

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare
Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht 209

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht
Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede 227

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une
vieille idée 245

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten 259

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staat/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung 275

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen
Anpassung des Arbeitsgesetzes 291

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

- Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in
Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19
IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

- Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

- Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

- Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im
befristeten Arbeitsverhältnis 461

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

- Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
zum Kündigungsschutz 481

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

*Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und
Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter*

- Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem
Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les commissions paritaires

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Sommaire

I.	Introduction	55
II.	Le mécanisme de l'exécution commune	56
	A. Intervention envers les parties liées	57
	B. Intervention en vertu de l'extension	59
III.	Mesures de contrôle et sanctions	60
	A. Mesures de contrôle	61
	B. Sanctions (peines conventionnelles)	62
IV.	Obtention d'une décision exécutoire	64
	A. Qualité pour ester en justice	65
	B. Action devant un tribunal étatique	65
	C. Arbitrage	66
V.	Conclusion	67

I. Introduction

Le Code des obligations consacre trois dispositions légales aux « effets » des conventions collectives de travail (art. 357 à 357b CO). Plus précisément, il institue trois voies pour assurer le respect des conventions : la voie directe, à l'égard des employeurs et travailleurs liés par la convention (art. 357 CO), la voie indirecte, à l'égard des parties à la convention (art. 357a CO), et la voie de l'exécution commune (art. 357b CO).

C'est la troisième voie qui nous intéressera ici. En pratique, l'un des moyens privilégiés de l'exécution commune réside dans la notification d'une peine conventionnelle par la commission paritaire compétente à l'employeur qui n'a pas respecté les dispositions de la convention auxquelles il est soumis. Comme on le sait, la limite principale d'une telle procédure réside dans le fait que la « décision » de la commission paritaire ne revêt pas de caractère exécutoire.

Notre contribution vise à déterminer de quelle manière une peine conventionnelle peut et doit être exécutée. Elle comportera trois parties. Dans un premier temps, nous décrivons le mécanisme de l'exécution commune (**chapitre I**). Dans un second

temps, nous traiterons des mesures de contrôle et des sanctions notifiées par les commissions paritaires (**chapitre II**). Dans un troisième temps, enfin, nous exposerons les procédures qui sont nécessaires pour obtenir une décision exécutoire (**chapitre III**).

Nous sommes heureux de contribuer, modestement, à cet ouvrage destiné à rendre hommage à notre collègue Thomas Geiser dont les réflexions et les écrits ont durablement marqué le droit du travail en Suisse. Nous avons eu le privilège de collaborer de manière étroite avec lui dans le cadre de deux colloques que nous avons organisés à l'Université de Neuchâtel.¹

II. Le mécanisme de l'exécution commune

Une convention collective de travail est une source de droit privé avec effet normatif.² Il s'agit d'un accord-cadre qui n'a d'effet direct pour les membres des associations contractantes qu'à partir du moment où ces derniers concluent un contrat individuel de travail.³ En principe, une convention collective de travail ne lie que les employeurs et travailleurs membres des organisations contractantes ou adhérentes, les employeurs qui sont parties à la convention, ainsi que les employeurs et travailleurs qui s'y sont soumis individuellement (cf. art. 356b CO).⁴ La loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (ci-après : LECCT⁵) confère cependant aux autorités compétentes le pouvoir d'étendre le champ d'application d'une convention collective. Dans les limites du champ d'application défini dans l'arrêté d'extension, l'extension a pour effet de rendre les clauses normatives de la convention également applicables aux employeurs et travailleurs non liés

¹ Voir les deux excellentes contributions suivantes de THOMAS GEISER : Die « objectiven » Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in : Dunand/Lempen/Mahon (éds), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 159–174 ; Rechtliche Hindernisse zur Einführung einer vereinheitlichen Regelung der Arbeitsverhältnisse, in: Dunand/Mahon/Perrenoud (eds), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 279–298.

² THOMAS GEISER, *Probleme des Gesamtarbeitsvertragsrechts in der Schweiz*, in: ARV/DTA 2004, p. 138; RÉMY WYLER et BORIS HEINZER, *Droit du travail*, Berne 2014, p. 811.

³ WYLER/HEINZER (n. 2), p. 812.

⁴ ATF 123 III 129, c. 3a. Voir aussi CHRISTIAN BRUCHEZ, in Dunand/Mahon (éds), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, N 47 ad art. 356 CO, p. 1136; GEISER (n. 2), p. 138.

⁵ RS. 221.215.311.

(dissidents), ainsi que celles qui obligent les employeurs et les travailleurs envers la communauté conventionnelle (cf. art. 4 al. 1 LECCT).⁶

Il convient donc de distinguer l'exécution commune envers les parties liées (**section A**) et celle envers les dissidents (**section B**).

