
L'ARBITRAGE DES CONFLITS DU TRAVAIL

Par Thomas Clay



L'ARBITRAGE DES CONFLITS DU TRAVAIL

Par Thomas Clay,

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Vice-président du Centre National d'Arbitrage du Travail

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 tournait donc nécessairement à la confrontation tonique, pour ne pas dire conflictuelle — ce qui a déjà pu être observé⁹.

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'équilibre 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 »*¹⁰ ». Et 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*¹¹ ».
3. Or s'il est exact que l'arbitrage a pu avoir mauvaise réputation auprès de tous ceux qui étaient considérés comme des contractants faibles, ce n'est plus le cas depuis un important travail doctrinal qui a montré que l'arbitrage pouvait

9. 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 (dir.) : « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, n° 104, p. 52 ; 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 Boisséson : *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^e éd. avec la coll. de B. Moreau, 1993, spéc. n° 48-56 ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt : *Droit de l'arbitrage interne et international*. LGDJ, coll. Domat – droit privé, 2013, spéc. n° 135 et 652 ; E. Loquin : *L'arbitrage du commerce international*. Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2015, spéc. n° 111 ; E. Loquin : « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitrable », *Juris-Cl. procédure civile*, fasc. 1024 [avr. 2016], spéc. n° 106-111 ; B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *Rec. Cours Acad. dr. intern. La Haye*, tome n° 296, 2003, p. 27, spéc. n° 369-375 ; Th. Clay : « L'arbitrage, justice du travail », in M. Keller (dir.) : *Procès du travail*. Travail du procès. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 99. ; Th. Clay : « *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?*, *Droit social*, septembre-octobre 2010, p. 930 [une partie de cet article est reprise et actualisée ici] ; M. Danis : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI^e siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2017.59. 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, dir. Th. Clay, soutenue le 16 sept. 2008, dact.

10. R. Plaisant et H. Motulsky : « *L'arbitrage et les conflits du travail* », op. cit., spéc. n° 1.

11. J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., spéc. n° 119.

au contraire être très favorable aux parties faibles¹², au point, parfois d'ajuster le régime juridique de la clause compromissoire¹³.

C'est d'ailleurs ce qui s'est produit avec la réforme de l'article 2061 du Code civil par la loi dite « Justice du 21^e siècle », laquelle a validé l'arbitrage dans tous les contrats dont les parties ont la libre disposition de leurs droits, et n'a posé qu'une seule limite : pour le contrat de consommation, le consommateur a la faculté de se voir déclarer inopposable la clause compromissoire une fois le litige né. En d'autres termes, il bénéficie d'une option de compétence dont le professionnel ne jouit pas.

4. Cette mauvaise réputation était donc infondée, et une imbrication harmonieuse du droit du travail et de l'arbitrage est possible. C'est ce qu'avait bien montré en son temps le rapport rendu par Messieurs Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, sous l'égide du Conseil d'Analyse Economique¹⁴, reprenant en quelque sorte l'opinion du Professeur Jean Déprez selon lequel le barrage à l'arbitrage « *traduis[ait] 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 satisfont le souci de protection du salarié. (...) Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'Etat 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* »¹⁵.
5. 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 processuel¹⁶. 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.

12. 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.

13. M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*. Préface de Th. Clay. Economica, coll. Recherches juridiques, 2013.

14. *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*. Rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette pour le Conseil d'Analyse Economique. Commentaires de P. Cahuc et J.-P. Fitoussi. La documentation française, 2010. Sur ce point cf. Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette », op. cit.

15. J. Déprez : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *RDAI* 1990.833, spéc. n° 12.

16. 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. p. 65-68 ; "Clauses relatives aux litiges", *Juris-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 500 [2017] ; "Les accords de la juridiction dans le procès", in P. Ancel et M.-Cl. Rivier (dir.) : *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 (dir.) : "Le contrat : questions d'actualité", PA 2000, n° 90, p. 30 ; "Une justice contractuelle, l'autre", in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XX^e siècle*. LGDJ, 2001, p. 177. Adde L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. LexisNexis, coll. Manuels, 9^e éd., 2017, spéc. n° 391-404 ; E. Loquin : « Clauses dissuasives des litiges », *Juris-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 135 [juin 2006, mise à jour par Fr. Leborgne].

La Cour de cassation l'a énoncé avec force dans un arrêt du 1^{er} 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 abusif¹⁷.

6. 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 travail¹⁸.
7. 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 que acceptée comme telle par les litigants à l'origine. Là où le succès de la conciliation et la médiation tient peut-être au caractère négociable de la solution, à la certitude que rien d'inadmissible ne pourra être imposé, l'arbitrage peut faire 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 veuillent ou non.
8. Une autre preuve de ce que les conflits du travail peuvent s'épanouir dans l'arbitrage vient du droit comparé. 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 systèmes de *common law* que de *civil law*.
9. Parmi les premiers, on trouve le droit canadien très favorable à l'arbitrage¹⁹ et le droit anglais qui admet la validité des clauses compromissaires 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 travail²⁰, 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'emploi²¹, 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 la l'égalité des salaires, et sur les législations aussi diverses que le *Federal Employee Polygraph Protection Act*, le *Fair Labor*

17. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} 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.

18. Cf. G. Champagne : *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, op. cit. ; Fr. Favennec-Héry : « Médiation et contentieux du travail » in L. Cadiet (dir.), avec Th. Clay et E. Jeuland (coll.) : *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. A l'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 M.-A. Keller (dir.) : *Procès du travail. Travail du procès*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, vol. 16, 2008, p. 77.

