden. In den Richtlinien zur Vollzugskompetenz wird denn auch in Art. 3 festgehalten, dass im Rahmen der korrekten Anwendung von Art. 28 und Art. 31 GAV Personalverleih die Befristung der Einsatzverträge im Sinne von Art. 5 GAVP zu prüfen ist.

cb) An dieser Stelle sei zudem erwähnt, dass gerade die korrekte BVG-Unterstellung einen hohen Stellenwert hat. Der Eintritt des Versicherungsereignisses während eines Zeitraums, in welchem eine BVG-Unterstellung trotz zwingender Pflicht ausblieb, kann zu einem erheblichen, nicht wiedergutzumachenden Schaden für den Arbeitnehmer führen. Es können dabei Rentenansprüche für den Arbeitnehmer selbst oder gar verwandte Personen auf dem Spiel stehen. Könnte die Kontrollinstanz lediglich prüfen, ob sich der Arbeitgeber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge angeschlossen hat und das Reglement die aufgeführten Punkte regelt, so wären die Arbeitnehmer nicht

genügend geschützt, respektive wäre deren soziale Absicherung nur ungenügend gewährleistet.

Die Rekursgegnerin ist aufgrund ihrer Vollzugskompetenz berechtigt, in diesem Zusammenhang allfällige Verfehlungen festzustellen und zu sanktionieren sowie die Pflicht aufzuerlegen, die Mitarbeiter rückwirkend der beruflichen Vorsorge zu unterstellen.

6.2 Einzelne Verfehlungen

a) Die Rekurrentin beantragt, dass der Beschluss unter Ziffer 3.2 in Bezug auf die MA Nr. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 und 21 aufzuheben sei.

Sie bringt diesbezüglich vor, es handle sich in diesen Fällen ohne Ausnahme um Einsätze im Bereich Holzbau und zwar ausschliesslich für den Aufbau von Bausätzen von sogenannten Schwedenhäusern (vorfabrizierte Holzfertighäuser). Solche Bausätze würden aufgrund der Pläne des Architekten vorgefertigt, zur Baustelle transportiert und anschliessend mit einem Kran sowie erfahrenen Holzmitarbeitern aufgebaut. Nach dem Aufbau der Fertigelemente werde das Dachund allenfalls die Innenwände geschlossen, womit die Erstellung des Bausatzes abgeschlossen sei. Für diesen Aufbau seien Bautrupps aus Deutschland sowie Estland temporär und jeweils nur für eine Baustelle angestellt bzw. verliehen worden. Alle diese Mitarbeiter seien erfahrene Handwerker für den Aufbau gewesen. Anzumerken sei, dass im Sach- und Sanktionsentscheid des Ausschusses der SPBH Schweizerische Paritätische Berufskommission Holzbau vom 28. März 2019 in Sachen x betreffend die Betriebsprüfung vom 13. Dezember 2018 festgestellt worden sei, dass die x die geprüften Bestimmungen des GAV Holzbau während der Kontrollperiode in materieller und formeller Hinsicht sehr gut eingehalten habe. Die geldwerten Verfehlungen seien als gering zu beurteilen.

Unbestritten sei, dass auf den Einsatzverträgen für den jeweiligen Einsatz für den Aufbau von einem Schwedenhaus als Enddatum «bis Ende Baustelle» angegeben worden sei. Dies sei nach ihrer Auffassung nicht gleichbedeutend wie «unbefristet». Der Beschluss der Rekursgegnerin beruhe lediglich auf der Auffassung, dass «bis Ende Baustelle» nicht genügend bestimmt sei, da für die Mitarbeiter nicht erkennbar sei, mit welcher Einsatzdauer diese rechnen könnten. Nach ständiger Praxis der RPKD würden Einsätze mit einem derart unbestimmten Einsatzende als «unbefristet» qualifiziert werden. Was die ständige Praxis der RPKD sei, sei rechtlich nicht relevant, insbesondere da eine solche Praxis nicht einer Gerichtspraxis entspreche und da die Beschlüsse der RPKD nicht publiziert

würden. Für die Beurteilung ob «bis Ende Baustelle» ausreichend bestimmt sei oder nicht, gelte Folgendes:

Die Dauer eines befristeten Vertrages könne durch einen festen Termin, aber auch durch den Eintritt eines Ereignisses oder den Abschluss eines konkreten Projekts definiert sein. Stehe der Endtermin des Arbeitsverhältnisses nicht von vornherein fest, müsse er für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber aufgrund objektiver Kriterien erkennbar sein.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c AVG müsse im Einsatzvertrag die Dauer des Einsatzes geregelt sein. Das AVG schreibe nicht vor, dass für die Dauer ein Datum angegeben werden müsse. Die Einsatzverträge würden damit den Bedingungen gemäss AVG entsprechen. Weder die allgemein verbindlichen Bestimmungen noch die übrigen Bestimmungen des GAV Personalverleih würden besondere Bestimmungen betreffend die Anforderungen an die Formulierung der Dauer eines Einsatzes beinhalten. Damit sei lediglich massgebend, ob das Ereignis «bis Ende Baustelle» für Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Parteien des Vertrages aufgrund objektiver Kriterien erkennbar gewesen sei.

Das Ereignis «bis Ende Baustelle» sei für die verliehenen Mitarbeiter, für die x und auch für den Einsatzbetrieb absolut klar und objektiv erkennbar gewesen. Alle involvierten Parteien hätten aus eigener Erfahrung gewusst, dass der Aufbau pro Haus in längstens 4-5 Wochen abgeschlossen gewesen sei und damit «bis Ende Baustelle» einer Einsatzdauer von maximal 4-5 Wochen entspreche.

Zudem habe die x als Arbeitgeber für alle Mitarbeiter im Holzbau die Bedingungen des Meldeverfahrens einhalten und für jeden Einsatz eine Meldebestätigung einholen müssen. Das Meldeverfahren gelte bekanntlich für maximal 90 Tage, bzw. 3 Monate. Die tatsächliche Einsatzdauer sei damit für alle Mitarbeiter weniger als 3 Monate.

Nach ihrer Auffassung sei die RPKD weder beauftragt noch befugt, die Formulierung betreffend der Dauer eines Einsatzes zu beurteilen. Eine solche Beurteilung obliege ihrer Meinung nach nur den ordentlichen Gerichten und nur auf Antrag einer der involvierten Parteien.

b) Die Rekursgegnerin bringt vor, die Rekurrentin müsse sich die Frage gefallen lassen, dass wenn es für alle beteiligten Parteien so klar ersichtlich und erkennbar

gewesen sei, dass das Aufrichten eines solchen Hauses höchstens vier bis fünf Wochen dauert, dann nicht ein konkretes Datum als Vertragsende vereinbart werden konnte.

Im Bauhaupt- sowie im Baunebengewerbe würden in der Projektierungs- und Planungsphase strikte und gedrängte Terminpläne erstellt. Bei deren Nichteinhaltung würden teilweise massive Konventionalstrafen drohen. Es wäre für den Verleihbetrieb in Zusammenarbeit mit dem Einsatzbetrieb ein Leichtes gewesen, anhand der Terminpläne ein Datum für das Vertragsende der vorliegend betroffenen Arbeitnehmenden zu eruieren. Dies habe die Rekurrentin in casu unterlassen. Die Rekurrentin habe - wie sie im Rahmen des rechtlichen Gehörs zum Lohnbuchkontrollbericht selbst wiedergegeben habe - eine gewisse Flexibilität in der Planung, auch in Abhängigkeit von möglichen Witterungsbedingungen haben wollen. Sie habe diese unbestimmte Angabe «bis Ende Baustelle» deshalb gewählt, da für sie das effektive Vertragsende selbst nicht bestimmbar und objektiv erkennbar gewesen sei sowie um mögliche vorhandene Unternehmerrisiken auf die Arbeitnehmenden zu überwälzen, was nicht gestattet sei.

Die Formulierung «bis Ende Baustelle» komme in etwa der Formulierung «bis Ende Arbeitsüberlastung» gleich. Mehrere kantonale Ämter für Arbeit und Wirtschaft würden diese Formulierungen in ihren Merkblättern als zu unbestimmt ansehen und gingen deshalb von unbefristeten Einsätzen aus. Aufgrund dieser Ausführungen sei die unpräzise Definition des Vertragsendes der Rekurrentin anzulasten und damit seien die Einsatzverträge als «unbefristet» zu qualifizieren, weshalb die Arbeitnehmenden rückwirkend der beruflichen Vorsorge zu unterstellen sind.

Diesbezüglich könne die Rekurrentin auch nichts aufgrund der sehr gut eingehaltenen Bestimmungen des GAV Holzbau zu ihren Gunsten ableiten, da dieser Sachverhalt nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei.

c) Für den Beginn des Versicherungsobligatoriums gemäß Art. 31 GAVP ist die vereinbarte Vertragsdauer von Bedeutung. Arbeitnehmende mit unbestimmter Vertragsdauer oder Verträgen, die auf eine längere Zeit als 3 Monate eingegangen wurden, sind ab dem ersten Tag der beruflichen Vorsorge zu unterstellen (Art. 31 Abs. 2 GAVP). Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Formulierung in den Einsatzverträgen „bis Ende Baustelle“ so zu verstehen ist, dass es sich um befristete Einsätze bis zu drei Monaten handelt und die Mitarbeiter folglich zu Recht nicht der beruflichen Vorsorge unterstellt wurden. Oder es sich um

unbefristete Einsatzverträge handelt und die Mitarbeiter ab dem ersten Tag versicherungspflichtig sind.

ca) Ein befristetes Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn dieses für eine bestimmte Zeit eingegangen wird. Eine Befristung kann ausdrücklich vorgesehen werden oder sich aus dem Zweck der Arbeit ergeben. Beim befristeten Arbeitsverhältnis muss sowohl Anfangs- wie Endtermin für beide Parteien im Voraus klar erkennbar sein. Die Befristung muss also entweder zeitlich mit einem Datum oder sachlich mit einem für den Mitarbeiter nachvollziehbaren Termin versehen sein.

Die Rekurrentin ist der Ansicht, dass das Ereignis „bis Ende Baustelle“ für die verliehenen Mitarbeiter absolut klar und objektiv erkennbar gewesen ist. Alle involvierten Parteien hätten aus eigener Erfahrung gewusst, dass der Aufbau pro Haus längstens 4-5 Wochen dauere und damit „bis Ende Baustelle“ einer Einsatzdauer von maximal 4-5 Wochen entspreche. In Beilage 2 des Lohnbuchkontrollberichts vom 24. Januar 2019 wird die Einsatzdauer der einzelnen Mitarbeiter aufgeführt. Der Liste kann entnommen werden, dass die Einsatzdauer nicht stets maximal 4-5 Wochen betrug. Die Einsätze der Mitarbeiter Nr. 13 (Einsatzdauer vom 9. Januar bis 29. April 2017), Nr. 18 (Einsatzdauer vom 10. Januar bis 27. April 2020) und Nr. 21 (Einsatzdauer vom 10. Januar bis 26. April 2020) dauerten denn auch länger als drei Monate. Weshalb im vorliegenden Fall das Ereignis „bis Ende Baustelle“ für die Mitarbeiter erkennbar gewesen sein soll, ist unklar und wird gerade dadurch widerlegt, dass die Einsätze teilweise eben länger als vier bis fünf Wochen dauerten. Gewisse Einsätze dauerten einen Monat, gewisse Einsätze dauerten über drei Monate und der kürzeste Einsatz dauerte lediglich vier Tage. Der Endtermin des Einsatzes konnte für den einzelnen Mitarbeiter somit nicht klar und erkennbar gewesen sein. Den Ausführungen der Rekurrentin kann entsprechend nicht gefolgt werden.

Bei der in den Einsatzverträgen enthaltenen Formulierung „bis Ende Baustelle“ handelt es sich folglich nicht um einen, für den Mitarbeiter klar erkennbaren Endtermin des Einsatzes. Die Einsatzverträge der Mitarbeiter Nr. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 und 21 sind demgemäss als unbefristete Arbeitsverträge zu qualifizieren.

cb) Es ist korrekt, dass der GAVP keine Bestimmungen enthält, welche Anforderungen an die Formulierung der Dauer eines Einsatzes beinhalten. Es ist ebenfalls korrekt, dass gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c AVG die Dauer des Einsatzes im Einsatzvertrag geregelt sein muss, das AVG jedoch nicht vorschreibt, dass für die Dauer ein Datum angegeben werden muss. Es wird denn auch von der Rekursgegenerin nicht behauptet, die Einsatzverträge würden nicht den

Bedingungen des AVG oder des GAVP entsprechen. Die Dauer des Vertrages kann mithin offen formuliert werden. Es geht vorliegend jedoch einzig darum, dass bei Verträgen, die kein bestimmtes Enddatum vorsehen und die Vertragsdauer folglich unbestimmt ist, eine BVG Versicherungspflicht besteht.

cd) Bezüglich dem Vorbringen der Rekurrentin, die Rekursgegnerin sei weder beauftragt noch befugt, die Formulierung betreffend die Dauer eines Einsatzes zu beurteilen, so ist auf die Ausführungen unter Erwägung C.6.1c) zu verweisen. Wie erwähnt ist - gemäss Art. 3 der Richtlinie Vollzugskompetenz - im Rahmen der korrekten Anwendung von Art. 28 und Art. 31 GAV Personalverleih die Befristung der Einsatzverträge im Sinne von Art. 5 GAVP zu prüfen.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Verfehlungen im Bereich BVG betreffend die MA Nr. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 und 21 ausgewiesen und diese Mitarbeiter rückwirkend der beruflichen Vorsorge zu unterstellen sind.

Der Rekurs ist in diesem Punkt folglich abzuweisen.

D. Konventionalstrafe

1. Die von der Rekursgegnerin festgestellten geldwerten Verfehlungen betragen – auch ohne Berücksichtigung allfälliger Korrekturen im Bereich der Mindestlöhne – weniger als 2% der Soll-Lohnsumme der kontrollierten Personen. Es handelt sich somit bei den geldwerten Verfehlungen um geringfügige Verfehlungen, für welche keine Konventionalstrafe aufzuerlegen ist.

2. Die nichtgeldwerten Verfehlungen im Bereich BVG betragen insgesamt CHF 6‘000.00. Die für die nichtgeldwerten Verfehlungen aufzuerlegende Konventionalstrafe beträgt somit CHF 6‘000.00.

E. Kontrollkosten

Die Auferlegung der Kontrollkosten richtet sich nach Art. 31bis sowie Anhang 2 RegPVP. Gemäss diesem Anhang 2 ist für die Berechnung des Prozentsatzes der Kontrollkosten, die dem Verleihbetrieb auferlegt werden, das Verschulden und die Kooperationsbereitschaft massgeblich (vgl. Anhang 2, Ziffer 1, 2 und 3 RegPVP). Der Grad des Verschuldens muss dabei demjenigen entsprechen, der für die Berechnung im Konventionalstrafenrechner eingesetzt wurde (vgl. Anhang 2, Ziffer 2 RegPVP). Aufgrund des prozentualen Anteils der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten SOLL-Lohnsumme liegt – auch ohne Berücksichtigung allfälliger Korrekturen im Bereich der Mindestlöhne – lediglich ein leichtes Verschulden der Rekurrentin vor. Kombiniert mit der passiven Kooperation, welche sich dadurch kennzeichnet, dass der Kontrollfirma – gemäss Kontrollbericht vom 24. Januar 2019 – nicht sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestellt wurden (Lebensläufe, Unterlagen zu Grundausbildung und Weiterbildungen, Arbeitszeitrapporte) und die Qualität der zur Verfügung gestellten Mitarbeiterdossiers teilweise mangelhaft war, ergibt sich eine Pflicht zur Kostentragung im Umfang von 10 % (vgl. Anhang 2, Ziffer 1, Fall 6 RegPVP). Es resultieren somit Kontrollkosten in der Höhe von CHF 1‘081.00 (10% von CHF 10‘810.15).

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.
2. Ziffer 3.1 (Nachzahlungen) des angefochtenen Beschlusses wird aufgehoben und zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Rekursgegnerin zurückgewiesen.
3. Ziff. 3.2 (rückwirkende BVG Unterstellung) des angefochtenen Beschlusses wird bestätigt.
4. Ziff. 3.3 (Einsatzverträge Arbeitssicherheit) des angefochtenen Beschlusses wird bestätigt.
5. Ziffer 3.4 (Konventionalstrafe) des angefochtenen Beschlusses wird bestätigt.
6. Ziffer 3.5 (Kontrollkosten) des angefochtenen Beschlusses wird bestätigt.
7. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 16. Dezember 2020

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Marc Widmer, Präsident Jolanta Krattinger, Vizepräsidentin

Mitteilung an:
- x
- RPKD, Postfach 272, 3000 Bern 15

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

---

Geschäfts-Nr. 18/2019

Mitwirkend: Marc Widmer, swissstaffing (Präsident)
Mathias Regotz, SYNA (Vizepräsident)
Philip Thomas, UNIA (Mitglied)
Martin Vonaesch, Adecco (Mitglied)
Philipp Müller, swissstaffing (juristischer Sekretär)

Beschluss vom 8. Juni 2020

in Sachen

X — Rekurrentin

gegen

den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (PVP)

vertreten durch
Regionale Paritätische Kommission Personalverleih
für die deutsche Schweiz (RPKD)
Postfach 272
3000 Bern 15 — Rekursgegnerin

betreffend

Rekurs vom 10. Mai 2019 gegen den Entscheid der RPKD vom 10. April 2019 (Lohnbuchkontrolle)

Prozessgeschichte und Sachverhalt:

1. Am 8. Januar 2018 wurde bei der Rekurrentin durch eine externe Kontrollstelle eine Lohnbuchkontrolle durchgeführt. Die Kontrollperiode umfasste den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis 31. Dezember 2016. Die Rekurrentin verlieh in dieser Zeit insgesamt 164 Mitarbeitende. Davon wurden 60 Mitarbeitende in 78 Einsätzen überprüft (vgl. Lohnbuchkontrollbericht, S. 6 und S. 11), wovon wiederum 11 Mitarbeitende in 15 Einsätzen mittels Generalvollmacht auch in Bezug auf die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen überprüft wurden. Die Ist-Lohnsumme letzterer Mitarbeitenden betrug insgesamt CHF 192‘301.40.

2. Die beauftragte Kontrollfirma verfasste den Lohnbuchkontrollbericht am 7. Februar 2018.

3. Der Rekurrentin wurde mit Schreiben vom 2. März 2018 Gelegenheit gegeben, Einsicht in den Lohnbuchkontrollbericht zu nehmen und sich dazu zu äussern. Die Rekurrentin reichte eine auf den 29. März 2018 datierte schriftliche Stellungnahme ein.

