

Marine CORBÈRES

Master 2 Recherche
Droit du travail et de l'emploi

Droit privé

Le développement de l'arbitrage des litiges individuels du travail

Directeur du mémoire :
Carole DUPOUEY-DEHAN



UNIVERSITÉ
TOULOUSE 1
CAPITOLE

INSTITUT
FÉDÉRATIF
de
RECHERCHE
Mutation des
normes juridiques

Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2016 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



Marine CORBÈRES

Master 2 Droit du travail et de l'emploi

Année universitaire 2015/2016

SUJET DU MEMOIRE

Le développement de l'arbitrage des litiges individuels du travail

DIRECTEUR DU MÉMOIRE : Madame Carole DUPOUEY-DEHAN
Maître de conférences

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - www.ut-capitole.fr

REMERCIEMENTS

Mes sincères remerciements vont d'abord à Madame Carole DUPOUEY-DEHAN, maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole, pour avoir accepté de suivre ce projet, s'être rendue disponible tout au long de ce parcours et pour ses précieux conseils qui m'ont permis de mener à bien ce travail.

J'aimerais également remercier Madame le professeur Lise CASAUX-LABRUNÉE pour avoir accepté ma candidature dans ce Master 2, pour sa disponibilité, son soutien et sa bienveillance tout au long de cette année.

J'adresse ensuite mes respectueux remerciements à Monsieur le professeur Julien ICARD et Monsieur le président Alain LACABARATS pour leur disponibilité et pour avoir accepté de partager leurs réflexions sur le développement de l'arbitrage en droit du travail.

Je remercie cordialement Madame Françoise CHAMPEAUX, marraine de promotion, et Madame Sabine IZARD, pour m'avoir accueillie en stage au sein de la Semaine Sociale Lamy. Leur disponibilité, leur gentillesse et leurs conseils ont fait de ce stage une expérience exceptionnelle.

Enfin, je tiens à remercier chaleureusement Margaux BIANCHETTI pour son aide, sa patience et son soutien sans faille au cours de l'ensemble de ce projet comme durant ces deux dernières années et Hugo UTEAU pour sa présence et son soutien.

PRÉFACE

L'engouement pour les modes contractuels de résolution des conflits connaît, depuis plusieurs années, un essor considérable en droit français. Cette faveur pour les voies alternatives au procès classique, dont la dernière illustration se situe au cœur de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, se propage dans toutes les sphères juridiques. Les conflits du travail n'y échappent pas, comme en témoignent les dispositions de la loi dite *Macron* levant la prohibition de la médiation conventionnelle et de la procédure participative pour régler les différends individuels du travail. Pourtant, à l'égard de ces derniers, nombreuses sont encore les réticences à l'admission des voies contractuelles de règlement des conflits.

Dans ce contexte, le choix de Marine Corbères de mener un travail de recherche en Master 2 Droit du travail et de l'emploi sur le développement de l'arbitrage des litiges individuels du travail ne peut qu'être salué. Si la littérature est particulièrement abondante s'agissant de l'institution qu'est l'arbitrage, notamment à dimension internationale, la doctrine s'est moins attachée à l'analyser sous l'angle du droit du travail et des conflits individuels internes opposant salariés et employeurs.

L'ampleur de la tâche était assurément ambitieuse. Mais Marine Corbères s'est emparée de la notion d'arbitrage, qui ne lui était pourtant pas familière, et a entrepris avec enthousiasme et mérite un travail d'analyse à la fois des limites et des moyens du développement de l'arbitrage en droit du travail. Son mémoire est guidé par une démarche scientifique et propose un regard objectif, malgré les débats doctrinaux vifs et passionnés sur le sujet. Elle a également eu à cœur, ce qui est rare dans un mémoire de Master 2, de formuler des propositions, dont certaines suscitent discussion et intérêt, afin de favoriser des arbitrages de qualité en ce domaine.

Mérite supplémentaire lié à la spécificité du Master 2 dont Marine Corbères est issue, sa recherche s'est menée parallèlement à l'accomplissement d'un stage auprès de l'équipe éditoriale de renom de la revue *Semaine Sociale Lamy*. Son implication, saluée par sa directrice de stage, n'a pu qu'enrichir ses connaissances académiques.