A. Intervention envers les parties liées

En vertu de l'art. 357b al. 1 CO, lorsque la convention est conclue par des associations, celles-ci peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des employeurs et travailleurs liés par elle, en tant qu'il s'agit des objets suivants. Tout d'abord, les parties peuvent faire constater une violation des dispositions normatives de la convention (conclusion, objet et fin des contrats individuels de travail) et inviter l'employeur ou le travailleur concerné à les respecter (let. a).⁷ Il s'agit d'une action en constatation de droit qui n'interrompt pas la prescription des créances fondées sur le contrat individuel de travail.⁸ Ensuite, les parties peuvent exiger d'une personne liée le paiement de cotisations à des caisses de compensation ou à d'autres institutions concernant les rapports de travail, l'application des dispositions relatives à la représentation des travailleurs dans l'entreprise, ainsi que le maintien de la paix du travail (let. b). Enfin, les parties peuvent effectuer des contrôles, exécuter des cautionnements et demander le paiement de peines conventionnelles, en rapport avec les dispositions visées aux let. a et b (let. c). Selon la doctrine dominante, l'énumération des objets de l'exécution commune figurant aux lettres a à c de l'art. 357b al. 1 CO est exhaustive.⁹

Le mécanisme de l'exécution commune est original puisqu'il permet d'exiger des personnes liées le respect de leurs obligations non seulement envers les parties contractantes ou leurs membres, mais aussi envers des tiers, comme les caisses de compensation.¹⁰ Selon la loi, les parties ne peuvent insérer dans la convention collective des stipulations relatives à l'exécution commune que si elles y sont expressément autorisées

⁶ ULLIN STREIFF, ADRIAN VON KAENEL et ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 2 ad art. 357b CO, p. 1490; WYLER/HEINZER (n. 2), p. 840.

⁷ GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand CO I*, Bâle 2012, N 4 ad art. 357b CO, p. 2162.

⁸ ATF 111 II 358, c. 4a, JdT 1986 I 492.

⁹ WOLFGANG PORTMANN et ROGER RUDOLPH, in *Commentaire bâlois CO I*, Bâle 2015, N 2 ad art. 357b CO, p. 2280; JEAN-FRITZ STÖCKLI, in *Commentaire bernois*, Berne 1999, N 7 ad art. 357b CO, p. 334; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 6), 2012, N 3 ad art. 357b CO, p. 1490.

¹⁰ AUBERT (n. 7), N 3 ad art. 357b CO, p. 2162.

par leurs statuts ou leur organe suprême (art. 357b al. 2 CO).¹¹ Le Tribunal fédéral paraît toutefois interpréter cette exigence avec une certaine souplesse.¹²

La voie de l'exécution commune autorise les parties contractantes à agir en commun directement à l'égard des employeurs et travailleurs liés pour assurer le respect des clauses normatives et semi-normatives de la convention. A défaut de clauses contraires, on considère que les parties à une convention collective de travail forment une société simple. Ainsi, les dispositions sur la société simple s'appliquent par analogie aux rapports internes des parties, c'est-à-dire aux rapports juridiques qui lient les parties à la convention (cf. art. 357b al. 3 CO).

En principe, les parties à une convention collective de travail mettent en œuvre l'exécution commune par l'intermédiaire d'une commission paritaire.¹³ La loi ne régit pas de manière spécifique ces commissions. En pratique, les partenaires sociaux instituent le plus souvent les commissions paritaires sous la forme d'associations, au sens des articles 60 ss CC, c'est-à-dire de personnes morales titulaires de la personnalité morale. La création de personnes morales permet de faciliter l'exécution commune.¹⁴ Les conventions collectives définissent généralement l'étendue et les modalités des pouvoirs des commissions paritaires.¹⁵

L'exécution commune prévue dans une convention collective est un pur moyen de droit privé.¹⁶ En pratique, il est fréquent que les commissions paritaires notifient des « décisions » et qu'elles appliquent certaines garanties du droit administratif, tel le droit d'être entendu (cf., par exemple, art. 6 du règlement de procédure de la Commission paritaire suisse d'application CPSA du secteur principal de la construction du 1^{er} décembre 2010). Il ne faut toutefois pas se méprendre : les commissions paritaires sont des associations de droit privé, qui sont soumises au droit privé et à la procédure civile (cf. code de procédure civile du 19 décembre 2008, CPC). Les décisions des commissions paritaires ne revêtent pas un caractère exécutoire,¹⁷ ni ne constituent des décisions au sens du droit administratif.¹⁸

¹¹ THOMAS GEISER et ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne 2015, N 825, p. 329; STÖCKLI (n. 9), N 5 ad art. 357b CO, p. 333; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 6), N 3 ad art. 357b CO, p. 1490.