4. Mit Beschluss vom 10. April 2019, welchen die Rekursgegnerin am 15. April 2019 schriftlich ausfertigte (nachfolgend „Entscheid“), bezifferte die Rekursgegnerin die Nachzahlungspflicht der Rekurrentin an 4 Mitarbeitende auf insgesamt CHF 19.30 (Dispositiv-Ziffer 3.1 des Entscheids). In Dispositiv-Ziffer 3.2 des Entscheids verpflichtete die Rekursgegnerin die Rekurrentin überdies, 3 Mitarbeitende rückwirkend ab dem 1. Einsatztag der beruflichen Vorsorge zu unterstellen und die Beiträge rückwirkend zu entrichten. Die Rekursgegnerin auferlegte der Rekurrentin zudem eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 4‘686.-- (Dispositiv-Ziffer 3.3 des Entscheids). Von der Auferlegung der Kontrollkosten sah die Rekursgegnerin demgegenüber ab (Dispositiv-Ziffer 3.4 des Entscheids).

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Rekurrentin am 10. Mai 2019 (Datum Poststempel) Rekurs und stellte folgende Anträge:

   „1) Es sei festzustellen, dass im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle von der RPKD geldwerte Verfehlungen von lediglich 0.31 Prozent der kontrollierten Lohnsumme geltend gemacht wurden und somit geringfügige Verstösse im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG vorliegen.

   2) Die verhängte Konventionalstrafe im Betrage von CHF 4‘686.-- sei infolge Geringfügigkeit der Verfehlungen und mangels Rechtsgrundlage aufzuheben.“

6. Die Rekursgegnerin äusserte sich mit Eingabe vom 13. Juni 2019 zum Rekurs und beantragte dessen vollumfängliche Abweisung, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Das Rekursverfahren wird in Art. 39 GAV Personalverleih (nachfolgend „GAVP“) geregelt. Ausführende Bestimmungen finden sich in Art. 32 Reglement des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (nachfolgend „RegPVP“) sowie in Art. 1 ff. Reglement der Rekurskommission Personalverleih (nachfolgend „RegRK“) (beide Dokumente sind einsehbar auf www.tempservice.ch unter der Rubrik „Dokumente“).

2. Die Rekursgegnerin fasste ihren Entscheid an der Sitzung vom 10. April 2019 und fertigte diesen am 15. April 2019 schriftlich aus. Dagegen erhob die Rekurrentin am 10. Mai 2019 Rekurs. Die Eingabe erfolgte innerhalb der 30-tägigen Rekursfrist und mithin fristgerecht (vgl. Art. 32 Abs. 2 RegPVP; Art. 6 Abs. 1 RegRK).

3. Als Adressatin des Entscheids der Rekursgegnerin ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert.

4. Die Rekurrentin beantragt (Antrag 1), es sei festzustellen, dass im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle von der RPKD geldwerte Verfehlungen von lediglich 0.31% der kontrollierten Lohnsumme geltend gemacht wurden und somit geringfügige Verstösse im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) vorliegen.

   Art. 9 Abs. 2 lit. a RegRK verlangt als Verfahrensvoraussetzung, dass die Rekurrentin ein schutzwürdiges Interesse am Rekurs hat. Dieses Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Die das Rechtsmittel ergreifende Partei muss durch den angefochtenen Entscheid bzw. das Dispositiv beschwert sein und damit ein Interesse an dessen Abänderung haben, ansonsten auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird (vgl. Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) [Kommentar ZPO], Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 59 N 12 ff.). Im Rahmen eines Feststellungsbegehrens liegt ein solches schutzwürdiges Interesse rechtlicher oder tatsächlicher Natur dann vor, wenn der Bestand, Nichtbestand oder Umfang von Rechten und Pflichten oder Rechtsverhältnissen unklar ist. Kein schutzwürdiges Interesse besteht jedoch, wenn die rekurrierende Partei das mit

dem Feststellungsbegehren bezweckte Ziel auch mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren erreichen könnte; insofern sind Feststellungsbegehren subsidiär (Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 21.11.2012, VB.2012.00705, E. 4; BGE 135 III 378 E. 2.2). Überdies sind als Streitgegenstand im Rahmen eines Feststellungsbegehrens nur Rechte und Pflichten oder Rechtsverhältnisse zugelassen. Die Feststellung von Tatsachen ist kein zulässiger Gegenstand eines Feststellungsbegehrens. Abstrakte Rechtsfragen können ebenfalls nicht zum Gegenstand eines Feststellungsbegehrens gemacht werden. Auch in diesen Fällen scheitert es am Erfordernis des schutzwürdigen Interesses (vgl. Bessenich/Bopp, in: Kommentar ZPO, Art. 88 N 5).

Die Rekurrentin stellt in Antrag 1 ein Feststellungsbegehren über eine mit einer abstrakten Rechtsfrage kombinierten Tatsache - namentlich dass lediglich geldwerte Verfehlungen von 0,31% der kontrollierten Lohnsumme festgestellt worden seien und somit geringfügige Verstösse im Sinne von Art. 20 Abs. 2 AVG vorliegen würden -, aufgrund welcher sie zudem in keiner Weise beschwert wurde, da auf diesen zutreffenden tatsächlichen und rechtlichen Umständen basierend keine Konventionalstrafe verhängt wurde oder ihr anderweitige Nachteile erwachsen sind. Entsprechend ist sie auch nicht in der Lage, allein infolge der geldwerten Verfehlungen eine konkrete Änderung des Dispositivs durch Stellen eines Leistungsbegehrens zu beantragen. Aufgrund des diesbezüglich offensichtlichen Fehlens eines Rechtsschutzinteresses ist auf Antrag 1 nicht einzutreten.

II. Materielles

A. Vorbemerkungen

1. Seit dem 1. Januar 2019 gilt der allgemeinverbindlich erklärte GAVP 2019 – 2020 (nGAVP). Die Kontrollperiode umfasst vorliegend den Zeitraum vom 11. Januar 2015 bis 31. Dezember 2016, weshalb sich die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids vom 10. April 2019 noch nach den altrechtlichen Bestimmungen des GAVP bestimmt. Soweit die Kontrollperiode den Zeitraum des Kalenderjahres 2015 bis 30. April 2016 betrifft, gelangen die Bestimmungen des GAVP in der Fassung vom 1. Januar 2012 bis am 30. April 2016 zur Anwendung. Für die Kontrollperiode ab 1. Mai 2016 bis 31. Dezember 2016 sind die Bestimmungen des GAVP in der Fassung vom 1. Mai 2016 bis 31. Dezember 2018 anwendbar.

   Per 1. August 2016 wurde zudem das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des RegPVP revidiert. Art. 31ter Abs. 2 neues RegPVP stellt klar,

dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 nur für Entscheide der Schweizerischen Paritätischen Berufskommission Personalverleih (SPKP) und der Regionalen Paritätischen Berufskommissionen Personalverleih (RPKP) anwendbar sind, welche nach der Inkraftsetzung des neuen RegPVP ergehen.

Da der angefochtene Entscheid am 10. April 2019 und mithin nach Inkrafttreten der Revision des RegPVP ergangen ist, gilt es vorliegend die neurechtlichen Bestimmungen des RegPVP (inkl. dessen Anhänge) zu beachten.

2. Streitgegenstand:

Aufgrund der obigen Ausführungen bildet im vorliegenden Rekursverfahren lediglich noch Antrag 2 der Rekurrentin Streitgegenstand, d.h. die Aufhebung der Konventionalstrafe.

B. Konventionalstrafe

1. Parteivorbringen

a) Die Rekurrentin macht zur Begründung ihres Antrags 2 betreffend Aufhebung der Konventionalstrafe geltend, Art. 38 Abs. 4 GAVP enthalte die rechtliche Grundlage zur Auferlegung von Konventionalstrafen durch die Paritätische Kommission. Art. 38 Abs. 4 GAVP regle aber nur in sehr rudimentärer Weise die für die Bemessung der Konventionalstrafe relevanten Elemente. Vielmehr werde betreffend Details auf ein Reglement (Reglement des Vereins Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (RegPVP)) verwiesen, wobei weder der Verweis auf das Reglement noch das Reglement vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt worden seien. Weiter erfülle das RegPVP weder die Grundsätze und Erfordernisse hinsichtlich Normenstufe noch hinsichtlich Normenqualität. Zudem wiederspreche es teilweise Art. 20 AVG. Das RegPVP stelle daher keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung dar.

Hinzu komme, dass die Bestimmungen des RegPVP in der Fassung vom 6. Dezember 2018 auf den Sachverhalt, welcher sich in der Zeit zwischen dem 11. Januar 2015 bis 31. Dezember 2016 zugetragen habe, ohnehin nicht anwendbar seien. Die Rekursgegnerin verletze nämlich mit der Anwendung des neuen RegPVP - welches im Vergleich zum alten RegPVP deutlich

schärfere Sanktionen vorsehe - in eklatanter Weise das Rückwirkungsverbot und das Vertrauensschutzprinzip.

Mangels einer ausreichenden gesamtarbeitsvertraglichen Grundlage müsse die Bestimmung von Art. 20 AVG herangezogen werden. Art. 20 Abs. 1 AVG verpflichte den Verleiher zur Einhaltung von Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen sowie zur Leistung eines Beitrags an Weiterbildungs- und Vollzugskosten. Falls solche Bestimmungen verletzt würden, könne eine Konventionalstrafe ausgesprochen werden, sofern es sich um nicht geringfügige Verfehlungen handle. Der Gesetzgeber habe mit dieser Bestimmung beabsichtigt, den Vollzugsorganen eine massvolle Sanktionierung bei geldwerten Verfehlungen zu ermöglichen. Es sei nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dass alle Arten von Verfehlungen wie namentlich nicht geldwerte Verfehlungen oder Verletzungen von blossen Formvorschriften, Obliegenheiten und dergleichen sanktioniert werden könnten. Vorliegend sei der Rekurrentin von der Rekursgegnerin ausschliesslich wegen nicht geldwerten Verfehlungen im Bereich des BVG und der formellen Ausgestaltung der Einsatzverträge eine Konventionalstrafe auferlegt worden. Dementsprechend ermangle es der Rekursgegnerin an einer gesetzlichen Grundlage für die Ausfällung einer Konventionalstrafe.

Im Bereich der Einsatzverträge fehle überdies nicht nur die gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung, sondern es ermangle der Rekursgegnerin grundsätzlich an der Kognition, die Einsatzverträge zu überprüfen. Einsatzverträge stellten bewilligungspflichtige Dokumente i.S.v. Art. 34a AVV dar, deren Inhalt in formeller Hinsicht Art. 19 Abs. 2 AVG regle. Gemäss dieser Bestimmung müsse die Art der zu leistenden Arbeit auf dem Einsatzvertrag aufgeführt sein, was die Rekurrentin stets eingehalten habe. Die Verträge seien vom SECO geprüft worden und insofern gesetzeskonform. Eine GAV-Konformität werde weder von den kantonalen noch von den nationalen Aufsichtsbehörden verlangt. Es falle in die Kompetenz des Gesetzgebers, die erforderlichen Formvorschriften an einen Einsatzvertrag zu definieren. Zusätzliche Formvorschriften könnten nicht unter Umgehung des Gesetzgebungsverfahrens auf dem Wege der Allgemeinverbindlichkeit eingeführt und dann ohne gesetzliche Grundlage sanktioniert werden. Die Nichtbeachtung dieser formellen Obliegenheiten dürfe keine Sanktionswirkungen zeitigen.

Aus all den genannten Gründen sei die Verhängung einer Konventionalstrafe im vorliegenden Fall rechtswidrig und die Konventionalstrafe aufzuheben.

b) Die Rekursgegnerin hält dem entgegen, der Einwand der Rekurrentin, das RegPVP sei nicht allgemeinverbindlich erklärt worden und stelle keine genügende Rechtsgrundlage für die Auferlegung einer Konventionalstrafe für nicht geldwerte Verfehlungen dar, sei unbegründet. Die Rekursgegnerin habe gestützt auf Art. 20 Abs. 2 AVG in Verbindung mit Art. 35 ff. GAVP die Kompetenz Betriebsprüfungen anzuordnen und durchzusetzen und sei berechtigt, der fehlbaren Unternehmung für nicht geringfügige Verstösse eine Konventionalstrafe sowie die ausgewiesenen Verfahrens- und Kontrollkosten aufzuerlegen. Dabei könne es sich bei den nicht geringfügigen Verstössen um geldwerte oder um nicht geldwerte Verfehlungen handeln. Im Rahmen des durch die rechtlichen Grundlagen gegebenen Ermessensspielraums sei es der Rekursgegnerin unbenommen, die Konventionalstrafe nach dem RegPVP festzusetzen. Dass das RegPVP nicht allgemeinverbindlich erklärt worden sei, sei insofern irrelevant.

Zum Einwand der Rekurrentin, das RegPVP sei zu Unrecht rückwirkend angewendet worden, macht die Rekursgegnerin geltend, dass der PVP bei der Annahme des neuen Reglements ausdrücklich festgelegt habe, dass das neue RegPVP auch auf Sachverhalte, die vor dessen Inkrafttreten eröffnet worden waren, anwendbar sei. Im Übrigen sei die Rekursgegnerin schon nach den altrechtlichen Bestimmungen des RegPVP berechtigt gewesen, einem Unternehmen für nicht geringfügige nicht geldwerte Verfehlungen – und unabhängig vom Vorliegen von allfälligen geldwerten Verfehlungen – eine Konventionalstrafe aufzuerlegen.

Betreffend die Kognition zur Überprüfung von Einsatzverträgen in Verbindung mit den Lohnklassen sei anzumerken, dass Art. 19 GAVP den Art. 19 Abs. 2 lit. a AVG dahingehend präzisiere, dass die Lohnklasse im Einsatzvertrag aufgeführt werden müsse. Die Kognition komme insofern der Rekursgegnerin zu. Überdies habe die Rekursgegnerin gestützt auf Ziff. 2 Anhang 1 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 lit. c RegPVP auch die Kognition zur Sanktionierung aufgrund fehlender Lohnklassen auf den Einsatzverträgen.

Nach dem Gesagten sei der Antrag der Rekurrentin abzuweisen.

2. Rechtliches

a) Art. 20 Abs. 2 AVG verleiht bei nicht geringfügigen Verstössen den im allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag zur Kontrolle vorgesehenen paritätischen Organen die Befugnis, Konventionalstrafen nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages aufzuerlegen. Dabei geht die

Ungeringfügigkeit als gesetzlicher Begriff des AVG der Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages voraus, d.h. erstere definiert sich in Auslegung des AVG und die Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages bezieht sich auf den betraglichen Rahmen sowie die Bemessungsgrundlagen einer allfälligen Konventionalstrafe.

Das AVG definiert nicht, unter welchen Voraussetzungen ein nicht geringfügiger Verstoss vorliegt und eine Vielzahl von GAV – stellvertretend für viele LMV Bauhauptgewerbe und GAV Gastgewerbe – und so auch der GAV Personalverleih beschränken sich in ihrer Massgabe auf die erwähnten betraglichen und strafmodulierenden Elemente (Art. 38 Abs. 4 und 5 GAV Personalverleih). Weiter schweigen sich sowohl die Botschaft zum AVG als auch die Weisungen und Erläuterungen des SECO zum AVG zur Frage der Ungeringfügigkeit aus. Auch die Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV) enthält keine Definition darüber und in der Rechtsprechung finden sich ebenfalls keinerlei diesbezüglichen Hinweise. Gemäss Handkommentar zum AVG ist anhand der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, ob ein nicht geringfügiger Verstoss vorliegt (Dr. Michael Kull, Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 2014, N11 zu Art. 20 AVG, S. 127). Um einer einzelfallorientierten Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken, definieren die gemäss GAV zur Kontrolle vorgesehenen paritätischen Organe oder zum Vollzug der GAV bestimmten paritätischen Vereine bzw. dessen Organe die Kriterien für die Ungeringfügigkeit und legen – im Idealfall – Konventionalstrafenrechner fest. Dies hat der Verein PVP für den GAV Personalverleih mit Art. 31 des Reglementes PVP getan. Diese Bestimmung konkretisiert die Ungeringfügigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG und gleichzeitig auch den Rahmen sowie die Bemessungsgrundlagen einer Konventionalstrafe gemäss Art. 38 Abs. 4 und 5 GAV Personalverleih.

Für die Ungeringfügigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 AVG ist nun nicht entscheidend, ob es sich um eine geldwerte oder eine nicht geldwerte Verfehlung handelt. Für die Ungeringfügigkeit massgeblich ist allein die Bedeutung der verletzten Bestimmung sowie die Intensität des Verstosses, welchen Kriterien durch Erlass der entsprechenden reglementarischen Bestimmungen Rechnung getragen wurde. Demgemäss weisen bspw. alle normativen Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Arbeitsvertrages eine grundsätzliche Bedeutung auf, werden aber erst ab einer gewissen Intensität als ungeringfügig und infolgedessen als sanktionierbar taxiert. Die normalen geldwerten Verfehlungen sind nur ab einer Verfehlungsschwelle von 2% gemessen an der SOLL-Lohnsumme ungeringfügig und die systematischen geldwerten wie auch die nicht geldwerten Verfehlungen erst bei mehrfachem Vorliegen (Art. 31 Abs. 1 lit. a-c Reglement PVP). Selbst Verletzungen von bspw. normativ wichtigen geldwerten Mindestlohnbestimmungen gelten im Bereiche von

Bagatellbeträgen als geringfügig. Andererseits können Bestimmungen eine solche Bedeutung aufweisen, dass jegliche Zuwiderhandlung unabhängig von der Qualifikation einer geldwerten oder nicht geldwerten Verfehlung als ungeringfügig einzustufen ist. Dies zeigt sich nun exemplarisch gerade an der Bedeutung von Art. 31 GAV Personalverleih (Berufliche Vorsorge), welche Bestimmung vorliegend als Grundlage der Konventionalstrafe verletzt wurde und die BVG-Unterstellung zwingend als Inhalt des Arbeitsvertrages im Sinne von Art. 357 Abs. 1 OR regelt. Die Bedeutung einer korrekten BVG-Unterstellung ist sehr hoch zu veranschlagen, kann doch der Eintritt des Versicherungsereignisses während eines Zeitraumes, in welchem eine BVG-Unterstellung trotz zwingender rechtlicher Pflicht ausblieb, zu einem als inkommensurabel zu bezeichnenden Schaden für den Arbeitnehmer führen. Es können dabei Rentenansprüche für den Arbeitnehmer selbst oder gar verwandte Personen, denen gegenüber eine Unterstützungspflicht besteht, auf dem Spiel stehen.

Aus obigen Darlegungen erhellt ohne Weiterungen, dass Art. 20 Abs. 2 AVG - entgegen der Ansicht der Rekurrentin - „nicht geringfügige Verstösse“ keineswegs auf geldwerte Verstösse beschränken kann. Ein Verstoss gegen Art. 31 GAVP wurde aus einem Gefährdungshaftungsgedanken heraus zu Recht - und unabhängig von seinem nebensächlichen und geringen geldwerten Aspekt der Beitragsentrichtung - bei mehrfachem Vorliegen reglementarisch als ungeringfügige nicht geldwerte Verfehlung qualifiziert. Die Rekurrentin bestreitet nicht, dass sie einen Mitarbeitenden gemäss den Anforderungen von Art. 31 BVG gar nicht (MA Nr. 5) und zwei weitere Mitarbeitende (MA Nr. 23 und 24) nur ungenügend BVG-versichert hat, womit ein mehrfacher Verstoss gegen Art. 31 BVG gegeben ist.

b) Dass das Reglement PVP unter gewissen Voraussetzungen grundsätzlich auch nicht geldwerte Verfehlungen als „nicht geringfügige Verstösse“ definiert, ist des Weiteren nicht nur zulässig, sondern aufgrund der möglichen Bedeutungsschwere von nicht geldwerten Bestimmungen und allenfalls Verletzungsintensität gar notwendig. Aufgrund aller möglichen Quellen – AVG, AVV, Botschaft zum AVG, Weisungen des SECO, GAV, Rechtsprechung und Literatur – besteht keine Grundlage, welche die „nicht geringfügigen“ Verfehlungen auf geldwerte Verfehlungen beschränkt oder auch anderweitige Unterscheidungen aufgrund der Natur der verletzten Bestimmung oder der Art des Verstosses trifft.

