

Commissions paritaires et amendes conventionnelles

Du contrôle privé au contrôle judiciaire

OLIVIER SUBILIA

Table des matières

I.	Introduction.....	737
II.	Nature de la commission paritaire.....	739
III.	Droit de contrôler.....	740
IV.	Nature de la décision d'une commission paritaire.....	741
V.	Recours contre la décision (tribunal interne, tribunal arbitral).....	742
VI.	Action en annulation d'une décision d'association.....	744
VII.	Procédure de mainlevée d'opposition.....	745
	A. Mainlevée définitive.....	745
	B. Mainlevée provisoire.....	746
VIII.	Action civile.....	747
	A. Capacité d'agir en justice.....	747
	1. Des partenaires sociaux.....	747
	2. D'une commission paritaire.....	747
	B. Règles de procédure.....	748
	1. Valeur litigieuse.....	748
	2. Autres règles de procédure.....	749
	C. Objet de l'action.....	749
	D. Règles de fond.....	750
	E. Prescription.....	751
IX.	Problématique de la contrainte.....	753
X.	Conclusion.....	754
XI.	Bibliographie.....	755

I. Introduction

La convention collective de travail (CCT) est un instrument important du droit suisse du travail. Elle permet à des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et à des associations de travailleurs, d'autre part, d'établir en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés, ou d'autres clauses concernant les

rapports entre ceux-ci¹. Elle assure la paix du travail au moins quant aux matières qu'elle régit². Elle permet à chaque employeur et à chaque employé lié de connaître précisément ses droits et obligations et de n'avoir pas à discuter au cas par cas des conditions d'emploi. Dès lors qu'elle est négociée entre partenaires sociaux, elle est censée ne contenir que des règles globalement acceptables, de sorte que les parties qui contractent un contrat individuel de travail en s'y référant peuvent considérer que leur contrat est, au moins globalement, équitable. Elle peut même, lorsqu'elle concerne une proportion suffisante d'employés et d'employeurs, être étendue par l'autorité compétente à toute une branche professionnelle³ ; les règles conventionnelles négociées entre partenaires sociaux deviennent alors de véritables règles de droit matériel impératives.

Dès lors qu'une CCT met à charge des partenaires sociaux et de leurs membres des obligations particulières, il est essentiel d'assurer que chaque employeur et chaque travailleur joue le jeu. Si une CCT impose des salaires minimaux (ce qui sera presque toujours le cas), les employeurs qui les respectent perdent un avantage concurrentiel sur le marché dans la mesure où cela augmente le coût de leurs biens et services ; il faut donc, pour éviter une distorsion de la concurrence, que ce coût soit le même pour chaque employeur membre des associations signataires, voire pour tous les employeurs de la branche lorsque la CCT est étendue. De leur côté, les syndicats qui ont négocié une CCT en échange de la perte des moyens de lutte collective (à tout le moins pour la durée de la CCT) ont un intérêt majeur à vérifier que la CCT apporte à leurs membres les bénéfices escomptés.

Pour ces motifs notamment, le législateur a conféré aux partenaires sociaux le droit d'effectuer en particulier des contrôles auprès des employeurs⁴. Les dispositions topiques, inchangées matériellement depuis leur introduction le 1^{er} janvier 1957⁵, permettent aux partenaires sociaux d'infliger des amendes aux employeurs qui ne respectent pas la convention⁶.

Certaines conventions collectives prévoient des systèmes complexes de gestion des contrôles, avec des organes de conciliation et des « tribunaux » internes⁷. Pour

¹ Art. 356 al. 1 et 2 CO.

² Art. 357a al. 1 CO.

³ Art. 1 ss. LECCT.

⁴ L'art. 357b prévoit certes formellement la possibilité de contrôler les employés, mais ce n'est pas l'objet de la présente contribution, outre le fait que de tels contrôles sont quantitativement bien moins fréquents.

⁵ RO 1956 pp 1645 ss., 1653 ; FF 1967 II 249, 430.

⁶ Art. 357b al. 1 lit. c CO.

⁷ Le législateur relevait déjà en 1954 « On parle couramment d'une « communauté contractuelle », et cette communauté dispose souvent de ses propres organes (commissions paritaires chargées de l'exécution de la convention, offices de conciliation, tribunaux d'arbitrage pour le règlement des conflits, institutions communes telles que caisses de vacances ou d'allocations familiales et bureaux de placement) » (FF 1954 I 125, 133).

autant, ces institutions ne sont que des instruments de droit privé qui doivent « respecter les limites que trace la législation »⁸.

Nous aborderons dans la présente contribution la nature des amendes conventionnelles et les diverses possibilités procédurales offertes aux partenaires sociaux, d'une part, et aux employeurs contrôlés, d'autre part, pour régler leurs différends.

II. Nature de la commission paritaire

Si une CCT est obligatoirement conclue, du côté employé, par des syndicats, il est possible qu'un seul employeur soit signataire du côté patronal⁹. Le besoin d'une exécution commune existe pour toutes les CCT auxquelles participent, du côté de l'employeur, une ou plusieurs associations. En revanche, lorsque seul un employeur (ou formellement plusieurs employeurs regroupés toutefois dans une maison-mère qui les contrôle¹⁰) est signataire de la CCT, l'exécution commune n'a pas de sens, puisque l'employeur devrait du côté patronal participer à son propre contrôle et à la fixation d'éventuelles sanctions à son encontre¹¹.

Bien que cela ne soit pas imposé par l'art. 357b CO, un grand nombre de CCT constituent à cette fin des organes paritaires qui portent généralement le nom de commission paritaire¹². Ces commissions sont parfois organisées de façon hiérarchique, avec des échelons locaux puis régionaux ou fédéraux¹³.

L'art. 357b CO n'indique rien sur la forme que doit revêtir un organe paritaire de contrôle. Indirectement, toutefois, cette disposition impose que les partenaires sociaux soient eux-mêmes organisés en personnes morales, puisque les partenaires sociaux n'ont le droit de prévoir une exécution commune qu'à la condition que leurs statuts ou leur organe suprême les y autorise expressément¹⁴. À défaut de précision, les parties agissent ensemble comme une société simple¹⁵.