¹² ATF 134 III 541, c. 5. Cf. à ce sujet AUBERT (n. 7), N 7 ad art. 357b CO, p. 2163.

¹³ AUBERT (n. 7), N 7 ad art. 357b CO, p. 2163; BRUCHEZ (n. 4), N 35 ad art. 357b CO, p. 1220; PORTMANN/RUDOLPH (n. 9), N 1 ad art. 357b CO, p. 2280.

¹⁴ BRUCHEZ (n. 4), N 15 ad art. 357b CO, p. 1211.

¹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 6), N 5 ad art. 357b CO, p. 1491.

¹⁶ WYLER/HEINZER (n. 2), p. 853.

¹⁷ CJ/GE du 1^{er} octobre 2014, cause CAPH/144/2014, c. 2.2.3.

¹⁸ CJ/GE du 8 décembre 2015, cause ATA/1298/2015, c. 8b. Voir aussi WYLER/HEINZER (n. 2), p. 853 s.

B. Intervention en vertu de l'extension

Les clauses conventionnelles relatives à l'exécution commune peuvent être étendues (cf. art. 1 et 4 al. 1 LECCT). Selon l'art. 3 al. 2 LECCT, l'extension de ces dispositions n'est possible que si : le contrôle et l'exécution sont réglés de façon satisfaisante et si une application correcte est assurée (let. a) ; les contributions aux frais de contrôle exigées des employeurs et des travailleurs non liés par la convention ne dépassent pas les montants qu'on obtient en répartissant les frais effectifs de manière égale entre tous les employeurs, d'une part, et entre tous les travailleurs, d'autre part ; le produit des amendes conventionnelles sert à couvrir les frais de contrôle et si l'excédent est employé de manière appropriée, avant tout à des fins générales intéressant la branche économique ou la profession (let. c).

En cas d'extension du champ d'application d'une convention collective de travail, les dispositions prévoyant les contrôles et les peines conventionnelles sont généralement étendues. Dès lors, le mécanisme de l'exécution commune est pleinement opposable aux dissidents.¹⁹ Les commissions paritaires concernées ont la compétence de les contrôler et de leur notifier des peines conventionnelles.²⁰ Dans ce cadre, les commissions paritaires prendront soin de traiter sur un pied d'égalité les employeurs et travailleurs liés par la convention et ceux à qui elle est étendue (cf. art. 5 al. 1 LECCT).

L'extension des dispositions sur l'exécution commune a également un impact dans le cas de travailleurs détachés. En effet, si la convention collective étendue prévoit que les organes paritaires chargés de veiller à l'application de la convention ont la possibilité d'infliger une peine conventionnelle, lesdits organes peuvent également le faire à l'encontre des employeurs ayant détaché des travailleurs en Suisse et ne respectant pas les prescriptions de la convention collective de travail étendue dans les domaines prévus à l'art. 2 LDét (cf. art. 2 al. 2^{quater} LDét).²¹

Lorsque les conventions collectives sont étendues, les organes paritaires ont un rôle « quasi-institutionnel » car ils doivent contrôler tous les employeurs et travailleurs de la branche.²² Les commissions conservent toutefois un statut de droit privé : en effet, l'extension ne confère pas le caractère de « droit public » aux règles contenues dans les conventions.²³ Elles n'ont donc ni le droit de faire usage de la force, ni le droit de rendre des décisions administratives et ses membres ne sont pas tenus au secret de

¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 6), N 3 ad art. 357b CO, p. 1490. Voir aussi TC/SG du 20 janvier 2009, in JAR 2010 555.

²⁰ TF 4A_300/2007 du 6 mai 2008, c. 1.

²¹ WYLER/HEINZER (n. 2), p. 855.

²² BRUCHEZ (n. 4), N 16 ad art. 357b CO, p. 1212.