19. 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. p. 45 et s ; D. Nadeau : « Arbitrage et conflits du travail : l'exemple canadien », in L. Vogel (dir.) : *Droit Global Law. La procédure entre tradition et modernité*. Editions Panthéon-Assas, 2010, p. 51.

20. 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.

21. *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).

Standards Act ou *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 ultime²².

10. 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 travail²³.

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^{er}, LDIP)²⁴. 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 conclue²⁵.

En Italie, l'article 806 du Code de procédure civile, a précisément été modifié 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.²⁶

Enfin, le droit belge (art. 1678, al. 2, du Code judiciaire) offre une solution intéressante qui différencie selon que le montant de la rémunération de l'employé est inférieur ou supérieur à 66.441 € et selon la position occupée par l'employé dans l'entreprise (loi du 3 juill. 1978 relative aux contrats de travail, art. 69)²⁷, 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 français²⁸.

11. Qu'en est-il justement en droit français ? Comment celui-ci appréhende 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, l'article L. 6322-62 à propos de l'inspecteur du travail devenant « arbitre » en cas de demande de congé de formation²⁹ 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.

22. E. Courtois-Champenois : « L'arbitrage des litiges en droit du travail... », *op. cit.*, spéc. n° 14.

23. J.-Fr. Poudret et S. Besson : Droit comparé de l'arbitrage international. Bruylant, LGDJ et Schultess, 2002, spéc. n° 366.

24. A. Johnson et I. Wildhaber : « Arbitrating Labor Dispute in Switzerland », *Jour. Intern. Arb.* 2010.631 ; 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.

25. G. Aubert : « L'arbitrage et droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 3-4.

26. Sur le régime antérieur, cf. B. Hanotiau : « L'arbitrabilité », *op. cit.*, spéc. n° 374.

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

28. J.-B. Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public, *op. cit.*, spéc. n° 128.

29. Le Conseil d'Etat 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. gov.* 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.

12. 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 1971³⁰ relatif aux avocats salariés selon lequel « *les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier...* ». Or une telle procédure a peu avoir avec l'arbitrage.
13. Nombreuses sont d'ailleurs les procédures diverses qui existent pour résoudre les conflits du travail. Dans ce kaléidoscope, certaines prennent le nom d'« arbitrage », 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 l'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. On rangera dans cette catégorie l'« arbitrage » du bâtonnier ou celui de la Commission « arbitrale » des journalistes.

De même, l'arbitrage dit collectif ne peut revêtir la qualification d'arbitrage et sera donc exclu de la présente étude³¹ dont l'objet ne porte que sur la possibilité de recourir à l'arbitrage pour trancher les litiges individuels du travail.

14. 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* »³². Et pour qui n'aurait pas bien saisi le sens du mot « exclusivité », 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 dérogation³³, ce qui a été rappelé par la Cour d'appel de Paris³⁴.

Pourtant, la jurisprudence ne l'entend pas ainsi et a validé sans l'ombre d'un doute la clause compromissoire dans le contrat de travail. Elle l'a fait dans une série d'arrêts qui méritent d'être rappelés, ne laissant donc plus que des questions de mise en œuvre de l'arbitrage pour résoudre les conflits du travail. Le rappel de la validité de l'arbitrage des conflits du travail (1) précèdera l'examen sa mise en œuvre (2).

30. 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.

31. Sur la question, cf. J.-M. Olivier : « Arbitrage et droit du travail », *op. cit.* ; Th. Clay : « L'arbitrage, justice du travail », *op. cit.*

32. C'est-à-dire ceux visés à l'alinéa 1^{er} : « *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* ».

33. *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.

34. 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.

1. La validité de l'arbitrage des conflits du travail

On sait que l'arbitrabilité est soumise, en matière interne, aux articles 2059 à 2061 du Code civil. Les deux premiers concernent la faculté de compromettre au sens large, alors que le troisième traite du cas particulier de la clause compromissoire. La faculté de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges individuels du travail s'examine donc de manière générale (A) et spécifique (B).

A. La faculté générale de compromettre

15. 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 »³⁵. Cette mention avait pour conséquence de valider les compromis d'arbitrage et, *a contrario*, d'interdire les clauses compromissoires.
16. 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'homme 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 (...) mes 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 »³⁶. Il est donc très clair que l'on ne saurait déduire de la suppression de l'exception que celle-ci a effectivement disparue. L'intention du législateur a au contraire été de maintenir la validité du compromis d'arbitrage postérieur à la rupture du contrat de travail.
17. C'est d'ailleurs le sens que va prendre la jurisprudence. Dans un 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 »³⁷. Certes, bien que postérieure 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. Néanmoins, tant la jurisprudence

35. 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 Boissésou : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. GLN Joly, 1990, *spéc.* n° 503.

36. *JO Déb.*, AN, 28 janv. 1982, p. 582, et 14 avr. 1982, p. 1054 ; *JO Déb.* Sénat, 7 avr. 1982, p. 934.

37. Cass. soc., 5 nov. 1984, *JCP* 1985.II.20510, note N. S. ; *Rev. arb.* 1986.47 [1re esp.], note M.-A. Moreau-Bourlès.

postérieure³⁸, que la très grande majorité de la doctrine³⁹, ont approuvé cette décision et admis la validité du compromis d'arbitrage une fois le contrat de travail rompu, même si certains auteurs ont pu être réservés⁴⁰.

18. 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, ce qui peut sembler délicat dans un domaine où l'ordre public est très présent, et où les droits sont souvent indisponibles.
19. 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 »⁴¹. En d'autres termes, ce n'est parce que la matière est d'ordre public, même de protection, qu'elle est inarbitrable.
20. 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 l'unit à son employeur. Mais dès que le contrat de travail est rompu, les parties retrouvent la disponibilité de leurs droits et peuvent donc compromettre.