Nicht von Relevanz ist, dass das RegPVP nicht allgemeinverbindlich erklärt worden ist, weil Art. 38 Abs. 4 GAVP in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 AVG auch ohne den Erlass eines zusätzlichen Reglements eine rechtsgenügende Grundlage für die Festlegung einer Konventionalstrafe bei „ungeringfügigen

Verstössen“ bilden würde. Mit der genauen Regelung dieses Begriffs in einem Reglement ist insbesondere der Rechtssicherheit gedient. Art. 31 RegPVP steht entgegen der Ansicht der Rekurrentin keineswegs im teilweisen Widerspruch zur Bestimmung von Art. 20 Abs. 2 AVG, sondern konkretisiert sie im Sinne des Zweckes der Bestimmung. Es kann daher festgehalten werden, dass Art. 20 Abs. 2 AVG in Verbindung mit Art. 38 GAVP und Art. 31 RegPVP eine genügende Rechtsgrundlage für die Auferlegung einer Konventionalstrafe auch bei nicht geldwerten Verfehlungen darstellt.

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen war die Rekursgegnerin daher berechtigt, die Konventionalstrafe nach dem RegPVP festzusetzen.

c) Die Rekurrentin macht geltend, das RegPVP sei zu Unrecht rückwirkend angewendet worden. Dazu ist Folgendes auszuführen: Der Vertrauensschutz verlangt Rechtssicherheit und Beständigkeit in Bezug auf das geltende Recht. Der Rechtsanwender muss sein Verhalten an der bestehenden Rechtslage ausrichten und darauf vertrauen können, dass dieses nicht unvorhersehbar anders gewertet und ihm zum Nachteil gereicht wird. In diesem Zusammenhang steht das rechtstaatliche Prinzip des Rückwirkungsverbots, wonach zu prüfen ist, ob Bestimmungen eine Wirkung auch für den Zeitraum vor ihrem Inkrafttreten entfalten können. Das Verbot echter Rückwirkung untersagt dabei, dass der Erlass einer Norm rückwirkend in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingreift und sich Rechtsfolgen der neuen Bestimmung für einen vor dessen Erlass beendeten Sachverhalt ergeben würden.

Von dieser Regel bestehen jedoch Ausnahmen, so dass etwa kein schützenswerter Vertrauenstatbestand vorliegt, wenn im Anwendungszeitraum bereits mit der Regelung zu rechnen war. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann es deshalb auch notwendig erscheinen lassen, dass eine Übergangsregelung die zeitliche Anwendung einer Bestimmung normiert.

Das für Lohnbuchkontrollen massgebende Sanktionssystem des RegPVP wurde per 1. August 2016 revidiert. Art. 31ter Abs. 2 neues RegPVP stellt klar, dass Art. 31, Art. 31bis sowie dessen Anhänge 1 und 2 für Entscheide der SPKP und der RPKP anwendbar sind, welche nach Inkraftsetzung des neuen RegPVP ergehen. Da der angefochtene Entscheid am 10. April 2019 und mithin nach Inkrafttreten der Revision des Reglements ergangen ist, sind demnach im vorliegenden Fall die Bestimmungen des neuen RegPVP inkl. dessen Anhänge zu beachten.

Im Rahmen der Rückwirkung bleibt somit zu prüfen, ob hierdurch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Genüge getan wird oder ob die Anwendung des Übergangsrechts eine unverhältnismässige Rückwirkung neurechtlicher Bestimmungen bewirkt.

Wie bereits dargelegt, schafft Art. 20 Abs. 2 AVG i.V.m. Art. 38 GAVP die Möglichkeit, bei nicht geringfügigen Verstössen nach Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages eine Konventionalstrafe zu verhängen. Die Konkretisierung des Tatbestandelements „nicht geringfügiger Verstoss“ sowie der Bemessungsgrundlagen der Massgabe des Gesamtarbeitsvertrages erfolgt in Art. 31 RegPVP. Das RegPVP geht bereits in seiner alten Fassung auf diesen Punkt ein. Im Gegensatz zum neuen RegPVP waren dabei aber die Berechnungsgrundlagen einer solchen Konventionalstrafe offener umschrieben. Ein Verweis auf den Konventionalstrafenrechner in Anhang 1 des alten RegPVP ergab, dass geldwerte Verstösse, welche einem Anteil von mindestens 3% der SOLL-Lohnsumme entsprechen, jedenfalls als schwere Verfehlungen eine Konventionalstrafe nach sich ziehen sollten. Art. 31 Abs. 4 des alten RegPVP sah vor, dass Änderungen und Ergänzungen dieses Konventionalstrafenrechners möglich waren. Darüber hinaus war nach Abs. 5 dieser Bestimmung auch ein Abweichen vom Rechner möglich. Das alte RegPVP schaffte somit bloss sehr beschränkt Rechtssicherheit und überliess die Konkretisierung weitgehend der Praxis der RPKP.

Wie im alten RegPVP selbst ausgeführt, fand sich der Grund für eine solch offene Regelung in der Notwendigkeit, erst durch Erfahrungen zu eruieren, ob der Rechner die gewünschten Ergebnisse liefere, also in der Praxis Bestand haben könne. So wies weiter Anhang 1 explizit darauf hin, dass die Resultate des Rechners bei der Verhängung von Konventionalstrafen laufend beobachtet sowie ausgewertet wurden und dass, sofern sich daraus Präzisierungen oder Anpassungen ergeben, diese vorgenommen werden können. Aus dieser offenen Formulierung sowie insbesondere dem Hinweis auf die Vornahme von ergebnisorientierten Modifikationen ergibt sich, dass der Konventionalstrafenrechner im Anhang 1 des alten RegPVP kein hinreichendes Vertrauen auf Beständigkeit zu schaffen vermochte. Die Rekursgegnerin verfügte damit unter altem RegPVP über einen weit grösseren Ermessensspielraum, wobei die Rekurskommission entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ohne Not in dieses Ermessen eingriff.

Die weitere schriftliche Konkretisierung der Interpretation des Tatbestandelements nicht geringfügiger Verfehlungen im neuen RegPVP nimmt damit den zugrundeliegenden Gedanken des alten RegPVP auf. Die übergangsrechtliche Regelung setzt ihrerseits die gleichenorts angekündigte Änderung um. Sie schafft aber auch eine zeitliche Grenze, womit auf bereits

ergangene Entscheide nicht zurückzukommen ist und Rechtssicherheit geschaffen wird. Die Regelung schafft somit einen Ausgleich zwischen dem Bedürfnis korrekter Norminterpretation und Umsetzung der GAVP-Bestimmung sowie der Perfektionierung dieser Umsetzung, dem weiteren Bedürfnis der einheitlichen Beurteilung sämtlicher kontrollierten Betriebe sowie jenem nach Rechtssicherheit. Es ergibt sich daraus, dass kein rechtsstaatlicher Widerspruch besteht. Folglich verletzt die Anwendung des neuen RegPVP nicht das Rückwirkungsverbot.

d) In Bezug auf den Einwand der Rekurrentin, im Bereich der Einsatzverträge fehle nicht nur die gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung, sondern die Beurteilung der Rechtmässigkeit von Einsatzverträgen obliege grundsätzlich nicht der Rekursgegnerin, ist Folgendes auszuführen: Gemäss Art. 35 GAVP können die SPKP und die RPKP Betriebsprüfungen zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des GAVP anordnen und durchsetzen. Art. 19 GAVP regelt, dass die Einreihung in die entsprechenden Lohnklassen durch den Arbeitgeber erfolgt und im Einsatzvertrag aufzuführen ist. Diese Bestimmung ist allgemeinverbindlich erklärt und verpflichtet die Rekurrentin unmissverständlich dazu, auf den Einsatzverträgen die Lohnklasseneinteilung aufzuführen. Die SPKA – neu SPKP - hat weiter gestützt auf Art. 32 ff. GAVP die Richtlinie Vollzugskompetenz der RPKA – neu RPKP - erlassen. Gemäss Art. 3 dieser Richtlinie hat die RPKP die Einsatzverträge auf die Einhaltung aller relevanten Artikel des GAVP - worunter Art. 19 GAVP fraglos zu zählen ist - zu überprüfen und Verfehlungen dieser Artikel können sanktioniert werden. Im Zuge dieser Bestimmungen und der in Art. 19 GAVP statuierten Verpflichtung wurde denn auch im Konventionalstrafenrechner unter Ziff. 2 von Anhang 1 i.V.m. Art. 31 Abs. 1bis RegPVP die fehlende Lohnklasse im Einsatzvertrag mit einer pauschalen Konventionalstrafe von CHF 100.-- pro Fall taxiert, sofern eine mehrfache nicht geldwerte Verfehlung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. c RegPVP vorliegt. Letztere mehrfache Verfehlung ist mit den festgestellten drei BVG-Verstössen gegeben (vgl. Ziffer 2 lit. a hiervor).

Somit war die Rekursgegnerin für die Überprüfung der Einhaltung und die Sanktionierung der Nichteinhaltung von Art. 19 GAVP gestützt auf die genannten Rechtsgrundlagen befugt. Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass das SECO die Einsatzverträge ohnehin lediglich auf die Einhaltung der massgebenden gesetzlichen Grundlagen, nicht aber auf die Konformität mit dem GAVP, kontrolliert.

e) Berechnung der Konventionalstrafe:
Grundlage für die Verhängung der Konventionalstrafe waren vorliegend mehrfache nicht geldwerte Verfehlungen im Bereich des BVG (vgl. oben Ziffer

2 lit. a). Das Nichtaufführen der Lohnklasse auf dem Einsatzvertrag bei 60 Mitarbeitenden diente demgegenüber nicht als Grundlage für die Auferlegung der Konventionalstrafe. Diese Verfehlungen flossen jedoch gestützt auf den Konventionalstrafenrechner mittels eines Pauschalbetrages pro Verfehlung in die Konventionalstrafe ein (vgl. oben Ziffer 2 lit. c).

Gemäss Art. 31 Abs. 1bis RegPVP hat die Berechnung der Konventionalstrafe für nicht geldwerte Verstösse gestützt auf Anhang 1 Ziffer 2 des RegPVP zu erfolgen. Demgemäss sind nicht geldwerte Verfehlungen wie folgt zu berechnen: Summe der betroffenen Mitarbeitenden multipliziert mit einem Pauschalbetrag pro relevante Verfehlung. Dabei beträgt der Pauschalbetrag pro betroffenen Mitarbeitenden bei fehlender BVG-Versicherung CHF 500.--, bei ungenügender BVG-Versicherung CHF 300.-- und bei Nichtaufführen der Lohnklasse auf dem Einsatzvertrag CHF 100.--.

Unbestritten ist, dass die BVG-Versicherung bei 2 Mitarbeitenden ungenügend war und bei 1 Mitarbeitenden gänzlich fehlte. Unbestritten ist weiter, dass bei 60 Mitarbeitenden die Lohnklasse auf den Einsatzverträgen nicht aufgeführt war. Basierend auf diesen Verfehlungen setzte die Rekursgegnerin die Grundkonventionalstrafe mit CHF 7‘100.-- fest, indem sie die fehlende BVG-Versicherung bei 1 betroffenen Mitarbeitenden mit pauschal CHF 500.--, die ungenügende BVG-Versicherung bei 2 betroffenen Mitarbeitenden mit pauschal CHF 300.-- je Mitarbeitenden (entsprechend CHF 600.--) und die fehlende Lohnklasse auf den Einsatzverträgen bei 60 betroffenen Mitarbeitenden mit pauschal CHF 100.-- je Mitarbeitenden (entsprechend CHF 6‘000.--) sanktionierte. Diese Berechnung entspricht grundsätzlich einer korrekten Anwendung des Konventionalstrafenrechners.

Gestützt auf Anhang 1 Ziff. 3 RegPVP ist die berechnete Grundkonventionalstrafe mit den strafbeeinflussenden Faktoren (strafschärfende- oder strafmildernde Faktoren) „Wiedergutmachung“, „Verschulden“ und „Wiederholungsfall“ zu modulieren.

Der Grad der Wiedergutmachung (vollständig 0.8; teilweise 1.4-(0.6*prozentualer Anteil der Wiedergutmachung), keine 1.4) errechnet sich am Anteil der nachgezahlten und belegten geldwerten Verfehlungen an der gesamten nicht bestrittenen Verfehlungssumme gemäss Entscheid der Rekursgegnerin. Wie die Rekursgegnerin in ihrem Entscheid vom 10. April 2019 festhält, hat die Rekurrentin eine fast vollständige Nachzahlung im

hiervor dargelegten Sinne geleistet. Dies ist mit einem Faktor von 0.82 strafmildernd zu berücksichtigen.

Der Grad des Verschuldens (leicht Faktor 0.8, leicht-mittel Faktor 0.9, mittel Faktor 1.0, mittel-schwer Faktor 1.2 und schwer Faktor 1.5) errechnet sich am prozentualen Anteil der geldwerten Verfehlungen an der kontrollierten Lohnsumme. Die geldwerten Verfehlungen betragen vorliegend 0.31% der Soll-Lohnsumme, was einem nur leichten Verschulden entspricht, und mit einen Faktor von 0.8 strafmildernd Berücksichtigung findet.

Ein Wiederholungsfall liegt vor, wenn der kontrollierte Verleihbetrieb mindestens 50% der gleichen Artikel des GAVP wieder verletzt, gegen die er bereits bei der letzten Kontrolle verstossen hat. Sofern kein Wiederholungsfall vorliegt, ist dies mit dem Faktor 1.0 zu berücksichtigen. Weil die Rekurrentin erstmals gegen GAVP-Bestimmungen verstossen hat, ist der Faktor 1.0 anzuwenden.

Die Rekursgegnerin hat somit auch die strafmodulierenden Faktoren richtig festgesetzt, sodass die verhängte Konventionalstrafe von CHF 4‘686.-- (CHF 7‘100.-- multipliziert mit dem Faktor 0,66) grundsätzlich korrekt berechnet wurde.

f) Korrektur der Konventionalstrafe:

Indessen drängt es sich vorliegend auf, die Grundkonventionalstrafe auf ihre Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen, zumal dieser Aspekt durch die rekurshalber erfolgte Anrufung der Geringfügigkeit der Verfehlungen mitangesprochen ist.

Die Konventionalstrafe basiert zu rund 85% auf dem nicht geldwerten Tatbestand der fehlenden Lohnklasse auf den Einsatzverträgen (Art. 19 GAVP). Schutzzweck dieser Formvorschrift ist die einfache Überprüfung der Einhaltung der Mindestlöhne für die Arbeitnehmenden. Allfällige Fehleinstufungen oder dahingehende Verdachtsmomente sollen auch für unkundige Arbeitnehmende auf Anhieb ersichtlich und verfolgbar sein.

Aus dem Kontrollbericht geht indes hervor, dass die Lohnklasse bei allen kontrollierten Mitarbeitenden auf sämtlichen Lohnabrechnungen aufgeführt war. Die Arbeitnehmenden wurden somit schriftlich auf der Vergleichsbasis des effektiv ausbezahlten Lohnes wiederholt über ihre Lohnklasseneinreihung informiert, sodass der Schutzweck von Art. 19 GAVP trotz Verletzung dieser Formvorschrift anderweitig gewahrt wurde. Auch wurden die Mindestlöhne ausnahmslos eingehalten, zum Schutz derer die Formvorschrift des Aufführens der Lohnklassen auf den Einsatzverträgen besteht. Darüber hinaus

wurden lediglich geldwerte Verfehlungen von 0,31% festgestellt, welche Quote weit von der für eine diesbezügliche Grundkonventionalstrafe erforderlichen 2%-Schwelle zu liegen kommt und auch als strafmodulierender Indikator ein sehr leichtes Verschulden darstellt, ist doch das „leichte Verschulden“ bis zu 2,75% gegeben (Anhang 1 Ziff. 3 RegPVP).

Angesichts dieser Gesamtumstände ist zu prüfen, ob gestützt auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit eine Korrektur der Konventionalstrafe nach unten angezeigt ist. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit ist durch den Begriff der Ungeringfügigkeit als Sanktionsauslöser Art. 20 Abs. 2 AVG entlehnt und durchzieht die gesamte Sanktionsstruktur des RegPVP, indem es aus der Ungeringfügigkeit heraus überall Schwellen und Anknüpfungspunkte für die Bildung einer Grundkonventionalstrafe vorsieht, welche sodann weiteren die Verhältnismässigkeit berücksichtigenden Faktoren unterzogen wird. Unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Einzelfalls, d.h. die anderweitige Einhaltung des Schutzzwecks mittels Aufführen der Lohnklassen auf allen Lohnabrechnungen sowie geleichzeitig Einhaltung der Mindestlöhne, würde sich ein starres Festhalten an der verletzten Formvorschrift und der allein daraus resultierenden hohen Konventionalstrafe als unverhältnismässig auswirken. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Reduktion der Konventionalstrafe gemäss dem im GAVP inhärenten Verhältnismässigkeitsprinzip als gerechtfertigt.

Somit stellt sich die gemäss RegPVP unbestrittene Sanktionierbarkeit des Nichtaufführens der Lohnklasse auf den Einsatzverträgen zwar als Verfehlung dar, ist jedoch lediglich mit 10% der vorgesehenen Grundkonventionalstrafe von CHF 100.-- pro Fall zu sanktionieren, weshalb die Konventionalstrafe entsprechend zu reduzieren ist. Es ergibt sich demzufolge neu eine Grundkonventionalstrafe von CHF 1‘700.--. In Anwendung des Modulationsfaktors von 0,66 beträgt die Konventionalstrafe CHF 1‘122.--.

Nach dem Gesagten ist der Antrag der Rekurrentin auf Aufhebung der Konventionalstrafe teilweise gutzuheissen.

C. Entscheid und Kosten

a) Aus den oben gemachten Ausführungen ergibt sich, dass auf Antrag 1 nicht einzutreten ist. Antrag 2 ist teilweise gutzuheissen. Die mit angefochtenem

Entscheid vom 10. April 2019 verhängte Konventionalstrafe ist neu auf CHF 1‘122.-- festzusetzen.

b) Die Kosten dieses Rekursverfahrens sind vom PVP zu tragen.

Die Rekurskommission beschliesst:

1. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. In Abänderung des Entscheides vom 10. April 2019 wird die Konventionalstrafe auf CHF 1‘122.-- festgesetzt.
2. Die Verfahrenskosten werden auf die Kasse des PVP genommen.