²³ TC/FR du 24 janvier 2008, in RFJ 2008 83. Voir aussi STÖCKLI (n. 9), N 88 ad art. 356b CO, pp. 218 s.

fonction.²⁴ L'exécution commune au sens de l'art. 357b CO relève ainsi de manière exclusive du droit privé, même lorsque la convention est étendue.²⁵ La loi ne prévoit par ailleurs aucun instrument de droit public pour assurer directement le respect des conventions collectives.²⁶

Précisons encore que les employeurs et travailleurs dissidents peuvent en tout temps demander à être soumis à un organe de contrôle indépendant des parties en lieu et place de la commission paritaire compétente (cf. art. 6 al. 1 LECCT).²⁷ Les parties contractantes ont également la possibilité de demander la désignation d'un tel organe de contrôle indépendant lorsqu'un employeur ou un travailleur dissident refuse de se soumettre à un contrôle de l'organe paritaire (cf. art. 6 al. 1 LECCT). Dans les deux cas, les frais du contrôle indépendant devront en principe être supportés par l'employeur ou le travailleur dissident (cf. art. 6 al. 3 LECCT). Pour désigner l'organe indépendant, la compétence appartient à l'autorité cantonale, si la convention collective de travail a été étendue par un canton, et à l'autorité fédérale, si la convention a été étendue par le Conseil fédéral (cf. art. 20 LECCT). A Genève, par exemple, la Chambre des relations collectives de travail est l'autorité cantonale compétente (cf. art. 30 LIRT), alors que le SECO constitue l'autorité fédérale compétente (cf. art. 20 al. 2 LECCT).

III. Mesures de contrôle et sanctions

Le droit de contrôler le respect des conventions collectives de travail appartient aux parties contractantes, soit généralement aux commissions paritaires qui agissent au nom des parties (cf. art. 357b al. 1 CO). Lorsqu'elles constatent le non-respect des clauses de la convention collective de travail, les commissions paritaires compétentes notifient une « décision » au contrevenant dans laquelle elles sollicitent la stricte application des normes de la convention, ainsi que le paiement d'une peine conventionnelle à titre de sanction.

Nous décrivons ici les modalités, ainsi que les effets juridiques des procédures de contrôle (**section A**) et de sanction (**section B**).

²⁴ BRUCHEZ (n. 4), N 16 ad art. 357b CO, p. 1212; GIACOMO RONCORONI, in: *Droit collectif du travail*, Bâle, 2010, N 12 ad art. 1 LECCT, p. 395.

²⁵ ATF 118 II 528, c. 2a, JdT 1993 I 654; TF 4A_300/2007 du 6 mai 2008, c. 1.

²⁶ BRUCHEZ (n. 4), N 7 ad art. 357b CO, p. 1208.

²⁷ CAMILLE STAUFFER, *La communication de données à un organe paritaire dans le cadre d'un contrôle CCT*, in *La protection des données dans les relations de travail*, Genève/Zürich/Bâle 2017, pp. 357 s.

A. Mesures de contrôle

Les conventions collectives définissent l'étendue et les modalités des contrôles, de même que les obligations des employeurs et des travailleurs à l'égard des organes de contrôle.²⁸ Par exemple, la Convention nationale du secteur principal de la construction 2016, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018 (ci-après : CN), prévoit que les commissions professionnelles paritaires locales constituées sont expressément habilitées à faire appliquer la convention collective durant sa validité (art. 76 al. 1 CN, disposition étendue). Ces commissions doivent faire appliquer, par mandat et au nom des parties contractantes, les dispositions contractuelles de la convention, ainsi que celle de ses annexes (art. 76 al. 3 CN, disposition étendue). Elles doivent notamment effectuer des contrôles de salaire et des enquêtes sur les conditions de travail dans l'entreprise (art. 76 al. 3 let. b CN, disposition étendue). Elles mènent leur procédure selon les principes légaux (art. 76 al. 4 CN, disposition étendue). Notons encore l'existence d'un règlement de procédure de la Commission paritaire suisse d'application CPSA du secteur principal de la construction du 1^{er} décembre 2010 (Règlement de procédure CPSA). Ce règlement extrêmement détaillé régit l'exécution de procédures de contrôle par les commissions professionnelles paritaires locales et leurs membres.

En cas d'extension du champ d'application d'une convention collective de travail, les clauses semi-normatives sont en principe également étendues, ce qui permet aux parties contractantes d'assurer le respect de la convention par les employeurs et travailleurs dissidents.²⁹ Pour la protection des dissidents, l'extension de telles clauses suppose une réglementation satisfaisante des contrôles et de l'exécution, la garantie d'une application correcte, ainsi qu'une répartition égale des contributions aux frais de contrôle entre les personnes liées par la convention collective et les dissidents.³⁰

En pratique, les parties à une convention collective de travail se dotent souvent de règlements de procédure qui permettent de préciser les modalités de l'intervention des commissions paritaires et d'assurer ainsi une certaine sécurité juridique de même que l'égalité de traitement.

