

Les juges et le droit social : questions d'actualité

## L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? (\*)

par Thomas CLAY

Agrégré des facultés de Droit

Professeur et doyen de la faculté de droit et de science politique de Versailles – Saint-Quentin  
Directeur du master Arbitrage & Commerce international

1. L'arbitrage et le droit du travail? Sans doute les deux territoires juridiques parmi les plus jaloux de leur souveraineté, deux « fortes têtes » qui croient l'une et l'autre détenir la vérité et réfractaires à tout empiètement conçu comme une remise en cause de leurs fondamentaux autant que de leur raison d'être. Leur rapprochement tourne donc nécessairement à la confrontation tonique, pour ne pas dire conflictuelle – ce qui a déjà pu être observé (1).

De prime abord tout semble opposer l'arbitrage et le droit du travail, à commencer par leur philosophie: celle du contrat du travail, domaine de prédilection de l'ordre public et quintessence de la protection du plus faible, et celle de l'arbitrage, terre d'élection de la liberté contractuelle poussée à l'extrême et en conséquence souvent perçue comme la justice des riches.

2. L'arbitrage ne pourrait donc pas être, ontologiquement, la justice du travail. L'arbitrage suppose l'équi-

libre des parties quand le contrat de travail présuppose leur déséquilibre. Robert Plaisant et Henri Motulsky ne disaient pas autre chose lorsqu'ils écrivaient dès 1956 que « L'arbitrage suppose un équilibre des forces; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie. (...) L'arbitrage est à déconseiller dès lors que les deux parties ne se trouvent pas au même "niveau" » (2). Et le Professeur Jean-Baptiste Racine d'alerter, plus de quarante ans après, sur les risques en droit du travail: « L'arbitrage ne doit pas être un moyen de porter atteinte aux intérêts des salariés, personnes protégées en vertu d'un ordre public social. (...) On craint que l'arbitrage soit un instrument au service de l'employeur et garantisse insuffisamment la protection du salarié » (3).

3. Et il est vrai que l'arbitrage a mauvaise réputation auprès de tous ceux qui sont considérés comme des contractants faibles (4): les consommateurs bien sûr (art. R. 132-2-10° du Code consommation qui range

(\*) La présente contribution reprend une partie d'un précédent article du même auteur « L'arbitrage, justice du travail », publié in *Procès du travail. Travail du procès*, sous la dir. de M.-A. Keller. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 99.

(1) R. PLAISANT et H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.* 1956.78, spéc. n° 1; publié aussi in H. Motulsky: *Écrits*. Tome 2: « Études et notes sur l'arbitrage », préface de B. Goldman et Ph. Fouchard. Dalloz, 1974, p. 113; J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », in Th. Clay (sous la dir. de): « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, n° 104, p. 52 (le plan de la présente contribution s'inspire d'ailleurs de celui de cet article); G. AUBERT, « L'arbitrage et droit du travail », *Bull. Assoc. suis. arb.* 2000.2; E. COURTOIS-CHAMPENOIS: « L'arbitrage des litiges en droit du travail: à la redécouverte d'une institution française en disgrâce. Étude comparative des droits français et américain », *Rev. arb.* 2003.349; J. BARTHÉLÉMY, « L'arbitrage, avenir du droit du travail? », *Arch. philo du droit*, vol. 52, 2009, p. 283; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Avant-propos de L. Boy. Préface de Ph. Fouchard. LGDJ, coll. Bibliothèque de

droit privé, t. 309, 1999, spéc. n° 119-130; M. de BOISSÉ-SON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de P. Bellet. GLN Joly, 1990, spéc. n° 502-516 et 587; J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd. avec la coll. de B. Moreau, 1993, spéc. n° 48-56; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, Rec. cours acad. dr. intern. La Haye, tome n° 296, 2003, p. 27, spéc. n° 369-375. Pour une étude d'ensemble, cf. G. CHAMPAGNE, *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, thèse de l'université de Versailles – Saint-Quentin, sous la dir. de Th. Clay, soutenue le 16 sept. 2008, dact.

(2) R. PLAISANT et H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *op. cit.*, spéc. n° 1.

(3) J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 119.

(4) E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », conférence au Comité fr. DIP, 25 nov. 2005, *Trav. Comité fr. DIP* 2004-2006, p. 135; Kl. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.*, cah. arb., 13-17 juill. 2007, p. 22.

ainsi la clause d'arbitrage parmi les clauses potentiellement abusives (5), mais également les assurés (6), les locataires (7) et donc aussi les employés.

4. Mais il est sans doute permis de penser que cette mauvaise réputation est usurpée et qu'une imbrication harmonieuse des deux disciplines est possible. C'est ce à quoi nous invite le rapport rendu en janvier 2010, par Messieurs Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, sous l'égide du Conseil d'Analyse économique (8).

5. D'ailleurs le Professeur Jean Déprez écrivait déjà à ce propos, il y a vingt ans, que le barrage à l'arbitrage « traduit une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. (...) Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'État sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. (...) On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatiques » (9).

6. Il semble en effet curieux de percevoir l'arbitrage comme un instrument inégal de résolution des litiges. Non seulement sa source est contractuelle, donc convenue, mais en outre la convention d'arbitrage relève de la catégorie particulière des contrats de procédure qui ne sont pas, en eux-mêmes, des contrats déséquilibrés. Ces contrats se distinguent de tous les autres contrats, et même de toutes les clauses des contrats qui les contiennent, en ce qu'ils n'ont pas pour objet le substantiel, mais le processuel (10). Ils aménagent l'action

en justice conformément à la volonté des parties. La forme processuelle de résolution du différend choisie par les parties n'est pas par nature abusive, elle est neutre, précisément parce que son objet ne touche pas au fond du litige. Et pour les litigants, au moment où la décision est rendue, seul le fond compte. La procédure pour y parvenir est indifférente.

La Cour de cassation l'a énoncé avec force dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2005 rendu à propos d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation. Cassant un arrêt de la cour d'appel de Paris, la première chambre civile a estimé à juste titre qu'une telle clause était exempte de déséquilibre significatif et ne revêtait en soi aucun caractère abusif (11).

7. Il n'existe donc nulle antinomie entre les contrats déséquilibrés et les contrats de procédure puisqu'ils ne se placent pas sur le même plan. La meilleure preuve en est que les modes alternatifs non juridictionnels de résolution des litiges sont de plus en plus pratiqués pour résoudre les conflits du travail. Conciliation et médiation sont régulièrement utilisées, tant en droit français que dans les droits étrangers, pour mettre fin aux différends nés d'un contrat de travail (12).

8. Mais avec l'arbitrage on quitte le terrain du consensuel, de l'accord négocié et accepté, du conciliationnel, pour entrer dans celui du juridictionnel, de la décision imposée par un tiers parce qu'acceptée comme telle par les litigants à l'origine. Là où le succès de la conciliation et de la médiation tient peut-être au caractère négociable de la solution, à la certitude que rien d'inadmissible pourra être imposé, l'arbitrage peut faire

(5) E. LOQUIN, « L'arbitrage des litiges en droit de la consommation », in F. Osman (sous la dir. de) : *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*. Actes et débats du colloque, 12-13 déc. 1997, Bruylant, 1998, p. 357; Ph. DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », in Th. Clay (sous la dir. de) : « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, n° 104, p. 46.

(6) Fr. TURGNÉ, *L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance*, Préface de J. Kullmann. *Economica*, coll. Assurance Audit Actuariat, 2007.

(7) N. REBOUL-MAUPIN, « Arbitrage et bail. Bail commercial. Bail professionnel. Bail rural. Bail d'habitation. Bail de droit commun », in Th. Clay (sous la dir. de) : « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. & Patrim.*, juin 2002, n° 105, p. 69; J. MONÉGER, « Conciliation, médiation, arbitrage et baux », in « La médiation en débat », *PA* 2002, n° 170, p. 21.

(8) *Refondation du droit social: concilier protection des travailleurs et efficacité économique*. Rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette pour le Conseil d'Analyse économique. Commentaires de P. CAHUC et J.-P. FITOUSSI, La Documentation française, 2010.

(9) J. DÉPREZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *RDAL* 1990.833, spéc. n° 12.

(10) Sur cette catégorie de contrats, cf. L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Avant-propos de J. Mestre. Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 193; *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, spéc. pp. 65-68; « Clauses relatives aux litiges », *Juris-Cl. Contrats-Distribution*, fasc.

190 (nov. 2003); « Les accords de la juridiction dans le procès », in P. Ancel et M.-Cl. Rivier (sous la direction de) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, coll. Études juridiques, colloque Saint-Étienne, 11-12 déc. 1998, 2001, p. 34; « Les jeux du contrat et du procès: esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges Gérard Farjat. Frison-Roche, 1999, p. 23; « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », in L. Aynès (sous la dir. de) : « Le contrat: questions d'actualité », *Rencontres Petites Affiches*, Paris, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *PA* 2000, n° 90, p. 30; *Une justice contractuelle, l'autre*, in Études offertes à Jacques Ghestin. *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 177. Adde L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, coll. Manuels, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, spéc. n° 392-405; E. LOQUIN, « Clauses dissuasives des litiges », *Juris-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 135 (nov. 2006, mise à jour par Fr. Leborgne).

(11) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, *Bull. civ. I*, n° 64; *Dr. & Patrim.* 2006, n° 144, p. 94, obs. S. AMRANI-MEKKI; *JCP* 2005.I.179 § 8, obs. J. BÉGUIN; *JCP* 2005.I.183 § 4, obs. Th. CLAY; *JCP* 2005.I.141 § 8, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD; *Rev. contrats* 2005.1141, obs. X. LAGARDE; *Rev. contrats* 2005.718, obs. D. FENOUILLET; *JCP* 2005.Act.133, obs. C. PELLETIER; *Cont. Conc. Cons.* 2005.99, note G. RAYMOND.

(12) Cf. G. CHAMPAGNE, *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, op. cit.; Fr. FAVENNECHÉRY, « Médiation et contentieux du travail » in L. Cadiet (sous la dir. de), avec Th. Clay et E. Jeuland (ouvrage collectif) : *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative?* Perspectives comparatives, Litec, coll. Pratique professionnelle-Procédure, 2005, p. 121; Chr. BOILLOT, « Transaction et droit du travail », in *Procès du travail. Travail du procès*, sous la dir. de M.-A. Keller. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 77.

craindre que l'issue du litige échappe aux parties. Et il est exact que, à la différence de la conciliation et de la médiation, l'arbitrage s'achève par une décision de justice qui s'impose aux litigants, qu'ils le veulent ou non.

9. Une autre preuve de ce que les conflits du travail peuvent s'épanouir dans l'arbitrage vient des expériences étrangères. Il n'existe en effet pas de raison objective pour qu'un salarié à l'étranger soit dans une position de plus grande infériorité vis-à-vis de son employeur qu'un salarié en France. Or nombreux sont les pays qui ont une pratique très développée de l'arbitrage en droit du travail tant dans les pays de *common law* que dans ceux de *civil law*.

10. Parmi les premiers, on trouve le droit canadien très favorable à l'arbitrage (13) et le droit anglais qui reconnaît la validité des clauses compromissoires insérées dans les contrats de travail. Mais c'est surtout aux États-Unis que l'arbitrage est utilisé de manière massive pour résoudre les conflits du travail (14), et notamment depuis un arrêt de mars 2001 de la Cour suprême, *Circuit City Stores Inc. v. Adams*, qui a validé les clauses d'arbitrage dans les contrats d'emploi (15), même s'il existe quelques exceptions, notamment pour les employés du secteur des transports. Peuvent donc être soumises à l'arbitrage les demandes relatives aux discriminations fondées sur l'âge, le sexe, la race, la religion, les demandes sur l'égalité des salaires, et sur les législations aussi diverses que la *Federal Employee Polygraph Protection Act*, le *Fair Labor Standards Act* ou l'*Americans with Disabilities Act*. Pour les conflits collectifs, l'arbitrage s'inscrit dans le cadre d'une procédure complexe, la *grievance procedure*, dont il est l'étape ultime (16).

11. Parmi les pays de *civil law*, on peut citer les droits néerlandais ou suédois qui autorisent les parties à insérer une clause compromissoire dans leur contrat de travail (17).

C'est aussi le cas du droit fédéral suisse qui admet les clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux de travail dès lors que le critère de la patrimonialité de la loi fédérale suisse est rempli (art. 177, al. 1<sup>er</sup>,

LDIP) (18). Pour ce qui est du droit cantonal suisse, il faut distinguer selon les différents cantons. Ceux de Berne et du Jura acceptent l'arbitrage sans restriction, alors que ceux de Bâle, Genève, Lucerne et Soleure l'excluent. Les autres cantons adoptent des solutions intermédiaires en combinant deux critères : la nature de l'*instrumentum* où figure la convention d'arbitrage et le moment où elle est conclue (19).

En Italie, l'article 806 du Code de procédure civile a précisément été modifié récemment, par un décret-loi du 2 février 2006, pour autoriser l'arbitrage dans les conflits du travail, dès lors que la loi ou une convention collective le prévoit (20).

Enfin, le droit belge (art. 1678, al. 2, du Code judiciaire) offre une solution intéressante qui différencie selon que le montant de la rémunération annuelle de l'employé est inférieur ou supérieur à 32.200 € et selon la position occupée par l'employé dans l'entreprise (loi du 3 juill. 1978 relative aux contrats de travail, art. 69) (21), montrant ainsi que le salarié peut avoir un intérêt à l'arbitrage, qu'il n'en est pas toujours la victime. Certains auteurs ont pu proposer de s'en inspirer pour le droit français (22).