⁸ FF 1954 I 125, 131.

⁹ Art. 356 al. 1 CO.

¹⁰ HÄBERLI, N 8 *ad* 357b CO, qui donne l'exemple de la fédération des coopératives Migros avec une entreprise de production qui lui est affiliée.

¹¹ HÄBERLI, N 8 *ad* 357b CO.

¹² ATF 134 III 541, c. 4.1.

¹³ Ainsi par exemple la CCT du second œuvre romand (version 2019, consultée le 22.1.2023 sur www.secondoeuvreromand.ch) instaure-t-elle à son art. 47 des commissions paritaires cantonales ainsi qu'à son art. 48 une commission paritaire romande ayant des tâches de surveillance.

¹⁴ Art. 357b al. 2 CO. Voir HÄBERLI, N 8 *ad* 357b et note 22.

¹⁵ Art. 357b al. 3 CO.

HÄBERLI¹⁶ relève que la condition selon laquelle l'exécution commune doit être autorisée par les statuts des parties contractantes n'est que rarement vérifiée. Elle a pourtant toute son importance, car si cette condition fait défaut, alors les parties contractantes perdent purement et simplement le droit de contrôler l'application de la CCT¹⁷.

En pratique, un certain nombre de commissions paritaires se constituent en associations et revêtent ainsi la personnalité juridique pour elles-mêmes¹⁸.

De jurisprudence constante, une commission paritaire n'est pas une autorité. Même si elle est légitimée à prononcer des sanctions en application d'une CCT, elle garde son caractère de personne privée¹⁹. Comme le résume le Tribunal fédéral, la LECCT ne confère pas de pouvoirs paraétatiques à une commission paritaire²⁰.

III. Droit de contrôler

La première question à examiner est celle de l'entreprise qui refuse de se soumettre à un contrôle. La situation est différente selon que l'entreprise est soumise à la CCT par une déclaration de soumission, respectivement par sa qualité de membre de l'organisation patronale signataire, ou comme dissidente par le biais d'une décision d'extension.

De manière générale, il n'est jamais possible aux partenaires sociaux d'imposer directement le contrôle de la commission paritaire à une entreprise qui n'en veut pas. Ils doivent alors saisir les tribunaux civils pour faire exécuter le contrôle dans l'entreprise récalcitrante²¹.

¹⁶ HÄBERLI, N 10 *ad* 357b CO.

¹⁷ Art. 357b al. 2 CO. Voir HÄBERLI, N 10 *ad* 357b CO, note 24 et la référence. Question laissée ouverte par le Tribunal fédéral (TF 4A_283/2008 du 12 septembre 2008, c. 6 non publié aux ATF 134 III 541).

¹⁸ Ainsi par exemple la commission paritaire professionnelle du secteur social parapublic vaudois, selon l'art. 1 de ses statuts (consulté sur www.cctsocial-vaud.ch le 22.1.2023), la commission paritaire professionnelle du secteur sanitaire parapublic vaudois, selon l'art. 1 de ses statuts (consulté sur www.cctsan-vaud.ch le 22.1.2023) ou encore la Commission professionnelle paritaire du second œuvre romand de la construction, selon l'art. 1 de ses statuts (consulté sur www.secondoeuvreromand.ch le 22.1.2023).

¹⁹ TF 4A_201/2019 du 9 décembre 2019, c. 2.2.1. Voir également DUNAND, pp. 59 s. et les références.

²⁰ TF 4A_201/2019 du 9 décembre 2019, c. 2.2.1. Voir également MEIER/PÄRLI, N. 489 et l'auteur cité.

²¹ BRUCHEZ, N 35 *ad* 357b CO ; WYLER/HEINZER, p. 1096.

Lorsque l'entreprise est directement soumise à la CCT, l'obligation d'accepter un contrôle est une obligation civile dans la mesure où le contrôle et ses modalités sont prévus par la CCT. Si la demande de contrôle est conforme à la CCT, le juge civil l'ordonnera.

La situation est un peu différente lorsqu'il s'agit d'une CCT étendue. L'art. 6 LECCT permet à toute entreprise de refuser de se soumettre à l'organe instauré par les partenaires sociaux, et de demander à l'autorité de désigner à sa place un contrôle spécial, sans devoir le justifier. La même faculté appartient aux partenaires sociaux²². C'est alors l'autorité qui fixe l'objet et l'étendue du contrôle après audition des partenaires sociaux et de l'employeur concerné²³.

Dans un arrêt de 1998, le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur qui n'a pas recouru contre le principe de la soumission à un contrôle spécial (*in casu* requis par les partenaires sociaux) est déchu du droit de recourir contre la désignation ultérieure de l'organe de contrôle, car cette dernière décision ne constitue qu'un acte d'exécution d'une décision antérieure²⁴, par analogie avec la désignation de la personne d'un tuteur²⁵. Le Tribunal fédéral a toutefois relevé que l'appréciation du résultat du contrôle est du ressort des tribunaux civils dans le cadre d'une procédure ultérieure.

IV. Nature de la décision d'une commission paritaire

Les commissions paritaires, lorsqu'elles contrôlent un employeur, consignent leurs observations ainsi que les conséquences qu'elles en tirent (notamment amendes infligées) dans un document qu'elles intitulent fréquemment décision.

Néanmoins, ces décisions n'en sont pas. Comme l'exprime la doctrine, « la décision d'une commission paritaire, avec ou sans motivation [...], reste en définitive une communication privée qui n'a pas d'autres effets juridiques qu'un rappel ou une mise en demeure »²⁶.

Le Tribunal fédéral a admis que l'avis d'une commission paritaire avait un poids certain dès lors qu'il exprimait la volonté des parties signataires ; à ce titre, il pouvait valoir jurisprudence²⁷. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la convention collective ne s'applique pour l'essentiel pas à ceux qui la signent

²² Art. 6 al. 1 LECCT.

²³ Art. 6 al. 2 LECCT.

²⁴ ATF 124 III 478, c. 2. Voir également ATF 118 II 528.

²⁵ Sur cette dernière question, ATF 107 II 504, c. 2).