Dans le secteur principal de la construction, le règlement de procédure CPSA contient, par exemple, la clause suivante : « *Décision relative à la procédure de contrôle* : à la fin du contrôle et de l'enquête, de même qu'après avoir pris connaissance d'une éventuelle prise de position de l'entreprise suite à l'octroi du droit d'être entendu, la Commission professionnelle paritaire (CPP) prend une décision écrite. Celle-ci contient, outre le

²⁸ BRUCHEZ (n. 4), N 35 ad art. 357b CO, p. 1220.

²⁹ BRUCHEZ (n. 4), N 38 ad art. 357b CO, p. 1222.

³⁰ RONCORONI (n. 24), N 158 ad art. 3 LECCT, p. 436.

nom et l'adresse de l'entreprise contrôlée, la décision proprement dite (information sur le contrôle), une brève motivation ainsi qu'une voie de recours ».

Il faut préciser que, dans tous les cas, la procédure de contrôle relève du droit privé. Ainsi, les rapports de contrôle rédigés par les commissions paritaires n'ont pas d'autorité ou de force probante spécifique ; ils sont soumis à la libre appréciation des preuves par le juge.³¹ De même, en cas de refus d'un employeur de se soumettre à un contrôle ou de transmettre les renseignements demandés, l'activité de la commission paritaire est bloquée. Certes, la commission pourra notifier une peine conventionnelle au contrevenant.³² Mais, elle ne disposera guère de moyens de contrainte.³³ Les parties contractantes devront ainsi saisir les tribunaux civils compétents pour que l'exécution des dispositions conventionnelles soit ordonnée.³⁴

Finalement, comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le préciser, les décisions des commissions paritaires ne constituent, en réalité, que des prises de position de partie : « handelt es sich [...] nicht um einen rechtskräftigen Entscheid, sondern um eine Parteistellungnahme gemeinsamen Organs im Sinne von Art. 357b OR ». ³⁵ On doit donc les considérer comme des communications privées qui n'ont pas d'autres effets juridiques qu'un rappel ou qu'une mise en demeure.³⁶

B. Sanctions (peines conventionnelles)

Les peines conventionnelles constituent des amendes infligées aux personnes liées par une convention collective de travail et qui n'en respectent pas les dispositions. Dans le cadre de l'exécution commune, les parties peuvent notifier des peines conventionnelles à un employeur indépendamment du fait que le travailleur lésé ait lui-même agi ou non contre son employeur.³⁷ Elles relèvent purement du droit privé et non du droit pénal puisque les organes de la convention n'ont aucun caractère public.³⁸ Les montants ainsi payés reviennent directement dans les caisses des commissions paritaires.³⁹

³¹ CHRISTOPH HÄBERLI, in: Droit collectif du travail, Bâle 2010, N 49 ad art. 357b CO, p. 285.

³² TF 4A_67/2013, c. 3.2.2. Voir aussi STAUFFER (n. 27), pp. 356 s.

³³ WYLER/HEINZER (n. 2), p. 854.

³⁴ ATF 124 III 478, c. 2, JdT 1999 I 357. Voir aussi BRUCHEZ (n. 4), N 35 ad art. 357b CO, p. 1220; RONCORONI (n. 24), N 164 ad art. 3 LECCT, p. 437.

³⁵ TF 9C_614/2009 du 28 janvier 2010, c. 3.2.2.

³⁶ HÄBERLI (n. 31), N 49 ad art. 357b CO.

³⁷ AUBERT (n. 7), N 5 ad art. 357b CO, p. 2163.

³⁸ TA/NE du 1^{er} juillet 1985, in JAR 1986 196.

³⁹ PETER WEHRLI, Die gemeinsame Durchführung des Gesamtarbeitsvertrages gemäss Art. 323^{ter} OR, Zurich 1961, p. 55.

Les conventions collectives déterminent les critères permettant aux commissions paritaires de fixer le montant de la peine conventionnelle en fonction des circonstances. Les barèmes prennent notamment en compte, le montant des infractions à la convention, le niveau de la masse salariale brute de l'entreprise ou encore le nombre de contrôles effectués.

Par exemple, dans le secteur principal de la construction, l'art. 79 CN (disposition étendue), prévoit que la commission professionnelle paritaire est autorisée : à prononcer un avertissement ; à infliger une peine conventionnelle jusqu'à CHF 50'000.- ; dans le cas où le travailleur aurait été privé d'une prestation pécuniaire à laquelle il avait droit, la peine peut s'élever jusqu'au montant des prestations dues ; à mettre à la charge de la partie fautive les frais de procédure et les frais annexes ; à prononcer les sanctions prévues en cas de travail au noir. La peine conventionnelle doit être fixée de telle manière à dissuader l'employeur fautif de transgresser à l'avenir la CCT (cf. art. 79 al. 1 CN). La montant de la peine conventionnelle se détermine en tenant compte de manière cumulative de toutes les circonstances selon les critères suivants : montant de la prestation pécuniaire dont le travailleur a été privé ; violation de prestations conventionnelles en nature ; violation unique ou répétée (récidive incluse) ainsi que gravité de la violation de dispositions conventionnelles ; grandeur de l'entreprise ; régularisation partielle ou totale de l'employeur suite à sa mise en demeure ; action individuelle du travailleur contre son employeur (cf. art 79 al. 3 CN). Il est en outre prévu que la peine conventionnelle doit être payée dans les 30 jours à la commission professionnelle paritaire (cf. art. 79 al. 5 CN).