Il reste à formuler un vœu : que cet exercice de recherche juridique, qui est le premier de Marine Corbères, ne soit pas le dernier.

Carole Dupouey-Dehan
Maître de conférences en droit privé
Institut de droit privé – EA 1920

LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ACAS	: Arbitration and Conciliation Advisory Service
Al.	: Alinéa
<i>Arb. Int'l</i>	: <i>Arbitration international</i>
<i>Arch. phil.dr.</i>	: <i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	: Article
Ass. Plen.	: Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. ASA</i>	: <i>Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage</i>
<i>Bull. CIA de la CCI</i>	: <i>Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale</i>
<i>Bull. civ</i>	: <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles.</i>
<i>BICC</i>	: <i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
CA	: Cour d'appel
Cass. civ. 1, 2, 3	: 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Cah. dr. ent.</i>	: <i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
C. civ.	: Code civil
C. proc. civ.	: Code de procédure civile
C. trav.	: Code du travail
CE	: Conseil d'Etat
CEDH	: Convention européenne des droits de l'Homme
Cf.	: Confer
Ch.	: Chambre
Cir.	: Circuit
Civ.	: Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	: Cour de justice de l'Union Européenne
CNAT	: Centre national d'arbitrage du travail
CPH	: Conseil de prud'hommes
<i>D.</i>	: <i>Recueil Dalloz</i>
<i>Disp. Resol. J</i>	: <i>Dispute Resolution Journal</i>
<i>Dr. et patr.</i>	: <i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. ouvr.</i>	: <i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	: <i>Droit social</i>

Ed.	: Edition
<i>Emp. Rts & Emp. Pol'y J</i>	: <i>Employment Rights & Employment Policy Journal</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	: <i>Gazette du Palais</i>
Ibid;	: Ibidem
Id.	: Idem
Infra	: Ci-dessous
<i>Int'l Arb. L. Rev.</i>	: <i>International Arbitration Law Review</i>
<i>J-Cl. Pr. Civ.</i>	: <i>Juris-Classeur de procédure civile</i>
<i>JCP E</i>	: <i>La Semaine Juridique édition Entreprises</i>
<i>JCP G</i>	: <i>La Semaine Juridique édition Générale</i>
<i>JCP S</i>	: <i>La Semaine Juridique édition Sociale</i>
JO	: Journal Officiel de la République française
L. G. D. J.	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	: <i>Les Petites Affiches</i>
<i>Ohio St. J. Disp. Resol.</i>	: <i>Ohio State Journal of Dispute Resolution</i>
Op. cit.	: Opere citato
PUF	: Presses universitaires de France
<i>RDAl</i>	: <i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDC</i>	: <i>Revue de droit des contrats</i>
<i>RDT</i>	: <i>Revue de droit du travail</i>
<i>Rev. arb.</i>	: <i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. dr. trav.</i>	: <i>Revue de droit du travail</i>
<i>Rev. juris. Soc.</i>	: <i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	: <i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RJ Com.</i>	: <i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RTD Civ.</i>	: <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD Com.</i>	: <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>Sem. soc. Lamy</i>	: <i>Semaine sociale Lamy</i>
Soc.	: Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>UCLA L. Rev.</i>	: <i>University of California Los Angeles Law Review</i>