²⁶ HÄBERLI, N 49 *ad* 357b. Dans le même sens BRUCHEZ, N 44 *ad* 357b ; DUNAND, p. 58 et les références. Voir également TF 4A_201/2019 du 9 décembre 2019, c. 2.2.

²⁷ TF 4C.206/2003 du 5 novembre 2003, c. 3.1 ; TREZZINI, N 5 *ad* 357b CO.

mais à leurs membres, voire à des tiers sans autre lien avec eux qu'une extension prononcée par l'autorité compétente au sens de l'art. 1 LECCT ; en ce sens, la CCT déroge à la liberté contractuelle, puisqu'elle contraindra cas échéant l'employeur à s'écarter du contrat qu'il a conclu avec l'employé en faveur de celui-ci²⁸. Or les employeurs membres n'ont pas de possibilité directe de participer à la formation de la volonté exprimée dans la CCT, et les tiers soumis par une extension ne l'ont pas du tout. Dans ce contexte, toute interprétation extensive d'une clause normative d'une CCT, justifiée ou non par la position d'une commission paritaire compétente, nous paraît exclue.

Un autre argument s'oppose à conférer trop de poids matériel aux décisions des commissions paritaires. Selon l'art. 356c al. 1 CO, non seulement l'adoption de la CCT mais encore toutes ses modifications subséquentes sont soumises à la forme écrite. Cette exigence stricte de forme sert à écarter les doutes sur le contenu de la CCT, faute d'une obligation en droit suisse de publier la conclusion et la teneur d'une CCT²⁹ hors des cas d'extension par l'autorité. Une extension des obligations découlant de la CCT n'est possible qu'au travers d'un document écrit signé par chacune des parties signataires de la CCT³⁰. Faute que l'avis d'une commission paritaire respecte cette obligation formelle, on ne saurait en tirer aucune obligation impérative.

On ne saurait dès lors, à notre avis, admettre qu'une commission paritaire puisse étendre les obligations découlant d'une CCT en dehors du mécanisme strictement prévu pour l'adoption d'une CCT, comme ne le pourrait pas non plus un tribunal arbitral³¹.

V. Recours contre la décision (tribunal interne, tribunal arbitral)

Nombre de CCT instaurent des mécanismes de recours internes ; certaines prévoient expressément le recours à un tribunal arbitral³². Il convient d'examiner la portée de ces mécanismes.

²⁸ Art. 341 CO *cum* art. 357 al. 2 CO.

²⁹ HÄBERLI, N 2 *ad* 357b.

³⁰ TF 4C.332/1999 du 22 juin 2000, c. 1a et la référence ; TREZZINI, N 3 *ad* 356c CO.

³¹ Sur ce dernier point, voir ATF 138 III 107 ; TREZZINI, N 5 *ad* 356c.

³² P. ex. : art. 14 de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (consulté sur www.fve.ch le 12.1.2023) ; art. 49 de la CCT du second œuvre romand (consulté sur www.secondoeuvreromand.ch le 22.1.2023) ; art. 1.14 des Convention collective de travail (CCT) des industries horlogère et microtechnique suisse (consulté sur www.cpih.ch le 27.1.2023).

Il est unanimement admis que les voies de recours internes sont toujours facultatives et jamais contraignantes pour les employeurs contrôlés ; du reste, à l'égard des dissidents, l'art. 1 al. 3 LECCT prohibe toute extension d'une juridiction arbitrale³³. Pour HÄBERLI³⁴, indiquer une « voie de recours » contre une décision de commission paritaire est non seulement superflu mais illicite, sauf s'il s'agit de mentionner l'existence d'un tribunal arbitral conventionnel et la possibilité de le saisir.

En principe, l'État détient le monopole du pouvoir judiciaire, et il n'est possible de s'en écarter qu'aux conditions strictes de l'arbitrage, que les règles des CCT ne respectent généralement pas³⁵. Ces règles incluent notamment la possibilité pour les parties de désigner les arbitres, ce qui ne sera pas le cas d'un tribunal arbitral permanent ou d'un tribunal dont la désignation est opérée par les partenaires sociaux. C'est du reste là que réside le principal problème : la convention d'arbitrage doit être conclue entre les parties à l'arbitrage. Or la convention d'arbitrage contenue dans une CCT, supposé qu'elle respecte les autres critères légaux, n'est pas passée avec l'employeur. Ainsi, même à l'égard d'un employeur lié, nous estimons que le recours à l'arbitrage ne peut être imposé³⁶.

Que se passe-t-il si, néanmoins, un employeur saisit la voie proposée et recourt contre la décision ?

Lorsque l'autorité de recours est un autre organe interne (p. ex. : commission paritaire nationale après une commission régionale), la procédure peut constituer un moyen d'infléchir la position des partenaires sociaux. Pour autant, la décision sur recours ne sera pas davantage contraignante que la première, car elle sera toujours rendue par un organe interne et pas par une autorité.

Lorsque l'autorité désignée est un tribunal arbitral, la question est un peu différente. Si l'employeur manifeste par écrit son adhésion au tribunal arbitral proposé par les partenaires sociaux, cela pourra valoir soumission au sens de l'art. 358 al. 2 CPC. Par ailleurs, doctrine et jurisprudence admettent qu'en procédant sans réserve devant un tribunal arbitral, l'employeur admet sa compétence et devra alors se laisser opposer sa décision³⁷.

³³ Également BRUCHEZ, N 49 *ad* 357b.

³⁴ HÄBERLI, N 49 *ad* 357b, dont l'avis est repris tel quel par MEIER/PÄRLI, N 489.

³⁵ HÄBERLI, N 67 *ad* 357b CO ; MEIER/PÄRLI, N 489.

³⁶ En ce sens BRUCHEZ N 49 *ad* 357b ; ATF 125 I 389, c. 4c. Voir également DUNAND, p. 67, qui fait toutefois observer que la compétence peut être tacitement admise.

³⁷ ATF 125 I 389, c. 4c ; BRUCHEZ, N 49 *ad* 357b ; HÄBERLI, N 67 *ad* 357b CO.