Les sanctions infligées par une commission paritaire chargée de l'application d'une convention collective de travail sont des clauses pénales au sens de l'article 160 CO que le juge doit réduire si elles sont exagérées (cf. art. 163 al. 3 CO).⁴⁰ Pour déterminer l'éventuel caractère excessif d'une peine, il faut, selon le Tribunal fédéral, tenir compte de la gravité de la violation contractuelle et de la faute, ainsi que du but tendant à empêcher, par une peine efficace, de futures violations du contrat.⁴¹ Dans le cadre de l'exécution commune, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation car le montant de la peine conventionnelle est fixé unilatéralement par l'une des parties et ne résulte pas d'une concertation réciproque.⁴²

Les décisions des commissions paritaires comprennent généralement une clause de ce type : « La présente décision peut être contestée devant l'autorité X. dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la présente ».

⁴⁰ TC/JU du 14 janvier 2015, c. 7.4, in RJJ 2015, p. 225.

⁴¹ ATF 116 II 302, c. 3 et 4.

⁴² ATF 116 II 302, c. 3 et 4 ; TC/JU du 14 janvier 2015, c. 7.4, in RJJ 2015, p. 225 ; TC/SZ du 28 septembre 1993, in JAR 1994, p. 282.

Le non-respect d'une telle clause est toutefois dépourvu de réelle sanction juridique. Il faut rappeler qu'une commission paritaire est un organe purement privé qui n'a pas la compétence de rendre des décisions exécutoires, comme le ferait une autorité administrative.⁴³ Même si elle n'a pas été contestée par son destinataire, la décision de la commission paritaire ne constitue ainsi pas un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 81 LP.⁴⁴ Dans ce sens, le Tribunal cantonal fribourgeois a considéré qu'une décision rendue par une commission paritaire sur la base d'une convention collective de travail, ne valait ni titre de mainlevée définitive ni titre de mainlevée provisoire, en tous les cas à l'encontre des dissidents.⁴⁵

En conclusion, le mécanisme de l'exécution commune ne donne aux organisations signataires que des prétentions civiles à l'encontre des employeurs et travailleurs liés.⁴⁶ Le Tribunal cantonal jurassien a récemment bien résumé la situation juridique : « Les litiges relatifs à l'observation d'une CCT relèvent du droit civil. Le mécanisme de l'exécution commune prévu dans une CCT [...] ne permet pas aux parties à la CCT ou à leur commission paritaire de rendre des décisions exécutoires, comme le ferait une autorité administrative. Ce mécanisme d'exécution ne donne aux organisations signataires que des prétentions civiles à l'encontre des employeurs et des travailleurs liés. La « décision » d'une commission paritaire n'est qu'une prise de position de partie. Ainsi, lorsqu'une sanction infligée par une commission paritaire à un employeur ou à un travailleur n'est pas exécutée, il appartient aux parties contractantes d'agir en justice pour obtenir un jugement condamnatore à son encontre ».⁴⁷

IV. Obtention d'une décision exécutoire

Nous avons vu que les décisions des commissions paritaires sont dénuées d'effet juridique propre. En cas de contestation, les parties contractantes doivent donc agir en justice devant le tribunal compétent pour obtenir un jugement condamnatore. Il s'agit ici de préciser les conditions pour ester en justice (*section A*), puis de rappeler quelques règles pour déterminer le tribunal (étatique) compétent (*section B*). En pratique, il est toutefois fréquent que les conventions collectives de travail prévoient que les litiges en matière d'exécution commune sont réglés par la voie de l'arbitrage. Il conviendra donc d'examiner aussi la portée de telles clauses (*section C*).

⁴³ BRUCHEZ (n. 4), N 44 ad art. 357b CO, p. 1226.

⁴⁴ BRUCHEZ (n. 4), N 44 ad art. 357b CO, p. 1226.

⁴⁵ TC/FR du 24 janvier 2008, in RFJ 2008 83. Voir aussi WYLER/HEINZER (n. 2), p. 854.

