

Laurent Posocco

Arbitrage et droit du travail en France

Index: **1.** Domaine de l'étude. **1.1.** Arbitrage intern et international. **1.2.** Litige individuelle. **2.** Sécurisation de la position du salarié. **2.1.** Clause compromissoire inopposable au salarié. **2.2.** Clause de choix de loi. **3.** Pertinence du recours à l'arbitrage en droit du travail. **3.1.** Avantages non spécifiques. **3.1.1.** Célérité. **3.1.2.** Confidentialité. **3.2.** Avantages spécifiques. **3.2.1.** Litige polymorphe. **3.2.2.** Importance des éléments factuels. **4.** Conseils de rédaction. **4.1.** Perspectives. **4.2.** Accès au juge. **4.3.** Juridiction payante.

1. *Domaine de l'étude*

1.1. *Arbitrage intern et international*

Le domaine de l'étude est relatif à l'arbitrage tant international qu'interne. Rappelons qu'en droit français, l'arbitrage est régi par deux corps de règles : le premier, relatif à l'arbitrage interne¹, est relativement protecteur, le second, traitant de l'arbitrage international, est plus libéral. L'arbitrage international est de celui qui met en cause les intérêts du commerce international². Il faut comprendre que l'opération soumise à l'arbitrage est-elle même internationale, c'est-à-dire qu'elle comporte des flux à travers les frontières entre au moins deux Etats. Ainsi le caractère interne ou international d'un arbitrage se déduit exclusivement de la nature de l'opération économique concernée, au regard de la mise en cause des intérêts du commerce international, indépendamment du lieu de l'arbitrage, de la loi applicable au fond ou de la nationalité des contractants. L'arbitrage interne

¹ CPC, artt.1442 à 1504.

² CPC, art. 1504 et s.

quant à lui n'est pas directement défini par le Code de Procédure civile. Il correspond à toutes les situations dans lesquelles l'arbitrage n'est pas international.

1.2. *Litige individuel*

Par ailleurs, les antagonismes du travail peuvent être individuels ou collectifs. Le Code du travail français règlemente certes la possibilité d'un arbitrage en matière de conflits collectifs. La convention ou l'accord collectif de travail peut ainsi prévoir une procédure contractuelle d'arbitrage et l'établissement d'une liste d'arbitres dressée d'un commun accord entre les parties³. Cette hypothèse ne sera nullement envisagée. La seule question qui va être traitée est celle de l'arbitrage individuel.

2. *Sécurisation de la position du salarié*

2.1. *Clause compromissoire inopposable au salarié*

Voilà quelques années maintenant que naissent des institutions arbitrales intervenant notamment en droit du travail, alors même que la réglementation prud'homale, inchangée, est toujours aussi hostile à la justice privée. Si la validité du compromis d'arbitrage convenu après la rupture du contrat est admise depuis longtemps⁴, celle de la clause compromissoire était loin d'être évidente. L'article L. 1411-4 du code du travail, en vigueur, dispose en effet que "Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends [du travail]". Il énonce encore que "toute convention contraire est réputée non écrite". Rappelons également la survenance d'une décision a priori dévastatrice⁵, ayant d'une

³ Code du travail, art. L2524-1 et s.

⁴ Le compromis d'arbitrage, conclu après la rupture du contrat de travail, c'est-à-dire une fois le salarié hors l'influence de son employeur, est valable. La Cour de cassation a jugé que "la cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu avant la signature du compromis, 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" (Cass. soc., 5 déc. 1984 : Rev. arb. 1986, p. 47, M.-A. Moreau).

⁵ Cass. Soc. 30 novembre 2011, 11-12.906: "attendu qu'il résulte de l'article L. 1411-4 du code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'ar-

certaine manière écarté le principe de compétence-compétence de l'arbitre saisi en cette discipline en l'absence de constatation de l'inapplicabilité ou de nullité manifeste de la clause compromissoire⁶. Toutefois, l'arrêt incriminé rompait avec l'aversion naturelle pour la clause compromissoire en droit du travail en la rendant en matière interne simplement inopposable au salarié et non plus nulle ou réputée non écrite⁷. La réforme de 2016 du droit des obligations devait consacrer cette lecture, le nouvel article 2061 al. 2 du Code civil, issu de l'ordonnance 2016, disposant que “ lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ”. Le litige du travail n'est donc pas, par nature, réfractaire à l'arbitrage. Il résulte de la sanction de simple inopposabilité que la stipulation d'une clause compromissoire est sans danger pour le salarié. Il peut soit se prévaloir de la clause et contraindre l'employeur à l'arbitrage, soit préférer la compétence de la juridiction d'Etat.