VI. Action en annulation d'une décision d'association

Dans un arrêt de 2019³⁸, le Tribunal fédéral a jugé la situation d'une entreprise active dans le domaine des échafaudages. L'entreprise n'était pas membre de l'association patronale ayant conclu la convention collective applicable dans la branche ; elle y était toutefois soumise dans la mesure de l'extension de son champ d'application prononcée par le Conseil fédéral³⁹. Constatant que la commission paritaire avait été constituée en association, le Tribunal fédéral a estimé que l'employeur semblait « en être un membre indirect et, partant, un « sociétaire » qui pouvait (et devait) intenter, dans le délai d'un mois prévu par l'art. 75 CC, l'action en découlant pour obtenir l'examen de la décision litigieuse par le juge, qui disposait d'un pouvoir d'examen libre »⁴⁰.

Cette affirmation (qui ne constitue qu'un *obiter dictum* dans une affaire non tranchée par le Tribunal fédéral, lequel a jugé le recours irrecevable) surprend en tant qu'elle semble indiquer que le recours au juge au sens de l'art. 75 CC constituerait un préalable nécessaire pour pouvoir contester la décision de la commission paritaire dans le cadre de l'action au fond. Or admettre la nécessité d'une telle procédure reviendrait à conférer à la décision de la commission un quasi-effet judiciaire puisque, faute de saisine du juge civil dans le délai de 30 jours de l'art. 75 CC qui constitue un délai de péremption⁴¹, l'entreprise serait déchue du droit de la contester ultérieurement. De plus, elle impliquerait *de facto* l'obligation pour les entreprises contrôlées de se soumettre aux « recours » internes instaurés par les CCT, qu'ils soient ou non membres des associations patronales signataires, dès lors que le recours au juge au sens de l'art. 75 CC suppose l'épuisement préalable des voies de recours associatives⁴². Une telle conséquence serait contraire à la conception selon laquelle les voies de recours internes sont toujours facultatives⁴³.

Les conséquences qui précèdent n'existent en réalité pas. En réalité, il n'y a pas une mais deux questions juridiques à trancher, savoir :

- D'une part, la commission paritaire est-elle légitimée à rendre une décision et donc à en poursuivre l'exécution en justice ?
- D'autre part, la décision est-elle fondée et peut-elle faire l'objet d'un jugement condamnatore ?

³⁸ TF 4A_201/2019 du 9 décembre 2019. Pour comprendre le raisonnement du Tribunal fédéral, il convient de se référer à l'arrêt cantonal entrepris : TC-VD (cour d'appel civile) HC/2018/1163 du 14 mars 2019.

³⁹ FF 2013 p. 5563.

⁴⁰ TF 4A_201/2019 du 9 décembre 2019, c. 2.2.1 avec référence à l'arrêt 4A_314/2017 du 28 mai 2018, c. 2.3.2.2 ; sur le pouvoir d'examen, cf. ATF 134 III 193, c. 4.4.

⁴¹ ATF 132 III 503, c. 3.2.

⁴² ATF 132 III 503, c. 3.2 ; ATF 118 II 12, c. 3b et la référence doctrinale ; ATF 85 II 531, c. 2.

⁴³ Voir *supra* chiffre V.

À notre sens, l'entreprise contrôlée peut choisir la voie qu'elle préfère. Si elle opte pour la contestation de la décision de l'association et qu'elle obtient gain de cause, elle met à néant la décision et rend impossible, au sens de l'art. 357b CO, la poursuite de son exécution. Si elle ne le fait pas, elle pourra toujours opposer tous les moyens de fond dans le cadre de l'action civile ouverte par les partenaires sociaux.

VII. Procédure de mainlevée d'opposition

Les partenaires sociaux peuvent-ils, sur la base d'une décision consécutive à un contrôle, obtenir une mainlevée provisoire ou définitive ? La doctrine l'exclut de façon absolument unanime⁴⁴, en tout cas pour la mainlevée définitive⁴⁵. Il nous paraît intéressant d'en détailler les raisons.

A. Mainlevée définitive

Selon l'art. 80 al. 1 LP, le créancier qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition. Selon l'art. 80 al. 2 LP, sont assimilés à de tels jugements, en particulier, les décisions des autorités administratives suisses et les décisions définitives concernant les frais de contrôle rendues par les organes de contrôle en vertu de l'art. 16 al. 1 LTN.

De jurisprudence constante, les « décisions » des commissions paritaires ne sont pas des jugements ; jurisprudence et doctrine sont univoques sur ce point⁴⁶.

Dans un arrêt récent⁴⁷, le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours dirigé contre une décision de la Commission paritaire nationale de l'électricité (CPN). Cette décision avait été rendue sur recours de l'entreprise contrôlée contre la décision lui infligeant notamment une amende. La CCT topique avait fait l'objet d'une extension⁴⁸ et l'art. 8 CCT, dûment étendu, conférait notamment à la CPN la compétence de fixer et d'encaisser les peines conventionnelles. Le Tribunal fédéral a jugé le recours irrecevable, considérant que la CPN ne constituait ni une autorité de dernière instance cantonale au sens de l'art. 75 LTF ni un tribunal arbitral selon l'art. 77 LTF (ce dont la CPN se défendait au demeurant).

⁴⁴ WYLER/HEINZER, p. 1096.

⁴⁵ BRUCHEZ, N 44 *ad* 357b et les références.

⁴⁶ TF 4A_201/2019 du 9 décembre 2019, c. 2.2 ; HÄBERLI, N 48 ss. *ad* 357b CO ; BRUCHEZ, N 44 *ad* 357b CO.

⁴⁷ TF 4A_212/2021 du 17 juin 2021.

⁴⁸ FF 2020 p. 7171.

Lors de l'édiction de la LTN, le Conseil fédéral avait prévu un système hybride donnant la possibilité aux cantons de transférer une partie du pouvoir de contrôle aux commissions paritaires et conférant à ces commissions la possibilité de rendre des décisions en relation avec les frais du contrôle. Il appartenait à l'entreprise contrôlée, après épuisement des voies internes, d'attaquer la décision devant les tribunaux civils compétents en droit du travail dans les trente jours ; à défaut, la décision était assimilée à un jugement au sens de l'art. 80 LP. Le Conseil des États a biffé cette solution au motif que les voies de droit ordinaires suffisaient⁴⁹ et le Conseil National s'y est rallié sans autre débat⁵⁰.