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	II
PRÉFACE	III
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	IV
SOMMAIRE	VI
INTRODUCTION.....	2
<i>Section 1 : La conflictualité déclinante du droit du travail et de l'arbitrage.....</i>	<i>7</i>
<i>Section 2 : L'opportunité croissante de l'arbitrage des litiges individuels de travail</i>	<i>14</i>
PARTIE 1 - LES LIMITES AU DEVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	18
CHAPITRE 1 - L'ARBITRABILITE, SOURCE RELATIVE DE LIMITES A L'ACCES A L'ARBITRAGE.....	19
<i>Section 1 - Les enjeux de l'arbitrabilité</i>	<i>20</i>
<i>Section 2 - L'aménagement de l'arbitrabilité.....</i>	<i>28</i>
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	40
CHAPITRE 2 : LE PROCESSUS DE L'ARBITRAGE, SOURCE DE RISQUES POUR LE SALARIE.....	41
<i>Section 1 - Le coût de l'arbitrage.....</i>	<i>41</i>
<i>Section 2 - La procédure d'arbitrage.....</i>	<i>46</i>
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	75
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	76
PARTIE 2 : LES MOYENS DU DEVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	77
CHAPITRE 1 – L'ADAPTATION DES MECANISMES DE L'ARBITRAGE AU SERVICE DU DROIT DU TRAVAIL	78
<i>Section 1 : L'aménagement du processus de l'arbitrage</i>	<i>78</i>
<i>Section 2 : L'aménagement du contrôle de la sentence arbitrale</i>	<i>95</i>
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	105
CHAPITRE 2 – LA MOBILISATION DU DROIT DU TRAVAIL AU SERVICE DE L'ARBITRAGE	106
<i>Section 1 – Les techniques du droit du travail, solutions de développement de l'arbitrabilité</i>	<i>106</i>
<i>Section 2 : Le paritarisme, précaution accessoire lors de la constitution du tribunal arbitral</i>	<i>123</i>
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	126
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	127

CONCLUSION GÉNÉRALE	128
BIBLIOGRAPHIE	130
INDEX	144
TABLE DES MATIERES	146

INTRODUCTION

« *Tous les hommes ne sont pas vulnérables de la même façon, aussi faut-il connaître son point faible pour le protéger davantage* »

SÉNÈQUE, *De la colère*, 4 av. J-C.

Cette citation du philosophe latin, défenseur de la justice sociale, illustre parfaitement le raisonnement retenu en droit du travail. En réponse à la vulnérabilité du salarié, partie faible au contrat de travail, s'est construite une législation du travail imprégnée de dispositions d'ordre public et assurant, par ce biais, un certain nombre de droits et protections au salarié. Aux antipodes de cette philosophie, se trouve l'arbitrage, empreint de liberté contractuelle, d'autonomie et de libéralisme. Celui-ci ne considère pas la relativité des positions, forte ou faible, des justiciables. Or, comme l'énonce Lacordaire : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*¹ ». L'importance du principe de liberté contractuelle dans l'arbitrage opprimerait la partie faible au contrat de travail, le salarié.

De là, provient l'inertie du développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail. En effet, ces deux matières sont souvent présentées comme étant deux « *fortes têtes* », ayant chacune leur territoire² et aucune d'elles ne souhaitant aliéner une partie de son esprit, de ses raisons d'être au profit d'une harmonisation de leurs rapports. Pourtant, si, comme le préconisait Sénèque, les limites de l'arbitrage dans sa confrontation avec le droit du travail étaient identifiées, il serait possible d'envisager des protections supplémentaires vis-à-vis du salarié vulnérable. Tel est l'enjeu de notre étude. Bien évidemment, cela implique certaines concessions, notamment vis-à-vis du droit de l'arbitrage, mais le développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail peut sembler un objectif légitime, propre à justifier celles-ci.

Avant de rentrer dans le cœur du sujet, il apparaît nécessaire de s'intéresser plus précisément au mode alternatif de règlement des différends qu'est l'arbitrage.

Objet d'étude. Alors même que le livre IV du Code de procédure civile a pour titre « L'arbitrage », aucune définition légale de ce mode de règlement des litiges n'est énoncée. L'arbitrage peut donc être défini comme « *un mode alternatif – à la justice étatique – de règlement des litiges par lequel les*

¹ H. LACORDAIRE, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246

² M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 1

parties confient la solution de leur différend à des personnes privées³ » ou comme « une justice privée, mise en place par la volonté des parties, reconnue par les Etats et les institutions internationales, qui répond au besoin d'être jugé en dehors des tribunaux en raison, notamment, de la confidentialité et de l'adaptation de sa procédure au litige⁴ ». Pour le professeur C. JARROSSON, « l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui est confiée par celles-ci⁵ ».