12. Qu'en est-il justement en droit français? Comment celui-ci appréhende-t-il la résolution des conflits du travail par l'arbitrage? La première chose qui frappe est la pénurie de dispositions relatives à l'arbitrage dans le Code du travail. On ne trouve guère le mot « arbitrage » qu'à peu d'endroits. Tout au plus, il faut citer l'article D. 2261-2 sur les conventions de branches, les articles L. 2524-1 et suivants (et R. 2524-1 et suivants), rangés sous un chapitre V « Arbitrage » relatifs au règlement des conflits collectifs du travail, les articles L. 7112-4 et suivants (et D. 7112-2 et suivants) relatifs aux journalistes professionnels, les articles L. 3142-4, L. 6322-6 et L. 6322-62 sur l'inspecteur du travail devenant « arbitre » à propos d'une demande de congé de formation (23) et l'article R. 742-21 (et D. 742-4) sur la marine marchande qui renvoie aux articles L. 2524-1 et suivants en cas de non-conciliation.

(13) M. MOREAU, *L'autonomie des partenaires sociaux: les litiges nés de l'interprétation des conventions collectives en droits québécois et français*, avant-propos de J.-Cl. Javillier, préface de D. Nadeau, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, tome 31, 1998, spéc. pp. 45 et s.

(14) X. BLANC-JOUVAN, *Le développement de l'arbitrage du travail aux États-Unis*, Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 45; E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 370-371.

(15) *Circuit City Stores Inc. v. Adams*, 532 US 105; 121 S.Ct.1302, p. 1306; 149 L.Ed. 2d 234, p. 243 (2001), *Bull. Assoc. suis. arb.* 2001.582. Cet arrêt a mis fin aux incertitudes nées de l'arrêt *Gilmer (Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.)*, 500 US 20 (1991). Pour une synthèse de la question: Th. J. St. ANTOINE, *The changing role of labor arbitration*, 76 *Ind. L. J.* 83 (2001).

(16) E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*, spéc. n° 14.

(17) J.-Fr. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ et Schultess, 2002, spéc. n° 366.

(18) G. AUBERT, « L'arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 7; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 372; J.-Fr. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, *op. cit.*, *loc. cit.*

(19) G. AUBERT, « L'arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. pp. 3-4.

(20) Sur le régime antérieur, cf. B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 374

(21) B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale », in Mélanges Roger O. Dalcoq, *Responsabilités et assurances*. Larcier, 1994, p. 269, spéc. n° 20; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 375.

(22) J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 128.

(23) Le Conseil d'État a clairement refusé la qualification d'arbitrage à ce sujet: CE 20 déc. 1958, *D.* 1987. Chron. 27, obs. A. JAMMAUD; *Dr. soc.* 1986.471, conc. comm. Gouv. B. LASSERRE; *D.* 1986.IR.387, obs. J. GOINEAU. *Adde* Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préface de B. Oppetit. LGDJ, coll. Bibliothèque du droit privé, t. 198, 1987, spéc. n° 24.

Hors du Code du travail, la quête est encore moins fructueuse: le seul texte intéressant l'arbitrage d'un litige du travail est l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 (24) relatif aux avocats salariés selon lequel « les arbitres nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier... ».

Si l'arbitrage est aussi peu présent dans la législation du travail, c'est notamment parce qu'il souffre d'une approximation quant à sa définition. À l'évidence, le législateur laboriste nage avec le concept d'arbitrage qu'il emploie dans des occurrences différentes, et cela engendre des difficultés de qualification juridique, voire de dénomination. Il existe une confusion conceptuelle source d'incompréhensions, sinon d'erreurs. Cette confusion est tellement prononcée qu'elle pourrait même offrir l'axe central autour duquel se décline l'arbitrage dans les conflits du travail. Tel l'orpailleur, il faut donc passer au tamis de la qualification appropriée les différentes procédures que le droit du travail dénomme « arbitrage » pour ne conserver que les purs. On pourra ainsi distinguer les faux (I.) des vrais (II.) arbitrages dans les conflits du travail, et constater que les propositions du rapport *Barthélémy-Cette*, loin d'être révolutionnaires, consistent au contraire à ordonner une pratique préexistante et légale, contrairement à ce qu'on croit parfois de prime abord.

### I. — LES FAUX ARBITRAGES DANS LES CONFLITS DU TRAVAIL

15. Nombreuses sont les procédures diverses qui existent déjà pour résoudre les conflits du travail. Dans ce kaléidoscope de procédures, certaines prennent le nom d'« arbitrages », alors qu'il ne semble pas qu'elles puissent jouir de la qualification juridique en découlant car il y manque toujours l'un des quatre critères qui permettent de définir l'arbitrage. On sait en effet que la qualification d'arbitrage implique la réunion de quatre éléments: un choix libre de recourir à l'arbitrage, un choix libre de l'arbitre, une procédure qui respecte les garanties fondamentales de bonne justice, et une décision dotée de l'autorité de la chose jugée qui s'impose aux parties. Si l'un d'entre eux vient à manquer, c'est qu'il ne s'agit pas d'arbitrage.

Muni de ce rappel notionnel, il convient de s'appuyer sur une distinction classique et opératoire du droit du travail, celle des conflits collectifs (A) et des conflits individuels (B) pour éprouver les arbitrages existants.

### A. — LES FAUX ARBITRAGES DANS LES CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

16. L'instauration de l'arbitrage dans les conflits collectifs du travail remonte à une loi du 27 décembre 1892.

Mais le dispositif était inachevé et donc voué à l'échec. Ce fut ensuite une loi du 25 mars 1919 qui avait admis la clause compromissoire dans les conventions collectives (art. 31-x de l'ancien Code du travail). La jurisprudence a ensuite étendu cette disposition aux conflits individuels (25). Cette généralisation avait suscité quelques craintes et dès la réforme du droit du travail après-guerre, avec les lois du 23 décembre 1946 et 11 février 1950, la possibilité d'insérer une clause compromissoire dans les conventions collectives a disparu.

17. Entre-temps, les mouvements sociaux de 1936 ont eu notamment pour conséquence la mise en place d'une procédure obligatoire de conciliation et d'arbitrage avant toute grève. Ce fut l'apport de la loi du 31 décembre 1936, complétée par celle du 4 mars 1938, elle-même prolongée par le décret du 3 avril 1938 qui instaura la Cour supérieure d'arbitrage, dont la procédure fut détaillée par le décret du 12 novembre 1938.

La Cour supérieure d'arbitrage était compétente pour statuer sur les recours formés pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi, contre les décisions des « arbitres » ayant statué dans des conflits collectifs.

Ce fut l'âge d'or de cette Cour supérieure d'arbitrage qui tranchait en moyenne une centaine d'affaires par mois (26).

18. Mais, au début de la Deuxième Guerre mondiale, le décret du 1<sup>er</sup> septembre 1939 relatif au régime de travail pendant la guerre suspendit le dispositif et celui-ci ne put reprendre à l'issue des hostilités car les milieux patronaux et ouvriers s'y opposaient pour des raisons diverses (27). Le législateur n'eut d'autre choix que de rendre l'arbitrage facultatif dans la loi du 11 février 1950 (28), ce qui a suffi à entraîner la désaffection pour cette procédure. Or c'est cette loi de 1950 qui a été reprise par celle du 13 novembre 1982, laquelle a maintenu le caractère facultatif du recours à l'arbitrage pour les conflits collectifs du travail. Si bien que d'une centaine d'affaires par mois en 1938-39, on est passé à une affaire par an en moyenne.

19. Cette désaffection s'expliquait aussi par l'hostilité que cette procédure reçut, notamment de la part des syndicats d'employés, très attachés à l'exercice du droit de grève, point central, à leurs yeux, du rapport de forces. Envisagé comme un mode de négociation, l'exercice du droit de grève ne devait pas être limité dans ses effets, ce à quoi aurait pu conduire, pensaient-ils, la mise en place d'un « arbitrage ».

Cette vision surannée des rapports sociaux s'oppose à l'objet même de l'arbitrage qui pourrait au contraire « canaliser les revendications vers une solution choisie d'un commun accord par les partenaires sociaux lors des négociations, sans interdire la manifestation des mécon-

(24) Tel qu'il résulte de la loi du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Adde les articles 142 à 153 du décret du 27 novembre 1991.

(25) Cass. soc., 20 mars 1945, D. 1945.267; Dr. soc. 1945.364, note P. DURAND; Gaz. Pal. 1945.2.8; Cass. soc., 23 oct. 1947, Bull. civ., n° 39.

(26) Sur le succès de l'arbitrage collectif obligatoire avant la guerre, cf. A. NARRITSENS, « Conciliation et arbitrage dans les conflits collectifs du travail: leçons syndicales des expériences françaises », Dr. ouv. 1988.409.

(27) E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », op. cit., spéc. n° 22; R. PLAISANT et H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », op. cit., spéc. n° 7-8; M. de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, op. cit., spéc. n° 505.

(28) J. RIVERO, « Conciliation et arbitrage dans la loi du 11 février 1950 », Dr. soc. 1950.145. Adde Tr. MITSOU, *Les rapports entre convention collective et sentence arbitrale*. LGDJ, 1958.

tentements et des revendications des salariés », selon Estelle Courtois-Champenois (29). Et le même auteur d'ajouter : « On peut se demander si [cela] ne prive pas nombre de travailleurs, dont le droit de grève peut se révéler plus illusoire que réel, d'une solution alternative à la grève susceptible d'apporter une réponse à leurs revendications » (30).

20. Cette hostilité tranche aussi avec ce que l'on trouve dans de nombreux pays où l'« arbitrage » collectif est admis et répandu, comme par exemple aux États-Unis ou en Allemagne. Et que dire de l'Organisation internationale du Travail, peu suspecte d'être aux mains des lobbies d'employeurs, qui encourage ce type d'« arbitrages » dans sa recommandation n° 92 de 1951 sur la conciliation et l'arbitrage volontaires ?

21. Bien que peu usitées, au point que certains auteurs ont pu estimé qu'elles étaient « en sommeil, sinon caduques » (31), ces procédures demeurent dans le Code du travail qui prévoit deux modes de recours à l'arbitrage pour les conflits collectifs du travail, lesquels pourraient s'apparenter à la clause compromissoire et au compromis : soit par une clause insérée dans la convention collective (art. L. 2524-1), soit, en l'absence de clause, une fois le litige né, d'un commun accord à l'issue d'une procédure préalable de conciliation ou de médiation (art. L. 2524-2). Dans les deux cas, la mission de l'arbitre est encadrée : il doit statuer en droit sur les questions d'interprétation des textes, et en équité sur le reste (art. L. 2524-4), et notamment en matière de négociation collective ou de révision des clauses ou accords collectifs de travail (art. L. 2524-4, al. 3, *in fine*). Cette dernière procédure est rarissime en pratique car si un tiers est sollicité dans ces circonstances, ce sera le plus souvent un expert ou un conciliateur qui ne fera que donner un avis ou formuler une proposition (32).

Les sentences doivent être motivées et les recours sont obligatoirement portés devant la Cour supérieure d'arbitrage, régie aux articles L. 2524-7 à L. 2524-10.

22. Ainsi décrite (33), cette procédure s'éloigne à deux égards au moins de la qualification d'arbitrage : d'une part, les parties n'ont pas la liberté de choisir d'investir l'arbitre de statuer en droit ou en équité. Ce seul point a conduit Plaisant et Motulsky à dénoncer l'« *adultération* » de l'arbitrage par le dispositif éponyme de résolution des conflits collectifs du travail (34). D'autre part, la « sentence » a la force d'un accord collectif du travail et non d'une sentence arbitrale, ce qui la prive de tout exequatur possible. Il est donc impossible de voir dans cette procédure un véritable arbitrage.

23. Du reste, la jurisprudence a écarté cette qualification. Ainsi le tribunal des conflits a-t-il énoncé dès 1938 que « les arbitres et surarbitres désignés conformément aux dispositions législatives et réglementaires (du droit social) ne sauraient, dans l'accomplissement de la mission d'ordre public et de paix sociale à eux conférée, être considérés comme de simples particuliers, mais comme exerçant temporairement une fonction à laquelle s'attache un caractère d'autorité ressortissant au domaine du droit public » (35).

24. C'est pourquoi Plaisant et Motulsky l'appelaient l'arbitre « social » pour le distinguer du vrai arbitre et relevaient qu'« un abîme sépare les deux fonctions » (36). À juste titre, les deux auteurs estimaient que la vocation d'un arbitre « social » n'est pas celle d'un juge. L'« arbitrage social » est donc un faux arbitrage, sorte de procédure hybride, réservée aux conflits collectifs et qui, au surplus, ne suscite pas d'intérêt en pratique.

Le constat est-il aussi sévère pour l'« arbitrage » dans les conflits individuels du travail ?

## B — LES FAUX ARBITRAGES DANS LES CONFLITS INDIVIDUELS DU TRAVAIL

25. À l'inverse de la législation pour les conflits collectifs du travail, celle concernant les conflits individuels n'est pas générale. Elle ne s'attache qu'à deux catégories précises d'employés : les journalistes professionnels (1.) et les avocats salariés (2.).