⁴⁶ WYLER/HEINZER (n. 2), pp. 853 s.

⁴⁷ TC/JU du 14 janvier 2015, c. 2, in RJJ 2015, p. 219.

A. Qualité pour ester en justice

La question de déterminer à quelles conditions une commission paritaire peut valablement ester en justice a été débattue.⁴⁸ Selon l'art. 357b CO, les prétentions relevant de l'exécution commune appartiennent aux parties contractantes agissant en commun. En principe, les parties devraient agir comme Consorts nécessaires (cf. art. 70 CPC) à l'encontre de l'employeur ou du travailleur.⁴⁹ Le Tribunal fédéral a toutefois tranché le débat dans un sens différent, en tous les cas lorsque les organes communs sont créés sous la forme d'associations des parties contractantes.⁵⁰

En effet, dans une affaire concernant la commission paritaire professionnelle du second œuvre valaisan, le Tribunal fédéral a clairement admis qu'une convention collective de travail pouvait valablement prévoir la création d'associations pour l'exécution commune de l'art. 357b CO et leur déléguer cette exécution.⁵¹ Dans la mesure où toute association acquiert la personnalité juridique selon l'art. 60 al. 1 CC, pourvu que son but ne soit pas illicite ou contraire aux mœurs, ce système résout le problème de la capacité d'ester en justice qui lui est donc reconnue.⁵²

Dans une jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral a confirmé qu'une convention collective pouvait délimiter l'étendue des compétences d'une commission paritaire et lui conférer la possibilité de faire valoir en justice en son propre nom le paiement d'une peine conventionnelle.⁵³ Notons qu'une conclusion similaire a été prise par le Tribunal cantonal saint-gallois dans le cas du paiement d'une peine conventionnelle par un dissident.⁵⁴

B. Action devant un tribunal étatique

Les conflits relatifs à l'exécution commune ne sont pas des actions relevant du droit du travail au sens de l'art. 34 CPC. La juridiction compétente à raison du lieu est donc déterminée selon les règles générales (cf. 10 ss CPC).⁵⁵ De même, si la partie défenderesse a son domicile à l'étranger, la compétence est définie par les règles ordi-

⁴⁸ Cf. AUBERT (n. 7), N 7 ad art. 357b CO, p. 2163; BRUCHEZ (n. 4), N 15 ad art. 357b CO, p. 1211s et N 45 ad art. 357b CO, p. 1226s.

⁴⁹ WYLER/HEINZER (n. 2), p. 853.

⁵⁰ Cf. PORTMANN/RUDOLPH (n. 9), N 1 ad art. 357b CO, p. 2280; STAUFFER (n. 27), p. 358.

⁵¹ ATF 134 III 541, c. 4.3.

⁵² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 6), N 5 ad art. 357b CO, p. 1492.

⁵³ ATF 140 III 391, c. 2.1.

⁵⁴ TC/SG du 20 janvier 2009, in JAR 2010 555.

⁵⁵ WYLER/HEINZER (n. 2), p. 854.

naires (cf. art. 2 ss LDIP ; art. 2 ss CL) et non par les règles spécifiques relatives au contrat individuel de travail.⁵⁶ Lorsque les prétentions à l'encontre d'un employeur sis à l'étranger reposent sur la LDét, l'art. 115 LDIP prévoit une compétence des tribunaux du lieu dans lequel le travailleur est détaché. La question de savoir si ce for supplémentaire ne s'applique qu'aux prétentions individuelles du travailleur à l'encontre de son employeur, ou alors également dans le cadre de l'exécution commune est controversée.⁵⁷

S'agissant de la compétence à raison de la matière, elle relève de l'organisation judiciaire des cantons (cf. art. 4 CPC). A Genève, par exemple, les litiges en matière d'exécution commune sont de la compétence de la Chambre des relations collectives de travail, comme autorité de conciliation (cf. art. 11 al. 4 de la loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010, LTPH), et du Tribunal des prud'hommes, comme autorité de jugement (cf. art. 1 al. 1 let. e LTPH). Ainsi, la procédure de conciliation est conduite par la Chambre collective, qui, en cas d'échec de la conciliation peut proposer aux parties de s'instituer en tribunal arbitral (art. 11 al. 4 LTPH). A défaut d'accord amiable ou de compromis arbitral, la chambre remet une autorisation de procéder à la commission paritaire qui devra saisir le Tribunal des prud'hommes.

C. Arbitrage

Les conventions collectives de travail prévoient souvent une procédure arbitrale. La possibilité de soumettre à un tribunal arbitral les litiges portant sur l'exécution commune est problématique à divers égards. Nous nous limiterons ici à évoquer trois questions sensibles.