L'une des distinctions principales entre l'arbitrage et la conciliation ou la médiation est le pouvoir juridictionnel des arbitres. La sentence qu'ils rendent a autorité de chose jugée et peut recevoir force exécutoire. Il s'agit donc de s'éloigner d'un mode « conciliationnel⁶ » de résolution des litiges, soit du terrain consensuel et de l'accord négocié et accepté pour entrer dans un mode juridictionnel de règlement des différends. Cette distinction esquisse d'ores et déjà l'une des réticences à l'arbitrage. Dans les procédures de médiation et de conciliation, le salarié négocie la solution qui ne pourra, en aucun cas, lui être imposée. Au contraire, dans l'arbitrage, le tiers rend une sentence à laquelle le salarié sera définitivement tenu.

Cependant, l'affirmation selon laquelle l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des différends doit être nuancée. En réalité, il s'agit d'une association entre contractuel et juridictionnel. La volonté des parties de recourir à l'arbitrage confère sa légitimité à ce dernier⁷. De même, il reviendra aux parties d'aménager contractuellement le processus de l'arbitrage. Par exemple, les parties au litige décideront d'un commun accord du ou des arbitres qui seront amenés à trancher le litige, des modalités de la procédure d'arbitrage comme l'amicable composition ou la possibilité de faire appel de la décision. Comme le décrit H. MOTULSKY, l'arbitrage est « une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle⁸ ». Aussi, deux caractéristiques de l'arbitrage peuvent à ce stade être dégagées : l'origine contractuelle et la fonction juridictionnelle. De cette dualité, naissent deux sources de limites : dans un premier temps, ces limites se trouveront dans les déséquilibres inhérents à la relation de travail au moment de la conclusion et de l'exécution de la convention. Dans un second temps, ces déséquilibres peuvent se répercuter au cours de l'instance arbitrale.

L'arbitrage est entendu comme résultant d'un accord de volonté. Une telle définition écarte de notre étude l'ensemble des arbitrages dits « forcés ». L'arbitrage forcé peut être défini comme « la situation dans laquelle la loi impose aux plaideurs une juridiction d'exception et décide d'appliquer à celle-ci,

³ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011, spéc. p. 31

⁴ Définition de l'Association Française de l'arbitrage

⁵ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, L.G. D. J., 1987, spéc. n° 785

⁶ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930

⁷ P. TERCIER, « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011, p. 653

⁸ H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, spéc. p. 6

au moins partiellement, le régime de l'arbitrage volontaire⁹ ». Autrement dit, dès lors que les parties sont privées du choix de recourir à l'arbitrage pour régler leur différend et que cette procédure leur est imposée, l'arbitrage est dit forcé. Le professeur T. CLAY parle même de « faux arbitrages¹⁰ ». En droit du travail, il existe différents arbitrages forcés.

Conflits collectifs. L'arbitrage des conflits collectifs du travail remonte à deux lois, l'une du 27 décembre 1892, l'autre du 25 mars 1919. Cependant, dans la période d'après-guerre, la possibilité d'insérer des clauses compromissoires dans les conventions collectives a disparu¹¹. Pour autant, l'arbitrage a largement trouvé à s'appliquer à la suite des mouvements sociaux de 1936. Ainsi, la loi du 31 décembre 1936 a mis en place une procédure obligatoire de conciliation et d'arbitrage avant toute grève ou tout lock-out¹². Ces dispositions ont ensuite été consolidées par la loi du 4 mars 1938 et le décret du 3 avril 1938. Ce dernier a mis en place la Cour supérieure d'arbitrage¹³.

Les articles L. 2524-4¹⁴ et 2524-5¹⁵ du Code du travail ont pour effet, d'une part, de priver les parties de certaines libertés contractuelles normalement offertes par l'arbitrage, ici le choix entre le droit et l'équité, et d'autre part, de modifier la force de la sentence rendue par l'arbitre : elle a simplement valeur d'accord collectif.