### 1. Les journalistes professionnels

26. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'instauration d'une procédure spécifique pour résoudre les conflits du travail des journalistes professionnels n'est pas récente. C'est en effet une loi du 29 mars 1935 sur le statut des journalistes, attendue depuis longtemps, qui a ajouté au livre 1<sup>er</sup> du Code du travail sous le § IV, intitulé « Des journalistes professionnels », neuf articles détaillant ce nouveau régime. Les débats parlementaires ayant mené à cette loi ne contiennent à peu près rien sur cette nouvelle procédure dont le seul objet était d'installer une « commission arbitrale » qui avait pour mission de statuer sur le montant de l'indemnité des journalistes selon la règle du minimum d'un « mois par année » (versement d'un mois de salaire par année d'emploi en cas de congédiement), à moins que le journaliste ait commis une faute grave ou des fautes répétées (37).

27. Les articles du Code du travail issus de la loi de 1935 seront ensuite repris et modifiés par une loi du

(29) E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*, spéc. n° 37.

(30) E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*, spéc. n° 37. Déjà, en ce sens : J. TESSIER, « Arbitrage facultatif ou arbitrage obligatoire ? », *Dr. soc.* 1954.82, spéc. p. 83.

(31) J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis-droit privé, 23<sup>ème</sup> éd., 2006, spéc. n° 1131.

(32) J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 53.

(33) Sur cette procédure, cf. G. COUTURIER, *Traité de droit du travail*, tome 2, *Les relations collectives de travail*, PUF, coll. Droit fondamental-Traité, 1<sup>ère</sup> éd., 2001, spéc. n° 193.

(34) R. PLAISANT et H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *op. cit.*, spéc. n° 14.

(35) Tr. conflits 12 déc. 1938, S. 1939.3.4.

(36) R. PLAISANT et H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *op. cit.*, spéc. n° 13-14.

(37) Sur l'origine de cette juridiction, cf. R. PERROT, « Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé », *Gaz. Pal.* 1996.II.Doctr. 1382, n° 1 à 3.

4 juillet 1974, et sont toujours en vigueur, aux numéros L. 7112-2 à L. 7112-5 (et D. 7112-2 à D. 7112-5) du Code du travail (38).

Organisée de façon tripartite, la commission arbitrale des journalistes est composée de deux « arbitres » désignés par les organisations professionnelles d'employeurs et deux « arbitres » désignés par les organisations professionnelles de salariés et est présidée par un haut fonctionnaire ou un haut magistrat en activité ou en retraite, lui-même choisi par les membres déjà désignés ou, à défaut, par le président du tribunal de grande instance (39).

28. La commission arbitrale des journalistes est obligatoirement compétente pour fixer, en cas de licenciement, le montant de l'indemnité du journaliste professionnel congédié, à la condition qu'il ait au moins quinze ans d'ancienneté dans le même organe de presse. Il s'agit donc d'une compétence d'attribution, à la fois impérative, limitée, conditionnée et même sans appel puisque cette voie de recours est fermée (art. L. 7112-4, al. 6).

29. Les spécificités de cette procédure permettent-elles de la qualifier d'arbitrage, comme son nom l'induit ? Certains auteurs éminents s'y sont déclarés favorables, estimant que nombreux étaient les éléments réunis conduisant à une telle qualification : l'absence de permanence de cette juridiction, la nature contradictoire de la procédure, le caractère juridictionnel des décisions rendues, l'absence d'appel, etc. (40).

30. Il est pourtant permis de ne pas adhérer à cette analyse car, pour trois raisons au moins, la procédure suivie devant la commission arbitrale des journalistes ne peut recevoir la qualification d'arbitrage.

En premier lieu, il s'agit d'un « arbitrage » forcé puisque si le journaliste salarié veut obtenir une indemnité de licenciement, il n'a pas d'autre choix que de saisir la commission arbitrale (41). Cette seule raison suffirait à évacuer la qualification d'arbitrage car il n'y a d'arbitrage que volontaire.

En deuxième lieu, les litigants ne choisissent pas personnellement les arbitres qui vont statuer puisque ce sont leurs organisations professionnelles qui y procèdent. Or le choix personnel de l'arbitre par ceux dont il

va trancher le différend non seulement est la raison d'être de l'arbitrage, mais fournit aussi la seule légitimité du pouvoir de ce particulier qu'est l'arbitre pour rendre une décision obligatoire (42).

Enfin, en troisième lieu, la décision rendue (qui ne prend pas le nom de « sentence ») obtient force exécutoire par son seul dépôt au greffe, et n'est pas soumise à exequatur. Il n'y a donc aucun contrôle sur le respect de l'ordre public. À elle seule, cette règle suffit, selon le Professeur Roger Perrot, à rendre une telle procédure « parfaitement incompatible avec la notion même d'arbitrage » (43).

31. Trois raisons donc qui empêchent d'offrir à cette procédure la qualification d'arbitrage, et il conviendrait du reste que le nom en soit transformé pour se conformer à l'orthodoxie juridique et éviter les approximations ou contresens.

32. Cependant on est frappé par le fait que la jurisprudence de la cour d'appel de Paris a, dans deux arrêts, l'un de 1993 (44), et l'autre de 2005 (45), expressément appliqué les dispositions du Nouveau Code de procédure civile sur l'arbitrage de droit commun à la commission arbitrale des journalistes, comme s'il s'agissait de véritables arbitrages. Mais il est vrai que dans les deux cas, les dispositions invoquées l'étaient dans des circonstances particulières empêchant d'en tirer un enseignement juridique pertinent. Il semble en effet que la commission arbitrale avait rendu des décisions fragiles qu'il convenait de consolider.

Dans les deux cas, certaines signatures de la décisions étaient manquantes : un des « arbitres » dans la première affaire, deux des cinq « arbitres » dans la seconde. La Cour rejeta néanmoins les recours au motif que l'article 1473 du Nouveau Code de procédure civile autorise l'absence de signature à la condition qu'il soit précisé dans la sentence que ce n'est pas un oubli – ce qui avait été plus ou moins le cas dans les deux sentences attaquées.

33. Plus que la volonté de qualifier d'arbitrage la procédure devant la commission arbitrale des journalistes, ces arrêts soulignent le souci de la Cour d'appel d'utiliser les dispositions du Nouveau Code de procédure civile comme « dispositions parachutes » pour sauver des décisions annulables (46).

(38) Sur son fonctionnement, cf. J. VILLEBRUN et G.-P. QUÉ-  
TANT, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd.,  
1998, spéc. n° 418-420; B. BOUBLI et J. CLASS, « Juridic-  
tions du travail », *Juris-Ci. Travail*, fasc. 80-10, spéc. n° 78;  
G. FLÉCHEUX, « La commission arbitrale des journalistes »,  
*Rev. arb.* 1964.34; R. PERROT, « Fonctionnement de la com-  
mission arbitrale des journalistes au regard du droit judi-  
ciaire privé », *op. cit.*; M. de BOISSÉON, *Le droit français  
de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, spéc. n° 514-  
516; J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international  
privé*, *op. cit.*, spéc. n° 56; Ch. JARROSSON, *La notion d'ar-  
bitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 22-23 et 117-118.

(39) Sur la présence du magistrat dans la commission arbitrale  
des journalistes, cf. Th. CLAY, « Arbitrage, magistrat ou juge  
consulaire, il faut choisir », *Dr. & Patrim.*, n° 105, juin 2002,  
spéc. n° 24-25.

(40) H. MOTULSKY, *Écrits. Tome 1<sup>er</sup>, Études et notes de procé-  
dure civile*, préface de G. Cornu et J. Foyer, Dalloz, 1973,  
p. 311; « La nature de l'arbitrage », in H. Motulsky: *Écrits*,  
Tome 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. p. 19;

note sous Paris 8 juill. 1957, *JCP* 1958.II.10448; publié aussi  
in H. Motulsky: *Écrits. Tome 2, Études et notes sur l'arbi-  
trage*, *op. cit.*, p. 122; G. FLÉCHEUX, « La commission arbi-  
trale des journalistes », *op. cit.*

(41) En ce sens, cf. J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du tra-  
vail », *op. cit.*, spéc. p. 54; Ch. JARROSSON, *La notion d'ar-  
bitrage*, *op. cit.*, n° 23; R. PERROT, « Fonctionnement de la  
commission arbitrale des journalistes au regard du droit  
judiciaire privé », *op. cit.*, n° 4.

(42) Th. CLAY, *L'arbitre*, préface de Ph. Fouchard, Dalloz, coll.  
Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 2, 2001, spéc. n° 56.

(43) R. PERROT, « Fonctionnement de la commission arbitrale  
des journalistes au regard du droit judiciaire privé », *op. cit.*,  
n° 4.

(44) Paris 6 mai 1993, *Rev. arb.* 1997.275, obs. C. VERGNE.

(45) Paris 13 oct. 2005, *D.* 2005, *Panor.* 3062, obs. Th. CLAY.

(46) En ce sens, C. VERGNE, obs. préc. sous Paris 6 mai 1993,  
spéc. p. 278.

34. De fait, on trouve au contraire en droit positif des illustrations du refus de transposer les règles du droit commun de l'arbitrage à la commission arbitrale des journalistes.

Ainsi il est intéressant de constater que lorsque la commission arbitrale des journalistes est directement saisie, en dépit d'un préalable de conciliation obligatoire qui n'a pas été respecté, la cour d'appel de Paris valide la procédure (47). Il est pourtant certain que si elle y voyait un véritable arbitrage, elle n'aurait d'autre choix que de déclarer l'action irrecevable, conformément à ce qu'impose la retentissante jurisprudence d'une chambre mixte de la Cour de cassation (48). C'est donc bien le signe que la cour d'appel de Paris tout au moins, celle-là même qui a rendu les deux arrêts appliquant l'article 1473 du Nouveau Code de procédure civile, dénie la qualification d'arbitrage à la commission arbitrale des journalistes.

35. Mieux encore: on sait que depuis la modification en 2001 de l'article 8 de l'ordonnance de 1958 sur le statut de la magistrature, il n'est plus permis aux magistrats d'accomplir de mission d'arbitre tant qu'ils sont en exercice (49). Or la commission arbitrale des journalistes est de droit présidée par un haut fonctionnaire ou un magistrat qui peut être en activité, ce qui est là encore incompatible avec les règles de l'arbitrage de droit commun.

36. Mais si cette procédure ne reçoit pas la qualification d'arbitrage, de quoi s'agit-il? Est-ce « une bête curieuse, une sorte de monstre juridique » décrite par le Professeur Perrot (50), qui ajoute même que « cette commission n'est pas un chef d'œuvre doctrinal, mais tout simplement une solution de compromis et une recette judiciaire pour mieux digérer la règle du "mois par année" » (51)? Ou, plus prosaïquement, ne s'agit-il pas d'une simple juridiction d'exception, à la compétence extrêmement réduite et qui a usurpé le nom d'arbitrage?

37. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour d'appel de Paris dans une décision plus récente qui définit expressément la commission arbitrale des journalistes comme « une juridiction étatique d'exception instaurée par le Code du travail pour connaître du contentieux de l'indemnité des journalistes lorsque la durée des services

excède quinze ans, bien que soient applicables à ses décisions les textes sur l'arbitrage » (52).

38. Avec cette définition bienvenue, on perçoit parfaitement le caractère hybride de cette juridiction, sorte d'avatar mal nommé de conseil de prud'hommes. Il s'agit en outre d'une exception à une juridiction d'exception, qui n'a même plus vraiment raison d'être puisque la règle du « mois par année » a essaimé, et se retrouve dans de nombreux contentieux du travail. C'est peut-être pourquoi le Professeur Perrot propose de transformer cette commission arbitrale des journalistes en experts auprès de la juridiction prud'homale (53), ce qui aurait au moins le mérite de mettre définitivement fin à l'ambiguïté terminologique.

Ne restera plus alors qu'à faire la même chose pour l'« arbitrage » du bâtonnier.

## 2. Les avocats salariés

39. C'est par la loi du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'il a été finalement admis que les avocats et les notaires pourraient désormais avoir la qualité de salariés. La question s'est dès lors vite posée de savoir comment résoudre les litiges qui pourraient naître de l'application de ces contrats de travail. Alors que les notaires ont opté pour la médiation (54), les avocats ont logiquement préféré la procédure contentieuse soit l'arbitrage.

40. Il n'est pas inintéressant de constater que les avocats ont souhaité, et obtenu, que les litiges soient distraits de la juridiction prud'homale pour être tranchés, de manière non publique dans un premier temps, par une juridiction spécialisée et constituée de quelqu'un qu'ils connaissent bien: leur bâtonnier. L'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques fut alors retouché, puis modifié à nouveau par la loi du 10 juillet 1991, pour énoncer que: « Les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail ou de la convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier à charge d'appel devant la Cour d'appel ».

(47) Paris 1<sup>er</sup> déc. 2005, *Rev. arb.* 2006. Somm. 282.

(48) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, *Bull. ch. mixte*, n° 1; *BICC* n° 576, concl. av. gén. A. BENMAKHOULOUF et rapport cons. P. BAILLY; *Petites Affiches* 2003, n° 51, p. 13, note L. BERNHEIM; *Rev. contrats* 2003, p. 182, obs. L. CADIET et p. 189, obs. X. LAGARDE; *JCP* 2003.I.128 § 17, obs. L. CADIET, et n° 142 § 13, obs. G. VIRASSAMY; *Rev. arb.* 2003, p. 403, note Ch. JARROSSON; *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN, et p. 2480, obs. Th. CLAY; *RTD civ.* 2003.294, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 349, obs. R. PERROT; *Cont. Conc. Cons.* 2003, n° 84, note L. LEVENEUR; *Procédures* 2003, n° 93, note H. CROZE; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2003, obs. E. TEYNIER et A. MOURRE; *Procédures* 2003.93, note H. CROZE; *Rép. pr. civ.* Dalloz, cah. de l'actualité 2003-3, obs. J. JOLY-HURARD; *Gaz. Pal.* 30 mars-1<sup>er</sup> avr. 2003. Doctr.8, obs. Th. MONTERAN; *Les Échos* 28-29 mars 2003, obs. M.-A. FRISON-ROCHE.