Dübendorf, 8. Juni 2020

Rekurskommission Verein Paritätischer Vollzug,

Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih

Marc Widmer, Präsident Mathias Regotz, Vizepräsident

Mitteilung an:

- x (per Einschreiben)
- RPKD, Postfach 272, 3000 Bern 15

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale

---

Incarto n. 14/2019 e 36/2019

Partecipanti: Marc Widmer, swissstaffing (Presidente)
Jolanta Krattinger, SYNA (Vicepresidente)
Regula Dick, UNIA (Membro)
Martin Vonaesch, Adecco (Membro)
Pierre Serge Heger, Angestellte Schweiz (Membro supplente, senza diritto di voto)
Sara Stoffel, swissstaffing (Segretaria giuridica)

Decisione del 16 dicembre 2020

nella causa

x Ricorrente

rappresentata da x

contro

l'Associazione per l'applicazione paritetica, per l'aggiornamento professionale e per il fondo sociale per il personale a prestito (APP)

rappresentata dalla Commissione professionale Paritetica Regionale del Canton Ticino per il prestito di personale (CPRT)
Via Canonica 3

6900 Lugano Opponente

concernente il

Ricorso del 2 maggio 2019 contro la decisione della CPRT del 1° aprile 2019 nella causa pena convenzionale (renitenza a sottoporsi al controllo);
Ricorso del 31 luglio 2019 contro la decisione della CPRT del 28 giugno 2019 nella causa pena convenzionale (renitenza a sottoporsi al controllo)

Storia del processo e fatti:

1. Il 27 novembre 2018 l'opponente ha deciso di eseguire un controllo del libro delle paghe presso la sede della ricorrente concernente il periodo di controllo compreso dal 1° gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018. Nella decisione dell'11 dicembre 2018 l'opponente informava la ricorrente, che la 'Fidinam SA, Lugano' avrebbe eseguito il controllo. Questa la contatterebbe per la fissazione delle relative date. Contestualmente la ricorrente veniva esortata, allegando il «promemoria» e una «tabella in formato excel quale esempio per il rilevamento dei dati richiesti», a consegnare entro e non oltre 30 giorni prima dell'esecuzione del controllo del libro delle paghe i documenti necessari per il controllo.

2. Con la lettera intitolata «Diffida» dell'8 febbraio 2019, l'opponente fissava alla ricorrente, richiamandosi al «promemoria sul controllo aziendale», un termine non prorogabile di dieci giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo previsto dall'11 al 15 marzo 2019. La lista richiesta doveva comprendere tutti i lavoratori, compresi quelli con missioni che non erano soggetti al CCL per il settore del prestito di personale. Inoltre si dovevano elencare sia i nomi che i cognomi dei lavoratori. L'opponente ricordava inoltre alla ricorrente che lei, in conformità all'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP, potrebbe infliggere, dopo relativa diffida, nel caso di un ritardo o rifiuto da parte dell'azienda da controllare una pena convenzionale fino a CHF 5'000.00, nel caso di un rifiuto assoluto fino a CHF 50'000.00 di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari (renitenza a sottoporsi al controllo).

3. Con lettera del 22 febbraio 2019 la ricorrente contestava il contenuto della lettera di diffida dell'opponente e sostanzialmente adduceva, che la lista anonimizzata da lei consegnata non sarebbe né illegittima né renderebbe più difficile o impedirebbe il controllo. Inoltre, il controllo previsto non giustificherebbe il modo di procedere dell'opponente, di esigere la consegna di informazioni concernenti tutte le missioni entro un determinato periodo. Inoltre essa richiedeva, tra l'altro, che l'opponente rivedesse la propria presa di posizione. Soprattutto perché lei, già nel 2017, in vista di un controllo degli anni dal 2014 fino al 2016, aveva messo messo a disposizione dei controllori dati cifrati.

4. Con lettera del 5 marzo 2019 l'opponente contestava le obiezioni della ricorrente e sostanzialmente faceva valere che la ricorrente sarebbe l'unica azienda in tutto il Canton Ticino a rendere difficile l'esecuzione di controlli. Negli anni passati la ricorrente avrebbe messo a disposizione, in forma non anonimizzata, tutti i documenti a lei richiesti. L'opponente le fissava un ultimo termine non prorogabile fino all'8 marzo 2019 alle ore 12.00 per la trasmissione delle informazioni richieste,

in conformità al «promemoria (articolo 6/5 del Regolamento di Procedura)». Questo ricordando di nuovo, che nel caso del mancato rispetto del termine fissato, l'opponente potrebbe infliggere alla ricorrente in occasione della riunione prevista del 14 marzo 2019 una pena convenzionale per renitenza a sottoporsi al controllo fino ad al max. CHF 50'000.00 in conformità all'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP.

5. In seguito a ciò la ricorrente reagiva con una lettera datata 8 marzo 2019, nella quale essa precisava, tra l'altro, di non essersi mai rifiutata di sottoporsi a un controllo. Inoltre non accetterebbe di consegnare categoricamente tutti i dati dei collaboratori, senza che la sicurezza dei dati fosse garantita. Il fatto che i controllori fossero soggetti al segreto professionale non sarebbe sufficiente, a suo avviso, a garantire la sicurezza dei dati, poiché i medesimi sarebbero spesso anche sindacalisti attivi o consulenti commerciali privati.

6. Con lettera dell'8 marzo 2019 l'opponente prendeva atto della lettera della ricorrente dell'8 marzo 2019 e dichiarava di continuare a contestare le relative argomentazioni e che in occasione della prossima riunione della CPRT chiederebbe di infliggere alla ricorrente una pena convenzionale a causa di renitenza a sottoporsi al controllo.

7. Al che la ricorrente, con lettera del 13 marzo 2019, obiettava di nuovo di non essere renitente a sottoporsi al controllo, avendo sempre manifestato la disponibilità e la volontà alla collaborazione come anche all'esecuzione corretta e legittima dei controlli. Inoltre avrebbe messo i dati richiesti completamente a disposizione e l'11 marzo 2019 i controllori sarebbero stati senz'altro in condizione di eseguire un controllo del libro delle paghe presso la sede della ricorrente. Invece il controllo fu rimandato in base un'istruzione precipitosa e ingiustificata dell'opponente.

8. Il 14 marzo 2019 l'opponente ha deciso, con rimando alla sua prima decisione di controllo dell'11 dicembre 2018 e al scambio di corrispondenza con la ricorrente, di estendere il controllo a tutti i collaboratori.

9. Con decisione provvista di indicazione del rimedio giuridico del 1° aprile 2019 (prima decisione impugnata) l'opponente infliggeva alla ricorrente, visto l'articolo 38 cpv. 4 CCL per il settore del prestito di personale e l'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP una pena convenzionale per l'ammontare di CHF 10'000.00 causa renitenza di sottoporsi al controllo riguardo al primo controllo del libro delle paghe previsto. L'opponente motivava la pena convenzionale pronunciata sostanzialmente con il fatto che dall'entrata in vigore del CCL per il prestito di personale nel 2012, la ricorrente sarebbe l'unica azienda in tutto il Canton Ticino

ad opporsi regolarmente ai controlli e, così facendo, a rendere considerevolmente difficoltosa l'esecuzione. L'opponente avrebbe fatto ripetutamente notare alla ricorrente che sia l'opponente che il suo segretariato nonché gli organi di controllo sarebbero soggetti all'obbligo di confidenzialità e che i dati sarebbero utilizzati soltanto allo scopo di determinare un controllo a campione. In passato la Commissione di ricorso avrebbe stabilito in una decisione, che i controllori avrebbero la facoltà di decidere, se un controllo avvenga presso la sede dell'azienda controllata oppure per il tramite dell'inizio di documentazione cartacea. La richiesta relativa all'elenco di tutti i lavoratori non rappresenterebbe un controllo completo: servirebbe unicamente per definire il campione sul quale verrà svolto il controllo mirato sul rispetto di tutte le disposizioni del CCL PP. La ricorrente in passato avrebbe già consegnato ai controllori l'integralità della lista senza anonimizzare i nomi, per cui le sue argomentazioni sarebbero poco comprensibili. Nonostante il sollecito e la diffida, la ricorrente non sarebbe riuscita a consegnare i documenti a lei richiesti e necessari per un controllo, per cui una pena convenzionale a causa di renitenza a sottoporsi al controllo sarebbe giustificata.

10. Con la lettera intitolata «Diffida» del 16 aprile 2019 l'opponente fissava alla ricorrente, in connessione con il secondo controllo previsto, un termine fino al 26 aprile 2019 per confermare, tra i quattro termini proposti, una data di controllo. Annotava inoltre di avere preso atto dell'e-mail della ricorrente del 9 aprile 2019, nella quale la ricorrente dichiarava di non potere confermare nessuna data per un controllo completo e di avere incaricato il proprio avvocato di chiarire la situazione ed eventualmente di presentare mezzi giuridici contro la decisione di controllo. L'opponente fa inoltre notare, che un eventuale ricorso contro una decisione concernente una pena convenzionale a causa di renitenza di sottoporsi al controllo sarebbe indipendente dalla decisione sull'estensione del controllo. In conformità all'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP, essa potrebbe infliggere, dopo relativa diffida, in caso di un ritardo o di un rifiuto da parte dell'azienda da controllare di consegnare le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza a sottoporsi al controllo), una pena convenzionale di al max. CHF 5'000.00, e, nel caso del rifiuto assoluto, di al max. CHF 50'000.00.

11. Contro questa prima decisione la ricorrente il 2 maggio 2019 presentava ricorso e chiedeva l'annullamento della decisione contestata. La motivazione di questo ricorso sarà trattata – per quanto essenziale – nei considerandi.

12. In mancanza di presentazione della procura, con lettera del 7 maggio 2019 la ricorrente fu esortata a presentare successivamente una relativa procura.

13. Con la memoria del 29 maggio 2019 il rappresentante presentava successivamente la procura che lo legittimava per la prima procedura di ricorso.

14. Con l'e-mail del 1° luglio 2019, come da richiesta, la Commissione di ricorso prorogava fino al 31 luglio 2019 il termine per prendere posizione in merito al ricorso.

15. Entro il termine prorogato, l'opponente si esprimeva con la memoria del 26 luglio 2019 in merito al ricorso e richiedeva il suo rigetto ovvero la conferma della decisione impugnata. Anche le sue argomentazioni saranno trattate più approfonditamente – per quanto essenziali – nell'ambito dei considerandi.

16. Con l'e-mail del 14 maggio 2019 l'opponente proponeva alla ricorrente di annullare la pena convenzionale. Questo alle condizioni che:

    1) la ricorrente consegni all'opponente entro il 17 maggio 2019 le lista di controllo per l'anno 2018 non anonimizzate in conformità al regolamento di procedura contenente il nominativo di tutti i lavoratori;

    2) la ricorrente confermi entro la fine della settimana uno dei termini di controllo dell'organo di controllo esterno;

    3) spetti all'opponente ordinare un controllo esteso, se durante il controllo a campione dovessero riscontrarsi infrazioni e/o gravi (tali da giustificare un controllo totale), il tutto come da regolamento di procedura;

    4) in futuro l'esecuzione di controlli in conformità al Regolamento di procedura non venga più contestata e, in particolare, la ricorrente sulla base di una decisione formale dell'opponente, trasmetterà al controllore le liste non anonimizzate di tutti i collaboratori dati in prestito contenenti tutti i dati previsti dal regolamento di procedura e nella tempistica richiesta.

17. Con decisione provvista di indicazione del rimedio giuridico del 28 giugno 2019 (seconda decisione impugnata) l'opponente infliggeva di nuovo alla ricorrente, visto l'articolo 38 cpv. 4 CCL per il settore del prestito di personale e l'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP una pena convenzionale per l'ammontare di CHF 40'00.00 causa renitenza di sottoporsi al controllo. L'opponente motivava la pena convenzionale pronunciata essenzialmente con il fatto, che la ricorrente avrebbe rifiutato ogni tipo di controllo per il 2018 e non avrebbe neppure accettato la proposta di un componimento amichevole, cosicché per l'organo di controllo esterno sarebbe stato impossibile eseguire un controllo. Poiché la ricorrente avrebbe sempre ostacolato il controllo, date tali particolari condizioni sarebbe giustificato infliggere la pena convenzionale massima di CHF 50'000.00 prevista

dalle disposizioni menzionate. Alla luce del fatto, che per la questione delle liste anonimizzate consegnate sarebbe già stata inflitta una pena convenzionale di CHF 10’000.00, la pena convenzionale ammonterebbe dunque a CHF 40’000.00.

18. Contro questa seconda decisione il 31 luglio 2019 la ricorrente presentava ricorso e chiedeva l’annullamento della decisione contestata. La motivazione del ricorso sarà parimenti trattata – per quanto essenziale – nei considerandi.

19. Su relativa richiesta di proroga del termine, la Commissione di ricorso prorogava il termine fino al 4 ottobre 2019 per prendere posizione al ricorso.

20. Entro il termine prorogato l’opponente si esprimeva con la memoria del 4 ottobre 2019 in merito al ricorso e richiedeva il suo rigetto ovvero la conferma della decisione impugnata. Anche le sue argomentazioni saranno trattate più approfonditamente – per quanto essenziali – nell’ambito dei considerandi.

21. Con lettera del 9 marzo 2020 la Commissione di ricorso comunicava alla ricorrente su richiesta scritta del 2 marzo 2020, di rinunciare in entrambe le procedure di ricorso a un secondo scambio di scritti, contestualmente invitava tuttavia questa a presentare entro il 31 marzo 2020 una presa di posizione volontaria per ognuna riguardo alle argomentazioni dell’opponente.

22. Il 30 aprile 2020 la ricorrente presentava entro il termine prorogato fino al 30 aprile 2020 una presa di posizione volontaria per entrambe le procedure di ricorso. In questa essa sostanzialmente confermava le sue argomentazioni nel ricorso. Tra l’altro essa contestava di nuovo di essere stata renitente di sottoporsi al controllo ed espone inoltre di essersi adoperata in varie occasioni per trovare una soluzione consensuale. Inoltre contestava ancora la base giuridica del modo di procedere dell’opponente. Faceva notare in particolare di non essere membro dell’Associazione dei prestatori e dei collocatori di personale e che di conseguenza non sarebbero applicabili né il Regolamento APP né il Regolamento di procedura CPSPP o il ‚Promemoria sul controllo aziendale‘ o la ‚Circolare informativa n. 10 della stessa CPRT‘ nell’ambito dei controlli effettuati. Lo scopo del controllo dovrebbe sussistere nel controllo del rispetto del CCL per il prestito di personale. Un controllo non dovrebbe ostacolare l’attività professionale e commerciale dell’azienda controllata. Il diritto di eseguire controlli non implicherebbe anche la possibilità di imporre alle aziende l’obbligo di consegnare tutti i dati riguardo a tutti i rapporti di lavoro di un determinato periodo di controllo. Per chiarire i rapporti e per confermare che il controllo avrebbe potuto essere eseguito, richiede infine l’audizione testimoniale degli ispettori incaricati dei controlli e la testimonianza di tutti i membri della CPRT in carica nel 2019.

Considerandi:

I. Formale

1. La procedura di ricorso è disciplinata nell'articolo 39 CCL per il settore del prestito di personale (qui di seguito «CCL PP»). Le disposizioni esecutive si trovano nell'articolo 32 del Regolamento della Associazione per l'applicazione Paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il Prestito di personale (qui di seguito «Regolamento APP») come anche nell'articolo 1 segg. del Regolamento della Commissione di ricorso per il settore del prestito di personale (qui di seguito «Regolamento CR») (entrambi i documenti sono consultabili su www.tempservice.ch alla rubrica «Documenti»).

2. Le decisioni dell'opponente portano le date del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019. Contro queste la ricorrente presentava ricorso il 2 maggio 2019 ovvero il 31 luglio 2019. In conformità all'articolo 6 cpv. 3 lett. b del Regolamento CR vige una sospensione del termine dal settimo giorno prima di Pasqua fino e compreso il settimo giorno dopo Pasqua e dal 15 luglio fino e compreso il 15 agosto. Tenuto conto della sospensione del termine, le memorie avvenivano dunque nel termine entro il termine di ricorso di 30 giorni in conformità all'articolo 32 cpv. 2 del Regolamento APP.

3. In qualità di destinataria delle decisioni dell'opponente, la ricorrente è inoltre legittimata ai ricorsi.

4. L'opponente chiede che non sia dato seguito al primo ricorso, poiché a questo non era stato allegato nessuna procura valida, nonostante la sua menzione nell'allegato, rispettivamente non era stata presentata nessuna procura valida entro il termine del ricorso. Se una memoria è presentata priva di procura, la ricorrente ha diritto, in base al principio giuridico processuale generale derivante dal divieto del formalismo eccessivo secondo l'articolo 29 cpv. 1 CF, alla fissazione di un termine supplementare per sanare il vizio. Essendo stata presentata una procura scritta entro il termine supplementare fissato dalla Commissione di ricorso, il vizio è stato sanato entro il termine. Il rappresentante legale è stato quindi autorizzato dovutamente dalla ricorrente. Una relativa procura è agli atti.

5. Inoltre, la ricorrente chiede di volta in volta nella posizione volontaria l'audizione testimoniale degli ispettori incaricati dei controlli e la testimonianza di tutti i membri della CPRT in carica nel 2019. Nuovi fatti e nuovi mezzi di prova sono considerati

soltanto se vengono immediatamente addotti e se, nonostante ragionevole diligenza, non hanno potuto essere prodotti già davanti alla prima istanza. Nel presente caso le richieste di audizione di testimonio avvennero soltanto nell'ambito della posizione volontaria, per cui esse sono avvenute in ritardo e sono quindi inammissibili. Oltretutto la Commissione di ricorso dispone già di sufficienti basi per decisioni corrette, per cui si rinuncia a ulteriori assunzioni di prove.

6. Nel secondo ricorso la ricorrente fa notare, che la seconda procedura di ricorso (procedura di ricorso con pratica numero 36/2019) è materialmente in una connessione sostanziale con la prima procedura di ricorso (procedura di ricorso con pratica numero 14/2019). La pena convenzionale inflitta dall'opponente nella seconda decisione del 28 giugno 2019 rappresenterebbe chiaramente una vessazione, con la quale si tenterebbe di imporre una pratica di controllo illegittima.

7. L'opponente contesta le argomentazioni della ricorrente. Essa rileva, che il suo modo di procedere si basa su basi giuridiche, come ad esempio il CCL per il prestito di personale dichiarato di obbligatorietà generale. Inoltre essa dovrebbe garantire una parità di trattamento di tutte le aziende controllate. Per non ritardare il controllo del libro delle paghe per il 2018, si avrebbe deciso di eseguire per questo periodo un controllo completo.

8. Nella presa di posizione volontaria del 30 aprile 2020 nella procedura di ricorso con pratica numero 36/2019 la ricorrente richiede indi che le due procedure di ricorso con le pratiche numero 14/2019 e 36/2019 vengano congiunte a causa della interdipendenza fattuale e giuridica.