B. Mainlevée provisoire

Selon l'art. 82 LP, la mainlevée provisoire doit être prononcée si le créancier est au bénéfice d'une reconnaissance de dettes sous seing privé. Un tel document, qui peut résulter du rapprochement de plusieurs pièces, suppose un engagement inconditionnel à payer un montant déterminé ou déterminable.

Si l'employeur contrôlé n'a contesté – par écrit – qu'une partie de la dette mais admet certains postes, on pourrait soutenir que sa contestation vaut reconnaissance de dettes pour la partie non contestée. Il faudra toutefois que le montant non contesté soit clairement identifiable et qu'il soit inconditionnel ; cela exclut donc que l'on prenne en compte une prise de position dans laquelle un employeur admettrait certains postes mais pour solde de comptes alors que les partenaires sociaux n'entendent pas s'en satisfaire.

Si l'amende est contestée dans son ensemble, la jurisprudence a évoqué, s'agissant du membre, que l'on puisse considérer l'acte (écrit) d'adhésion du dissident à la CCT comme une reconnaissance de dettes pour les montants découlant de cette CCT⁵¹. À notre sens, ce n'est pas non plus possible. Il faut en effet pour que la mainlevée soit octroyée sur la base d'une reconnaissance de dettes que le montant soit déterminable ; or ce ne sera pas le cas si la CCT ne fixe que des fourchettes et ne contient pas un barème précis du tarif de l'amende pour chaque type de violation, ce qui est la règle. En outre, la reconnaissance de dettes doit être inconditionnelle : même à supposer que l'on considère l'acte d'adhésion à une CCT prévoyant une amende déterminée pour une violation précise de la CCT, l'engagement ne vaudrait que pour le cas où une violation serait constatée. Or il appartient en tel cas de prouver – par titre – la violation justifiant l'amende ; à

⁴⁹ BO CE 2004 pp. 927 et 934 s.

⁵⁰ BO CN 2005 p. 218.

⁵¹ Obergericht AG, RSJ 71 p. 44 du 12.8.1974 ; TC FR, RFJ 2008 p. 83 du 24.1.88, c. 3c)2. Aucune de ces deux décisions ne traite cependant la question puisque les deux tribunaux ont constaté que l'entreprise était dissidente et que cette hypothèse n'entraînait pas en ligne de compte.

défaut, le juge devra refuser la mainlevée⁵². Il nous paraît douteux que l'interprétation objective d'un titre auquel doit procéder le juge de la mainlevée puisse faire considérer le rapport d'une commission paritaire comme la preuve stricte de l'avènement de la condition.

Enfin, par définition, le dissident qui conteste une amende ne fournira jamais un document susceptible de constituer une remise de dette, sous réserve de la reconnaissance partielle évoquée ci-dessus.

VIII. Action civile

Dès lors que les partenaires sociaux n'ont pas la qualité d'autorité, il convient d'examiner les conditions auxquelles ils peuvent agir civilement pour faire valoir leur point de vue à l'encontre d'un employeur récalcitrant.

A. Capacité d'agir en justice

1. Des partenaires sociaux

Des partenaires sociaux constitués uniquement sous la forme d'une société simple ont la capacité d'ester et d'agir en justice conjointement comme communauté contractuelle, au moins comme consorts actifs nécessaires au sens de l'art. 70 CPC⁵³. En revanche, ce droit n'appartient pas aux partenaires sociaux individuellement⁵⁴.

2. D'une commission paritaire

Le point de savoir si une commission paritaire peut valablement agir en justice a été longtemps controversé. Il n'est aujourd'hui que partiellement tranché.

L'art. 6 du projet du Conseil fédéral de 1954 prévoyait la possibilité pour les partenaires sociaux de s'ériger en communauté conventionnelle capable *ex lege* d'acquérir des droits, de contracter des obligations et d'ester en justice⁵⁵. Ce système n'a pas été retenu par le Parlement. Le fait toutefois que la loi ne

⁵² Voir TF 5A_1015/2020 du 30 août 2021, c. 5.2.2 et les références.

⁵³ WYLER/HEINZER, p. 1095 ; BRUCHEZ, N 57 *ad* 357b. Sur la capacité d'ester en justice d'une communauté constituée uniquement en société simple, voir TF 4A_357/2016 du 8 novembre 2016, c. 3.1.

⁵⁴ STÖCKLI, N 13.102.

⁵⁵ FF 1954 I p. 125, 183.

l'impose pas n'interdit pas aux partenaires sociaux de le prévoir en s'en donnant les moyens. Le Tribunal fédéral a donc validé la possibilité pour une commission paritaire d'agir valablement en justice au nom des partenaires sociaux dans la mesure en tout cas où la commission paritaire jouit d'une part de la personnalité morale, et où d'autre part la CCT délègue à la commission le pouvoir d'exécution commune découlant de l'art. 357b CO. Il n'est pas nécessaire que les statuts de la commission paritaire prévoient de façon expresse cela dans les buts, tant que les statuts font référence à la CCT⁵⁶.

A contrario, lorsque la CCT ne délègue pas à la commission paritaire le droit d'agir en justice, ce droit n'existe pas, indépendamment du fait que la commission soit dotée d'une personnalité morale⁵⁷.

Le point de savoir si une commission paritaire non dotée de la personnalité juridique mais à laquelle les partenaires sociaux délèguent le pouvoir de contrôle peut agir en justice demeure controversé tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, sans qu'une tendance claire se dessine⁵⁸. Nous rejetons pour notre part l'idée qu'une commission paritaire qui n'est pas une personne morale puisse ester en justice : elle-même n'a pas cette capacité, et on ne saurait la considérer, comme le veulent certains auteurs, comme un organe de la communauté conventionnelle alors que cette communauté n'est rien d'autre qu'une société simple qui ne peut agir que via chacun de ses membres.

On notera enfin que selon le Tribunal fédéral, la qualité pour agir étant un fait implicite, il appartient à celui qui la conteste de le faire savoir ; à défaut, la qualité pour agir est admise sans avoir besoin d'être alléguée dans les procès soumis à la maxime des débats⁵⁹.