(49) Sur cette réforme, cf. Th. CLAY, « Arbitrage, magistrat ou juge consulaire, il faut choisir », *op. cit.*

(50) R. PERROT, « Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 4.

(51) R. PERROT, « Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 3.

(52) Paris 4 juin 2009 (*Sté Libération et autres c. Harang*), *Rev. arb.* 2009. Somm. 442; *D.* 2009. *Panor.* 2965, obs. Th. CLAY.

(53) R. PERROT, « Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 14.

(54) L'art. 14 du décret du 15 janvier 1993 portant application de l'article 1<sup>er</sup> ter de l'ordonnance 2 novembre 1945 et relatif aux notaires salariés impose qu'une médiation soit tentée sous l'égide du président de la chambre des notaires, avant que le conseil de prud'hommes ne soit saisi.

41. Par la suite, le règlement intérieur du Barreau de Paris a voulu étendre le champ d'application de l'« arbitrage » obligatoire du Bâtonnier à « toute difficulté entre avocats relativement ou à l'encontre d'une structure » (ancien art. 16.13). Or cet élargissement a été contesté devant les tribunaux par des avocats qui ne se résolvait pas à cette captation de pouvoir juridictionnel. La Cour de cassation leur a, par trois fois, donné raison au motif que le pouvoir juridictionnel du Bâtonnier était limité au domaine expressément prévu dans la loi de 1971 (55). Autrement dit, le règlement intérieur d'un Barreau, fût-il celui de Paris, ne saurait outrepasser le domaine dérogatoire attribué par la loi. Accepter qu'un règlement ordinal étende le champ de la loi de 1971 reviendrait à lui permettre de créer un nouvel ordre de juridiction, ce qui, au terme de l'article 34 de la Constitution, est du domaine exclusif de la loi (56).

42. Faisant fi de toute contrainte législative, le Barreau de Paris prit le risque de la forfaiture en publiant un nouveau règlement intérieur le 31 octobre 2006 qui octroyait encore au Bâtonnier des pouvoirs dont il ne pouvait jouir. Ce sont en effet les articles P. 71 et suivants de ce nouveau règlement qui attribuent au Bâtonnier compétence pour se prononcer sur « Tout litige qui apparaîtrait entre des avocats inscrits à raison de leur activité professionnelle », c'est-à-dire bien au-delà des seuls contrats de travail conclus entre avocats. Nul doute que si ce règlement avait été contesté, il aurait connu le même sort que dans les trois décisions précitées de la Cour de cassation.

43. Mais il semble que les pouvoirs et la capacité d'influence du Barreau de Paris soient sans limite puisque, par une mesure venue de nulle part, la loi du 12 mai 2009 abusivement intitulée « loi de simplification du droit » énonce à ses articles 71 à 73 que, désormais, l'ensemble des contentieux entre avocats sera attrait devant la juridiction du Bâtonnier (57)! Les avocats seront ainsi presque les seuls justiciables à se voir contraints de renoncer au juge judiciaire. Ce coup de force est inutile et malvenu. Inutile, car l'article 2061 du Code civil laisse déjà à tous les professionnels qui le souhaitent la possibilité d'insérer une clause compromissoire. Pourquoi dès lors en obliger certains? Malvenu car il n'y a d'arbitrage que volontaire. Tout arbitrage

forcé est un ersatz d'arbitrage qui ne doit d'ailleurs pas en porter le nom. Loin d'être une modeste mesure de simplification du droit, ces nouvelles dispositions n'ont d'autres finalités que de valider rétroactivement le règlement intérieur du Barreau de Paris qui était en contradiction avec le règlement unifié, pourtant antérieur.

44. On s'est en effet souvent interrogé pour savoir si l'« arbitrage » du Bâtonnier était ou non un arbitrage au sens classique (58), tellement le terme « était incontestablement porteur de certaines ambiguïtés » (59). La question a été parfaitement résumée par le Professeur Alain Bénabent: « Est-on en présence d'une procédure juridictionnelle proprement dite, où le Bâtonnier est un juge investi d'une prérogative de puissance publique qui rend un jugement de droit commun (le terme "arbitrage" n'ayant été utilisé que pour évoquer son autorité morale), ou bien est-on en présence d'une procédure arbitrale au sens plein du terme entrant dans le moule fixé par les articles 1442 et suivants du Nouveau Code de procédure civile? » (60).

45. En réalité, comme pour la commission arbitrale des journalistes, le seul fait que la procédure soit obligatoire et que le choix de l'« arbitre » soit imposé, suffit à écarter la qualification juridique d'arbitrage, quelle que soit sa dénomination officielle, puisque l'arbitrage se caractérise avant tout par l'adhésion volontaire des parties qui s'y soumettent (61).

46. En outre, la procédure prévue par le décret du 27 novembre 1991 montre que la mission du Bâtonnier s'insère davantage dans l'ordonnancement judiciaire que dans l'arbitrage. Ainsi, par exemple, l'article 148 du décret investit le Bâtonnier comme un quasi-juge des référés en cas d'urgence. Ainsi aussi, l'article 153 du même texte prévoit qu'une partie des décisions qu'il peut rendre n'est pas soumise à exequatur pour être exécutoires, l'alignant ainsi sur le régime des décisions du conseil de prud'hommes (62). L'« arbitrage » du Bâtonnier est donc tout sauf un arbitrage, et il conviendrait, là aussi, de le rebaptiser dès que possible.

47. De manière plus générale, on pourrait faire la proposition que soit supprimé du Code du travail et d'autres lois périphériques, le terme « arbitrage » quand il ne s'agit pas d'arbitrage. Une sorte de toilet-

(55) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 nov. 2005 (Fidal), *Bull. civ. I*, n° 421; *D.* 2006.2079, note E. ROSENFELD; *D.* 2006.Pan.268, obs. B. BLANCHARD; *PA* 2006, n° 133, p. 22, conc. av. gén. J. SAINTE-ROSE; *Gaz. Pal.* 30 nov.-1<sup>er</sup> déc. 2005, p. 13; *D.* 2007.28, obs. Th. CLAY préc.; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 nov. 2005 (G.), *Bull. civ. I*, n° 422; *PA* 2006, n° 133, p. 22, conc. J. SAINTE-ROSE; *D.* 2007.28, obs. Th. CLAY, préc.; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2006 (Gros), *Bull. civ. I*, n° 283; *JCP* 2006.I.187 § 2, obs. J. ORTSCHIEDT; *D.* 2007.28, obs. Th. CLAY préc.; *D.* 2006.IR.1769; *JCP* 2006.IV.2448.

(56) E. ROSENFELD, « L'arbitrage forcé: la fin d'un mythe », note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 nov. 2005 (Fidal), *op. cit.*, spéc. n° 4.

(57) Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* 13 mai 2009; *D.* 2009. Act. 1333; *D.* 2009.1329, obs. F. ROME; *JCP* 2009.I.295 § 12, obs. S. BORTOLUZZI; *JCP* 2009.I.369 § 2, obs. Th. CLAY; *D.* 2009. *Panor.* 2966, obs. Th. CLAY.

(58) G. FLÉCHEUX, « L'arbitrage du bâtonnier. Un exemple d'arbitrage forcé », *Rev. arb.* 1990.101; B. MOREAU, « L'arbitrage du bâtonnier », *Rev. arb.* 1993.361; A. DAMIEN, « Une

procédure originale des conflits de travail entre avocats. L'arbitrage du bâtonnier », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?* Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 63; J. VILLACÈQUE, « La juridiction du bâtonnier: une charge publique à parachever », *D.* 1997. *Chron.* 305; B. VATIER, « Le Bâtonnier dans tous ses états... Ou comment un arbitre de touche est également un arbitre de champ? », in Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. *La procédure dans tous ses états.* Éditions des Petites Affiches, 2004, p. 445; Th. CLAY, « L'arbitrage du bâtonnier: *perservere diabolicum* », *D.* 2007.28.

(59) A. BÉNABENT, « Avocats: premières vues sur la nouvelle profession », *JCP* 1991.I.3499, spéc. n° 61.

(60) A. BÉNABENT, « Avocats: premières vues sur la nouvelle profession », *op. cit.*, *loc. cit.*

(61) J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 55; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n° 25 et 379.

(62) J. VILLACÈQUE, « La juridiction du bâtonnier: une charge publique à parachever », *op. cit.*, spéc. p. 308.

tage à la fois pour homogénéiser la législation et pour ne plus avoir à distinguer le faux arbitrage, nocif, du vrai arbitrage, bénéfique.

## II. — LES VRAIS ARBITRAGES DANS LES CONFLITS DU TRAVAIL

48. Y a-t-il une place pour que de vrais arbitrages puissent avoir lieu pour résoudre les litiges du travail? On sait que, depuis la loi du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions relatives aux conseils de prud'hommes (dite loi *Auroux*), l'article L. 1411-4 du Code du travail énonce expressément ceci: « *Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre* » (63). Et pour qui n'aurait pas bien saisi le sens du mot « seul », le législateur croit utile d'ajouter à la suite: « *Toute convention contraire est réputée non écrite* ». Aussi fermement proclamée, la règle ne devrait pas souffrir la discussion. D'autant qu'un arrêt ancien avait déjà énoncé qu'il s'agissait d'une règle d'ordre public de protection interdisant toute dérogation (64), ce qui a été rappelé plus récemment par la cour d'appel de Paris (65).

Pourtant, il semble que si l'on veuille bien, à l'inverse des développements précédents structurés selon une approche laboriste, réfléchir cette fois-ci au prisme du droit de l'arbitrage, en distinguant entre l'arbitrage interne (A) et l'arbitrage international (B), on pourrait constater que non seulement la prétendue compétence exclusive de la juridiction prud'homale est une chimère, mais encore qu'elle permet d'ores et déjà de développer l'arbitrage en droit du travail comme nous y incite le rapport *Barthélémy-Cette*.

### A — LES VRAIS ARBITRAGES DANS LES CONFLITS INTERNES DU TRAVAIL

49. On sait que l'arbitrabilité en droit interne de l'arbitrage est régie par les articles 2059 à 2061 du Code civil. Les deux premières dispositions concernent la faculté de compromettre (1.) quand la troisième ressortit à la clause compromissoire (2.).

#### 1. La faculté de compromettre

50. Bien que la version actuelle de l'article L. 1411-4 du Code du travail soit plus ou moins le produit de la loi *Auroux*, pendant plus de trois ans ce texte a connu une autre version, issue de la loi du 18 janvier 1979 (dite loi

*Boulin*) qui avait expressément, elle, consacré la validité du compromis d'arbitrage conclu après la fin du contrat de travail. En effet, après la prohibition des clauses dérogatoires à la compétence exclusive du conseil de prud'hommes, l'ancien article L. 511-1 du Code du travail précisait « *à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur au contrat de travail* » (66). Cette mention avait pour conséquence de valider les compromis d'arbitrage et, *a contrario*, d'interdire les clauses compromissaires.

51. Mais comme la loi *Auroux* n'avait pas repris cette exception à la prohibition et qu'en outre, elle avait ajouté que le conseil de prud'hommes était « *seul* » compétent — ce qui renforçait encore l'exclusivité — on s'est interrogé pour savoir ce qu'il fallait déduire de ce silence. Si le sort de la clause compromissoire était entendu, celui du compromis était plus incertain. Or les travaux préparatoires de la loi du 6 mai 1982 sont assez révélateurs des intentions du législateur, ainsi que de celles du ministre du Travail de l'époque. Celui-ci a notamment déclaré: « *Je tiens à préciser que le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent (...) les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du Gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale* » (67). Il est donc très clair que l'on ne saurait déduire de la suppression de l'exception que celle-ci a effectivement disparu. L'intention du législateur a au contraire été de maintenir la validité du compromis d'arbitrage postérieur à la rupture du contrat de travail.

52. C'est d'ailleurs le sens que va prendre la jurisprudence. Dans un important arrêt du 5 novembre 1984, la Cour de cassation admit en effet nettement la validité du compromis d'arbitrage intervenu après la rupture du contrat et elle le fit en ces termes: « *Mais attendu que la Cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu le 31 mars 1980, en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis* » (68). Certes, bien que postérieur à la nouvelle rédaction de l'article L. 511-1 du Code du travail (devenu L. 1411-4), cet arrêt est rendu à propos d'un contrat de travail conclu et rompu avant la retouche du texte en 1982. Néanmoins, tant la jurisprudence postérieure (69), que la très grande majorité de la doctrine (70), rejoignent cette décision et admettent la validité du compromis d'arbi-

(63) C'est-à-dire ceux visés à l'alinéa 1<sup>er</sup>: « *les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti* ».

(64) Cass. soc., 20 juin 1957, *JCP* 1958.II.10773, note H. MOTULSKY, publié aussi in H. Motulsky: *Écrits*. Tome 2: *Études et notes sur l'arbitrage*, op. cit., p. 139.