9. Le procedure di ricorso devono essere coordinate in modo tale che lo stesso argomento del ricorso non venga giudicato due volte. Nella procedura civile questo può avvenire ad esempio mediante una rimessione della causa visto l'articolo 127 cpv. 1 CPC o una congiunzione della causa visto l'articolo 125 lett. c CPC. Dal punto di vista del processo civile è ipotizzabile anche una sospensione della seconda procedura visto l'articolo 126 CPC, sebbene questa soluzione si trovi in una situazione conflittuale rispetto al principio della celerità costituzionale ai sensi dell'articolo 29 cpv. 1 Cost. risp. l'articolo 6 n. 1 CEDU e può essere sfruttato dalla parte convenuta nell'ambito di un ostruzionismo (abusivo). Nella dottrina la congiunzione delle cause, se le procedura sono pendenti presso lo stesso tribunale, è denominato come mezzo della prima scelta.

10. Sia nella decisione del 1° aprile 2019 che anche in quella del 28 giugno 2019, l'opponente infliggeva alla ricorrente per il periodo di controllo dal 1° gennaio 2018 al 31 dicembre 2018 una pena convenzionale a causa di renitenza di sottoporsi al controllo. Nella decisione del 28 giugno 2019 l'opponente infliggeva alla ricorrente

una pena convenzionale di CHF 40’000.00 perché la ricorrente si sarebbe continuamente opposta a un controllo e di conseguenza la pena convenzionale massima prevista all’articolo 38 cpv. 4 CCL PP di CHF 50’000.00 sarebbe legittima. Essa giustificava l’ammontare della pena convenzionale di CHF 40’000.00 esplicitamente con il fatto che alla ricorrente, a causa del comportamento renitente di sottoporsi al controllo consegnando sempre soltanto una lista anonimizzata dei lavoratori, fosse già stata inflitta una pena convenzionale per l’ammontare di CHF 10‘000.00 e che quindi sarebbe giustificato infliggere complessivamente la pena convenzionale massima di CHF 50’000.00. L’opponente infliggeva quindi alla ricorrente la pena convenzionale massima prevista all’articolo 38 cpv. 4 CCL PP per l’ammontare di CHF 50’000.00, tuttavia in due differenti procedure di controllo (controllo a campione/controllo completo), riferendosi ambedue i controlli al periodo di controllo compreso tra il 1° gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018. La ricorrente è stata sanzionata per lo stesso comportamento sia con la decisione del 1° aprile 2019 che con la decisione del 28 giugno 2019. Entrambi i ricorsi non concernono soltanto le due stesse parti di procedura, ma si basano anche sul medesimo oggetto litigioso e sono soggetti al medesimo tipo di procedura. Pertanto tra i ricorsi sussiste una stretta connessione materiale, cosicché deve essere dato seguito alla richiesta della ricorrente, di congiungere le due procedure di ricorso.

11. Nella seconda procedura di controllo la ricorrente ha più volte fatto richiesta di trovare una soluzione globale per il periodo di controllo 2018. Dopo che la ricorrente non ha accettato la proposta di componimento fuori dalla procedura di controllo regolamentata, l’opponente ha omesso di entrare nelle argomentazioni della ricorrente riguardo a un’eventuale congiunzione della procedura. Nonostante l’avvio di una seconda procedura di controllo, nella seconda decisione del 28 giugno 2019 in connessione con la quantificazione della pena convenzionale, l’opponente ha fatto riferimento alla prima decisione del 1° maggio 2019 e ha pronunciato de facto un’unica pena convenzionale, senza tuttavia congiungere le due procedure di controllo. Si tratta quindi di un diniego di giustizia formale, poiché la ricorrente non ha potuto presentare il proprio punto di vista di una soluzione globale nella seconda procedura di controllo, cosicché l’opponente al momento della pronuncia della seconda decisione lo avrebbe potuto considerare. Questo porta all’annullamento delle decisioni impugnate del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019.

12. Inoltre, l’opponente ha sanzionato la ricorrente per il medesimo comportamento in due differenti procedure di controllo (controllo a campione/controllo completo) che si riferiscono entrambe al 2018. Al momento della pronuncia della seconda decisione del 28 giugno 2019 il ricorso contro la prima decisione del 1° aprile 2019 era ancora pendente. Non è comprensibile perché l’opponente, date le circostanze, abbia avviato la seconda procedura di controllo e abbia richiesto di

nuovo alla ricorrente i dati dello stesso periodo di controllo. In due differenti procedure di controllo (controllo a campione/controllo completo), che si riferiscono al medesimo periodo di controllo, l'opponente ha pronunciato una sola pena convenzionale, riferendosi nella seconda decisione alla prima procedura di controllo e ha pronunciato complessivamente la pena convenzionale massima di CHF 50'000.00. In questo modo alla ricorrente viene negata la possibilità di far esaminare dall'autorità giudiziaria superiore prevista la legalità della prima decisione, essendo stata di nuovo sanzionata per lo stesso comportamento prima della conclusione della procedura di ricorso. Anche in base a questo errore procedurale si devono annullare le due decisioni contestate del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019.

13. A causa del diniego di giustizia formale e al modo di operare errato dal punto di vista processuale dell'opponente, la causa deve essere rinviata all'opponente per nuova decisione. Infine si ordini all'opponente di fissare alla ricorrente un termine di 30 giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo. Questo con comminazione di una pena convenzionale di al max. CHF 50'000.00 nel caso di completo rifiuto di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza di sottoporsi al controllo). Onde evitare un ulteriore ritardo della procedura è giustificato, nella presente procedura di ricorso, di trattare anche le ulteriori argomentazioni della ricorrente.

II. De facto

A. Competenza della CPRT per l'esazione di liste del personale non anonimizzate

1. Competenza della CPRT

a) La ricorrente adduce in analogia, che la Commissione Paritetica non sarebbe autorizzata a esigere una lista dei lavoratori indicante i nomi e i cognomi nonché una lista di tutte le missioni svolte. Il suo modo di procedere non si baserebbe su nessuna base giuridica, bensì soltanto su direttive della Commissione Paritetica, alle quali non spetterebbe nessun effetto giuridico, soprattutto perché la ricorrente non è membro dell'Associazione dei prestatori e dei collocatori di personale.

b) Sostanzialmente l'opponente controbatte alla ricorrente, che il suo modo di agire si basa sul Decreto del Consiglio federale concernente l'obbligatorietà generale del Contratto collettivo di lavoro per il settore del prestito di personale del 13 dicembre 2011 e in particolare sugli articoli 32 fino a 38 del Regolamento della Associazione per l'applicazione Paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il Prestito di personale del 13 dicembre 2011, sul Regolamento di procedura CPSPP e sul ‚Promemoria sul controllo aziendale' e sulla ‚Circolare CPRT informativa N. 10 „Aspetti procedurali"'. Contestualmente essa sottolinea non soltanto la legittimità del partenariato sociale bensì anche quella dello Stato di questi atti di ordinaria

amministrazione e fa notare che la Commissione di ricorso ha già avuto modo di stabilire che in base all'articolo 6 cpv. 7 del Regolamento di procedura CPSPP spetta all'organo di controllo stabilire le modalità di controllo.
c) In conformità all'articolo 357b cpv. 1 Diritto delle obbligazioni (CO) le parti contraenti di un contratto collettivo di lavoro possono stipulare d'avere in comune il diritto di esigerne l'adempimento da parte dei datori di lavoro e dei lavoratori vincolati riguardo a determinati punti, segnatamente ai costi per i controlli e alle pene convenzionali in conformità all'articolo 357b cpv. 1 lett. a e lett. b CO. Attraverso la regola nell'articolo 7 cpv. 1 CCL per il settore del prestito di personale, i partner sociali del CCL per il settore del prestito di personale hanno concordato l'esecuzione comune ai sensi dell'articolo 357b cpv. 1 CO. Ovviamente la dichiarazione di obbligatorietà generale è un atto amministrativo e rientra pertanto nel diritto pubblico. Tuttavia in questo modo le disposizioni di un contratto collettivo di lavoro non vengono tramutate in norme del diritto pubblico, né le autorità amministrative sono autorizzate a controllare d'ufficio il rispetto delle disposizioni e a procedere contro le loro violazioni con i mezzi dell'obbligo amministrativo. Si tratta piuttosto di un particolare tipo della legislazione, attraverso la quale la legislazione professionale creata dagli stessi interessati è estesa, nel caso dell'esistenza dei requisiti legali, a tutti gli appartenenti di un gruppo professionale o di un mestiere. Questo indipendentemente dal fatto se la relativa azienda appartiene o meno all'associazione settoriale. I contratti collettivi di lavoro dichiarati di obbligatorietà generale contengono pertanto anche per gli «estranei» diritto privato federale (DTF 98 II 205 p. 208 s.). Attraverso la dichiarazione di obbligatorietà generale di un contratto collettivo di lavoro i relativi diritti si rivolgono anche contro i datori di lavoro non interessati, sui quali è esteso l'ambito di validità (articolo 4 cpv. 1 sulla Legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro del 28 settembre 1956 [LOCCL; RS 221.215.311]).
d) Un contratto collettivo di lavoro può prevedere la costituzione di associazioni, alle quali viene conferita l'esecuzione comune secondo l'articolo 357b CO (DTF 134 III 541 Consid. 4). Come organo per l'esecuzione comune i partner sociali hanno nominato l'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale (qui di seguito «APP») (articolo 7 cpv. 3 CCL PP), la quale persegue l'esecuzione del CCL per il settore del prestito di personale. Il Comitato è in questo contesto la Commissione Professionale Paritetica per il prestito di personale (CPSPP). A questa spetta l'esecuzione del CCL per il settore del prestito di personale ai sensi dell'attuazione, esecuzione e l'applicazione (articolo 32 CCL PP). Il Regolamento APP è stato approvato dall'assemblea sociale, il massimo organo all'interno dell'APP. La CPSPP decide in merito all'esecuzione di controlli concernenti il rispetto del CCL per il settore del prestito di personale ed è autorizzata a infliggere delle sanzioni nei confronti di prestatori scorretti (articolo 35, articolo 38 cpv. 2 - cpv. 4 CCL per il prestito di personale). La procedura è disciplinata nel Regolamento di procedura CPSPP. In questo contesto non esiste nessun motivo per trattare i non membri in modo diverso dai membri dell'Associazione dei prestatori e dei collocatori di

personale. Alle Commissioni Professionali Paritetiche Regionali per il prestito di personale (CPPR) è stato demandata l'esecuzione del CCL per il prestito di personale a livello regionale. Esse dispongono della competenza per il controllo del rispetto del CCL per il prestito di personale, compresa l'inflizione di pene convenzionali (articolo 33, articolo 35 e articolo 38 cpv. 2 - cpv. 4 CCL PP).

e) Secondo l'articolo 48d cpv. 4 Ordinanza sul collocamento (OC) il prestatore può in qualsiasi momento chiedere il controllo presso l'autorità cantonale competente per la dichiarazione di obbligatorietà generale da parte di un organo di controllo particolare e indipendente dalle parti. L'articolo 6 LOCCL vige per analogia. In analogia, il prestatore ha il diritto di esigere il controllo da parte di un organo di controllo indipendente, se non intende farsi controllare dell'organo paritetico. A questo proposito si deve adire l'autorità cantonale competente (Ufficio per la sorveglianza del mercato del lavoro, USML).

f) Come esposto dalle argomentazioni di cui sopra, i prestatori di personale sono per principio obbligati, in base alla legislazione professionale dichiarata di obbligatorietà generale, alla competenza giurisdizionale dell'associazione con essa creata e al consentire un'esecuzione comune del CLL per il settore del prestito di personale, a sottoporsi a un controllo. Essi hanno il diritto di adire le autorità cantonali competenti per esigere il controllo da parte di un organo di controllo particolare, indipendente dalle parti contrattuali. Dagli atti risulta che la ricorrente, con lettera del 13 marzo 2019 all'opponente ha sì proposto di coinvolgere la SECO. Ad essere effettivamente adotta fu l'autorità cantonale competente (Dipartimento delle finanze e dell'economia TI, Divisione dell'economia, Sezione del lavoro) tuttavia soltanto con la lettera del 7 novembre 2019. Questa rifiutava la richiesta di un intervento della ricorrente con la motivazione, che le posizioni delle parti sarebbero già troppo irrigidite e che in base ai ricorsi pendenti sarebbe compito della Commissione di ricorso di emettere una decisione riguardo ai punti in contestazione. Quindi la ricorrente sarebbe stata obbligata - e continua inoltre ad esserlo - a sottoporsi a un controllo. Questo indipendentemente dal fatto che essa sia o meno membro dell'associazione dei prestatori e dei collocatori di personale.

2. <u>Compatibilità della prassi della CPRT con le disposizioni sulla protezione dati vigenti in Svizzera</u>

   a) Applicabilità del GDPR

   Dal 25 maggio 2018 il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) è direttamente applicabile nei 28 Stati membri dell'UE e negli Stati contraenti del SEE. In base al principio dell'ubicazione del mercato il GDPR sviluppa anche effetto extraterritoriale ed è applicabile anche su imprese fuori dall'UE, se queste offrono beni e servizi nell'UE o se osservano il comportamento di persone nell'UE. Poiché né l'APP né la CPRT hanno l'intenzione di offrire beni o servizi nell'UE o di monitorare il comportamento di persone nell'UE, nel presente caso non è data l'applicabilità territoriale e di conseguenza il GDPR non trova applicazione.

   b) Trattamento di dati personali nel contesto del personale in Svizzera

Dal punto di vista del diritto sulla protezione dei dati gli organi di controllo esterni sono terzi ai sensi dell'articolo 10a della Legge federale sulla protezione dei dati (RS 235.1; LPD). Di conseguenza il trattamento di dati personali può essere loro affidato attraverso convenzione o per legge, se i dati sono trattati soltanto così come lo potrebbe fare il committente stesso; e (lett. a) non lo vieta nessun obbligo di mantenere il segreto legale o contrattuale (lett. b).

Secondo la direttiva della SECO in materia di 'Dichiarazione di obbligatorietà generale di contratti collettivi di lavoro: Le direttive in materia di contributi del novembre 2014', il punto 3.5, p. 7 è, in conformità all'articolo 3 cpv. 2 lett. a LOCCL, la garanzia per un'applicazione ordinata, se gli organi di controllo mantengono il segreto circa i fatti venuti a loro conoscenza durante l'espletamento della loro attività. Inoltre la SECO ha redatto un rapporto all'attenzione del Consiglio federale del 21 ottobre 2016 «Arbeitsgruppe zum Verbesserungsbedarf von Vollzug und Missbrauchsbekämpfung der FlaM», nel quale sono contenuti l'organizzazione dei controlli e i requisiti minimi da osservare dai terzi incaricati del controllo dalle Commissioni paritetiche.

Secondo l'articolo 7 cpv. 1 lett. a della Legge sui lavoratori distaccati (RS 823.20; LDist), dagli organi paritetici incaricati dell'attuazione del contratto collettivo di lavoro viene controllato il rispetto dei requisiti in conformità alla Legge sui lavoratori distaccati riguardo alle disposizioni di un contratto collettivo di lavoro dichiarato di obbligatorietà generale. In questo contesto il datore di lavoro deve, su richiesta, inviare tutti i documenti comprovanti il rispetto delle condizioni di lavoro e di salario dei lavoratori. I documenti devono essere presentati in una lingua ufficiale. Un'infrazione contro questo obbligo può essere sanzionata con un'ammenda amministrativa, segnatamente con una multa fino a CHF 40'000 (articolo 12 cpv. 1 LDist). Nel caso di una violazione dell'obbligo di informazione da parte dell'azienda, la Commissione paritetica (o l'organo di controllo) segnala sistematicamente l'azienda al cantone affinché quest'ultimo possa avviare una procedura per infliggere una sanzione (SECO, Direttiva Modello di processo per l'esecuzione delle misure di accompagnamento da parte delle commissioni paritetiche, punto 4, p. 7).

In conformità alla p. 66 del rapporto di attività 1998/1999 dell'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza, i controlli del libro delle paghe, così come sono previsti nei contratti collettivi di lavoro, perseguono lo scopo della protezione della personalità di una moltitudine di lavoratori. Per l'esecuzione di controlli del libro delle paghe i datori di lavoro interessati non possono quindi ricorrere alla protezione dei dati per rifiutare la consegna dei documenti rilevanti per il controllo.

Il collocatore o il prestatore può registrare i dati personale soltanto, nella misura e per il periodo in cui sono necessari per l'attività di collocamento e di prestito [articolo 7 cpv. 3 e articolo 18 cpv. 3 LC]. Questa limitazione risulta inoltre dal principio della proporzionalità secondo l'articolo 4 cpv.3 LPD nonché dalla

disposizione dell'articolo 328b CO, secondo i quali il datore di lavoro può elaborare soltanto quei dati concernenti l'idoneità del lavoratore o che sono necessari per l'esecuzione del rapporto di lavoro.

Nel presente caso il catalogo dei documenti richiesto dall'opponente si basa sul Regolamento di procedura della CPSPP. La CPSPP è dunque giunta alla conclusione, che la comunicazione dei nomi e dei cognomi dei lavoratori così come le informazioni delle ditte acquisitrici sono necessari per l'esecuzione di controlli e lo ha di conseguenza stabilito nel Regolamento di procedura. Poiché sia la ricorrente che la Commissione di ricorso sono legate al Regolamento di procedura emanato dalla CPSPP visto l'articolo 32 segg. CCL PP, a questo punto, se la prassi di controllo è proporzionata dal punto di vista della protezione dei dati, può essere lasciata irrisolta. A questo punto si deve però osservare, che la comunicazione deve limitarsi ai dati dei lavoratori. L'argomento della ricorrente, che lei, in qualità di datore di lavoro ai sensi dell'articolo 328b CO, sarebbe obbligata a mantenere il segreto dei dati personali dei propri lavoratori non riesce neppure a convincere, poiché il controllo delle disposizioni salariali e delle condizioni di lavoro ai sensi del CCL PP è nell'interesse dei lavoratori. Da quanto detto segue che la prassi dell'opponente di richiedere ai prestatori da controllare di rendere noti i nomi e i cognomi dei lavoratori così come le informazioni delle ditte acquisitrici è legittimo e che le argomentazioni della ricorrente in questo punto si dimostrano infondate.