2.2. *Clause de choix de loi*

Une autre difficulté est également à écarter. On aurait pu craindre que le choix par les parties d'une loi étrangère diminue la protection impérative du salarié. En réalité, le système appliqué en matière de clause de choix de loi applicable consiste à combiner la loi choisie par les parties et la loi objectivement applicable. Selon ce mécanisme, la loi choisie doit accorder au salarié une protection minimale. Si la loi objectivement applicable comporte des dispositions impératives plus favorables au salarié, elle sera préférée. Ainsi, on admet que les parties aient pu s'accorder sur le choix d'un droit mais on cherche à éviter que leur accord, qui a peut-être été obtenu en raison d'un éventuel déséquilibre économique, ne soit défavorable à la partie faible. Il résulte de ces deux moyens – inopposabilité de la clause d'arbitrage et application des règles impératives de la loi objectivement applicable – que la situation du salarié est relativement sécurisée.

bitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale”.

⁶ En principe, l'art. 1456 du CPC requiert la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire afin que puisse être tenu en échec le principe de compétence-compétence dont jouit l'arbitre saisi.

⁷ Voy. en ce sens L. POSOCCO, *Exclusion du principe de compétence-compétence en matière prud'homale*, in Commentaire Cass. Soc., 30 nov. 2011, n.11-12.905 et n.11,12.906, FS-P+B. Petites affiches n. 89, p. 8.

3. *Pertinence du recours à l'arbitrage en droit du travail*

La question qui se pose est avant tout celle de la pertinence de la méthode arbitrale en droit du travail. Son admission élargie ne peut en effet se fonder ni sur l'absence de risque encouru par le salarié, ni sur les seuls dysfonctionnements de la juridiction paritaire⁸, laquelle pourrait tout simplement être réformée. La volonté d'écarter la voie de l'appel⁹ ne saurait davantage motiver la mobilisation d'auteurs réputés, de juristes reconnus et de litigants en faveur de la justice privée. C'est bien en raison des atouts de la technique qu'elle mériterait une attention particulière.

3.1. *Avantages non spécifiques*

3.1.1. *Célérité*

En réalité, l'arbitrage, dans cette matière comme dans les autres, permet un examen non seulement rapide mais aussi approfondi des contentieux. Une première série d'avantages dont il jouit est commune à de nombreuses disciplines. La célérité peut par exemple se révéler profitable au salarié, impatient de recevoir une indemnisation et d'en terminer avec la divergence qui l'oppose à son employeur. Il a souvent besoin, pour retrouver un emploi, d'être disponible notamment sur le plan psychologique. Il lui faut, pour cela, dépasser une querelle qui l'épuise. Pour pouvoir se tourner définitivement vers l'avenir, il doit surmonter cette étape du procès en ayant la conviction que l'attention nécessaire aura été portée à son affaire, qu'elle aura été traitée sérieusement, avec la minutie et la clairvoyance requises. L'expertise des arbitres, dans une discipline aussi complexe que la relation de travail, est assurément un atout. L'arbitrage permet également de préserver les intérêts de l'employeur. Pour lui, les contentieux sont chronophages, ils l'accaparent. Le chef d'entreprise et l'avocat qui ont commencé à suivre une affaire ne sont pas forcément

⁸ Pour une étude complète, v. LACABARATS, *Rapport à Madame la Garde des Sceaux*, Ministre de la Justice "L'avenir des juridictions du travail: Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle".

⁹ Les chiffres clés de la Justice, Édition 2023: Taux d'appel en 1er ressort sur les jugements au fond prononcés en 2021 pour les Tribunaux Judiciaires 13,4%, les Tribunaux de commerce 20,0%, les Conseils des Prud'hommes 62,7%.

ceux qui, quelques années plus tard, iront la discuter. Les informations se perdent, les événements s'oublient, l'origine de l'affrontement finit par devenir un souvenir imprécis enfoui dans les limbes abscons de l'histoire de l'entreprise. Chaque réunion va contraindre ces protagonistes à étudier le dossier au détriment d'actions vitales pour la vie de la structure. Il faut donc combattre ce fléau.

3.1.2. *Confidentialité*

Pour l'ensemble des litigants, l'arbitrage est confidentiel. Le salarié et son employeur peuvent désirer une certaine discrétion à un moment où ils pensent que des oreilles indéliques, parfois malveillantes, s'intéressent à leur dossier. Un salarié, un groupe de salariés ou une organisation syndicale peuvent, dans certaines situations, souhaiter que leur différend soit tranché à huis clos. Ceci afin de protéger la réputation et l'image de personnes particulièrement exposées. Certains employeurs peuvent encore ne pas vouloir que le montant du salaire ou des avantages ne soit dévoilé à des concurrents. La non-divulgaration d'informations stratégiques permettra de limiter certaines nuisances éventuelles.