(65) Paris 10 déc. 1985, *Rev. arb.* 1987.157, note M.-Cl. RONDEAU-RIVIER; Paris 4 juin 1992, *Rev. arb.* 1993.449, obs. A. HORY, p. 438; *RTD com.* 1993.642, obs. J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN; Paris 3 juill. 1997, *Rev. arb.* 1997.611, obs. L. DEGOS.

(66) Sur ce point, cf. J. NORMAND, « Arbitrage. L'arbitrabilité des conflits individuels du travail », obs. sous Paris 24 nov. 1981, *RTD civ.* 1983.189; M. de BOISSÉON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, op. cit., spéc. n° 503.

(67) *JO déb.*, AN, 28 janv. 1982, p. 582, et 14 avr. 1982, p. 1054; *JO déb.* Sénat, 7 avr. 1982, p. 934.

(68) Cass. soc., 5 nov. 1984, *JCP* 1985.II.20510, note N. S.; *Rev. arb.* 1986.47 (1<sup>re</sup> esp.), note M.-A. MOREAU-BOURLÈS

(69) Paris 14 déc. 1990, *Rev. arb.* 1991.365, obs. B. MOREAU, *RJS* 1991/2, n° 300; Paris 4 juin 1992, préc.

(70) Voir note page suivante.

trage une fois le contrat de travail rompu, même si certains auteurs ont pu être réservés (71).

53. Il reste que, une fois surmontée la difficulté de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes, encore faut-il que la matière soit arbitrable (72), ce qui peut sembler délicat dans un domaine où l'ordre public est très présent, et où les droits sont souvent indisponibles.

54. Pour ce qui concerne l'ordre public, on sait depuis le célèbre arrêt *Labinal* du 19 mai 1993 que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux » (73). En d'autres termes, ce n'est pas parce que la matière est d'ordre public, même de protection, qu'elle est inarbitrable.

55. Pour ce qui concerne la libre disponibilité des droits, notamment ceux du salarié, celle-ci ne dure que le temps que dure le contrat car c'est pendant cette période que l'on peut craindre l'altération de sa liberté d'engagement par le lien de subordination qui le lie à son employeur. Mais dès que le contrat de travail est rompu, les parties retrouvent la disponibilité de leurs droits et peuvent donc compromettre.

L'indisponibilité ne tient donc pas sur la nature des droits (ex.: droit de la famille), mais au moment où ils sont exercés. Le fait aussi que, comme on l'observera ci-après, les droits du salarié soient disponibles pendant la durée du contrat de travail dès lors que celui-ci est international, souligne bien qu'ils ne sont pas indisponibles par nature, mais en fonction du contexte dans lequel ils sont exercés.

56. Cependant, en validant le compromis d'arbitrage conclu après la rupture du contrat de travail, cette jurisprudence reporte dans le temps le moment où un compromis peut être signé par rapport au droit commun, puisque la naissance du litige ne suffit pas, encore faut-il que le contrat de travail soit effectivement rompu. Par conséquent, pour les litiges nés en cours d'exécution du contrat de travail, il n'y a pas de possi-

bilité de conclure un compromis d'arbitrage, quand bien même l'existence d'un litige préalable est en principe sa seule condition de validité. En droit du travail, le compromis est valable, à la condition non seulement que le litige soit déjà né, mais encore que le contrat de travail soit rompu.

57. On peut en trouver une application technique à propos des indemnités versées du fait précisément de la rupture d'un contrat de travail. On sait en effet que les articles L. 1235-2 et suivants du Code du travail prévoient que les indemnités qui pourraient être versées du fait d'une telle rupture pour compenser un préjudice distinct de la perte des salaires sont prononcées par une juridiction.

Or l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts prévoit que les sommes perçues pour indemniser la rupture d'un contrat de travail sont en principe imposables, sauf justement celles qui sont mentionnées aux articles L. 1235-2 et suivants du Code du travail, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été prononcées par un « juge ». Mais, à bien lire cet article, il ne vise pas particulièrement les juridictions étatiques, puisqu'il fait référence à un « juge » sans distinguer s'il est public ou privé.

58. La règle est-elle par conséquent applicable lorsque la décision émane d'un tribunal arbitral? La question est d'autant plus importante que cette défiscalisation s'accompagne d'une absence de charges sociales. Les deux parties ont donc un intérêt financier commun à trouver un accord et à le faire constater par un tribunal arbitral qui rendrait une sentence d'accord-partie. Et l'on ne peut pas nier qu'il existerait un risque de voir se développer les sentences arbitrales de complaisance.

59. Néanmoins, il semble que, juridiquement, rien n'empêche de considérer que les tribunaux arbitraux sont bien eux aussi destinataires de l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts, et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, parce que les règles classiques d'interprétation des textes obligent à suivre l'adage « *Ubi*

(70) J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, op. cit., spéc. n° 1155; J. VILLEBRUN et G.-P. QUÉTANT, *Traité de la juridiction prud'homale*, op. cit., spéc. n° 528; J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », op. cit., spéc. p. 57; E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », op. cit., spéc. n° 19; Ph. FOUCHARD, « La laborieuse réforme du droit français de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.* 2001.397, spéc. n° 29; publié aussi in Ph. Fouchard: *Écrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*. Éditions du Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 233, spéc. n° 29; J. DEPRÉZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », op. cit., spéc. n° 10; L. CADIEU et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., spéc. n° 1015; M. de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, op. cit., spéc. n° 503; J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, op. cit., spéc. n° 50; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique en droit interne et droit international privé*, préface de J. Vincent. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 63, 1965, spéc. n° 82; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., spéc. n° 122; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préface de Y. Lequette. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 272, 1996, spéc. n° 180; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », op. cit., spéc. n° 372; J.-Fr. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage*

*international*, op. cit., spéc. n° 366; J. NORMAND, « Arbitrage. L'arbitrabilité des conflits individuels du travail », obs. préc.; J. ROBERT, « Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la loi du 6 mai 1982 », *Rev. arb.* 1982.169.

(71) S. GUINCHARD et Fr. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, coll. Précis-droit privé, 28<sup>ème</sup> éd., 2006, spéc. n° 1944, note 3 (la 29<sup>ème</sup> édition (2008) de ce livre ne traite plus de l'arbitrage); J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, « Compétence et pouvoirs de la juridiction prud'homale », in *Les grands arrêts de droit du travail*, préface de G. Lyon-Caen. Dalloz, coll. Grands arrêts, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, n° 18-26, spéc. p. 82.

(72) Sur la différence entre les deux, cf. Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité: présentation méthodologique », *Rev. jurispr. comm.* 1996.1.

(73) Paris 19 mai 1993, *Rev. arb.* 1993.645, note Ch. JARROSSON; *Clunet* 1993.957, note L. IDOT; *RTD com.* 1993.494, obs. J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN; *Europe* 1993.299, et 300, obs. L. IDOT; *Cont. Conc. Cons.* 1993.136, note L. VOGEL; *PA* 1995, n° 26, p. 7, note S. ROTTMAN; 8 *Intern. Arb. Rep.* 7 [1993]; *Gaz. Pal.* 1993. Somm. 481; *RCDIP* 1994.775; sur recours rejeté, *Cass. com.*, 14 févr. 1995, *Europe* 1995.146 (4<sup>ème</sup> esp.), obs. L. IDOT. Sur ce point, cf. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., spéc. n° 42-64.

*lex non distinguit nec non distinguere debemus* ». Dès lors, rien n'autorise à penser que lorsque la loi, en l'occurrence le Code du travail, vise le « juge », c'est uniquement le juge judiciaire qu'elle entend. S'il n'existe pas, semble-t-il, de précédent jurisprudentiel sur ce point, on peut néanmoins utilement évoquer des cas d'extension aux tribunaux arbitraux de la réglementation qui ne visent que les « juges » sans autre précision. Tel est notamment le cas de l'article L. 462-3 du Code de commerce qui permet aux « juridictions » de saisir pour avis l'Autorité de la concurrence. Le fait que le texte ne distingue pas entre juridictions privées et publiques, ajouté à la considération qu'il se démarque ainsi de la loi précédente qui ne visait implicitement que les juridictions étatiques (74), a permis d'affirmer – y compris par un ancien premier président de la Cour de cassation (75) – que le tribunal arbitral, comme le juge judiciaire, pouvait interroger l'Autorité de la concurrence (76), précisément parce qu'il est une juridiction.

On peut donc en déduire que la référence indistincte aux « juges » englobe les juges arbitraux que sont les arbitres.

60. Et, en second lieu, il n'est pas sérieusement contestable que les arbitres sont bien des juges à part entière. C'est même en cela qu'ils se distinguent de modes alternatifs de résolution des litiges comme la médiation ou la conciliation, lesquels reposent avant tout sur une adhésion volontaire des parties à la solution. Alors que dans l'arbitrage, la solution s'impose aux parties,

qu'elles le veulent ou non, précisément parce qu'elle est rendue par un tribunal.

Personne ne nie que l'arbitre est un juge et l'arbitrage une juridiction. Il serait même vain de tenter de recenser toutes les décisions de jurisprudence qui ont énoncé ce principe tellement elles sont nombreuses. On relèvera même que cette affirmation procède d'un courant jurisprudentiel qui existait dès la Révolution (77), qu'il touche la Cour de cassation (78) comme les juridictions inférieures (79), et qu'il ne s'arrête pas aux frontières françaises (80). Bref, partout dans le monde, et depuis toujours, l'arbitrage est considéré comme une véritable juridiction, qui rend des décisions de justice dont l'autorité n'est pas moindre par rapport à celle des juridictions étatiques. Les dispositions combinées du Code du travail et du Code général des impôts doivent donc s'appliquer aux tribunaux arbitraux.

61. En conclusion, il apparaît que, sous réserve des conditions qui ont été exposées, un litige de droit du travail entre un employeur et un employé peut être parfaitement tranché par la voie de l'arbitrage, en dépit de la prétendue compétence exclusive du conseil de prud'hommes. Celle-ci est d'ailleurs heurtée de plein fouet par le présent constat car l'exclusivité ne se fractionne pas: soit la compétence de la juridiction prud'homale est exclusive, soit elle ne l'est pas. Et, manifestement, elle ne l'est pas. Ce n'est d'ailleurs guère étonnant car, en réalité, le conseil de prud'hommes, étant lui-même une juridiction d'exception, il ne saurait être le juge naturel du contrat de travail (81). Dans

(74) Loi du 19 juill. 1977 (art. 18, al. 1<sup>er</sup>).

(75) M. Ch. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1994, spéc. n° 489.

(76) En ce sens, cf. Th. CLAY, *L'arbitre, op. cit.*, spéc. n° 199; X. de MELLO: « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.* 1982.349, spéc. p. 365, note 4; J.-H. MOITRY, « Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria? », *Rev. arb.* 1989.3, spéc. p. 14; J. ROBERT, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé, op. cit.*, spéc. n° 371. *Contra*, sous l'empire de l'ancien texte: J.-B. BLAISE, « Les litiges mettant en jeu les règles du droit de la concurrence? », note sous *Cass. com.*, 21 oct. 1981, *Rev. arb.* 1982.264, spéc. p. 281; P. MAYER, « Le contrat illicite », in *L'arbitre et le contrat*, Travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 12 janv. 1984, *Rev. arb.* 1984.205, spéc. p. 222.

(77) *Cass. civ.*, 13 fructidor an 8, *Journ. aud. Cass.* 1791/an 12, p. 280: « Les arbitres (...) ne sont pas de simples experts, mais des juges véritables ».

(78) *Cass. req.*, 28 juill. 1818 (*Roselly*), S. 1818.I.510; *Jur. gén.*, V<sup>e</sup> Arbitrage-Arbitre, n° 986 *ad notam*; *Journ. aud. Cass.* 1818.595; *Journ. Pal.* 1817-1818.947; *Cass. ch. réunies*, 15 mars 1838 (*Parquin et Ducros*), *op. cit.*; *Cass. req.*, 18 févr. 1885 (*Sananès*), *Rev. alg. et tun. de lég. et jurispr.* 1885.II.133, note C. BAFFREY; *Cass. civ.*, 18 mai 1942 (*Prince et princesse Gabriel de Russie*), *DA* 1942.105; S. 1942.I.94; *RTD civ.* 1943.58, obs. H. VIZIOZ; *Gaz. Pal.* 1942.2. *Jurispr.* 47; *Com* 22 févr. 1949 (*Caulliez*), *Bull. civ. II*, n° 94; *JCP* 1949.II.4899, note H. MOTULSKY; publié aussi in H. MOTULSKY: *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, op. cit.*, p. 222; S. 1949.I.73; *RTD civ.* 1949.445, obs. P. HÉBRAUD; P. HÉBRAUD, obs. in *Inf. chef entrep.* 1952.359, 434 et 547, spéc. n° 16-19; *RTD com.* 1949.471, obs. M. BOITARD; *Gaz. Pal.* 1946-1950.1. Tables, V<sup>e</sup> Arbitrage-Arbitre, n° 94; etc.

(79) Paris 8 mai 1970 (*Ury*), *Rev. arb.* 1970.80, conc. av. gén. L. GRANJON; *D.* 1970.635, note J. ROBERT; *JCP* 1970.