B. Règles de procédure

1. Valeur litigieuse

Lorsque l'objet du litige est l'amende conventionnelle, la valeur litigieuse correspond au montant de l'amende⁶⁰. Lorsque c'est l'assujettissement même de

⁵⁶ ATF 134 III 541, c. 4.

⁵⁷ ATF 137 III 556, c. 4.5.

⁵⁸ Sur cette question, voir BRUCHEZ, N 45 *ad* 357b ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad* 357b CO ; HÄBERLI, N 52 *ss. ad* 357b, et les références citées par chacun de ces auteurs. Question laissée ouverte par le Tribunal fédéral à l'ATF 137 III 556, c. 4.2.

⁵⁹ TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, c. 4.2 ; TF 4A_404/2016 du 7 décembre 2016, c. 2 ; TF 4A_283/2008 du 12 septembre 2008, c. 6, non publié *in* ATF 134 III 541.

⁶⁰ TF 4A_535/2009 du 25 mars 2010, c. 1.2.

l'entreprise qui est contesté, elle est égale à l'intérêt de l'entreprise à ne pas être assujettie à la convention collective de travail ; cela correspond par exemple au coût supplémentaire qui résulterait pour elle de l'application de la convention collective⁶¹.

2. *Autres règles de procédure*

Les conflits entre partenaires sociaux et employeurs ne sont pas des litiges portant sur un contrat de travail au sens de l'art. 113 al. 2 lit. d CPC. Sous réserve dès lors de la valeur litigieuse, les actions des partenaires sociaux sont soumises à la procédure ordinaire et ne bénéficient pas de la gratuité. La valeur litigieuse minimale réduite requise pour le recours au Tribunal fédéral en matière de conflits de travail ne leur est pas non plus applicable⁶², pas davantage que le for spécial de l'art. 34 CPC⁶³. Le point de savoir si le for spécial qui découle de l'art. 115 al. 3 pour les prétentions découlant de la LDét est applicable est controversé⁶⁴.

Tant le conflit portant sur l'assujettissement d'une entreprise à une CCT⁶⁵ que celui portant sur une amende conventionnelle⁶⁶ sont de nature civile en ce qui concerne la détermination de la voie de recours au Tribunal fédéral.

C. **Objet de l'action**

Nous avons vu *supra* III que les partenaires pouvaient agir en justice pour faire admettre le principe même d'un contrôle. De même, si l'entreprise contrôlée refuse de se soumettre au résultat du contrôle, les partenaires sociaux peuvent agir en justice pour recouvrer les amendes. Ils peuvent également agir en constatation d'une violation des obligations contractuelles⁶⁷. En revanche, ils ne peuvent pas agir directement pour contraindre l'employeur à régler aux travailleurs lésés les montants correspondant à une application correcte de la CCT : la prétention civile appartient aux seuls travailleurs, de sorte que les partenaires sociaux ne peuvent faire valoir un droit appartenant en réalité à autrui⁶⁸.

⁶¹ TF 4A_283/2008 du 12 septembre 2008, c. 2 non reproduit à l'ATF 134 III 541 ; TF 4A_81/2021 du 8 septembre 2022, c. 1.1.

⁶² BRUCHEZ, N 48 *ad* 357b CO ; WYLER/HEINZER, p. 1097.

⁶³ BRUCHEZ, N 48 *ad* 357b CO ; DUNAND, p. 65 ; HÄBERLI, N 64 *ad* 357b CO.

⁶⁴ En faveur d'un tel for, BRUCHEZ, N 48 *ad* 357b CO. *Contra* HÄBERLI, N 65 *ad* 357b CO.

⁶⁵ TF 4A_283/2008 du 12 septembre 2008, c. 1.

⁶⁶ TF 4A_300/2007 du 6 mai 2008, c. 1 non publié à l'ATF 134 III 399.

⁶⁷ TREZZINI, N 7 *ad* 357b.

⁶⁸ ATF 116 II 302, c. 3 et les références ; TREZZINI, N 7 *ad* 357b CO et la référence.

TREZZINI⁶⁹ réserve la possibilité théorique pour les travailleurs de céder leur prétention aux partenaires sociaux qui agiraient alors pour les droits du travailleur ainsi cédés. En pratique, il y a peu de chance que cette construction intéresse les travailleurs concernés : soit ils sont prêts à faire valoir leur droit et ont plutôt intérêt à agir directement, soit ils y renoncent (par exemple parce qu'ils sont encore en emploi et craignent des représailles) et seront peu enclins à permettre à des tiers d'agir pour eux. À cela s'ajoute que la cession ne sera dans l'immense majorité des cas que fiduciaire. Il faudrait, sinon, soit que la cession intervienne à titre gratuit, ce qui ferait perdre ses droits au travailleur, soit que les partenaires sociaux la rachètent à leurs frais en la faisant valoir à leurs risques ; les deux hypothèses nous paraissent également invraisemblables.

D. Règles de fond

Lorsque les partenaires sociaux agissent en justice, ils n'ont aucune prérogative particulière. Singulièrement, la décision d'une commission paritaire, voire le rapport d'expert commandé par elle, doit être considéré comme une expertise privée dont le contenu consiste, d'un point de vue procédural, en de simples allégations de partie⁷⁰. Cela ne signifie pas pour autant que le juge doive l'écarter : le principe de la libre appréciation des preuves consacré par l'art. 157 CPC a pour conséquence que le juge apprécie librement la force probante de celles-ci en fonction des circonstances concrètes, sans être lié par des règles légales et sans être obligé de suivre un schéma précis⁷¹, ce qui permettra au juge, cas échéant, de reconnaître l'objectivité et la compétence du rédacteur⁷². En d'autres termes, l'entreprise qui n'aura ni contesté le rapport ni contribué à l'administration de contre-preuves risquera de se voir opposer la force probante du rapport invoqué par la commission paritaire⁷³.

Lorsqu'une amende est prononcée à juste titre, le juge n'est pas pour autant lié par le montant fixé dans la décision. Dès lors qu'il s'agit d'une peine conventionnelle, le juge pourra la réduire selon sa libre appréciation si elle apparaît excessive⁷⁴. Les critères à prendre en considération sont en particulier la gravité de la violation contractuelle et la faute de l'employeur ; en outre, la fixation du montant doit être de nature à éviter des récidives. On ne peut dès lors pas tenir compte directement du montant d'enrichissement illégitime de l'employeur, respective-

⁶⁹ TREZZINI, N 7 *ad* 357b CO et la référence.