Premièrement, selon les règles générales en matière de procédure civile, le tribunal arbitral doit être institué par une convention d'arbitrage conclue entre les parties, qui doit revêtir la forme écrite ou tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte (cf. art. 357 et 358 CPC). Lorsqu'une décision est notifiée par une commission paritaire à une partie liée par la convention collective en cause, il n'est pas évident que la compétence du tribunal arbitral puisse se fonder directement sur les clauses d'arbitrage prévues dans la convention.⁵⁸ En tous les cas, de telles clauses ne sont pas opposables aux dissidents, puisque la loi prévoit expressément qu'elles ne peuvent être étendues (cf. art. 1 al. 3 LECCT). En pratique il est vrai, que la compétence du tribunal arbitral est souvent admise tacitement lorsque l'employeur visé par

⁵⁶ BRUCHEZ (n. 4), N 46 ad art. 357b CO, p. 1228.

⁵⁷ Cf. BRUCHEZ (n. 4), N 46 ad art. 357b CO, p. 1228.

⁵⁸ BRUCHEZ (n. 4), N 49 ad art. 357b CO, p. 1230.

une décision de la commission paritaire procède devant le tribunal arbitral prévu dans la convention, par exemple en « recourant » contre cette décision.⁵⁹

Deuxièmement, la composition du tribunal arbitral peut poser problème lorsque les parties contractantes de la convention collective ont déterminé seules, dans la convention, cette composition. Les juges risquent alors d'être récusés (cf. art. 368 CPC).⁶⁰

Troisièmement, nous l'avons vu, les décisions des commissions paritaires n'ont pas de valeur contraignante de sorte que, lorsque le destinataire de la décision en conteste la légitimité ou qu'il n'obtempère pas, il devrait revenir à la commission paritaire de porter le litige devant le tribunal compétent. Or, selon ce qui a été évoqué ci-dessus, les conventions collectives de travail prévoient généralement que le destinataire qui entend contester la décision doit, lui, recourir au tribunal arbitral, ce qui revient à inverser les rôles procéduraux.⁶¹

Relevons enfin que les sentences arbitrales rendues dans le cadre d'un arbitrage interne peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral (cf. art. 389 al. 1 CPC).⁶²

V. Conclusion

L'exécution commune est un mécanisme original qui constitue une spécificité du droit suisse. C'est ainsi que dans notre pays, les commissions paritaires procèdent à de très nombreux contrôles et notifient régulièrement aux employeurs pris en défaut des sanctions sous la forme de peines conventionnelles. Le plus souvent, les peines conventionnelles sont spontanément acquittées. Mais il n'en va pas toujours ainsi.

L'efficacité du système est alors limitée du fait que les décisions des commissions paritaires n'ont pas de force contraignante. Dans certains secteurs économiques, les partenaires sociaux peinent à faire respecter les clauses normatives des conventions collectives de travail étendues. Ainsi, dans le secteur de la construction, le recours aux faux travailleurs indépendants, la création de chaînes de sous-traitants, le déplacement rapide des employés ou encore la difficulté d'agir contre des entités qui ont leur siège à l'étranger rendent les contrôles et les sanctions trop aléatoires. Il faut donc songer à des mesures complémentaires. Nous citerons dans ce contexte la possibilité

⁵⁹ BRUCHEZ (n. 4), N 49 ad art. 357b CO, p. 1230.

⁶⁰ BRUCHEZ (n. 4), N 49 ad art. 357b CO, p. 1230.

⁶¹ GABRIEL AUBERT, L'arbitrage en droit du travail, in Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, p. 120 ; BRUCHEZ (n. 4), N 49 ad art. 357b CO, p. 1230.

⁶² TF 4A_67/2013, c. 1.2.

conférée dans deux cantons (Bâle-Campagne⁶³ et de Fribourg⁶⁴) aux autorités administratives compétentes, de recourir à des mesures de contrainte administrative qui peuvent prendre la forme, dans les cas d'infraction grave, d'une décision de suspension immédiate de l'activité (arrêt du chantier).

⁶³ Cf. l'article 15 de la loi « über die Arbeitsmarktaufsicht und über Entsendungen von Arbeitnehmenden und Dienstleistungserbringenden in die Schweiz (Arbeitsmarktaufsichtsgesetz, AMAG) », du 12 décembre 2013.

⁶⁴ Cf. les articles 53, 69 et 77 de la loi sur l'emploi et le marché du travail du 6 octobre 2010 (LEMT) et les articles 17, 20 et 23 du règlement sur l'emploi et le marché du travail du 2 juillet 2012 (REMT).