II.16437, note P. LEVEL; *RTD civ.* 1971.130, obs. Y. LOUS-SOUARN; *RTD com.* 1970.688, obs. A. JAUFFRET; *Gaz. Pal.* 1970.1.360, et la note; Paris 29 juin 1972 (*Sté Le Petit Méridional*), *Rev. arb.* 1975.241, note B. MOREAU; TGI Paris (ord. réf.) 22 mars 1983 (*Cie V. et Cie L.*), *Rev. arb.* 1983.479 (2<sup>ème</sup> esp.), note B. MOREAU; *JCP* 1983.II.20004, note O. d'ANTIN et M. LACORNE; *RTD com.* 1983.553, obs. J.-Cl. DUBARRY et A. BÉNABENT; *RTD civ.* 1984.544, obs. J. NORMAND; TGI Paris 28 mars 1984 (*Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias*), *Rev. arb.* 1985.141 (1<sup>ère</sup> esp.), obs. Ph. FOUCHARD, p. 235; *RTD civ.* 1984.549, obs. J. NORMAND; *D.* 1984. *Flash*.16; Ph. FOUCHARD, obs. in *Rev. arb.* 1987.225, spéc. n° 13, 40 et s., et 52; TGI Paris (ord. réf.) 13 janv. 1986 (*S.E.T.E.C.*), *Rev. arb.* 1987.63, note P. BELLET; P. BELLET obs. in *Rev. arb.* 1994.386, spéc. p. 389; TGI Paris (ord. réf.) 22 mai 1987 (*Transportacion Maritima Mexicana*), *Rev. arb.* 1988.699 (2<sup>ème</sup> esp.), note Ph. FOUCHARD; *Rev. arb.* 1994.295, spéc. p. 297, obs. I. ZIVY; TGI Paris (ord. réf.) 23 juin 1987 (même affaire), *Rev. arb.* 1988.699 (3<sup>ème</sup> esp.), note Ph. FOUCHARD; *Rev. arb.* 1994.295, spéc. p. 297, obs. I. ZIVY; TGI Paris 13 juin 1990 (*Bompard*), *Rev. arb.* 1996.476 (1<sup>ère</sup> esp.), obs. Ph. FOUCHARD p. 325, spéc. n° 67 et s., et 78 et s.; sur appel, Paris 22 mai 1991, *Rev. arb.* 1996.476 (2<sup>ème</sup> esp.), obs. Ph. FOUCHARD p. 325, spéc. n° 67 et s., et 78 et s.; Reims (ord.) 16 déc. 1999 (*Sté Adidas*), *Rev. arb.* 2000.316, note Th. CLAY.

(80) *Cass. belge*, 5 sept. 1980 (*SA Oscar Verdegem c./SA Julien Debaille et fils*), *Pasic. belge* 1981.I.15; Tribunal fédéral suisse, 1<sup>ère</sup> Cour civile, 15 mars 1993 (*Gundel c./Fédération équestre internationale et Tribunal arbitral du sport*), *ATF* 119.II.273 (en français); *Bull. Ass. suis. arb.* 1993.398 (en français), suivi du communiqué de G. SCHWAAR; *Rev. suis. dr. intern. et dr. europ.* 1994.149, note F. KNOEPFLER (en français); *Clunet* 1996.735, obs. P. LALIVE et M. C. SCHE-RER; *Sem. jud.* 1993.621.

(81) L. DEGOS: obs. sous Paris 3 juill. 1997, *op. cit.* Sur la notion de juge naturel, cf. Th. CLAY: « Juge naturel », in L. Cadiet (sous la dir. de), *Dictionnaire de la justice*. PUF, 2004, V<sup>e</sup> « Juge naturel ».

d'autres pays le contentieux du travail relève d'ailleurs des juridictions ordinaires. Et, même en France, le contentieux du travail est en réalité éclaté entre le tribunal d'instance, le tribunal de grande instance, voire le tribunal administratif. L'argument de l'exclusivité ne résiste donc pas à l'examen.

La faculté de compromettre existe pour résoudre un conflit interne du travail. Peut-elle emprunter la forme d'une clause compromissoire ?

## 2. La faculté de compromettre par une clause compromissoire

62. Le 15 mai 2001, opérant une véritable révolution, la loi sur les nouvelles régulations économiques a transformé l'article 2061 du Code civil en inversant la nullité de principe de la clause compromissoire en matière interne, issue de la loi du 5 juillet 1972, en validité de principe. Le nouvel article 2061 du Code civil énonce désormais que : « *Sous réserves de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable lorsqu'elle est conclue à raison d'une activité professionnelle* ». La réforme était attendue depuis longtemps, et reçut, à juste titre, un accueil favorable, notamment parce qu'elle autorise la clause compromissoire dans tous les rapports professionnels, y compris ceux qui relèvent du droit civil (82).

Qu'en est-il dès lors du contrat de travail ? Celui-ci est-il concerné par la modification du droit positif ?

63. La nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil invite à faire deux remarques sur ce point.

Premièrement, la lettre même du nouveau texte recèle une ambiguïté : en prenant comme seul critère de validité de la clause compromissoire l'insertion de celle-ci dans des « *contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* », le législateur a été insuffisamment précis. Telle qu'elle est formulée, et à s'en tenir exclusivement à la lettre de l'article, la validité de la clause compromissoire devrait en effet être admise pour le

contrat de travail qui est, plus encore que tout autre, un contrat conclu « *à raison d'une activité professionnelle* » puisqu'il est celui qui fournit l'activité professionnelle (83).

Mais il va de soi que, comme tous les commentateurs l'ont relevé, tel n'était pas l'objectif de la réforme, et que le contrat de travail est concerné au premier chef par la réserve du début de l'article (84). Les travaux préparatoires de la loi montrent même qu'il fut un temps envisagé d'énumérer les contrats dans lesquels la clause compromissoire n'est pas valable, et le contrat de travail figurait évidemment dans cette liste, au côté des contrats conclus par les opérateurs financiers non avertis, certains contrats de bail, etc. (85).

64. Cela aurait permis d'éviter, deuxièmement, la seconde ambiguïté que fait naître ce texte. Celle-ci tient moins au libellé du nouvel article 2061 du Code civil qu'à sa coordination avec l'article L. 1411-4 du Code du travail qui pose la compétence exclusive du conseil de prud'hommes dans les contrats de travail.

L'article 2061 nouveau énonce en effet que « *sauf dispositions législatives particulières* », la clause compromissoire est valable. Or il n'existe pas de « *dispositions législatives particulières* » qui, au sens propre, déclarent la clause compromissoire nulle en matière de contrat de travail. On trouve simplement une disposition dans le Code du travail qui impose que tout litige relatif au contrat de travail soit soumis à la compétence du conseil de prud'hommes. Cela ne rend pas la clause compromissoire nulle, mais simplement inapplicable. Et si elle n'est pas nulle, la clause compromissoire insérée dans un contrat interne de travail est donc bien valable. Elle ne pourra simplement pas être mise en œuvre, ce qui n'est tout de même pas la même chose. Il faut en effet bien distinguer ce qui relève d'une règle propre à organiser la répartition des contentieux, c'est-à-dire avant tout d'ordre processuel, et une règle relative à la validité d'un engagement contractuel, c'est-à-dire avant tout substantielle. Il y a là une différence de nature qui empêche une articulation parfaite des deux textes.

(82) Th. CLAY (sous la dir. de), « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », dossier spécial publié in *Droit & Patrimoine*, n° 104 et 105, mai et juin 2002; Ph. FOUCHARD, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *op. cit.*; Ch. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire », *JCP* 2001.I.333; publié aussi in *JCP*, éd. E, 2001.1371; M.-Cl. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », colloque Nantes, 15 mars 2002, *PA* 2003, n° 197, p. 26; E. LOQUIN, « Législation: les métamorphoses de la clause compromissoire », *RTD com.* 2001.642; B. MOREAU et L. DEGOS, « La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée », *Gaz. Pal.* 13-14 juin 2001, p. 6; L. DEGOS, « Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire », *RDAI* 2001, p. 653; Ph. MARINI et F. FAGES, « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001. Chron. 2658; F. FAGES et L. JAEGER, « Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés », *Bull. Joly* 2001, § 171, p. 772; Th. CLAY, « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *D.* 2003. Somm. 2469; J.-A. ROBERT et R. CASTEL, « Loi NRE: premières réactions sur la modification du régime des clauses compromissoires », *Droit & Patrimoine*, n° 95, juillet-août 2001, p. 19.

(83) Ph. FOUCHARD, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *op. cit.*, spéc. n° 29; Th. CLAY, « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage.

Ouverture », in *Droit & Patrimoine*, n° 104, mai 2002, p. 40, spéc. p. 41; « Une erreur de codification dans le Code civil: les dispositions sur l'arbitrage », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 693, spéc. n° 56.

(84) Ph. FOUCHARD, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *op. cit.*, spéc. n° 29; Ch. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire », *op. cit.*, spéc. n° 17; E. LOQUIN, « Législation: les métamorphoses de la clause compromissoire », *op. cit.*, spéc. pp. 646-647; Th. CLAY, « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *op. cit.*; M.-Cl. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », *op. cit.*; L. DEGOS, « Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire », *op. cit.*, spéc. p. 655; J.-M. OLIVIER, « Arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. pp. 56-57.

(85) *JO* déb. Sénat, 12 oct. 2000 (discussion de l'amendement n° 353). Sur ce point, cf. Ph. FOUCHARD, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *op. cit.*, spéc. n° 11; Ch. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire », *op. cit.*, spéc. n° 12-13; B. MOREAU et L. DEGOS, « La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée », *op. cit.*, spéc. p. 9; Th. CLAY: « Une erreur de codification dans le Code civil: les dispositions sur l'arbitrage », *op. cit.*, spéc. n° 51.

65. Quant au fait que l'article L. 1411-4 du Code du travail répute non écrite toute convention contraire, cela concerne les éventuelles dérogations à la compétence de la juridiction prud'homale, et non pas à la validité de la clause compromissoire.

Aussi doit-on considérer que, même si, au plan pratique, cela ne change rien, formellement, l'article L. 1411-4 du Code du travail n'entre pas dans les cas de dérogation de l'article 2061 du Code civil. Il y a d'ailleurs là une piste intéressante à creuser dans la perspective d'une harmonisation du régime des clauses compromissoires en matière interne et internationale (86).

## B — LES VRAIS ARBITRAGES DANS LES CONFLITS INTERNATIONAUX DU TRAVAIL

66. Lorsqu'il s'internationalise, le contrat de travail s'émancipe aussi d'une partie de la législation impérative qui l'enserme en droit interne. Ainsi est-il admis que le contrat international de travail peut contenir des clauses de compétence différentes, plus souples, que celles du contrat interne de travail (87). Qu'en est-il de cette clause de compétence particulière qu'est la convention d'arbitrage ?

67. Si celle-ci prend la forme d'un compromis, les règles permissives exposées ci-dessus pour le compromis interne sont *a fortiori* transposables au compromis international, même si celui-ci est relativement rare en pratique.

68. Si la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire, la question est plus délicate car il s'agit de savoir si l'internationalité de l'opération peut permettre de surmonter l'inefficacité de la clause compromissoire en matière interne. Lorsque la question s'est posée à la Cour de cassation, la solution ne s'est pas imposée d'elle-même. Dans un premier temps, s'appuyant sur la compétence prétendument exclusive de la juridiction prud'homale, la Cour de cassation a refusé les clauses compromissoires dans les contrats internationaux de travail (88). Elle fut même rejointe par une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI qui

avait annulé une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail soumis à la loi française (89).

Mais l'arrêt rendu le 5 novembre 1984 validant le compromis d'arbitrage pouvait peut-être faire revirer la jurisprudence (90). Il n'en fut rien, et deux mois après cette décision importante, la même chambre de la Cour de cassation annulait une clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail, soumis à la loi française (91). Elle suivait en cela un raisonnement conflictualiste, par lequel elle retenait l'application de la loi française, ce qui revenait à écarter une règle matérielle qui aurait pourtant pu être retenue dans une affaire internationale.

69. Ce raisonnement conflictualiste n'était pas appelé à perdurer pour au moins trois raisons : premièrement, il heurtait la philosophie même de l'arbitrage international qui n'existe que dans le dépassement des particularismes nationaux, incarnés dans les lois nationales, au profit de règles matérielles.

70. Deuxièmement, cette jurisprudence s'est trouvée en contradiction avec la levée, en 1989, de la réserve de commercialité par la France pour l'application de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales (92). Dès lors que la commercialité de l'opération n'était plus une condition ni de validité, ni de reconnaissance des sentences arbitrales internationales, rien ne s'opposait plus à ce que l'arbitrage puisse devenir une autre voie de résolution des litiges internationaux du travail (93). D'ailleurs, dès que l'occasion lui en fut donnée, la jurisprudence admit la validité d'une clause compromissoire incluse dans une promesse de contrat international de travail au nom précisément de cette levée de la réserve de commercialité (94).

71. Troisièmement, et surtout, alors que l'arbitrage interne sombrait dans les méandres de l'application de l'article 2061 du Code civil, dans sa rédaction de 1972, l'arbitrage international s'émancipait progressivement de cette encombrante tutelle pour parvenir par poser, dans les célèbres arrêts *Dalico* (95), puis *Zanzi* (96), qu'il n'était pas soumis aux règles internes.

(86) Cf. *infra*, conclusion.

(87) Cass. soc., 30 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 41; *RJS* 1991/11, p. 618 (2<sup>ème</sup> esp.), note J. DÉPREZ; *Les grands arrêts de droit du travail*, op. cit., spéc. n° 25, obs. J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS. Sur la question, cf. P. MAYER, « Les clauses relatives à la compétence internationale, insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*. Litec, 1990, p. 263; J. DÉPREZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », op. cit.