3.2. *Avantages spécifiques*

3.2.1. *Litige polymorphe*

La pertinence de la combinaison de l'arbitrage avec le droit du travail peut résulter des singularités de l'antagonisme travailliste. Admettons que le litige du travail est polymorphe ; il va, la plupart du temps, comporter des éléments juridiques, techniques mais aussi comptables et parfois même psychologiques ou médicaux. Il nécessitera, pour être mieux compris, une certaine transversalité des compétences des juges. Précisément, l'arbitrage multidisciplinaire, parfois appelé arbitrage expertise, permet en raison de la souplesse de la procédure et de la collégialité, de rejoindre la complémentarité recherchée. Ainsi par exemple, un expert-comptable pourra être sollicité pour mieux saisir les questions de chiffre si la physionomie du différend le commande. Dans d'autres cas, un psychologue du travail sera utilement convié à faire partie du jury.

3.2.2. *Importance des éléments factuels*

Par ailleurs, le litige du travail laisse une place importante aux éléments factuels. Ainsi, les dossiers prud'homaux comportent souvent des attestations écrites destinées à relater tel ou tel comportement, des courriers etc. En matière probatoire, l'arbitrage présente l'intérêt d'admettre assez facilement l'interrogatoire et le contre interrogatoire des témoins, ou encore la discussion d'experts, il propose parfois un règlement probatoire destiné à faciliter l'accueil des preuves. Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres¹⁰. L'audience arbitrale elle-même donne un espace conséquent aux parties. Tout ceci conforte l'idée que le droit du travail pourrait devenir un des domaines de prédilection de l'arbitrage.

4. *Conseils de rédaction*

4.1. *Perspectives*

La pratique de l'arbitrage pour résoudre les litiges du travail est toutefois encore timide. Pourtant, ce mode alternatif de résolution des litiges est vraisemblablement l'avenir du contentieux social car il offre des garanties appréciables pour les justiciables. Il appartient aux acteurs du droit et des relations professionnelles de promouvoir cette technique, au bénéfice du service rendu au justiciable. Les conseils qui suivent seront destinés à surmonter certaines craintes.

4.2. *Accès au juge*

Une première difficulté qui peut se poser est celle de l'accès au juge. A la différence des juridictions judiciaires, les juridictions arbitrales ne sont pas régies par une carte judiciaire. Naturellement, la loi ne prévoit pas de maillage territorial des organisations arbitrales. Par conséquent, les déplacements pour les parties et leurs avocats pourraient créer un obstacle à la saisine du juge et à la bonne administration de la justice. Cet obstacle n'est pas systématique

¹⁰ CPC art. 1467.

car, parfois, le déplacement d'un arbitre unique est moins coûteux que le transport de toutes les parties, des témoins et plus largement de tous les acteurs du procès. Néanmoins, lorsque la question de l'accès au juge est susceptible de se poser, une solution pourrait être de reprendre dans la clause d'arbitrage les règles communes de compétence en droit du travail et de prévoir que les audiences se tiendront dans le ressort du domicile du salarié ou du lieu où l'engagement a été contracté. Le lieu du siège de l'arbitrage peut d'ailleurs ne pas coïncider avec celui des audiences.

4.3. *Jurisdiction payante*

La juridiction arbitrale, privée, est payante. Par ailleurs, les litiges en droit du travail sont parfois réputés porter sur de faibles enjeux. Les salariés pourraient souffrir d'une certaine forme d'asymétrie relativement aux moyens à engager pour le déroulement du procès. Le premier conseil que l'on donnera sera de ne pas mentionner le nombre d'arbitres dans la clause compromissoire. Cette dernière renverra à une institution arbitrale qui, en fonction de l'importance du litige, de sa complexité, de sa transversalité, désignera un ou plusieurs arbitres. Si le litige porte sur une valeur faible, elle nommera un seul arbitre. Si au contraire le litige est important ou connaît une complexité technique, elle désignera des arbitres aux compétences complémentaires. Cette clause d'arbitrage intégrera opportunément une phase de médiation préalable.

Une deuxième piste de réflexion serait de faire peser le coût de l'arbitrage sur l'entreprise. Cette dernière aura les moyens notamment comptables de traiter ces dépenses de manière optimale, la fiscalité des entreprises étant adaptée pour permettre aux professionnels, la plupart du temps, de ne pas souffrir de la répartition inégale du coût du procès. Dès lors que le régime fiscal permet un traitement favorable à l'entreprise, il y a lieu de lui faire assumer la totalité du coût du procès arbitral.

Résumé

L'étude s'intéresse au droit de l'arbitrage en matière de relations individuelles du travail. Elle démontre l'intérêt de l'arbitrage dans un domaine dans lequel il est encore discret. Elle propose ensuite des pistes de réflexions qui permettront le plein épanouissement de la discipline.

Mots clés

Droit du travail, arbitrage multidisciplinaire, relation individuelle, droit interne, droit international.