Aussi, l'indisponibilité ne tient-elle pas à la nature des droits (ex. : droit extrapatrimonial 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, souligne bien qu'ils ne sont pas indisponibles par nature, mais en fonction du contexte dans lequel ils sont exercés.

21. 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. La naissance du litige ne suffit en effet pas, encore faut-il que le contrat de travail soit réellement rompu. Par conséquent, pour les litiges nés en cours d'exécution du contrat de travail, il n'y a pas de possibilité de conclure un compromis d'arbitrage, quand bien même l'existence d'un litige préalable est en principe

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

39. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud : *Droit du travail*, *op. cit.*, spéc. n° 1155 ; J. Villebrun et G.-P. Quéant : *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. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spéc. n° 1015 ; M. de Boissésou : *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 », *op. cit.* ; J. Robert : « Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la loi du 6 mai 1982 », *Rev. arb.* 1982.169.

40. S. Guinchard et Fr. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*. Dalloz, coll. Précis-droit privé, 28^e éd., 2006, spéc. n° 1944, note 3 (à partir de la 29^e 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^e éd., 2004, n° 18-26, spéc. p. 82.

41. 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 ; *Con., Con., Con.* 1993.136, note L. Vogel ; *PA* 1995, n° 26, p. 7, note S. Rottman ; 8 *Intern. Arb. Rep.* 7 [1993] ; sur recours rejeté, *Cass. com.*, 14 févr. 1995, *Europe* 1995.146 (4^e 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.

sa seule condition de validité⁴². 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 ce qui est donc plus exigeant que le droit commun.

22. On peut trouver une application technique de cette règle à propos des indemnités versées du fait précisément de la rupture d'un contrat de travail. On sait que la décision des arbitres est en principe fiscalement traitée comme celle des juges judiciaires⁴³. Il y a pourtant un point qui fait parfois difficulté : le régime fiscal des indemnités prononcées par une sentence arbitrale en cas de rupture d'un contrat de travail pour cause réelle et sérieuse. On sait que l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts exonère d'impôt les « indemnités mentionnées à l'article L. 1235-3 du Code du travail », c'est-à-dire celles qui sont prononcées par un « juge » et qui sont désormais enfermées dans un barème⁴⁴. La question s'est donc posée de savoir s'il s'agit là du juge judiciaire ou du juge en général ? Dans le premier cas, les indemnités seraient fiscalisées si elles sont décidées par un arbitre. Dans le second cas, en revanche, elles ne le seraient pas. La nuance est loin d'être uniquement théorique, d'autant que cette défiscalisation s'accompagne d'une exonération 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, finalement de confort ou de complaisance.
23. Néanmoins, rien n'empêche juridiquement de considérer que les tribunaux arbitraux sont bien eux-aussi destinataires de l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts⁴⁵. C'est pourquoi le Conseil d'Etat⁴⁶ puis le Conseil constitutionnel⁴⁷ ont chacun à leur tour validé cette solution.

Se fondant sur les articles du Code de procédure civile qui énoncent que la sentence arbitrale a l'autorité de chose jugée, le Conseil d'Etat en a déduit que le tribunal arbitral est bien un juge, au sens de l'article L. 1235-3 du Code du travail et que cette disposition du Code général des impôts doit donc lui être applicable. Cette solution était attendue et clarifie les choses, même si le Conseil d'Etat a cru devoir ajouter qu'elle ne s'appliquait que lorsque l'arbitre statuait en droit et non pas en équité. Il s'agit bien sûr là d'une erreur car on ne saurait faire dépendre le statut de celui qui juge du fondement de sa décision, alors que l'arbitre est tout autant un juge quand il statue en droit qu'en équité.

C'est d'ailleurs sans s'adonner à une telle distinction que le Conseil constitutionnel s'est prononcé un an plus tard en estimant à son tour que « *les indemnités de licenciement ou de départ volontaire qui, en raison de leur nature, font l'objet d'une exonération totale ou partielle d'impôt sur le revenu (...) ne sauraient, sans instituer une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi, conduire à ce que le bénéficiaire de ces exonérations varie selon que l'indemnité a été allouée en vertu d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction* » (considérant n° 6).

42. J.-B. Racine : *Droit de l'arbitrage*. PUF, coll. Thémis, 2016, spéc. n° 240 ; E. Loquin : « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitral », *op. cit.*, spéc. n° 109.

43. Sur le sujet, cf. Th. Clay : « Les modes alternatifs de règlement des conflits fiscaux », in *Mélanges Philippe Neau-Leduc*, éditions de l'IRJS, à paraître en 2018.

44. Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail [art. 2], *JO* 23 sept. 2017, texte n° 33.

45. Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport *Barthelemy-Cette* ? », *op. cit.*, spéc. n° 57-59. *Contra* : P. Morvan : *Droit de la protection sociale*. LexisNexis, coll. Manuels, 7^e éd., 2015, spéc. n° 577.

46. CE 20 juin 2012, n° 345120 (Min. c. Lavanant), *Rec. Lebon*, p. 728 ; *Droit fiscal* 2012.391 ; D. 2012. *Panor*2993, *obs.* Th. Clay ; *PA* 2013, n° 86, p. 10, note A. E. Gildemeister.

47. *Cons. const.*, 20 septembre 2013, n° 2013-340 QPC, *Dr. fisc.* 2013, n° 43, p. 28, note Ch. de La Mardière ; D. 2013.2949, *obs.* Th. Clay ; D. 2013. 2179 ; *Rev. fr. dr. constit.* 2014.154, *obs.* L. Stankiewicz.