⁷⁰ TF 9C_614/2009 du 28 janvier 2010, c. 3.3.2 ; HÄBERLI, N 49 *ad* 357b CO ; BRUCHEZ, N 44 *ad* 357b CO.

⁷¹ ATF 133 I 33, c. 2.1 ; TF 5A_250/2012 du 18 mai 2012, c. 7.4.1.

⁷² HÄBERLI, N 49 *ad* 357b CO.

⁷³ Cf. en ce sens TC-VD (cour d'appel civile), HC/2018/1163 du 14 mars 2019, c. 7.

⁷⁴ Art. 163 al. 3 CO ; ATF 116 II 302, c. 4 ; DUNAND, p. 63 ; TREZZINI, N 9 *ad* 357b CO.

ment des intérêts pécuniaires des travailleurs lésés, sinon comme critère d'appréciation globale de la gravité de la violation⁷⁵. D'autres critères de pondération comme la coopération de l'employeur sont envisageables⁷⁶.

E. Prescription

Pour conclure ces questions procédurales, on peut encore se demander si et dans quelle mesure les peines conventionnelles sont susceptibles d'être atteintes par la prescription. Cette question n'est guère évoquée par la jurisprudence et la doctrine.

On trouve dans un ancien arrêt du Tribunal arbitral de la Plâtrerie Peinture du Canton de Neuchâtel les considérations suivantes : l'amende infligée par les partenaires sociaux ne saurait être assimilée à une peine conventionnelle mais doit être « considérée comme une mesure de nature civile, fondée sur le droit des personnes morales et visant à maintenir l'ordre juridique interne du groupement » ; partant, cela exclurait le délai d'un an applicable à la réparation du dommage et imposerait un délai de prescription de dix ans⁷⁷. Or cette conception est aujourd'hui expressément rejetée par le Tribunal fédéral qui assimile l'amende conventionnelle à la clause pénale des art. 160 ss. CO⁷⁸ ; partant, le raisonnement du Tribunal arbitral ne peut à notre avis pas être suivi.

La première question à résoudre est celle de savoir si une clause pénale peut sanctionner la violation par l'employeur d'obligations qui sont prescrites. Selon la doctrine, dès lors que la prescription de la créance principale entraîne notamment également celle des autres créances accessoires⁷⁹, le droit de faire valoir la peine conventionnelle serait paralysé⁸⁰. C'est le raisonnement que semble avoir tenu le Tribunal cantonal lucernois dans un arrêt non publié du 22 septembre 2009. Statuant sur recours contre cet arrêt, le Tribunal fédéral a expressément laissé ouvert le point de savoir si une commission paritaire pouvait sanctionner sans limite de temps les infractions à la CCT. Il n'a pas cassé pour arbitraire la décision lucernoise, mais essentiellement parce que la recourante n'avait pas démontré que l'invocation de la prescription concernant une

⁷⁵ ATF 116 II 302, c. 3.

⁷⁶ STÖCKLI, N 13.109 citant un arrêt du Tribunal arbitral de la Plâtrerie Peinture du Canton de Neuchâtel publié *in* JAR 1986 p. 196.

⁷⁷ JAR 1986 p. 196, c. 3.

⁷⁸ ATF 116 II 302, c. 4.

⁷⁹ Art. 133 CO.

⁸⁰ COUCHEPIN, N 724 et les références.

petite partie des prétentions des travailleurs lésés avait eu un effet sur la fixation de la peine conventionnelle⁸¹.

Pour notre part, nous estimons que de même que les partenaires sociaux ne peuvent pas faire valoir les droits des travailleurs qui ne le souhaitent pas⁸², ils ne peuvent pas non plus, par le prononcé d'une peine conventionnelle, contraindre un employeur à s'acquitter d'une dette prescrite. C'est le même raisonnement que celui par lequel le Tribunal fédéral a dénié aux partenaires sociaux le droit de faire condamner l'employeur à verser à des employés non liés les montants découlant d'une CCT : du moment que les employés concernés n'ont pas de droit propre, les partenaires sociaux ne peuvent agir pour eux⁸³. Il nous semble cohérent que les partenaires sociaux ne puissent pas non plus agir pour faire payer une prétention que les employés ne pourraient eux-mêmes faire valoir.

Autre est le point de savoir si la peine conventionnelle elle-même peut être atteinte par la prescription indépendamment de celle de la norme violée. Pour COUCHEPIN, une peine conventionnelle devenue autonome peut se prescrire ; la prescription court dès le déclenchement de la peine et serait soumise au même délai que l'obligation principale⁸⁴, ce qui aurait pour conséquence de faire courir un délai de cinq ans lorsque la peine sanctionne la violation d'obligations de nature salariale⁸⁵. À notre avis, cette opinion n'est pas transposable à l'amende conventionnelle, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme mis en place par les parties au contrat – la CCT – pour elles-mêmes mais pour un tiers. Pour le Tribunal fédéral, sans que l'amende conventionnelle puisse être qualifiée d'amende de droit public, elle n'en revêt pas moins un caractère pénal et remplit une fonction similaire à celle d'une amende de droit public⁸⁶. Eu égard à ce caractère pénal, il nous semblerait davantage justifié de soumettre la prescription de l'amende conventionnelle aux règles prévalant pour le tort moral. Ainsi, le droit de réclamer une amende se prescrit à notre sens par trois ans dès la connaissance de la violation par les partenaires sociaux, mais en tout cas par dix ans dès la violation elle-même⁸⁷.

⁸¹ TF 4A_535/2009 du 25 mars 2010, c. 1.2.3.2.

⁸² Voir *supra* III.C.

⁸³ ATF 125 III 82, c. 1b.

⁸⁴ COUCHEPIN, N 730. Cet auteur cite deux arrêts du Tribunal fédéral qui ont trait à la prescription des intérêts moratoires ; nous doutons que cette jurisprudence soit forcément applicable à la clause pénale.