(88) Cass. soc., 9 déc. 1960, *Bull. civ. IV*, n° 1164; *JCP* 1961.II.12029, note M. SIMON-DEPITRE; Cass. soc., 25 mai 1977, *Bull. civ. V*, n° 338; *RCDIP* 1978.701, note A. LYON-CAEN; *D.* 1978.IR.385, obs. J. PÉLISSIER.

(89) Sent. arb. CCI n° 2558 de 1976, *Clunet* 1977.952, obs. Y. DERAÏNS; publiée aussi in *Rec. Sent. arb. CCI*, tome 1<sup>er</sup>, p. 306.

(90) Cass. soc., 5 nov. 1984, préc.

(91) Cass. soc., 12 févr. 1985, *Bull. civ. V*, n° 97; *Rev. arb.* 1986.47 (2<sup>ème</sup> esp.), note M.-A. MOREAU-BOURLÈS; *RCDIP* 1986.469, note M.-L. NIBOYET-HOEGY; *D.* 1985.IR.456, obs. A. LYON-CAEN.

(92) Ph. FOUCHARD, « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », *Rev. arb.* 1990.571; publié aussi in Ph. FOUCHARD: *Écrits. Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*. Éditions du Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 407.

(93) Ph. FOUCHARD, « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », op. cit., spéc. p. 411; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., spéc. n° 124.

(94) Grenoble 13 septembre 1993, *Rev. arb.* 1994.337, note M.-A. MOREAU.

(95) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 déc. 1993, *Bull. civ. I*, n° 372; *Clunet* 1994.432, note E. GAILLARD; *Clunet* 1994.690, note E. LOQUIN; *RCDIP* 1994.663, note P. MAYER; *Rev. arb.* 1994.116, note H. GAUDEMET-TALLON.

(96) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 2; *Rev. arb.* 1999.260, note Ph. FOUCHARD; *RCDIP* 1999.546, note D. BUREAU; *Clunet* 1999.784, note S. POILLOT-PERUZ-ZETTO; *RTD com.* 1999.380, obs. E. LOQUIN; *RGDP* 1999.409, obs. M.CI. RIVIER; *Dr. & Patrim.* 2000.2514, obs. P. MOUSSERON; *D. Aff.* 1999.474, note X. DELPECH; *RDAl* 1999.823, obs. Ch. IMHOOS; *RJDA* 1999.360; *Gaz. Pal.*, 13-14 oct. 2000, p. 10, obs. E. du RUSQUEC.

72. Un mois après l'arrêt *Zanzi*, le pas fut logiquement franchi: la chambre sociale de la Cour de cassation admit solennellement la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail (97). Cette solution fut réitérée en 1999 (98), en 2001 pour un contrat international de travail s'exécutant à l'étranger (99) et en 2005 (100), si bien que plus personne ne conteste qu'elle constitue le droit positif.

73. Néanmoins, pour continuer à protéger le salarié, la Cour de cassation décida que la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail était, quoique valable, inopposable au salarié. En d'autres termes, elle offre au salarié une véritable option de compétences qui lui permet de saisir soit la juridiction arbitrale, soit la juridiction étatique, ou, inversement d'accepter d'être attiré devant l'une ou l'autre. C'est naturellement une option dont ne bénéficie pas l'employeur auquel la clause compromissoire est toujours opposable. Ce mécanisme inégal a fait dire à la doctrine autorisée qu'il s'agissait là d'un arbitrage unilatéral du type de celui que l'on trouve dans les traités bilatéraux d'investissement (101).

74. C'est en réalité en s'appuyant sur l'ancien article R. 517-1, alinéa 3, du Code du travail (abrogé par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008) qui prévoyait que le salarié pouvait toujours saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'employeur était établi que la Cour de cassation était parvenue à cette solution. Ce déséquilibre entre l'employeur et l'employé, parfaitement légitime en ce qu'il permet au salarié de bénéficier de la clause compromissoire que s'il le souhaite vraiment une fois le litige né, peut juridiquement s'analyser comme une loi de police, même si la Cour de cassation ne l'avoue pas expressément (102). Il n'y a en effet que si la compétence prud'homale est une loi de police que l'on peut comprendre que celle-ci puisse défaire la clause compromissoire. Ce n'est donc pas la loi applicable au contrat qui décide de l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié (103). « *Solution subtile* », d'après le Professeur Christophe Seraglini (104), qui doit même « *bénéficier d'un jugement de*

*valeur a priori favorable* » (105), écrit-il ailleurs. Le choix d'une loi de police se lit entre les lignes de la formule employée systématiquement par la Cour de cassation lorsqu'elle énonce que la loi applicable au contrat de travail n'importe pas: « *La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* » (106).

La cour d'appel de Paris avait cependant été plus explicite en 1995 lorsque, confrontée à une clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail, elle avait fait référence aux « *règles impératives du droit français condamnant l'introduction d'une clause compromissoire dans un contrat de travail (...), dû-t-il posséder un caractère international* » (107).

75. Pourtant, la sanction de l'inopposabilité peut surprendre. On trouve une explication de ce choix dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 1999, dans lequel la Haute Juridiction s'exprime en ces termes: « *Le caractère international du contrat de travail ne supprime pas l'inégalité de la situation des parties inhérente au lien de subordination et, corrélativement, ne rend pas inutile une protection du salarié* ». Aussi, loin d'affaiblir la clause compromissoire, et contrairement à ce que l'on croit trop souvent, cette jurisprudence renforce-t-elle au contraire l'efficacité de la clause compromissoire en lui permettant de produire éventuellement ses effets malgré des dispositions législatives plusieurs fois contraires. L'employé a donc le pouvoir, que ne partage pas son employeur, de mettre en œuvre une clause privée d'effet par la loi.

76. Au plan purement juridique, le choix prétorien de l'inopposabilité comme sanction est difficile à analyser. On sait bien que la différence principale entre la nullité et l'inopposabilité est que la première s'attache aux contractants alors que la seconde concerne les tiers. Comme l'a écrit le doyen Jean Carbonnier, « *l'inopposabilité (...) est une inefficacité de l'acte à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable*

(97) Cass. soc., 16 févr. 1999, *Bull. civ.*, V, n° 78; rapport Cour de cassation 1999, p. 328; *Rev. arb.*, 1999.290 (1<sup>ère</sup> esp.), note M.-A. MOREAU; *RCDIP*, 1999.745, 1<sup>ère</sup> esp., note F. JAULT-SESEKE; *JCP*, éd. E, 1999.1685, note Ph. COURSIER; *JCP*, éd. E, 1999.748, obs. F. TAQUET; *Gaz. Pal.*, 2000.1. Somm. 699 (1<sup>ère</sup> esp.), obs. M.-L. NIBOYET; *PA*, 2000, n° 158, p. 4 (1<sup>ère</sup> esp.), obs. F. JAULT; *Dr. & Patrim.*, 1999.2390, obs. P.-H. ANTONMATTEI; *TPS*, 1999.214, obs. B. BOUBLI; *Les grands arrêts de droit du travail, op. cit.*, spéc. n° 26, obs. J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS.

(98) Cass. soc., 4 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n° 191; *Rev. arb.*, 1999.290 (2<sup>ème</sup> esp.), note M.-A. MOREAU; *Gaz. Pal.*, 2000.1. Somm. 699 (2<sup>ème</sup> esp.), préc.; *RCDIP*, 1999.745, 2<sup>ème</sup> esp., préc.; *PA*, 2000, n° 158, p. 4 (2<sup>ème</sup> esp.), obs. F. JAULT; *JCP*, 2000, II, 10337, note D. AMMAR; *TPS*, 1999.376, obs. B. BOUBLI.

(99) Cass. soc., 9 oct. 2001, *Bull. civ.*, V, n° 312; *Rev. arb.*, 2002.347, note Th. CLAY; *PA* 2002, n° 242, p. 19, obs. F. JAULT; *TPS* 2002.30, obs. Ph. COURSIER; *Dr. soc.* 2002.122, note M.-A. MOREAU; *D.* 2001.IR.3170, obs. C. DECHRISTÉ.

(100) Cass. soc., 28 juin 2005, *Bull. civ.*, V, n° 216; *RCDIP* 2006.159, note F. JAULT-SESEKE; *JCP* 2005.I.179 § 2, obs. J. BÉGUIN; *D.* 2005. *Panor.* 3052, obs. Th. CLAY; *D.* 2007.

*Panor.* 118, obs. H. KENFACK; *Clunet* 2006.616, obs. S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ; *D.* 2005.IR.2035.

(101) W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Thèse Paris II, sous la dir. de Ph. Fouchard, dact., soutenue le 24 juin 2003, spéc. n° 18.

(102) En ce sens, cf. Chr. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préface de P. Mayer. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 10, 2001, spéc. n° 790 et 1102-1105.

(103) *Lamy social Groupes*, n° 502-35.

(104) Chr. SERAGLINI in J. Béguin et M. Menjucq (sous la dir. de), *Droit du commerce international*. LexisNexis, coll. Traités, spéc. n° 2519.

(105) Chr. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale, op. cit.*, spéc. n° 1105.

(106) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 janv. 1999, préc.; Cass. soc., 16 févr. 1999, préc.; Cass. soc., 9 oct. 2001, préc.

(107) Paris, 24 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996.259, note J.-M. TALAU. Sur tous ces points, cf. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit.*, spéc. n° 119-130.

entre les parties » (108). Or, dans un contrat de travail, l'employé n'est évidemment pas tiers à l'acte. La sanction appropriée pourrait donc bien être la nullité. On aurait pu alors penser à appliquer une nullité relative, qui aurait eu sensiblement les mêmes effets que l'inopposabilité, puisque la personne protégée par la règle de nullité peut y renoncer.

Mais on se serait alors heurté au principe de validité de la clause compromissoire affirmé par l'arrêt *Zanzi* (109). La seule solution est donc de se placer sur le terrain de l'inefficacité, à la condition qu'un texte le prévoit. Tel est le cas des articles posant la compétence exclusive des conseils de prud'hommes pour les conflits individuels nés d'un contrat de travail dont on a montré ci-dessus qu'ils ne posaient qu'une inefficacité de la clause compromissoire interne, et non pas une nullité (110). Applicables en matière interne, ces dispositions peuvent être étendues à l'arbitrage international pour en faire profiter celui que la *ratio legis* de ces dispositions entend protéger : la partie faible du contrat de travail, l'employé.

77. On comprend dès lors mieux pourquoi la Cour de cassation choisit de qualifier la sanction d'« inopposabilité » : tel est bien l'effet d'une clause réputée non écrite. Il ne s'agit plus de l'inopposabilité à l'égard des tiers (celle qui se différencie de la nullité), mais de l'inopposabilité au sens générique, c'est-à-dire celle d'un acte dont certains effets sont neutralisés, y compris à l'égard des parties à l'acte (111). Le choix des mots devient alors plus cohérent.

78. Allant plus loin, on pourrait même se demander si le conseil de prud'hommes ne devrait pas se déclarer incompétent pour statuer sur un litige relatif à un contrat de travail contenant une clause compromissoire. En effet, le principe compétence-compétence de l'arbitre impose que celui-ci statue par priorité sur sa propre compétence, à moins que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle ou inapplicable et que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué.

Or une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail ne peut jamais être manifestement nulle du seul fait précisément qu'elle est valable en matière internationale, et seulement inefficace en matière interne. Il convient donc de commencer par qualifier le caractère interne ou international du contrat, ce qui n'est pas toujours très aisé et ne relève nullement de l'appréciation manifeste. D'autant que le critère de distinction est assez souple en faveur de l'arbitrage international (art. 1492 CPC), et qu'on se retrouve très facilement dans son giron.

79. À cette question, qui n'a jamais été posée aux tribunaux à notre connaissance, il n'existe que deux réponses possibles, toutes deux mauvaises : soit l'on

considère que la protection légitime du salarié l'emporte sur le principe compétence-compétence de l'arbitre, malgré le caractère décisif de ce principe pour l'existence même de l'arbitrage ; soit on renonce à cette protection du salarié, au moins temporairement jusqu'à ce que l'arbitre se déclare incompétent, ce qui est tout de même gênant, et surtout inutile si l'on se contente de constituer le tribunal arbitral simplement pour entendre le salarié renoncer à l'arbitrage comme il en a le droit.

La coordination des différentes règles pose manifestement ici une difficulté. Il reste que, entre ces deux maux, on pourrait sans doute choisir le premier, en se fondant à nouveau sur le caractère de loi de police de la compétence prud'homale, suffisante, dans ces circonstances, pour contourner le principe compétence-compétence.

80. De l'ensemble des développements qui précèdent, on doit déduire que, contrairement à une idée reçue, les litiges du travail sont tout à fait arbitrables. Traditionnellement l'arbitrabilité, que l'on définit comme « l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage » (112), peut avoir trois causes : une autre compétence exclusive, l'indisponibilité des droits et le caractère non patrimonial du litige (113). Or on a bien vu que, pour ce qui concerne le contrat de travail, il n'y a ni compétence exclusive, ni indisponibilité des droits, et que le litige a forcément un caractère patrimonial. Il n'existe donc aucune inarbitrabilité par nature des litiges du travail.

Est-il possible d'aller encore plus loin ? C'est la question que pose le rapport *Barthélémy-Cette*.