24. L'arbitre est donc l'égal du juge et sa sentence l'égal d'une décision judiciaire pour ce qui est de son traitement fiscal. Cette solution, incontestable au plan des principes, n'en suscitait pas moins quelques inquiétudes en raison du risque de « simulacre de litige » tranché par la voie de l'arbitrage dont la mise en place n'aurait d'autre but que d'éviter la charge fiscale et sociale d'une indemnité de licenciement⁴⁸.

Mais cette crainte n'apparaît pas fondée dès lors que, d'une part, il n'y a pas de raison que les arbitres soient plus perméables à la fraude que les conseillers prud'homaux ; ils devront même être d'une particulière vigilance du fait du risque ici pointé⁴⁹, ce que leur permet le temps dont ils disposent pour se consacrer à leurs tâches. Ils sont en outre comptables personnellement de tout comportement déviants, notamment en cas de complicité de fraude. D'autre part, ainsi que cela a déjà été relevé, les arbitres n'ont pas le choix que de respecter dans leur sentence l'ordre public fiscal⁵⁰, et doivent au surplus veiller attentivement à ne pas se rendre complices de fraude fiscale internationale⁵¹. Il en va de leur responsabilité civile ou pénale.

25. 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 parfaitement être 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 travail⁵². Dans 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 générale de compromettre existe pour résoudre un conflit du travail. Peut-elle emprunter la forme spécifique d'une clause compromissoire ?

B. La faculté spécifique de compromettre

26. 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 énonçait alors 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 en ce qu'elle autorisait la

48. P. Morvan : *Droit de la protection sociale, op. cit., loc. cit.*

49. Th. Clay : *obs. sous CE 20 juin 2012, op. cit.*

50. P. Ancel : « Arbitrage et ordre public fiscal », *op. cit.* ; Th. Clay : « Les modes alternatifs de règlements des conflits fiscaux », *op. cit.* ; *spéc. n°60-61.*

51. J.-B. Racine : « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international », *PA 2010*, n° 201, p. 8.

52. L. Degos : *obs. sous Paris 3 juill. 1997, op. cit.* Sur la notion de juge naturel, cf. Th. Clay : « Juge naturel », in L. Cadet (dir.) : *Dictionnaire de la justice*. PUF, 2004, V° « Juge naturel ».

clause compromissoire dans tous les rapports professionnels, y compris ceux relèvant du droit civil⁵³.

27. En 2016, dans la loi « Justice du 21^e siècle », le législateur est allé encore plus loin transformant à nouveau l'article 20161 qui énonce que : « *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* »⁵⁴.

Avec cette nouvelle rédaction, il a parachevé la révolution de 2001. C'est désormais sur le seul terrain de l'acceptation, et non plus sur celui de la validité, que se place le régime de la clause compromissoire. Ce changement de valeur est particulièrement important⁵⁵. Longtemps, la clause compromissoire n'était examinée qu'au regard de sa validité. Telle était même la dialectique imposée par les deux rédactions antérieures de l'article 2061, qui ont successivement posé une nullité de principe puis une validité de principe. Suivant l'évolution des choses, celle-ci est désormais dépassée par la seule question qui vaille vraiment : est-ce que la clause compromissoire a été véritablement voulue ? En d'autres termes, la clause compromissoire, longtemps suspecte, bénéficie aujourd'hui, comme tous les autres contrats du reste, d'un principe de validité si prégnant qu'il n'est plus utile de l'énoncer. Elle s'éloigne définitivement du halo sulfureux qui l'entourait parfois pour, à l'égale des autres clauses, être présumée valable dès lors que les parties l'ont voulu.

28. Déjà, en 2001, le champ de la validité avait été étendu de la matière commerciale à la matière professionnelle, beaucoup plus large — ce qui avait été relevé jusque dans la grande presse⁵⁶. Aujourd'hui, la question n'est plus de savoir si elle est conclue pour des raisons professionnelles, mais de s'assurer que celui à qui on l'oppose y a bien consentie. Cela étend donc considérablement son champ d'application. Cette nouvelle rédaction constitue un progrès et une marque renouvelée de la *favor arbitrandum* qui innerve tout le droit français⁵⁷.
29. Avec ce changement de paradigme consistant à privilégier le critère de l'acceptation sur celui de la validité, c'est un pan entier de l'activité contractuelle qui pourra être désormais soumis à l'arbitrage, comme l'ont relevé les travaux parlementaires qui ont cité le domaine immobilier, les règlements de

53. Th. Clay (dir.) : "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.

54. Th. Clay : « « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle », *JCP* 2016.1295 ; « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2017.17 ; « La réforme des articles du Code civil sur l'arbitrage en France », *Bull. Assoc. suisse d'arbitrage* 2017.40 ; « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits », *D.* 2016, Panor. 2589 ; Ch. Jarrosson et J.-B. Racine : « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. arb.* 2017.1007 ; J. Pellerin : « Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXI^e siècle : les nouvelles dispositions sur l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, p. 54 ; L. Weiller : « L'arbitrage du XXI^e siècle », *Procédures*, févr. 2017, étude n° 9 ; M. Rubino-Sammartano : « Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l'arbitrage ? », *PA* 2017, n° 27, p. 6 ; D. Mouralis : « Promulgation de la loi Justice XXI : quelle incidence sur l'arbitrage ? », *Newsletter du CMAP*, 28 nov. 2016. Adde P. Berlioz : « La clause compromissoire dans les contrats immobiliers après la réforme de l'article 2061 du Code civil », in *Liber Amicorum. Hommage en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 3.