3. Documenti necessari per il controllo

a) Secondo l'articolo 33 CCL PP esistono tre Commissioni professionali paritetiche regionali definite, che sono competenti per l'esecuzione (vedi anche l'articolo 11 degli Statuti APP). Con il conferimento dell'esecuzione si conferisce segnatamente anche la competenza per il controllo delle disposizioni del CCL per il settore del prestito di personale. In conformità all'articolo 35 CCL PP risp. L'articolo 29 cpv. 1 del Regolamento APP, le CPP sono esplicitamente autorizzate a eseguire nelle aziende tutti i controlli necessari riguardo al rispetto delle disposizioni del CCL per il settore del prestito di personale. I controlli delle aziende sono eseguiti su incarico delle Commissioni paritetiche da aziende/istituzioni specializzate (articolo 36 CCL PP). Lo svolgimento della procedura è disciplinato all'articolo 6 segg. del Regolamento di procedura CPPC. Cosa deve essere inteso come documenti necessari per il controllo, è definito nel Regolamento di procedura CPSPP (Regolamento di procedura). Secondo l'articolo 6 cpv. 5 Regolamento di procedura CPSPP, per un controllo a campione da parte della ditta incaricata del controllo è richiesta una lista del personale contenente le seguenti informazioni:

- Cognome, nome
- Nazionalità
- Qualifica, assegnazione alla classe salariale

- Anno di nascita
- Numero di assicurazione sociale (756.XXXX.XXXXX.XX)
- Data d'inizio e di fine dell'impiego
- Salario orario
- Numero delle ore di lavoro prestate
- Settore/ambito di attività dell'azienda acquisitrice
- Nome e località azienda acquisitrice.

b) Nel presente caso l'opponente ha comunicato alla ricorrente per la prima volta con lettera dell'11 dicembre 2018, che presso la sede della ricorrente sarebbe stato eseguito un controllo del libro delle paghe concernente il periodo di controllo compreso tra il 1° gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018 e la esortava, allegando il «promemoria» e una «tabella in formato excel quale esempio per il rilevamento dei dati richiesti», a presentare i documenti necessari per il controllo entro al più tardi 30 giorni prima dell'esecuzione del controllo del libro delle paghe. Con la lettera dell'8 febbraio 2019 intitolata «Diffida», l'opponente fissava alla ricorrente un termine inderogabile di dieci giorni per la consegna dei documenti necessari al controllo con l'avviso che la lista dovesse comprendere tutti i collaboratori, anche quelli con missioni non soggetti al CCL per il settore del prestito del personale. Inoltre si dovevano elencare sia i nomi che i cognomi dei lavoratori.

c) La ricorrente presentava liste anonimizzate e incomplete, dalle quali non si evincevano né i nomi e i cognomi né le informazioni delle ore prestate per missione dei lavoratori. Inoltre mancavano le informazioni riguardo agli missioni nei vari rami così come i nomi e le sedi delle ditte acquisitrici. Le informazioni necessarie al controllo importanti rimangono negate sia nella prima che nella seconda procedura di controllo dell'opponente, quindi nonostante sollecito scritto. In seguito a ciò non fu possibile eseguire né un controllo a campione né un controllo completo ai sensi dell'articolo 6 cpv. 6 del Regolamento di procedura. Le informazioni presentate dalla ricorrente non erano quindi idonee alla determinazione di prove a campione, poiché basandosi su di esse non si possono filtrare ad esempio neppure le missioni sospettate di infrazione nell'ambito della previdenza professionale. I documenti presentati dalla ricorrente non soddisfano chiaramente i requisiti inequivocabili e in precedenza comunicati ripetutamente della lista del personale necessaria per il controllo in conformità all'articolo 6 cpv. 5 del Regolamento di procedura.

d) Come già statuito più volte dalla Commissione di ricorso, è l'organo di controllo che stabilisce le modalità del controllo e non lo stesso prestatore di personale. L'obbligo di consegna dei dati prima del controllo non è quindi adempiuto, se si comunica che i documenti sarebbero a disposizione alla sede dell'azienda.

e) Complessivamente risulta quindi, che alla ricorrente non riusciva né a presentare i documenti entro i termini, sulla base dei quali avrebbe potuto essere eseguita un controllo a campione/controllo completo, né ad addurre motivi

comprensibili per la mancata presentazione di queste informazioni necessarie al controllo ai sensi dell'articolo 6 cpv. 5 del Regolamento di procedura. Di conseguenza, con il suo comportamento la ricorrente ha ritardato ovvero rifiutato la consegna dei documenti necessari per il controllo ai sensi dell'articolo 31 cpv. 4 Regolamento APP.

4. Riassunto

Riassumendo si stabilisce che la ricorrente è obbligata a sottomettersi a un controllo. L'opponente è autorizzata visto il Regolamento di procedura all'esecuzione di controlli del libro delle paghe, a esigere la comunicazione dei nomi e cognomi dei lavoratori nonché le informazioni delle ditte acquisitrici. Di conseguenza, con il suo comportamento la ricorrente ha ritardato ovvero rifiutato la consegna dei documenti necessari per il controllo ai sensi dell'articolo 31 cpv. 4 Regolamento APP.

B. Pena convenzionale

a) Ai sensi dell'economia processuale e per impedire ulteriori ritardi procedurali, nel presente caso è giustificato di esaminare in via eccezionale le rimostranze della ricorrente concernenti l'ammontare della pena convenzionale. Secondo il testo dell'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP, la CPPR può infliggere, nel caso di un consistente ritardo o di un rifiuto da parte dell'azienda da controllare di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari al controllo (renitenza di sottoporsi al controllo), dopo relativa diffida, una pena convenzionale di al max CHF 5'000.00, nel caso di un rifiuto assoluto di al max. CHF 50'000.00.

Come già deciso più volte dalla Commissione di ricorso, la base giuridica per una pena convenzionale in seguito a renitenza di sottoporsi al controllo è data dalla facoltà di ordinare e in particolare di eseguire i controlli aziendali da parte della CPSPP rispettivamente dell'opponente e dalla facoltà dell'ingiunzione di pene convenzionali nel caso di infrazioni di non lieve entità contro le disposizioni del CCL PP (articolo 17 cpv. 3 LC, articolo 20 cpv. 2 LC; articolo 35 e articolo 38 cpv. 2, 3 e 4 CCL PP; articolo 10 cpv. 2 e articolo 11 cpv. 4 Statuti APP; articolo 29 cpv. 1 e 3 come anche articolo 31 cpv. 1 Regolamento APP). L'oggetto di riscontro necessariamente implicito di questa facoltà di ordinare e di eseguire i controlli è l'obbligo delle aziende sottostanti al CCL PP di sottomettersi ai controlli rispettivamente anche il loro obbligo di informazione ai sensi dell'articolo 17 cpv. 3 LC. Questo obbligo di sottomettersi ai controlli forma la base giuridica per il sanzionamento della renitenza di sottoporsi ai controlli, a condizione che sussista un'infrazione di non lieve entità. Il rifiuto e l'aggravio dei controlli attraverso un comportamento atto a sottrarsi, viola direttamente questo obbligo di sottomettersi ai controlli nonché indirettamente la facoltà di controllo e con essa indirettamente

l'applicazione e il rispetto del CCL per il settore del prestito del personale di per sé con tutte le disposizioni di protezione materiali. Se le aziende sottostanti al CCL PP potessero sottrarsi ai controlli senza sanzioni, la verificabilità del rispetto e dell'attuazione del CCL per il settore del prestito del personale e con essa la sua esistenza sarebbero minacciate per principio.

Soltanto i modi di comportamento e i documenti necessari per il controllo formano l'oggetto della renitenza di sottoporsi al controllo. La renitenza di sottoporsi al controllo rappresenta la infrazione astrattamente più grave di tutte le infrazioni non aventi valore monetario. L'intensità di renitenza forma, se sufficientemente grave, il presupposto della non lieve entità per la pronuncia di una pena convenzionale (articolo 20 cpv. 2 LC, articolo 38 cpv. 2 CCL PP). L'intensità della renitenza di non lieve entità è la norma in base all'importanza centrale del potere di controllo e dell'obbligo di sottomettersi ai controlli, vale a dire che è per principio una infrazione di non lieve entità ai sensi dell'articolo 20 cpv. 2 LC rispettivamente dell'articolo 38 cpv. 2 CCL PP e soltanto eccezionalmente - in casi palesi e leggeri - deve essere presupposta una infrazione di lieve entità ai sensi dell'articolo 37 CCL PP. In questo contesto gli organi di controllo hanno una grande competenza di apprezzamento. Questa deve essere esercitata doverosamente e deve soddisfare i principi costituzionali della eguaglianza davanti alla legge, del divieto di arbitrarietà e in particolare del principio della proporzionalità.

b) Se la pena convenzionale dall'opponente di CHF 50'000.00 è proporzionata, può rimanere irrisolto alla luce del risultato della procedura. Come spiegato sopra alla cifra I./11. segg., la causa riguardo alla nuova decisione deve essere rigettata all'opponente. Contestualmente si ordini all'opponente di fissare alla ricorrente un termine di 30 giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo. Questo con comminazione di una pena convenzionale di al max. CHF 50'000.00 nel caso di completo rifiuto di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza a sottoporsi al controllo).

C. Costi

L'APP deve sostenere i costi della presente procedura. Non è possibile approvare l'istanza della ricorrente di rimborso delle spese delle parti. Né nel CCL PP né nel Regolamento APP o in quello della Commissione di ricorso è possibile trovare una base giuridica, che nel caso di accoglimento (parziale) del ricorso ordinerebbe di obbligare l'opponente ad accollarsi i costi della controparte.

La commissione di ricorso decide:

1. Le procedure di ricorso con gli atti n. 14/2019 e 36/2019 sono congiunti.
2. Nella misura in cui sono ammissibili, i ricorsi sono parzialmente accolti e per il resto rispinti. Le decisioni dell'opponente del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019 sono annullate e le cause rinviate all'istanza precedente per nuova decisione.
3. All'opponente si ordini di fissare alla ricorrente un termine di 30 giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo. Questo con comminazione di una pena convenzionale di al max. CHF 50'000.00 nel caso di completo rifiuto di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza di sottoporsi al controllo).
4. I costi della procedura sono a carico della cassa dell'APP.

Dübendorf, 16 dicembre 2020

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale

Marc Widmer, Presidente

Jolanta Krattinger, Vicepresidente

da notificare ad:

- x
- CPRT, Via Canonica 3, 6900 Lugano (per raccomandata)

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale

---

Incarto n. 15/2019 e 37/2019

Partecipanti: Marc Widmer, swissstaffing (Presidente)
Jolanta Krattinger, SYNA (Vicepresidente)
Regula Dick, UNIA (Membro)
Martin Vonaesch, Adecco (Membro)
Pierre Serge Heger, Angestellte Schweiz (Membro supplente, senza diritto di voto)
Sara Stoffel, swissstaffing (Segretaria giuridica)

Decisione del 16 dicembre 2020

nella causa

x Ricorrente

rappresentata da x

contro

l'Associazione per l'applicazione paritetica, per l'aggiornamento professionale e per il fondo sociale per il personale a prestito (APP)

rappresentata dalla Commissione professionale Paritetica Regionale del Canton Ticino per il prestito di personale (CPRT)
Via Canonica 3

6900 Lugano Opponente

concernente il

Ricorso del 2 maggio 2019 contro la decisione della CPRT del 1° aprile 2019 nella causa pena convenzionale (renitenza a sottoporsi al controllo);
Ricorso del 31 luglio 2019 contro la decisione della CPRT del 28 giugno 2019 nella causa pena convenzionale (renitenza a sottoporsi al controllo)

Storia del processo e fatti:

1. Il 27 novembre 2018 l'opponente ha deciso di eseguire un controllo del libro delle paghe presso la sede della ricorrente concernente il periodo di controllo compreso dal 1° gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018. Nella decisione dell'11 dicembre 2018 l'opponente informava la ricorrente, che la 'MBC Studio Associati SA, Lugano' avrebbe eseguito il controllo. Questa la contatterebbe per la fissazione delle relative date. Contestualmente la ricorrente veniva esortata, allegando il «promemoria» e una «tabella in formato excel quale esempio per il rilevamento dei dati richiesti», a consegnare entro e non oltre 30 giorni prima dell'esecuzione del controllo del libro delle paghe i documenti necessari per il controllo.

2. Con la lettera intitolata «Diffida» dell'18 febbraio 2019, l'opponente fissava alla ricorrente, richiamandosi al «promemoria sul controllo aziendale», un termine non prorogabile di dieci giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo previsto dall'11 al 15 marzo 2019. La lista richiesta doveva indicare sia i nomi che i cognomi dei lavoratori. L'opponente ricordava inoltre alla ricorrente che lei, in conformità all'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP, potrebbe infliggere, dopo relativa diffida, nel caso di un ritardo o rifiuto da parte dell'azienda da controllare una pena convenzionale fino a CHF 5'000.00, nel caso di un rifiuto assoluto fino a CHF 50'000.00 di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari (renitenza a sottoporsi al controllo).

3. Con lettera del 22 febbraio 2019 la ricorrente contestava il contenuto della lettera di diffida dell'opponente e sostanzialmente adduceva, che la lista anonimizzata da lei consegnata non sarebbe né illegittima né renderebbe più difficile o impedirebbe il controllo. Inoltre, il controllo previsto non giustificherebbe il modo di procedere dell'opponente, di esigere la consegna di informazioni concernenti tutte le missioni entro un determinato periodo. Inoltre essa richiedeva, tra l'altro, che l'opponente rivedesse la propria presa di posizione. Soprattutto perché lei, già nel 2017, in vista di un controllo degli anni dal 2014 fino al 2016, aveva messo messo a disposizione dei controllori dati cifrati.

4. Con lettera del 5 marzo 2019 l'opponente contestava le obiezioni della ricorrente e sostanzialmente faceva valere che la ricorrente sarebbe l'unica azienda in tutto il Canton Ticino a rendere difficile l'esecuzione di controlli. Negli anni passati la ricorrente avrebbe messo a disposizione, in forma non anonimizzata, tutti i documenti a lei richiesti. L'opponente le fissava un ultimo termine non prorogabile fino all'8 marzo 2019 alle ore 12.00 per la trasmissione delle informazioni richieste, in conformità al «promemoria (articolo 6/5 del Regolamento di Procedura)». Questo ricordando di nuovo, che nel caso del mancato rispetto del termine fissato, l'opponente potrebbe infliggere alla ricorrente in occasione della riunione prevista del 14 marzo 2019 una pena convenzionale per renitenza a sottoporsi al controllo fino ad al max. CHF 50'000.00 in conformità all'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP.

5. In seguito a ciò la ricorrente reagiva con una lettera datata 8 marzo 2019, nella quale essa precisava, tra l'altro, di non essersi mai rifiutata di sottoporsi a un controllo. Inoltre non accetterebbe di consegnare categoricamente tutti i dati dei collaboratori, senza che la sicurezza dei dati fosse garantita. Il fatto che i controllori fossero soggetti al segreto professionale non sarebbe sufficiente, a suo avviso, a garantire la sicurezza dei dati, poiché i medesimi sarebbero spesso anche sindacalisti attivi o consulenti commerciali privati.

6. Con lettera dell'8 marzo 2019 l'opponente prendeva atto della lettera della ricorrente dell'8 marzo 2019 e dichiarava di continuare a contestare le relative argomentazioni e che in occasione della prossima riunione della CPRT chiederebbe di infliggere alla ricorrente una pena convenzionale a causa di renitenza a sottoporsi al controllo.

7. Al che la ricorrente, con lettera del 13 marzo 2019, obiettava di nuovo di non essere renitente a sottoporsi al controllo, avendo sempre manifestato la disponibilità e la volontà alla collaborazione come anche all'esecuzione corretta e legittima dei controlli. Inoltre avrebbe messo i dati richiesti completamente a disposizione e l'11 marzo 2019 i controllori sarebbero stati senz'altro in condizione di eseguire un controllo del libro delle paghe presso la sede della ricorrente. Invece il controllo fu rimandato in base un'istruzione precipitosa e ingiustificata dell'opponente.

8. Il 14 marzo 2019 l'opponente ha deciso, con rimando alla sua prima decisione di controllo dell'11 dicembre 2018 e al scambio di corrispondenza con la ricorrente, di estendere il controllo a tutti i collaboratori.

9. Con decisione provvista di indicazione del rimedio giuridico del 1° aprile 2019 (prima decisione impugnata) l'opponente infliggeva alla ricorrente, visto l'articolo 38 cpv. 4 CCL per il settore del prestito di personale e l'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP una pena convenzionale per l'ammontare di CHF 10'000.00 causa renitenza di sottoporsi al controllo riguardo al primo controllo del libro delle paghe previsto. L'opponente motivava la pena convenzionale pronunciata sostanzialmente con il fatto che dall'entrata in vigore del CCL per il prestito di personale nel 2012, la ricorrente sarebbe l'unica azienda in tutto il Canton Ticino ad opporsi regolarmente ai controlli e, così facendo, a rendere considerevolmente difficoltosa l'esecuzione. L'opponente avrebbe fatto ripetutamente notare alla ricorrente che sia l'opponente che il suo segretariato nonché gli organi di controllo sarebbero soggetti all'obbligo di confidenzialità e che i dati sarebbero utilizzati soltanto allo scopo di determinare un controllo a campione. In passato la Commissione di ricorso avrebbe stabilito in una decisione, che i controllori avrebbero la facoltà di decidere, se un controllo avvenga presso la sede dell'azienda controllata oppure per il tramite dell'inizio di documentazione cartacea. La richiesta relativa all'elenco di tutti i lavoratori non rappresenterebbe un controllo completo: servirebbe unicamente per definire il campione sul quale verrà svolto il controllo mirato sul rispetto di tutte le disposizioni del CCL PP. La ricorrente in passato avrebbe già consegnato ai controllori l'integralità della lista senza anonimizzare i nomi, per cui le sue argomentazioni sarebbero poco comprensibili. Nonostante il sollecito e la diffida, la ricorrente non sarebbe riuscita a

consegnare i documenti a lei richiesti e necessari per un controllo, per cui una pena convenzionale a causa di renitenza a sottoporsi al controllo sarebbe giustificata.

10. Con la lettera intitolata «Diffida» del 16 aprile 2019 l'opponente fissava alla ricorrente, in connessione con il secondo controllo previsto, un termine fino al 26 aprile 2019 per confermare una data di controllo nelle settimane di calendario 22 + 23 + 25 + 26. Annotava inoltre di avere preso atto dell'e-mail della ricorrente del 8 aprile 2019, nella quale la ricorrente dichiarava di non potere confermare nessuna data per un controllo completo e di avere incaricato il proprio avvocato di chiarire la situazione ed eventualmente di presentare mezzi giuridici contro la decisione di controllo. L'opponente fa inoltre notare, che un eventuale ricorso contro una decisione concernente una pena convenzionale a causa di renitenza di sottoporsi al controllo sarebbe indipendente dalla decisione sull'estensione del controllo. In conformità all'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP, essa potrebbe infliggere, dopo relativa diffida, in caso di un ritardo o di un rifiuto da parte dell'azienda da controllare di consegnare le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza a sottoporsi al controllo), una pena convenzionale di al max. CHF 5'000.00, e, nel caso del rifiuto assoluto, di al max. CHF 50'000.00.

11. Contro questa prima decisione la ricorrente il 2 maggio 2019 presentava ricorso e chiedeva l'annullamento della decisione contestata. La motivazione di questo ricorso sarà trattata – per quanto essenziale – nei considerandi.

12. In mancanza di presentazione della procura, con lettera del 7 maggio 2019 la ricorrente fu esortata a presentare successivamente una relativa procura.

13. Con la memoria del 29 maggio 2019 il rappresentante presentava successivamente la procura che lo legittimava per la prima procedura di ricorso.

14. Con l'e-mail del 1° luglio 2019, come da richiesta, la Commissione di ricorso prorogava fino al 31 luglio 2019 il termine per prendere posizione in merito al ricorso.