## CONCLUSION EN FORME D'OUVERTURE ET DE PROPOSITION

81. Les développements qui précèdent ont permis de constater que, comme l'avaient écrit Robert Plaisant et Henri Motulsky dès 1956, « le litige individuel du travail n'est pas congénitalement réfractaire à l'arbitrage » (114). Et deux ans plus tard, c'était au tour du Professeur Pierre Hébraud d'affirmer à juste titre que « le contrat de travail n'est pas une matière soustraite, entièrement et par nature, à l'arbitrage » (115). Il n'existe donc aucune antinomie entre l'arbitrage et le droit du travail.

82. Mieux : on pourrait même se demander si l'arbitrage ne devrait pas être une justice normale pour résoudre les conflits du travail. Car, en définitive, qu'a-t-on observé au cours de cette étude ? Dans la plupart des hypothèses, les conflits du travail sont parfaitement arbitrables. Ils le sont par compromis, interne ou international, et par clause compromissoire internationale si

(108) J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, spéc. vol. 2, n° 1024.

(109) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 janv. 1999, préc.

(110) Cf. *supra*, n° 64.

(111) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>ème</sup> éd., 2007, V° Inopposable.

(112) B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, spéc. n° 154.

(113) B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 142-161.

(114) R. PLAISANT et H. MOTULSKY : « L'arbitrage et les conflits du travail », *op. cit.*, spéc. n° 4.

(115) P. HÉBRAUD, « Domaine de l'arbitrage et de la clause compromissoire. Matières civiles ; actes mixtes et contrat de travail », obs. sous Cass. soc., 7 févr. 1958, *RTD civ.* 1958.663, spéc. p. 664.

le salarié ne s'y oppose pas. On peut donc conclure que les litiges du travail peuvent être soumis à un tribunal arbitral dans tous les cas, à l'exception d'un seul: celui du contrat interne de travail lorsque la clause compromissoire n'est pas prolongée par un compromis. En somme, sur les quatre possibilités (compromis, clause compromissoire, à chaque fois interne et international), seule la clause compromissoire interne est inefficace. Elle fait donc figure d'exception.

83. À la réflexion, ce n'est guère étonnant car non seulement le litige du travail s'épanouit idéalement dans l'arbitrage, mais en plus il assure à chaque fois la protection du salarié qui peut s'y opposer s'il y voit, à tort ou à raison, un danger ou un inconvénient.

84. Au contraire, l'arbitrage peut présenter un certain nombre d'avantages pour le salarié, notamment celui qui ne tient pas à ce que son salaire soit exposé devant le conseil de prud'hommes. C'est le cas des cadres qui quittent leur entreprise, ces fameuses « sorties de cadre » qui peuvent trouver leur issue contentieuse idéale par la voie de l'arbitrage. Et ce qui est vrai pour les cadres l'est *a fortiori* pour les dirigeants. Il est d'ailleurs intéressant de noter que même les tenants d'un ordre public dur, sont favorables à l'arbitrabilité des contrats de travail pour les dirigeants (116). Mais il existe toute une frange de salariés, qui ne sont ni cadres ni dirigeants qui ont eux aussi tout à gagner à obtenir une décision définitive, rapide et confidentielle. Refuser par principe l'arbitrage des conflits du travail au motif que cela pourrait défavoriser les salariés traduit une méconnaissance de l'arbitrage et peut se révéler contre-productif pour le salarié lui-même.

85. C'est ce qu'a bien compris le rapport *Barthélémy-Cette* qui défend et promeut l'arbitrage comme mode de résolution normal des litiges du travail. Il fait ainsi œuvre utile et lève un tabou, encore très ancré dans l'opinion de nombreux habitués des conseils de prud'hommes. Il convient donc de saluer cette avancée. D'autant que le rapport ne limite pas l'arbitrabilité des litiges à certaines catégories de personnes; il énonce bien que l'arbitrage serait opportun pour tous les employés, sans aucune restriction. Et l'on ne voit pas en effet pourquoi il faudrait priver de recours à l'arbitrage certains salariés, dès lors qu'ils y sont favorables et qu'ils l'expriment après la naissance du litige.

86. Mieux encore, le rapport *Barthélémy-Cette* va jusqu'à prétendre que si l'arbitrage des litiges liés à l'exécution du contrat de travail était possible, cela diminuerait de manière sensible le nombre de licenciements car une partie d'entre eux a pour origine la dégradation des rapports de travail liés à l'impossibilité de régler les différends relatifs à l'exécution du contrat.

87. Cependant, au delà de cette appréciation positive d'ensemble sur le rapport *Barthélémy-Cette*, il est permis de formuler quelques remarques plus nuancées sur des points particuliers qui font ressortir un modèle

d'arbitrage s'écartant du modèle existant. En effet, plutôt que d'aller au bout de sa propre logique, le rapport préfère proposer un nouveau modèle d'arbitrage, ni vrai ni faux, poursuivant dans la série de l'hybridation des figures existantes et compliquant inutilement le droit positif. Cela se constate à trois niveaux: pour la convention d'arbitrage, pour la composition des tribunaux arbitraux et pour les voies de recours.

88. Premièrement, en ce qui concerne la convention d'arbitrage, le rapport *Barthélémy-Cette* recommande que les clauses d'arbitrage soient conclues, non pas individuellement, mais par convention de branche (comme le prévoit d'ailleurs déjà l'article D. 2261-2-6° du Code du travail), voire par « accord d'entreprise ». Le fondement d'une telle recommandation surprend en ce qu'il semble aller à l'encontre de la logique générale du rapport *Barthélémy-Cette* qui, au contraire, promeut le modèle contractuel plutôt que le modèle imposé ou réglementaire, ainsi que l'a lui-même écrit Jacques Barthélémy ailleurs (117). Cette liberté, qui semble être le guide des mesures proposées dans l'ensemble du rapport, serait soudainement bridée pour la clause de litige. On ne comprend pas pourquoi, d'autant qu'on pourrait plutôt penser que sur le choix du mode de résolution du litige, il convient de laisser le maximum de liberté aux principaux intéressés.

89. Deuxièmement, en ce qui concerne la composition des tribunaux arbitraux, c'est une formule autoritaire qui est retenue, afin d'imposer un paritarisme (118). Il s'agit là d'une atteinte tellement directe au libre choix des arbitres qu'elle va jusqu'à dénaturer la notion même d'arbitrage. Ainsi qu'on l'a déjà relevé: il n'y a pas d'arbitrage sans libre choix de l'arbitre. Cette proposition illustre la difficulté à abandonner le modèle du conseil de prud'hommes. Car si l'arbitrage ici proposé n'a finalement pour conséquences que de reproduire le modèle de la juridiction prud'homale, autant ne rien changer.

90. Enfin, troisièmement, en ce qui concerne les voies de recours, le rapport *Barthélémy-Cette* voudrait déroger au droit commun de l'arbitrage en autorisant systématiquement l'appel. Là encore, il s'agit d'une mesure restrictive de la liberté des parties, qui ne se justifie pas plus pour les conflits du travail que pour tous les autres conflits. Mais surtout, si l'on sait bien qu'en droit positif l'appel d'une sentence arbitrale est possible en matière interne, dès lors que les parties le veulent, il est interdit en matière internationale. Cette proposition est donc impossible à articuler avec le droit positif de l'arbitrage, sauf à considérer que la voie de l'appel est obligatoire contre sentence arbitrale interne rendue à l'occasion d'un litige du travail, et interdite dans tous les autres cas. Ce serait non seulement compliquer les choses à outrance, mais aussi aller à l'encontre de la philosophie de l'arbitrage international qui se veut détaché de toute juridiction étatique. C'est pourquoi l'appel n'y est pas ouvert.

(116) J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., spéc. n° 128.

(117) J. BARTHÉLÉMY, « Un autre droit du travail est possible. Il repose sur une place plus importante laissée au contrat... (...) Une conception plus contractuelle, moins réglemen-

taire, irrigue de plus en plus le droit positif, au fur et à mesure de l'évolution des mentalités » (« L'arbitrage, avenir du droit du travail? », Arch. philo du droit, vol. 52, 2009, p. 283, spéc. p. 284).

(118) En ce sens, cf. aussi J. BARTHÉLÉMY, « L'arbitrage, avenir du droit du travail? », op. cit., spéc. p. 286.

91. Au final, si le rapport *Barthélémy-Cette* doit être encouragé en ce qu'il ouvre la voie d'un recours plus systématique à l'arbitrage dans les conflits du travail, cela ne doit pas se faire au prix d'une dénaturation du modèle de l'arbitrage qui est unique. Toute hybridation du modèle le fragiliserait, surtout après celle qui vient d'être opérée par le tribunal des conflits pour les arbitrages internationaux relatifs à un contrat administratif (119). Le développement de l'arbitrage en droit du travail doit se faire en respectant la logique intrinsèque de ce mode de résolution des litiges, à savoir que sa légitimité ne repose que sur le fait qu'il est voulu par les principaux concernés: les litigants.

92. Dès lors, partant du principe que l'arbitrage peut être bénéfique aussi bien pour l'employeur que pour l'employé, et s'appuyant sur la logique défendue par le rapport *Barthélémy-Cette*, pourquoi ne pas chercher une solution plus simple consistant à appliquer plus généralement le droit positif à tous les contrats de travail?

93. Puisque la prétendue compétence exclusive du conseil de prud'hommes en matière de contrat de travail est tout sauf exclusive, puisque la faiblesse de l'employé n'est pas menacée par un contrat de procédure, puisque le risque d'imposer au salarié une clause dont il ne veut pas est nul dès lors qu'il peut s'opposer à sa mise en œuvre une fois le litige né, puisque la rédaction déficiente de l'article 2061 du Code civil à la fois en elle-même et dans sa coordination avec l'article L. 1411-4 du Code du travail le permettrait, pourquoi ne pas étendre le régime de la clause compromissoire internationale au contrat interne de travail? Pourquoi ne pas permettre au salarié d'avoir le choix une fois le litige né, même en matière interne? Pourquoi ne pas offrir à l'employé une option de compétences, véritable abondance de biens? Il suffirait de supprimer la dernière phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 1411-4 du Code du travail qui interdit les clauses dérogatoires à la compétence du conseil de prud'hommes. Ce serait tellement simple.

94. Autant la clause compromissoire ne doit jamais pouvoir être imposée au salarié qui n'en veut pas, autant il n'y a aucune logique à ne pas permettre au salarié qui le décide de recourir à l'arbitrage une fois le litige né. En validant les clauses compromissoires dans les contrats internes, tout en maintenant leur inopposabilité au salarié qui la rejette, on favoriserait l'harmonie des solutions. Car s'il est exact qu'un salarié pourra toujours accepter un compromis après la rupture du contrat de travail, on sait bien qu'il est beaucoup plus difficile de s'accorder sur un compromis d'arbitrage une fois le litige né que de ne pas s'opposer à la mise en œuvre d'une clause compromissoire préalablement conclue.

Il n'existe, nous semble-t-il, aucune raison logique de ne pas adopter la même solution pour le contrat interne et international de travail.

95. Et si cette solution devait être acceptée, on n'aurait plus qu'à l'étendre à toutes les parties faibles, et notamment aux consommateurs qui souffrent actuellement d'un droit positif bigarré. On sait que la clause compromissoire est nulle dans le contrat interne de consommation, même si là encore, la lettre de l'article 2061 nouveau n'est pas à l'abri des critiques (120). Et l'on sait aussi que de manière inexplicable, la clause compromissoire est valable dans un contrat international de consommation, même si le consommateur doit saisir un centre d'arbitrage à l'étranger pour faire valoir ses droits contre une entreprise étrangère (121).

Ne serait-il pas de bonne politique législative de laisser aussi le choix au consommateur, tant en matière interne qu'internationale: validité de la clause, mais inopposabilité à la partie faible du contrat? La solution retenue pour le contrat international de travail influerait ainsi non seulement sur le contrat interne de travail, mais aussi sur le contrat de consommation, tant interne qu'international. Toutes les solutions seraient ainsi harmonisées et chacun saurait à quoi s'en tenir ■

(119) Tr. conflits, 17 mai 2010 (*Inserm*), *JCP* 2010.552, note Th. CLAY; *JCP* 2010.557, obs. E. GAILLARD; *D.* 2010.Act.1359, obs. X. DELPECH; *Rev. arb.* 2010, note M. AUDIT; *Paris Journ. of Intern. Arb.* 2010, note J. ORTSCHIEDT.

(120) Th. CLAY, « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture », *op. cit.* spéc. p. 42; « Une erreur de codification dans le Code civil: les dispositions sur l'arbitrage », *op. cit.* spéc. n° 55-57.

(121) Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1997 (1<sup>ère</sup> décision), *Bull. civ.* I, n° 159; *RCDIP* 1998.87, note crit. V. HEUZÉ; *RTD com.* 1998.330,

obs. J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN; *New York Law Journ.*, 4 déc. 1997, obs. E. GAILLARD; *Dr. & Patrim.* 1997.1800, obs. P. LAROCHE de ROUSSANE; *RGDP* 1998.156, obs. M.-Cl. RIVIER; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1997 (2<sup>ème</sup> décision, identique), *Rev. arb.* 1997.537, note E. GAILLARD; *Clunet* 1998.969 (1<sup>ère</sup> esp.), note S. POILLOT-PERUZZETTO; *New York Law Journ.*, préc.; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 mars 2004, *Bull. civ.* I, n° 97; *Rev. arb.* 2005.115 (1<sup>ère</sup> esp.), note X. BOUCOBZA; *D.* 2004.2458, note I. NAJJAR; *D.* 2005. *Panor.* 3053, obs. Th. CLAY; *JCP* 2005.I.134 § 3, obs. Ch. SERAGLINI.