55. Comp. M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 277 et 434 et s.

56. M.-A. Frison-Roche : « Le droit reconnaît désormais l'activité professionnelle », *Le Monde* 26 févr. 2002, p. 20.

57. L. Bernheim van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préface Th. Clay. Bruylant, 2012, spéc. p. 63 et s.

copropriété, les conventions d'indivision, mais aussi les statuts de sociétés civiles immobilières, ou encore « les nouvelles relations économiques entre particuliers par internet, où des modes simplifiés pourraient permettre à moindre coût le règlement des différends »⁵⁸.

Mieux encore, et c'est un des grands apports de la réforme : tous les contrats civils classiques, et notamment les contrats d'assurance, de bail et plus généralement tous les contrats conclus entre particuliers peuvent désormais recevoir une clause compromissoire. Dès lors qu'elle a été réellement acceptée, la clause compromissoire peut donc figurer dans tous les contrats, sous la seule réserve que les parties aient la libre disposition de leurs droits, ce qui est une limite bien modeste. Ainsi, avec cette réforme, la clause compromissoire n'est plus le privilège des commerçants, des professionnels, des riches, des forts, etc., elle est ouverte à tous. C'est en quelque sorte la consécration de l'arbitrage pour tous.

30. Mais cette extension presque infinie du domaine de la clause compromissoire doit quand même être encadrée lorsque la relation contractuelle est déséquilibrée, ce qui est le cas, on le sait, dans les contrats de consommation et dans les contrats de travail.

L'alinéa 2 du nouvel article 2061 traite spécifiquement du cas du contrat de consommation puisqu'il mentionne que la clause est inopposable au consommateur. Mais rien n'est dit sur le contrat de travail. Alors qu'en est-il ?

La réponse à cette question relève non plus de validité de la clause compromissoire dans le contrat de travail, mais de sa mise en œuvre.

2. La mise en œuvre de l'arbitrage des conflits du travail

Le recours à l'arbitrage pour résoudre les conflits du travail repose sur un fondement juridique désormais solide, même s'il n'est pas interdit de proposer qu'un toilettage législatif intervienne à brève échéance, dont les linéaments seront proposés ici. Mais la pratique de l'arbitrage en droit de travail n'a pas attendu, et elle se développe, notamment sous l'égide du Centre National d'Arbitrage du Travail. La mise en œuvre de ce mode de résolution des conflits du travail se fait donc tant par le droit (A) que par la pratique (B).

A. La mise en œuvre de l'arbitrage des conflits du travail par le droit

32. 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 depuis longtemps que le contrat international de travail⁵⁹ puisse contenir des clauses de compétence différentes, plus souples, que celles du contrat interne de travail. Il n'est donc pas étonnant que la solution ait été étendue à la clause compromissoire, même si cela s'est fait progressivement. En effet, lorsque la question s'est posée à la Cour de cassation, celle-ci, s'appuyant sur la prétendue compétence exclusive de la juridiction prud'homale, a dans un premier temps refusé les clauses compromissoires dans les contrats

58. J.-J. Urvoas : Amendement du Gouvernement n° CL159, 30 avr. 2016, Exposé des motifs.

59. *Cass. soc.*, 30 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 41 ; RJS 1991/11, p. 618 [2e 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.*

internationaux de travail⁶⁰, alors même que le compromis conclu dans un litige international devait bénéficier, *a fortiori*, de la même faveur que le compromis dans un litige interne.

D'ailleurs l'arrêt rendu le 5 novembre 1984 validant le compromis d'arbitrage interne aurait pu faire revirer la jurisprudence sur la clause compromissoire⁶¹. 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. Elle suivait en cela un raisonnement conflictualiste classique par lequel elle retenait l'application de la loi française⁶², ce qui revenait à écarter une règle matérielle qui aurait pourtant pu être retenue dans une affaire internationale.

33. Ce type de raisonnement 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.
34. 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 York⁶³. 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 travail⁶⁴. 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 commercialité⁶⁵.
35. Troisièmement, et surtout, alors que l'arbitrage interne semblait 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*⁶⁶, puis *Zanzi*⁶⁷, qu'il n'était pas soumis aux règles internes.
36. 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

60. *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.

61. *Cass. soc.*, 5 nov. 1984, préc.

62. *Cass. soc.*, 12 févr. 1985, *Bull. civ. V*, n° 97 ; *Rev. arb.* 1986.47 [2e esp.], note M.-A. Moreau-Bourlès ; *RCDIP* 1986.469, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *D.* 1985.IR.456, obs. A. Lyon-Caen.

63. 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.

64. 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.

65. Grenoble 13 sept. 1993, *Rev. arb.* 1994.337, note M.-A. Moreau.

66. *Cass. 1^{re} 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.

67. *Cass. 1^{re} 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-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999.380, obs. E. Loquin ; *RGDP* 1999.409, obs. M.-Cl. 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.

compromissoire insérée dans un contrat international de travail⁶⁸. Cette solution fut réitérée en 1999⁶⁹, en 2001 pour un contrat international de travail s'exécutant à l'étranger⁷⁰, en 2005⁷¹ et en 2008⁷², si bien que plus personne ne conteste qu'elle constitue le droit positif.

- 37.** 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'investissement⁷³.
- 38.** 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 employeur et employé, parfaitement légitime en ce qu'il permet à celui-ci d'actionner la clause compromissoire uniquement 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 expressément⁷⁴. 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. « *Solution subtile* », d'après les Professeurs Denis Mouralis et Christophe Seraglini⁷⁵, qui doit même « *bénéficier d'un jugement de valeur a priori favorable* »⁷⁶, écrit le second 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* »⁷⁷.