15. Entro il termine prorogato, l'opponente si esprimeva con la memoria del 26 luglio 2019 in merito al ricorso e richiedeva il suo rigetto ovvero la conferma della decisione impugnata. Anche le sue argomentazioni saranno trattate più approfonditamente – per quanto essenziali – nell'ambito dei considerandi.

16. Con l'e-mail del 14 maggio 2019 l'opponente proponeva alla ricorrente di annullare la pena convenzionale. Questo alle condizioni che:

    1) la ricorrente consegni all'opponente entro il 17 maggio 2019 le lista di controllo per l'anno 2018 non anonimizzate in conformità al regolamento di procedura contenente il nominativo di tutti i lavoratori;

    2) la ricorrente confermi entro la fine della settimana uno dei termini di controllo dell'organo di controllo esterno;

3) spetti all'opponente ordinare un controllo esteso, se durante il controllo a campione dovessero riscontrarsi infrazioni e/o gravi (tali da giustificare un controllo totale), il tutto come da regolamento di procedura;

4) in futuro l'esecuzione di controlli in conformità al Regolamento di procedura non venga più contestata e, in particolare, la ricorrente sulla base di una decisione formale dell'opponente, trasmetterà al controllore le liste non anonimizzate di tutti i collaboratori dati in prestito contenenti tutti i dati previsti dal regolamento di procedura e nella tempistica richiesta.

17. Con decisione provvista di indicazione del rimedio giuridico del 28 giugno 2019 (seconda decisione impugnata) l'opponente infliggeva di nuovo alla ricorrente, visto l'articolo 38 cpv. 4 CCL per il settore del prestito di personale e l'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP una pena convenzionale per l'ammontare di CHF 40'00.00 causa renitenza di sottoporsi al controllo. L'opponente motivava la pena convenzionale pronunciata essenzialmente con il fatto, che la ricorrente avrebbe rifiutato ogni tipo di controllo per il 2018 e non avrebbe neppure accettato la proposta di un componimento amichevole, cosicché per l'organo di controllo esterno sarebbe stato impossibile eseguire un controllo. Poiché la ricorrente avrebbe sempre ostacolato il controllo, date tali particolari condizioni sarebbe giustificato infliggere la pena convenzionale massima di CHF 50'000.00 prevista dalle disposizioni menzionate. Alla luce del fatto, che per la questione delle liste anonimizzate consegnate sarebbe già stata inflitta una pena convenzionale di CHF 10'000.00, la pena convenzionale ammonterebbe dunque a CHF 40'000.00.

18. Contro questa seconda decisione il 31 luglio 2019 la ricorrente presentava ricorso e chiedeva l'annullamento della decisione contestata. La motivazione del ricorso sarà parimenti trattata – per quanto essenziale – nei considerandi.

19. Su relativa richiesta di proroga del termine, la Commissione di ricorso prorogava il termine fino al 4 ottobre 2019 per prendere posizione al ricorso.

20. Entro il termine prorogato l'opponente si esprimeva con la memoria del 4 ottobre 2019 in merito al ricorso e richiedeva il suo rigetto ovvero la conferma della decisione impugnata. Anche le sue argomentazioni saranno trattate più approfonditamente – per quanto essenziali – nell'ambito dei considerandi.

21. Con lettera del 9 marzo 2020 la Commissione di ricorso comunicava alla ricorrente su richiesta scritta del 2 marzo 2020, di rinunciare in entrambe le procedure di ricorso a un secondo scambio di scritti, contestualmente invitava tuttavia questa a presentare entro il 31 marzo 2020 una presa di posizione volontaria per ognuna riguardo alle argomentazioni dell'opponente.

22. Il 30 aprile 2020 la ricorrente presentava entro il termine prorogato fino al 30 aprile 2020 una presa di posizione volontaria per entrambe le procedure di ricorso. In questa essa sostanzialmente confermava le sue argomentazioni nel ricorso. Tra l'altro essa contestava

di nuovo di essere stata renitente di sottoporsi al controllo ed espone inoltre di essersi adoperata in varie occasioni per trovare una soluzione consensuale. Inoltre contestava ancora la base giuridica del modo di procedere dell'opponente. Faceva notare in particolare di non essere membro dell'Associazione dei prestatori e dei collocatori di personale e che di conseguenza non sarebbero applicabili né il Regolamento APP né il Regolamento di procedura CPSPP o il ‚Promemoria sul controllo aziendale' o la ‚Circolare informativa n. 10 della stessa CPRT' nell'ambito dei controlli effettuati. Lo scopo del controllo dovrebbe sussistere nel controllo del rispetto del CCL per il prestito di personale. Un controllo non dovrebbe ostacolare l'attività professionale e commerciale dell'azienda controllata. Il diritto di eseguire controlli non implicherebbe anche la possibilità di imporre alle aziende l'obbligo di consegnare tutti i dati riguardo a tutti i rapporti di lavoro di un determinato periodo di controllo. Per chiarire i rapporti e per confermare che il controllo avrebbe potuto essere eseguito, richiede infine l'audizione testimoniale degli ispettori incaricati dei controlli e la testimonianza di tutti i membri della CPRT in carica nel 2019.

Considerandi:

I. Formale

1. La procedura di ricorso è disciplinata nell'articolo 39 CCL per il settore del prestito di personale (qui di seguito «CCL PP»). Le disposizioni esecutive si trovano nell'articolo 32 del Regolamento della Associazione per l'applicazione Paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il Prestito di personale (qui di seguito «Regolamento APP») come anche nell'articolo 1 segg. del Regolamento della Commissione di ricorso per il settore del prestito di personale (qui di seguito «Regolamento CR») (entrambi i documenti sono consultabili su www.tempservice.ch alla rubrica «Documenti»).

2. Le decisioni dell'opponente portano le date del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019. Contro queste la ricorrente presentava ricorso il 2 maggio 2019 ovvero il 31 luglio 2019. In conformità all'articolo 6 cpv. 3 lett. b del Regolamento CR vige una sospensione del termine dal settimo giorno prima di Pasqua fino e compreso il settimo giorno dopo Pasqua e dal 15 luglio fino e compreso il 15 agosto. Tenuto conto della sospensione del termine, le memorie avvenivano dunque nel termine entro il termine di ricorso di 30 giorni in conformità all'articolo 32 cpv. 2 del Regolamento APP.

3. In qualità di destinataria delle decisioni dell'opponente, la ricorrente è inoltre legittimata ai ricorsi.

4. L'opponente chiede che non sia dato seguito al primo ricorso, poiché a questo non era stato allegato nessuna procura valida, nonostante la sua menzione nell'allegato, rispettivamente non era stata presentata nessuna procura valida entro il termine del ricorso. Se una memoria è presentata priva di procura, la ricorrente ha diritto, in base al principio giuridico processuale generale derivante dal divieto del formalismo eccessivo secondo l'articolo 29 cpv. 1 CF, alla fissazione di un termine supplementare per sanare il vizio. Essendo stata presentata una procura scritta entro il termine supplementare fissato

dalla Commissione di ricorso, il vizio è stato sanato entro il termine. Il rappresentante legale è stato quindi autorizzato dovutamente dalla ricorrente. Una relativa procura è agli atti.

5. Inoltre, la ricorrente chiede di volta in volta nella posizione volontaria l'audizione testimoniale degli ispettori incaricati dei controlli e la testimonianza di tutti i membri della CPRT in carica nel 2019. Nuovi fatti e nuovi mezzi di prova sono considerati soltanto se vengono immediatamente addotti e se, nonostante ragionevole diligenza, non hanno potuto essere prodotti già davanti alla prima istanza. Nel presente caso le richieste di audizione di testimonio avvennero soltanto nell'ambito della posizione volontaria, per cui esse sono avvenute in ritardo e sono quindi inammissibili. Oltretutto la Commissione di ricorso dispone già di sufficienti basi per decisioni corrette, per cui si rinuncia a ulteriori assunzioni di prove.

6. Nel secondo ricorso la ricorrente fa notare, che la seconda procedura di ricorso (procedura di ricorso con pratica numero 37/2019) è materialmente in una connessione sostanziale con la prima procedura di ricorso (procedura di ricorso con pratica numero 15/2019). La pena convenzionale inflitta dall'opponente nella seconda decisione del 28 giugno 2019 rappresenterebbe chiaramente una vessazione, con la quale si tenterebbe di imporre una pratica di controllo illegittima.

7. L'opponente contesta le argomentazioni della ricorrente. Essa rileva, che il suo modo di procedere si basa su basi giuridiche, come ad esempio il CCL per il prestito di personale dichiarato di obbligatorietà generale. Inoltre essa dovrebbe garantire una parità di trattamento di tutte le aziende controllate. Per non ritardare il controllo del libro delle paghe per il 2018, si avrebbe deciso di eseguire per questo periodo un controllo completo.

8. Nella presa di posizione volontaria del 30 aprile 2020 nella procedura di ricorso con pratica numero 37/2019 la ricorrente richiede indi che le due procedure di ricorso con le pratiche numero 15/2019 e 37/2019 vengano congiunte a causa della interdipendenza fattuale e giuridica.

9. Le procedure di ricorso devono essere coordinate in modo tale che lo stesso argomento del ricorso non venga giudicato due volte. Nella procedura civile questo può avvenire ad esempio mediante una rimessione della causa visto l'articolo 127 cpv. 1 CPC o una congiunzione della causa visto l'articolo 125 lett. c CPC. Dal punto di vista del processo civile è ipotizzabile anche una sospensione della seconda procedura visto l'articolo 126 CPC, sebbene questa soluzione si trovi in una situazione conflittuale rispetto al principio della celerità costituzionale ai sensi dell'articolo 29 cpv. 1 Cost. risp. l'articolo 6 n. 1 CEDU e può essere sfruttato dalla parte convenuta nell'ambito di un ostruzionismo (abusivo). Nella dottrina la congiunzione delle cause, se le procedura sono pendenti presso lo stesso tribunale, è denominato come mezzo della prima scelta.

10. Sia nella decisione del 1° aprile 2019 che anche in quella del 28 giugno 2019, l'opponente infliggeva alla ricorrente per il periodo di controllo dal 1° gennaio 2018 al 31 dicembre

2018 una pena convenzionale a causa di renitenza di sottoporsi al controllo. Nella decisione del 28 giugno 2019 l'opponente infliggeva alla ricorrente una pena convenzionale di CHF 40'000.00 perché la ricorrente si sarebbe continuamente opposta a un controllo e di conseguenza la pena convenzionale massima prevista all'articolo 38 cpv. 4 CCL PP di CHF 50'000.00 sarebbe legittima. Essa giustificava l'ammontare della pena convenzionale di CHF 40'000.00 esplicitamente con il fatto che alla ricorrente, a causa del comportamento renitente di sottoporsi al controllo consegnando sempre soltanto una lista anonimizzata dei lavoratori, fosse già stata inflitta una pena convenzionale per l'ammontare di CHF 10'000.00 e che quindi sarebbe giustificato infliggere complessivamente la pena convenzionale massima di CHF 50'000.00. L'opponente infliggeva quindi alla ricorrente la pena convenzionale massima prevista all'articolo 38 cpv. 4 CCL PP per l'ammontare di CHF 50'000.00, tuttavia in due differenti procedure di controllo (controllo a campione/controllo completo), riferendosi ambedue i controlli al periodo di controllo compreso tra il 1° gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018. La ricorrente è stata sanzionata per lo stesso comportamento sia con la decisione del 1° aprile 2019 che con la decisione del 28 giugno 2019. Entrambi i ricorsi non concernono soltanto le due stesse parti di procedura, ma si basano anche sul medesimo oggetto litigioso e sono soggetti al medesimo tipo di procedura. Pertanto tra i ricorsi sussiste una stretta connessione materiale, cosicché deve essere dato seguito alla richiesta della ricorrente, di congiungere le due procedure di ricorso.

11. Nella seconda procedura di controllo la ricorrente ha più volte fatto richiesta di trovare una soluzione globale per il periodo di controllo 2018. Dopo che la ricorrente non ha accettato la proposta di componimento fuori dalla procedura di controllo regolamentata, l'opponente ha omesso di entrare nelle argomentazioni della ricorrente riguardo a un'eventuale congiunzione della procedura. Nonostante l'avvio di una seconda procedura di controllo, nella seconda decisione del 28 giugno 2019 in connessione con la quantificazione della pena convenzionale, l'opponente ha fatto riferimento alla prima decisione del 1° maggio 2019 e ha pronunciato de facto un'unica pena convenzionale, senza tuttavia congiungere le due procedure di controllo. Si tratta quindi di un diniego di giustizia formale, poiché la ricorrente non ha potuto presentare il proprio punto di vista di una soluzione globale nella seconda procedura di controllo, cosicché l'opponente al momento della pronuncia della seconda decisione lo avrebbe potuto considerare. Questo porta all'annullamento delle decisioni impugnate del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019.

12. Inoltre, l'opponente ha sanzionato la ricorrente per il medesimo comportamento in due differenti procedure di controllo (controllo a campione/controllo completo) che si riferiscono entrambe al 2018. Al momento della pronuncia della seconda decisione del 28 giugno 2019 il ricorso contro la prima decisione del 1° aprile 2019 era ancora pendente. Non è comprensibile perché l'opponente, date le circostanze, abbia avviato la seconda procedura di controllo e abbia richiesto di nuovo alla ricorrente i dati dello stesso periodo di controllo. In due differenti procedure di controllo (controllo a campione/controllo completo), che si riferiscono al medesimo periodo di controllo, l'opponente ha pronunciato una sola pena convenzionale, riferendosi nella seconda decisione alla prima procedura di controllo e ha pronunciato complessivamente la pena convenzionale massima di CHF 50'000.00. In questo modo alla ricorrente viene negata la possibilità di far esaminare dall'autorità giudiziaria superiore prevista la legalità della prima decisione, essendo stata

di nuovo sanzionata per lo stesso comportamento prima della conclusione della procedura di ricorso. Anche in base a questo errore procedurale si devono annullare le due decisioni contestate del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019.

13. A causa del diniego di giustizia formale e al modo di operare errato dal punto di vista processuale dell'opponente, la causa deve essere rinviata all'opponente per nuova decisione. Infine si ordini all'opponente di fissare alla ricorrente un termine di 30 giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo. Questo con comminazione di una pena convenzionale di al max. CHF 50'000.00 nel caso di completo rifiuto di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza di sottoporsi al controllo). Onde evitare un ulteriore ritardo della procedura è giustificato, nella presente procedura di ricorso, di trattare anche le ulteriori argomentazioni della ricorrente.

II. De facto

A. Competenza della CPRT per l'esazione di liste del personale non anonimizzate

1. Competenza della CPRT

a) La ricorrente adduce in analogia, che la Commissione Paritetica non sarebbe autorizzata a esigere una lista dei lavoratori indicante i nomi e i cognomi nonché una lista di tutte le missioni svolte. Il suo modo di procedere non si baserebbe su nessuna base giuridica, bensì soltanto su direttive della Commissione Paritetica, alle quali non spetterebbe nessun effetto giuridico, soprattutto perché la ricorrente non è membro dell'Associazione dei prestatori e dei collocatori di personale.

b) Sostanzialmente l'opponente controbatte alla ricorrente, che il suo modo di agire si basa sul Decreto del Consiglio federale concernente l'obbligatorietà generale del Contratto collettivo di lavoro per il settore del prestito di personale del 13 dicembre 2011 e in particolare sugli articoli 32 fino a 38 del Regolamento della Associazione per l'applicazione Paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il Prestito di personale del 13 dicembre 2011, sul Regolamento di procedura CPSPP e sul ‚Promemoria sul controllo aziendale' e sulla ‚Circolare CPRT informativa N. 10 „Aspetti procedurali"'. Contestualmente essa sottolinea non soltanto la legittimità del partenariato sociale bensì anche quella dello Stato di questi atti di ordinaria amministrazione e fa notare che la Commissione di ricorso ha già avuto modo di stabilire che in base all'articolo 6 cpv. 7 del Regolamento di procedura CPSPP spetta all'organo di controllo stabilire le modalità di controllo.

c) In conformità all'articolo 357b cpv. 1 Diritto delle obbligazioni (CO) le parti contraenti di un contratto collettivo di lavoro possono stipulare d'avere in comune il diritto di esigerne l'adempimento da parte dei datori di lavoro e dei lavoratori vincolati riguardo a determinati punti, segnatamente ai costi per i controlli e alle pene convenzionali in conformità all'articolo 357b cpv. 1 lett. a e lett. b CO. Attraverso la regola nell'articolo 7 cpv. 1 CCL per il settore del prestito di personale, i partner sociali del CCL per il settore del prestito di personale hanno concordato l'esecuzione comune ai sensi dell'articolo 357b cpv. 1 CO. Ovviamente la

dichiarazione di obbligatorietà generale è un atto amministrativo e rientra pertanto nel diritto pubblico. Tuttavia in questo modo le disposizioni di un contratto collettivo di lavoro non vengono tramutate in norme del diritto pubblico, né le autorità amministrative sono autorizzate a controllare d'ufficio il rispetto delle disposizioni e a procedere contro le loro violazioni con i mezzi dell'obbligo amministrativo. Si tratta piuttosto di un particolare tipo della legislazione, attraverso la quale la legislazione professionale creata dagli stessi interessati è estesa, nel caso dell'esistenza dei requisiti legali, a tutti gli appartenenti di un gruppo professionale o di un mestiere. Questo indipendentemente dal fatto se la relativa azienda appartiene o meno all'associazione settoriale. I contratti collettivi di lavoro dichiarati di obbligatorietà generale contengono pertanto anche per gli «estranei» diritto privato federale (DTF 98 II 205 p. 208 s.). Attraverso la dichiarazione di obbligatorietà generale di un contratto collettivo di lavoro i relativi diritti si rivolgono anche contro i datori di lavoro non interessati, sui quali è esteso l'ambito di validità (articolo 4 cpv. 1 sulla Legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro del 28 settembre 1956 [LOCCL; RS 221.215.311]).

d) Un contratto collettivo di lavoro può prevedere la costituzione di associazioni, alle quali viene conferita l'esecuzione comune secondo l'articolo 357b CO (DTF 134 III 541 Consid. 4). Come organo per l'esecuzione comune i partner sociali hanno nominato l'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale (qui di seguito «APP») (articolo 7 cpv. 3 CCL PP), la quale persegue l'esecuzione del CCL per il settore del prestito di personale. Il Comitato è in questo contesto la Commissione Professionale Paritetica per il prestito di personale (CPSPP). A questa spetta l'esecuzione del CCL per il settore del prestito di personale ai sensi dell'attuazione, esecuzione e l'applicazione (articolo 32 CCL PP). Il Regolamento APP è stato approvato dall'assemblea sociale, il massimo organo all'interno dell'APP. La CPSPP decide in merito all'esecuzione di controlli concernenti il rispetto del CCL per il settore del prestito di personale ed è autorizzata a infliggere delle sanzioni nei confronti di prestatori scorretti (articolo 35, articolo 38 cpv. 2 - cpv. 4 CCL per il prestito di personale). La procedura è disciplinata nel Regolamento di procedura CPSPP. In questo contesto non esiste nessun motivo per trattare i non membri in modo diverso dai membri dell'Associazione dei prestatori e dei collocatori di personale. Alle Commissioni Professionali Paritetiche Regionali per il prestito di personale (CPPR) è stato demandata l'esecuzione del CCL per il prestito di personale a livello regionale. Esse dispongono della competenza per il controllo del rispetto del CCL per il prestito di personale, compresa l'inflizione di pene convenzionali (articolo 33, articolo 35 e articolo 38 cpv. 2 - cpv. 4 CCL PP).

e) Secondo l'articolo 48d cpv. 4 Ordinanza sul collocamento (OC) il prestatore può in qualsiasi momento chiedere il controllo presso l'autorità cantonale competente per la dichiarazione di obbligatorietà generale da parte di un organo di controllo particolare e indipendente dalle parti. L'articolo 6 LOCCL vige per analogia. In analogia, il prestatore ha il diritto di esigere il controllo da parte di un organo di controllo indipendente, se non intende farsi controllare dell'organo paritetico. A

questo proposito si deve adire l'autorità cantonale competente (Ufficio per la sorveglianza del mercato del lavoro, USML).

f) Come esposto dalle argomentazioni di cui sopra, i prestatori di personale sono per principio obbligati, in base alla legislazione professionale dichiarata di obbligatorietà generale, alla competenza giurisdizionale dell'associazione con essa creata e al consentire un'esecuzione comune del CLL per il settore del prestito di personale, a sottoporsi a un controllo. Essi hanno il diritto di adire le autorità cantonali competenti per esigere il controllo da parte di un organo di controllo particolare, indipendente dalle parti contrattuali. Dagli atti risulta che la ricorrente, con lettera del 13 marzo 2019 all'opponente ha sì proposto di coinvolgere la SECO. Ad essere effettivamente adotta fu l'autorità cantonale competente (Dipartimento delle finanze e dell'economia TI, Divisione dell'economia, Sezione del lavoro) tuttavia soltanto con la lettera del 7 novembre 2019. Questa rifiutava la richiesta di un intervento della ricorrente con la motivazione, che le posizioni delle parti sarebbero già troppo irrigidite e che in base ai ricorsi pendenti sarebbe compito della Commissione di ricorso di emettere una decisione riguardo ai punti in contestazione. Quindi la ricorrente sarebbe stata obbligata - e continua inoltre ad esserlo - a sottoporsi a un controllo. Questo indipendentemente dal fatto che essa sia o meno membro dell'associazione dei prestatori e dei collocatori di personale.