⁸⁵ Art. 128 ch. 3 CO.

⁸⁶ TF 4A_535/2009 du 25 mars 2010, c. 1.2.3.2 ; TREZZINI, N 9 *ad* 357b CO.

⁸⁷ Art. 60 CO.

En synthèse, à notre avis, l'amende est prescrite à la survenance de la première des deux hypothèses ci-dessus évoquées. Il appartient naturellement à l'employeur d'invoquer ce moyen que le juge n'examine pas d'office⁸⁸.

Lorsqu'une peine conventionnelle a été acquittée mais qu'elle est ensuite réduite par le juge, le délai de la prescription du droit pour l'employeur de réclamer le trop-perçu est celui de l'action en enrichissement illégitime, soit trois ans dès le jugement⁸⁹. Il découle à notre avis de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une peine conventionnelle ne peut être réduite que si le paiement n'en vaut pas reconnaissance⁹⁰ ; cela impliquera au minimum que l'employeur qui s'en serait acquitté ait expressément indiqué la contester lors du paiement.

IX. Problématique de la contrainte

Agir devant les tribunaux suppose pour les partenaires sociaux un investissement en temps, en argent et en énergie. Il pourrait être parfois tentant pour elles d'inciter de façon plus ou moins appuyée les employeurs à se plier aux procédures internes au lieu de prendre le risque d'initier elles-mêmes une procédure.

En pratique, les commissions paritaires ont le plus souvent deux leviers à cet égard. En premier lieu, elles ont une structure qui revêt l'apparence d'une organisation officielle. Nommer leurs conclusions décision en les assortissant d'une voie de recours aura souvent pour effet pratique que l'entreprise n'osera pas laisser passer un délai de recours, au risque d'accepter ainsi, suivant les circonstances, la soumission à une procédure arbitrale, voire plus simplement se croira davantage obligée qu'elle ne l'est et s'exécutera. En second lieu, les commissions paritaires délivrent, en fonction de leurs contrôles, des attestations de conformité à la CCT. Or de telles attestations sont souvent exigées par des tiers, notamment dans le cadre de la soumission à des marchés publics⁹¹. En refusant de délivrer une telle attestation, quand bien même celle-ci n'est pas

⁸⁸ Art. 142 CO. Nous ne souscrivons pas à l'opinion de COUCHEPIN, N 727 et la note, selon laquelle, dans une procédure inquisitoire, le juge pourrait exceptionnellement la relever d'office. Nous relevons que cette opinion n'est pas étayée et qu'elle se heurte au texte clair de l'art. 142 CO.

⁸⁹ TF 4A_227/2020 du 28 janvier 2021, c. 5.1.

⁹⁰ ATF 133 III 43, c. 3.

⁹¹ Art. 12 et 28 LMP ; art. 12 et 28 AIMP (2019), respectivement art. 11 et 13 AIMP (1994). L'annexe P du Guide romand pour les marchés publics exige, s'agissant du respect des conditions de travail, des « Attestations fournies, complètes et signées par un organisme officiel ou par une association professionnelle reconnue officiellement » (consulté sur <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/guide-romand/guide-romand> le 29.1.2023).

forcément impérative⁹², les partenaires sociaux mettent souvent l'entreprise en face d'une telle difficulté économique qu'elle finira par n'avoir guère d'autre choix que de se soumettre aux décisions prises à son encontre pour obtenir ce document.

Le premier moyen ne nous semble guère problématique. Il appartient à chacun de se renseigner sur les droits et obligations conférés par la loi que nul n'est censé ignorer ; le justiciable a en tout temps la possibilité d'examiner si une procédure dirigée contre lui est légitime. S'il ne le fait pas, c'est en définitive sa propre responsabilité.

Autre est la question de la non-délivrance passive d'une attestation de conformité. En principe, comme nous l'avons vu, il n'y a aucune présomption d'exactitude attachée à la position d'une commission paritaire. Celle-ci devrait agir comme demanderesse si elle s'y estime fondée ou renoncer à sa créance. Ne pas agir en justice pour faire constater en droit tout en refusant à l'employeur contrôlé toute attestation tant que celui-ci ne s'est pas intégralement plié à la décision querellée nous paraît, lorsque la commission paritaire détient un monopole de fait dans une branche, pouvoir revêtir selon les circonstances la qualification de contrainte au sens de l'art. 181 CP. Il s'agit toutefois d'une problématique pénale qui déborde le cadre de la présente contribution.

X. Conclusion

L'amende conventionnelle est un moyen relativement efficace d'assurer le respect des conventions collectives. Elle s'inscrit toutefois, quelles que soient les circonstances, dans un rapport de droit purement privé, à l'exception du contrôle spécial exigé en présence d'une CCT étendue. Les partenaires sociaux et leurs organes au sens large n'ont ainsi aucune prérogative particulière. Ils doivent donc ne pas se reposer sur leurs procédures internes mais agir devant les autorités civiles – devant lesquelles ils ont une fonction de demandeur et non de défendeur – pour faire valoir leur point de vue.

⁹² Sur les relations entre contrôle de la commission paritaire et les critères d'adjudication d'un marché public, voir TF 2D_19/2018 du 19 février 2019.

XI. Bibliographie

- BRUCHEZ Christian, in Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du Contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022.
- COUCHEPIN Gaspar, *La clause pénale, étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction*, thèse Fribourg 2008.
- DUNAND Jean-Philippe, *L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les commissions paritaires*, in Müller Roland/Pärli Kurt/Wildhaber Isabelle (édit.), *Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/St. Gallen 2017.
- HÄBERLI Christoph, in Andermatt et al., *Droit Collectif du travail, Document de l'Union Syndicale Suisse*, Bâle 2010.
- MEIER Anne/PÄRLI Kurt, *Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux*, Zurich 2018.
- STÖCKLI Jean-Fritz, in Portmann/von Kaenel (édit.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Zurich 2018.
- TREZZINI Francesco, *Commentario pratico al contratto di lavoro*, Lugano 2020.
- STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd., Zurich 2012.
- SUBILIA Olivier/DUC Jean-Louis, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, 2^e éd., Lausanne 2010.
- WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019.