68. Cass. soc., 16 févr. 1999, *Bull. civ.*, V, n° 78 ; *Rapport Cour de cassation 1999*, p. 328 ; *Rev. arb.*, 1999.290 (1^{re} esp.), note M.-A. Moreau ; *RCDIP*, 1999.745, 1^{re} 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^{re} esp.), obs. M.-L. Niboyet ; *PA*, 2000, n° 158, p. 4 (1^{re} esp.), obs. F. Jault ; *Dr. & Patrim.*, 1999.2390, obs. P.-H. Antonmattéi ; *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.

69. Cass. soc., 4 mai 1999, *Bull. civ.*, V, n° 191 ; *Rev. arb.*, 1999.290 (2^e esp.), note M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.*, 2000.1.Somm.699 (2^e esp.), préc. ; *RCDIP*, 1999.745, 2^e esp., préc. ; *PA*, 2000, n° 158, p. 4 (2^e esp.), obs. F. Jault ; *JCP*, 2000, II, 10337, note D. Ammar ; *TPS*, 1999.376, obs. B. Boubli.

70. 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.

71. 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.

72. Cass. soc., 12 mars 2008 (Sté sportive Il Gabbiano), pourvoi n° 01-44654, inédit.

73. 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, dir. Ph. Fouchard, dact., soutenue le 24 juin 2003, spéc. n° 18.

74. 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.

75. D. Mouralis et Chr. Seraglini in J. Béguin et M. Menjuçq (dir.) : *Droit du commerce international*. LexisNexis, coll. Traités, 2^e éd., 2011, spéc. n° 1790.

76. Chr. Seraglini : *Lois de police et justice arbitrale internationale, op. cit.*, spéc. n° 1105.

77. Cass. soc., 16 févr. 1999, préc. ; Cass. soc., 9 oct. 2001, préc.

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 (...), dût-il posséder un caractère international »⁷⁸.

39. Pour logique et équilibrée qu'elle soit, la solution du droit positif international méritait-elle d'être étendue à l'arbitrage interne ? Une partie de la doctrine appelait de ses vœux une telle harmonisation des régimes⁷⁹. Deux raisons principales étaient avancées : d'une part, la justesse de la solution équilibrée trouvée pour le contrat international de travail ; d'autre part, l'absence de justification rationnelle à la différence des régimes selon que le contrat de travail est interne et international.
40. C'est ce que fit la Cour de cassation dans un arrêt particulièrement remarqué du 30 novembre 2011, alors que la question ne lui était qu'indirectement posée. La chambre sociale aligna le régime de la clause compromissoire dans le contrat interne de travail sur celui du contrat international, en déclarant qu'elle était valable, mais inopposable au salarié, reprenant ainsi l'équilibre de la solution du droit international⁸⁰.

Aussi, à l'exception de quelques proclamations tenant plus à des considérations politique ou syndicales que juridiques⁸¹ n'a-t-il plus été sérieusement contesté que la clause compromissoire était valable dans le contrat de travail, tant interne qu'international⁸².

41. Certes, 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* ». Ainsi, loin d'affaiblir la clause compromissoire, et contrairement à ce que l'on croit trop souvent, cette jurisprudence renforce au contraire l'efficacité de la clause compromissoire en permettant à celle-ci de produire pleinement ses effets.
42. Au plan purement juridique, le choix prétorien de l'inopposabilité comme sanction peut surprendre de prime abord. On sait bien que, en principe, 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 entre les parties* »⁸³. Or, dans un contrat de travail, l'employé n'est

78. 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.

79. Th. Clay : « L'arbitrage, justice du travail », *op. cit.*, spéc. n° 85-87 ; Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ? », *op. cit.*, spéc. n° 92-95.

80. Cass. soc., 30 nov. 2011 (Deloitte), pourvoi n° 11-12-905 et 11-12.906 ; *Rev. arb.* 2012.333, note M. Boucaron-Nardetto ; *JCP* 2011, *act.*, 1417, *obs.* N. Dedessus-Le-Moustier ; *Procédures* 2012.42, note L. Weiller ; *Procédures* 2012.75, *obs.* A. Bugada ; *D.* 2012. *Panor.* 2997, *obs.* Th. Clay ; *D.* 2011, *act.* 3002 ; *D.* actualités 3 janv. 2012, *obs.* L. Perrin ; *JCP S.* 2012.1049, *obs.* S. Brissy ; *PA* 2012, n° 89, p. 8, note. L. Posocco ; *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, 29, *obs.* V. Orif ; *RTD com.* 2012.528, *obs.* E. Loquin ; *RTD com.* 2012.351, *obs.* A. Constantin ; *RLDA* févr. 2012, n° 68, note F. Laronze ; *Dr. Social* 2012, p. 309, note B. Gauriau ; *JCP* 2012, *act.*, 690 § 6, *obs.* Th. Clay ; *JCP* 2012, *doct.*, 843 § 2, *obs.* Ch. Seraglini ; *PA* 2012, n° 141, p. 14, *obs.* A. Constantin.

81. Cf. communiqué du syndicat des avocats de France : « Non à l'arbitrage comme alternative au juge prud'homal », 1^{er} juill. 2014, <http://lesaf.org/non-a-larbitrage-comme-alternative-au-juge-prudhomal> ; M. Breckers : « Faut-il prendre au sérieux l'arbitrage en matière prud'homale ? », *Droit trav.* 2014.731.

82. M. Danis : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI^e siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *op. cit.*

83. J. Carbonnier, *Droit civil. PUF*, coll. Quadrige Manuels, 1^{re} éd., 2004, *spéc.* vol. 2, n° 1024.

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 depuis 2001 par l'article 2061 du Code civil pour l'arbitrage interne et depuis 1999 par l'arrêt *Zanzi*⁸⁴ pour l'arbitrage international. La seule solution était donc bien de se placer sur le terrain de l'inefficacité, à la condition qu'un texte le prévoit.