2. <u>Compatibilità della prassi della CPRT con le disposizioni sulla protezione dati vigenti in Svizzera</u>

a) Applicabilità del GDPR

Dal 25 maggio 2018 il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) è direttamente applicabile nei 28 Stati membri dell'UE e negli Stati contraenti del SEE. In base al principio dell'ubicazione del mercato il GDPR sviluppa anche effetto extraterritoriale ed è applicabile anche su imprese fuori dall'UE, se queste offrono beni e servizi nell'UE o se osservano il comportamento di persone nell'UE. Poiché né l'APP né la CPRT hanno l'intenzione di offrire beni o servizi nell'UE o di monitorare il comportamento di persone nell'UE, nel presente caso non è data l'applicabilità territoriale e di conseguenza il GDPR non trova applicazione.

b) Trattamento di dati personali nel contesto del personale in Svizzera

Dal punto di vista del diritto sulla protezione dei dati gli organi di controllo esterni sono terzi ai sensi dell'articolo 10a della Legge federale sulla protezione dei dati (RS 235.1; LPD). Di conseguenza il trattamento di dati personali può essere loro affidato attraverso convenzione o per legge, se i dati sono trattati soltanto così come lo potrebbe fare il committente stesso; e (lett. a) non lo vieta nessun obbligo di mantenere il segreto legale o contrattuale (lett. b).

Secondo la direttiva della SECO in materia di 'Dichiarazione di obbligatorietà generale di contratti collettivi di lavoro: Le direttive in materia di contributi del novembre 2014', il punto 3.5, p. 7 è, in conformità all'articolo 3 cpv. 2 lett. a LOCCL, la garanzia per un'applicazione ordinata, se gli organi di controllo mantengono il segreto circa i fatti venuti a loro conoscenza durante l'espletamento della loro attività. Inoltre la SECO ha redatto un rapporto all'attenzione del Consiglio federale del 21 ottobre 2016 «Arbeitsgruppe zum Verbesserungsbedarf von Vollzug und Missbrauchsbekämpfung der FlaM», nel quale

sono contenuti l'organizzazione dei controlli e i requisiti minimi da osservare dai terzi incaricati del controllo dalle Commissioni paritetiche.

Secondo l'articolo 7 cpv. 1 lett. a della Legge sui lavoratori distaccati (RS 823.20; LDist), dagli organi paritetici incaricati dell'attuazione del contratto collettivo di lavoro viene controllato il rispetto dei requisiti in conformità alla Legge sui lavoratori distaccati riguardo alle disposizioni di un contratto collettivo di lavoro dichiarato di obbligatorietà generale. In questo contesto il datore di lavoro deve, su richiesta, inviare tutti i documenti comprovanti il rispetto delle condizioni di lavoro e di salario dei lavoratori. I documenti devono essere presentati in una lingua ufficiale. Un'infrazione contro questo obbligo può essere sanzionata con un'ammenda amministrativa, segnatamente con una multa fino a CHF 40'000 (articolo 12 cpv. 1 LDist). Nel caso di una violazione dell'obbligo di informazione da parte dell'azienda, la Commissione paritetica (o l'organo di controllo) segnala sistematicamente l'azienda al cantone affinché quest'ultimo possa avviare una procedura per infliggere una sanzione (SECO, Direttiva Modello di processo per l'esecuzione delle misure di accompagnamento da parte delle commissioni paritetiche, punto 4, p. 7).

In conformità alla p. 66 del rapporto di attività 1998/1999 dell'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza, i controlli del libro delle paghe, così come sono previsti nei contratti collettivi di lavoro, perseguono lo scopo della protezione della personalità di una moltitudine di lavoratori. Per l'esecuzione di controlli del libro delle paghe i datori di lavoro interessati non possono quindi ricorrere alla protezione dei dati per rifiutare la consegna dei documenti rilevanti per il controllo.

Il collocatore o il prestatore può registrare i dati personale soltanto, nella misura e per il periodo in cui sono necessari per l'attività di collocamento e di prestito [articolo 7 cpv. 3 e articolo 18 cpv. 3 LC]. Questa limitazione risulta inoltre dal principio della proporzionalità secondo l'articolo 4 cpv.3 LPD nonché dalla disposizione dell'articolo 328b CO, secondo i quali il datore di lavoro può elaborare soltanto quei dati concernenti l'idoneità del lavoratore o che sono necessari per l'esecuzione del rapporto di lavoro.

Nel presente caso il catalogo dei documenti richiesto dall'opponente si basa sul Regolamento di procedura della CPSPP. La CPSPP è dunque giunta alla conclusione, che la comunicazione dei nomi e dei cognomi dei lavoratori così come le informazioni delle ditte acquisitrici sono necessari per l'esecuzione di controlli e lo ha di conseguenza stabilito nel Regolamento di procedura. Poiché sia la ricorrente che la Commissione di ricorso sono legate al Regolamento di procedura emanato dalla CPSPP visto l'articolo 32 segg. CCL PP, a questo punto, se la prassi di controllo è proporzionata dal punto di vista della protezione dei dati, può essere lasciata irrisolta. A questo punto si deve però osservare, che la comunicazione deve limitarsi ai dati dei lavoratori. L'argomento della ricorrente, che lei, in qualità di datore di lavoro ai sensi dell'articolo 328b CO, sarebbe obbligata a mantenere il segreto dei dati personali dei propri lavoratori non riesce neppure a convincere, poiché il controllo delle disposizioni salariali e delle condizioni di lavoro ai sensi del CCL PP è nell'interesse dei lavoratori. Da quanto detto segue che la prassi dell'opponente di richiedere ai prestatori da controllare di rendere noti i nomi e i cognomi dei lavoratori così come le informazioni delle ditte acquisitrici è legittimo e che le argomentazioni della ricorrente in questo punto si dimostrano infondate.

3. Documenti necessari per il controllo

a) Secondo l'articolo 33 CCL PP esistono tre Commissioni professionali paritetiche regionali definite, che sono competenti per l'esecuzione (vedi anche l'articolo 11 degli Statuti APP). Con il conferimento dell'esecuzione si conferisce segnatamente anche la competenza per il controllo delle disposizioni del CCL per il settore del prestito di personale. In conformità all'articolo 35 CCL PP risp. L'articolo 29 cpv. 1 del Regolamento APP, le CPP sono esplicitamente autorizzate a eseguire nelle aziende tutti i controlli necessari riguardo al rispetto delle disposizioni del CCL per il settore del prestito di personale. I controlli delle aziende sono eseguiti su incarico delle Commissioni paritetiche da aziende/istituzioni specializzate (articolo 36 CCL PP). Lo svolgimento della procedura è disciplinato all'articolo 6 segg. del Regolamento di procedura CPPC. Cosa deve essere inteso come documenti necessari per il controllo, è definito nel Regolamento di procedura CPSPP (Regolamento di procedura). Secondo l'articolo 6 cpv. 5 Regolamento di procedura CPSPP, per un controllo a campione da parte della ditta incaricata del controllo è richiesta una lista del personale contenente le seguenti informazioni:

- Cognome, nome
- Nazionalità
- Qualifica, assegnazione alla classe salariale
- Anno di nascita
- Numero di assicurazione sociale (756.XXXX.XXXXX.XX)
- Data d'inizio e di fine dell'impiego
- Salario orario
- Numero delle ore di lavoro prestate
- Settore/ambito di attività dell'azienda acquisitrice
- Nome e località azienda acquisitrice.

b) Nel presente caso l'opponente ha comunicato alla ricorrente per la prima volta con lettera dell'11 dicembre 2018, che presso la sede della ricorrente sarebbe stato eseguito un controllo del libro delle paghe concernente il periodo di controllo compreso tra il 1° gennaio 2018 fino al 31 dicembre 2018 e la esortava, allegando il «promemoria» e una «tabella in formato excel quale esempio per il rilevamento dei dati richiesti», a presentare i documenti necessari per il controllo entro al più tardi 30 giorni prima dell'esecuzione del controllo del libro delle paghe. Con la lettera dell'8 febbraio 2019 intitolata «Diffida», l'opponente fissava alla ricorrente un termine inderogabile di dieci giorni per la consegna dei documenti necessari al controllo con l'avviso che la lista dovesse comprendere tutti i collaboratori, anche quelli con missioni non soggetti al CCL per il settore del prestito del personale. Inoltre si dovevano elencare sia i nomi che i cognomi dei lavoratori.

c) La ricorrente presentava liste anonimizzate e incomplete, dalle quali non si evincevano né i nomi e i cognomi né le informazioni delle ore prestate per missione dei lavoratori. Inoltre mancavano le informazioni riguardo agli missioni nei vari rami così come i nomi e le sedi delle ditte acquisitrici. Le informazioni necessarie al controllo importanti rimangono negate sia nella prima che nella seconda procedura di controllo dell'opponente, quindi nonostante sollecito scritto. In seguito a ciò non fu possibile eseguire né un controllo a campione né un controllo completo ai sensi dell'articolo 6 cpv. 6 del Regolamento di procedura. Le informazioni presentate dalla ricorrente non erano quindi idonee alla determinazione di prove a campione, poiché basandosi su di esse non si possono filtrare

ad esempio neppure le missioni sospettate di infrazione nell'ambito della previdenza professionale. I documenti presentati dalla ricorrente non soddisfano chiaramente i requisiti inequivocabili e in precedenza comunicati ripetutamente della lista del personale necessaria per il controllo in conformità all'articolo 6 cpv. 5 del Regolamento di procedura.

d) Come già statuito più volte dalla Commissione di ricorso, è l'organo di controllo che stabilisce le modalità del controllo e non lo stesso prestatore di personale. L'obbligo di consegna dei dati prima del controllo non è quindi adempiuto, se si comunica che i documenti sarebbero a disposizione alla sede dell'azienda.

e) Complessivamente risulta quindi, che alla ricorrente non riusciva né a presentare i documenti entro i termini, sulla base dei quali avrebbe potuto essere eseguita un controllo a campione/controllo completo, né ad addurre motivi comprensibili per la mancata presentazione di queste informazioni necessarie al controllo ai sensi dell'articolo 6 cpv. 5 del Regolamento di procedura. Di conseguenza, con il suo comportamento la ricorrente ha ritardato ovvero rifiutato la consegna dei documenti necessari per il controllo ai sensi dell'articolo 31 cpv. 4 Regolamento APP.

4. Riassunto

Riassumendo si stabilisce che la ricorrente è obbligata a sottomettersi a un controllo. L'opponente è autorizzata visto il Regolamento di procedura all'esecuzione di controlli del libro delle paghe, a esigere la comunicazione dei nomi e cognomi dei lavoratori nonché le informazioni delle ditte acquisitrici. Di conseguenza, con il suo comportamento la ricorrente ha ritardato ovvero rifiutato la consegna dei documenti necessari per il controllo ai sensi dell'articolo 31 cpv. 4 Regolamento APP.

B. Pena convenzionale

a) Ai sensi dell'economia processuale e per impedire ulteriori ritardi procedurali, nel presente caso è giustificato di esaminare in via eccezionale le rimostranze della ricorrente concernenti l'ammontare della pena convenzionale. Secondo il testo dell'articolo 31 cpv. 4 del Regolamento APP, la CPPR può infliggere, nel caso di un consistente ritardo o di un rifiuto da parte dell'azienda da controllare di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari al controllo (renitenza di sottoporsi al controllo), dopo relativa diffida, una pena convenzionale di al max CHF 5'000.00, nel caso di un rifiuto assoluto di al max. CHF 50'000.00.

Come già deciso più volte dalla Commissione di ricorso, la base giuridica per una pena convenzionale in seguito a renitenza di sottoporsi al controllo è data dalla facoltà di ordinare e in particolare di eseguire i controlli aziendali da parte della CPSPP rispettivamente dell'opponente e dalla facoltà dell'ingiunzione di pene convenzionali nel caso di infrazioni di non lieve entità contro le disposizioni del CCL PP (articolo 17 cpv. 3 LC, articolo 20 cpv. 2 LC; articolo 35 e articolo 38 cpv.

2, 3 e 4 CCL PP; articolo 10 cpv. 2 e articolo 11 cpv. 4 Statuti APP; articolo 29 cpv. 1 e 3 come anche articolo 31 cpv. 1 Regolamento APP). L'oggetto di riscontro necessariamente implicito di questa facoltà di ordinare e di eseguire i controlli è l'obbligo delle aziende sottostanti al CCL PP di sottomettersi ai controlli rispettivamente anche il loro obbligo di informazione ai sensi dell'articolo 17 cpv. 3 LC. Questo obbligo di sottomettersi ai controlli forma la base giuridica per il sanzionamento della renitenza di sottoporsi ai controlli, a condizione che sussista un'infrazione di non lieve entità. Il rifiuto e l'aggravio dei controlli attraverso un comportamento atto a sottrarsi, viola direttamente questo obbligo di sottomettersi ai controlli nonché indirettamente la facoltà di controllo e con essa indirettamente l'applicazione e il rispetto del CCL per il settore del prestito del personale di per sé con tutte le disposizioni di protezione materiali. Se le aziende sottostanti al CCL PP potessero sottrarsi ai controlli senza sanzioni, la verificabilità del rispetto e dell'attuazione del CCL per il settore del prestito del personale e con essa la sua esistenza sarebbero minacciate per principio.

Soltanto i modi di comportamento e i documenti necessari per il controllo formano l'oggetto della renitenza di sottoporsi al controllo. La renitenza di sottoporsi al controllo rappresenta la infrazione astrattamente più grave di tutte le infrazioni non aventi valore monetario. L'intensità di renitenza forma, se sufficientemente grave, il presupposto della non lieve entità per la pronuncia di una pena convenzionale (articolo 20 cpv. 2 LC, articolo 38 cpv. 2 CCL PP). L'intensità della renitenza di non lieve entità è la norma in base all'importanza centrale del potere di controllo e dell'obbligo di sottomettersi ai controlli, vale a dire che è per principio una infrazione di non lieve entità ai sensi dell'articolo 20 cpv. 2 LC rispettivamente dell'articolo 38 cpv. 2 CCL PP e soltanto eccezionalmente - in casi palesi e leggeri - deve essere presupposta una infrazione di lieve entità ai sensi dell'articolo 37 CCL PP. In questo contesto gli organi di controllo hanno una grande competenza di apprezzamento. Questa deve essere esercitata doverosamente e deve soddisfare i principi costituzionali della eguaglianza davanti alla legge, del divieto di arbitrarietà e in particolare del principio della proporzionalità.

b) Se la pena convenzionale dall'opponente di CHF 50'000.00 è proporzionata, può rimanere irrisolto alla luce del risultato della procedura. Come spiegato sopra alla cifra I./11. segg., la causa riguardo alla nuova decisione deve essere rigettata all'opponente. Contestualmente si ordini all'opponente di fissare alla ricorrente un termine di 30 giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo. Questo con comminazione di una pena convenzionale di al max. CHF 50'000.00 nel caso di completo rifiuto di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza a sottoporsi al controllo).

C. Costi

L'APP deve sostenere i costi della presente procedura. Non è possibile approvare l'istanza della ricorrente di rimborso delle spese delle parti. Né nel CCL PP né nel Regolamento APP o in quello della Commissione di ricorso è possibile trovare una

base giuridica, che nel caso di accoglimento (parziale) del ricorso ordinerebbe di obbligare l'opponente ad accollarsi i costi della controparte.

La commissione di ricorso decide:

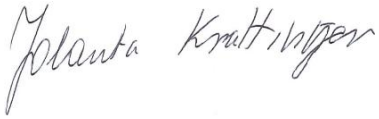
1. Le procedure di ricorso con gli atti n. 15/2019 e 37/2019 sono congiunti.
2. Nella misura in cui sono ammissibili, i ricorsi sono parzialmente accolti e per il resto rispinti. Le decisioni dell'opponente del 1° aprile 2019 e del 28 giugno 2019 sono annullate e le cause rinviate all'istanza precedente per nuova decisione.
3. All'opponente si ordini di fissare alla ricorrente un termine di 30 giorni per la presentazione dei documenti necessari per il controllo. Questo con comminazione di una pena convenzionale di al max. CHF 50'000.00 nel caso di completo rifiuto di consegnare agli organi di controllo le informazioni e i documenti necessari per il controllo (renitenza di sottoporsi al controllo).
4. I costi della procedura sono a carico della cassa dell'APP.

Dübendorf, 16 dicembre 2020

Commissione di ricorso dell'Associazione per l'applicazione paritetica, l'aggiornamento professionale e il fondo sociale per il settore del prestito di personale



Marc Widmer, Presidente



Jolanta Krattinger, Vicepresidente

da notificare ad:

- x (per raccomandata)
- CPRT, Via Canonica 3, 6900 Lugano (per raccomandata)

Im Mai 2018, Rekurskommission Personalverleih

En mai 2018, Commission de recours Location de service

In maggio 2018, Commissione di ricorso per il settore del prestito di personale