43. C'est 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'acte⁸⁵. Le choix des mots devient alors plus cohérent.
44. Il demeure cependant une différence de régime pour le contrat de travail entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international puisque l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence dans le second, alors que tel n'est pas le cas dans le premier, comme l'a expressément énoncé la Cour de cassation dans l'arrêt *Deloitte* du 30 novembre 2011 précité⁸⁶. Ce principe cardinal du droit de l'arbitrage, rappelé à l'article 1455 du Code de procédure civile, permet à la fois d'éviter les manœuvres dilatoires et de concentrer le litige devant le juge du fond. 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.

Bien que le principe compétence-compétence soit décisif pour l'existence même de l'arbitrage, le choix a donc été fait par la Cour de cassation de considérer que la protection légitime du salarié, en matière interne, imposait que celui-ci ne soit pas contraint de contester la compétence du tribunal arbitral devant le tribunal arbitral lui-même. C'est une solution de bon sens compte tenu d'abord des frais que cela pourrait engendrer simplement pour faire reconnaître l'incompétence arbitrale, et, ensuite, en raison du fait que, grâce à la sanction de l'inopposabilité, le salarié peut renoncer à la clause compromissoire — ce qui suffit à justifier qu'il n'ait pas à constituer un tribunal arbitral pour le faire.

45. Un dernier point doit être soulevé en ce qu'il a pu dérouter un certain nombre de praticiens. Ainsi qu'on la déjà constaté (cf. supra n°14) l'article L. 1411-4 du Code du travail répute non écrite toute convention contraire à la compétence dite exclusive du Conseil de prud'hommes. Outre que cette compétence n'est nullement exclusive, comme on l'a déjà relevé, et contrairement à ce que certains ont pu croire, cette prohibition ne s'applique en réalité pas à la clause compromissoire car elle ne concerne que la répartition interne à l'institution judiciaire. L'objet de cette interdiction est d'éviter que les signataires d'un contrat de travail choisissent une autre juridiction judiciaire, comme par exemple le Tribunal de commerce ou le Tribunal de grande instance et contreviennent à ce que les professeurs Jean Foyer et Gérard Cornu appelaient la « division du travail judiciaire »⁸⁷. Il est en effet important que

84. Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999 (*Zanzi*), préc.

85. G. Cornu : *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007, V^o Inopposable.

86. Cass. soc., 30 nov. 2011 (*Deloitte*), préc.

87. J. Foyer et G. Cornu : *Procédure civile*. PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 1996, spéc. n° 28.

celle-ci ne puisse faire l'objet de dérogations conventionnelles au sein même de l'institution judiciaire. Mais cela ne concerne en rien le choix de quitter la juridiction judiciaire dans son ensemble au profit de la juridiction arbitrale.

C'est d'ailleurs uniquement en ce sens qu'il faut comprendre le caractère dit exclusif de la compétence du Conseil de prud'hommes, c'est-à-dire par rapport aux autres juridictions de l'ordre judiciaire — ce qui permet d'expliquer pourquoi l'arbitrage a pu se développer en droit du travail.

On trouvera un renfort au soutien de ce raisonnement dans un arrêt récent de la Cour de cassation qui, confronté à la même prohibition, c'est-à-dire celle de la convention contraire relativement à la compétence exclusive d'une juridiction, ici le Tribunal de commerce en matière de rupture de relations commerciales établies (art. L. 442-6-III, alinéa 5, du Code de commerce), a également estimé que la clause compromissoire n'était pas concernée par cette interdiction qui ne visait que la répartition interne à la juridiction judiciaire⁸⁸.

46. C'est la raison pour laquelle, à l'occasion d'une réforme législative, il conviendrait de toiletter l'article L. 1411-4 du Code de travail, de façon à préciser que la clause compromissoire n'est pas l'une des clauses contraires à la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes tel que cet article les répute non écrites. Afin de mettre le texte en conformité avec le droit positif, il suffirait d'ajouter après « *Toute convention contraire est réputée non écrite* », la précision suivante : « *à l'exception du compromis d'arbitrage et de la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail* ».
47. Le toilettage devrait d'ailleurs s'étendre à deux autres dispositions ambiguës du Code du travail. D'abord l'article L.1221-5 qui dispose que « *Toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet* », ce qui pourrait avantageusement être complété par un alinéa qui mentionnerait explicitement la règle de droit positif, par exemple sous cette forme : « *La clause compromissoire insérée dans le contrat de travail est valable, mais ne peut être opposée au salarié* ».
48. Ensuite, l'article R. 1412-1 du même Code, dont l'alinéa 1^{er} énonce que « *L'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le Conseil de prud'hommes territorialement compétent* », et dont il faudrait préciser que cette règle s'applique à défaut d'arbitrage, et même de médiation, ce qui pourrait être rappelé en début de phrase, sous cette forme : « *Sauf à recourir à l'arbitrage ou à la médiation, l'employeur...* ».

Ces différentes modifications présenteraient l'intérêt de lever les ambiguïtés générées par une lecture exclusivement cursive de ces dispositions, ignorante de l'interprétation jurisprudentielles dont elles ont bénéficié et de la pratique qui, désormais, se développe.

B. La mise en œuvre de l'arbitrage des conflits du travail par la pratique

49. Bénéficiant d'un régime juridique validé et stabilisé, l'arbitrage des conflits du travail s'est développé en pratique ; de plus en plus de différends du travail sont résolus par la voie de l'arbitrage.

Les parties y voient de multiples avantages, parmi lesquels la rapidité n'est pas le moindre. Pour des litiges comme ceux-ci, la durée moyenne de la procédure est inférieure à six mois, et parfois même à trois, alors que la durée

88. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2017 (Sté Lavallin), pourvoi n° 15-22675 ; *Bull. civ. I*, à paraître.

moyenne d'une procédure prud'homale est de quatorze mois, auxquels il faut éventuellement ajouter encore le temps d'une procédure d'appel, en moyenne de douze mois. L'arbitrage permet donc d'aller bien plus vite, surtout si les parties renoncent à l'appel, ce qui est le cas le plus fréquent.

Avec Maître Marie Danis, on peut donc faire le pari que, progressivement, l'arbitrage gagnera de nombreux contentieux du travail, notamment ceux liés aux opérations de cession d'entreprise, impliquant les managers actionnaire, les dirigeants qu'ils soient personnellement signataires ou non d'une clause de garantie de passif, etc.⁸⁹ La terre d'élection de l'arbitrage en droit du travail est donc potentiellement très vaste.

50. Un autre avantage de l'arbitrage est la confidentialité, ce qui, dans une relation employeur – employé peut présenter de multiples intérêts mutuels, à commencer par celui de ne pas cristalliser le litige. Lorsque le sujet est sensible, l'externalisation engendre souvent la radicalisation. En outre, le salarié n'a parfois pas intérêt 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 dirigeants⁹⁰. 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. Mais il existe toute une frange de salariés, qui ne sont ni cadres ni dirigeants qui ont 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 les salariés eux-mêmes.
51. Le choix des arbitres par les parties directement est aussi un élément très apprécié, et qui permet de sortir de l'opposition parfois un peu stérile entre les conseillers prud'homaux employeurs et employés. Le tribunal arbitral sera constitué, lui, en fonction des compétences spécifiques du litige, qu'il sera en mesure d'appréhender de la meilleure des manières.
52. Certes l'arbitrage est payant alors que la justice étatique est, comme chacun sait, gratuite. Mais cet argument doit être relativisé pour deux raisons, d'une part, parce qu'une procédure qui s'éternise coûte finalement plus chère qu'une procédure qui permet d'être rapidement fixé sur ses droits et obligations. Outre les démarches judiciaires qui se prolongent et génèrent des frais, l'incertitude a aussi un coût. D'autre part, parce qu'existent désormais des arbitrages volontairement peu coûteux pour des litiges à faibles enjeux.
53. A ce titre, il convient d'évoquer ici la création en 2015 du Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT) qui a précisément vocation à faire trancher les litiges du travail, rapidement, par des arbitres spécialisés, et à moindre coût. On pourra d'ailleurs consulter les barèmes sur le site internet de ce centre⁹¹.

L'originalité de CNAT est qu'il prend en compte le déséquilibre financier entre les parties afin que l'accès à la justice arbitrale soit équitable. Ainsi les modalités de paiement des frais de l'arbitrage sont fixées de manière avantageuse pour le salarié en tentant compte de la qualité de l'employeur. Selon celle-ci, comme on le voit dans le tableau ci-dessous, le salarié ne supportera qu'un quart, un tiers ou la moitié du coût de l'arbitrage, mais jamais plus.

89. M. Danis : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXI^e siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », *op. cit.*, spéc. p. 64.

90. J.-B. Racine : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, spéc. n° 128.

91. <http://www.cnat.paris>.

Répartition des frais et honoraires d'arbitrage entre les parties

	Employeur personne morale soumise à la TVA	Employeur personne morale non-soumise à la TVA	Employeur personne physique
A la charge de l'employeur	3/4	2/3	1/2
A la charge du salarié	1/4	1/3	1/2

54. L'intérêt du CNAT est aussi qu'il a vocation à traiter tout type de contentieux du travail et peut être saisi par le salarié, l'employeur ou même l'organisation syndicale. Il gère ainsi de manière adaptée tant les grands que les petits employeurs, tant les cadres supérieurs que les salariés plus modestes, et traite beaucoup des litiges relatifs à la fin du contrat de travail, mais son champ de compétence est en réalité plus vaste.

55. Apprécié par les avocats des deux bords du droit du travail, à savoir ceux intervenant plutôt en défense des employeurs et ceux intervenants plutôt en défense des employés, le CNAT offre une solution moderne et performante pour encadrer la résolution par l'arbitrage des litiges du travail. Ainsi, par exemple, si les parties ne savent pas qui choisir comme arbitre, une liste indicative de personnes spécialisées leur sera proposée.

De même, comme pour tout centre d'arbitrage, la procédure est contrôlée par un organe indépendant, de la confirmation des arbitres nommés jusqu'à la relecture de la sentence.

Bref, c'est un nouveau centre d'arbitrage, dont le champ d'intervention est spécifique et qui profite de la validité désormais certaine de la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail tant en matière interne qu'internationale, pour organiser et mettre en place dans les faits, ce mode juridictionnel de résolution des litiges qu'est l'arbitrage.

56. En conclusion, 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* »⁹². 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* »⁹³. Il n'existe donc aucune antinomie entre l'arbitrage et le droit du travail. Et on pourrait même se demander si l'arbitrage ne devrait pas être une justice normale, sinon idéale, pour résoudre les conflits du travail.

58. Ce n'est guère étonnant car non seulement le litige du travail s'épanouit parfaitement 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.

C'est ce qu'avait bien compris les promoteurs d'une telle solution. Ils avaient fait ainsi œuvre utile et levé un tabou, encore très ancré dans l'opinion de nombreux habitués des Conseils de prud'hommes. Cette avancée a été bénéfique. Il fallait qu'elle soit concrétisée par la jurisprudence et par la pratique. C'est désormais chose faite.

92. R. Plaisant et H. Motulsky : « L'arbitrage et les conflits du travail », *op. cit.*, spéc. n° 4.

93. 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.