Selon H. MOTULSKY, le tiers chargé de régler le litige est alors un arbitre « social¹⁶ ». Aussi, la présente étude ne s'intéressera qu'à la procédure d'arbitrage confrontée au litige individuel de travail étant donné que les conflits collectifs sont réglés par le recours à un arbitrage « forcé », où les parties ne disposent pas de la liberté de choisir ce mode de règlement.

Pour la même raison sous-jacente, seront exclus de notre analyse les arbitrages dont l'une des parties est un journaliste professionnel ou un avocat salarié.

Journalistes professionnels. Le journaliste professionnel ou assimilé est doté d'un statut spécial, figurant aux articles L. 7111-1 et suivants du Code du travail. Une loi du 29 mars 1935 sur le statut des journalistes professionnelles a permis d'instaurer une commission arbitrale. Cette dernière à une

⁹ A. PINNA, « Réflexions sur l'arbitrage forcé », *Gaz. Pal.*, 16 déc. 2008, n° 351 p. 6

¹⁰ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930

¹¹ Lois du 23 déc. 1946 et 11 févr. 1950

¹² H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, spéc. p. 116

¹³ C. trav., art. L. 2524-7 et s.

¹⁴ C. trav., art. L. 2524-4, al. 2 et 3 : « Il statue en droit sur les conflits relatifs à l'interprétation et à l'exécution des lois, règlements, conventions collectives ou accords en vigueur. Il statue en équité sur les autres conflits, notamment lorsque le conflit porte sur les salaires ou sur les conditions de travail qui ne sont pas fixées par les dispositions des lois, règlements, conventions collectives ou accords en vigueur, et sur les conflits relatifs à la négociation de la révision des clauses des conventions collectives ».

¹⁵ C. trav., art. L. 2524-5, al. 1 : « Les accords ou sentences arbitrales intervenant en application du présent titre ont les mêmes effets que les conventions et accords collectifs de travail ».

¹⁶ H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, spéc. p. 120

compétence spéciale et limitée : elle détermine le montant de l'indemnité de rupture due au journaliste licencié¹⁷. Reprise, et modifiée, par une loi du 4 juillet 1974, ces dispositions sont toujours en vigueur aux articles L. 7112-2 et suivants du Code du travail. La compétence de la commission est exclusive. Autrement dit, toute autre juridiction saisie doit se déclarer incompétente¹⁸. De plus, cette commission arbitrale est composée de deux arbitres, désignés par les organisations professionnelles de salarié. Elle est présidée par un haut fonctionnaire ou un magistrat en activité ou en retraite¹⁹.

Apparaissent donc deux caractéristiques de cet arbitrage pouvant amener à le qualifier d'arbitrage « forcé ». D'une part, les parties au litige n'ont pas la liberté de choisir si elles souhaitent recourir à l'arbitrage ou non. D'autre part, le salarié et l'employeur ne sont pas à même de choisir les arbitres qui trancheront le litige. Effectivement, ce rôle est attribué aux organisations professionnelles.

Enfin, une troisième caractéristique peut être retenue : la décision rendue obtient force exécutoire par son seul dépôt au greffe et n'est pas soumise à l'exequatur²⁰.

Avocats salariés. L'article 7 de la loi du 31 décembre 1971²¹ dispose : « *Les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail ou de la convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale sont, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel* ».

Aujourd'hui, cet arbitrage ne se limite pas aux seuls litiges où l'avocat est salarié. Ainsi, l'article 72 de la loi du 12 mai 2009²² indique que : « *Tout différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel est, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier* ». Ici, bien que la question puisse être discutée, l'arbitrage est reconnu comme étant « forcé » dès lors que les parties se voient imposer le recours à l'arbitrage et sont dans l'impossibilité de choisir l'arbitre qui tranchera leur litige.

Enfin, cette étude sera centrée sur l'arbitrage interne des litiges individuels de travail. L'arbitrage international des litiges individuels de travail ne répond pas aux mêmes règles que l'arbitrage interne sur certains points, notamment quant à l'arbitrabilité des litiges. De même, les enjeux sont légèrement différents : l'arbitrage international permet de connaître le juge qui sera amené à trancher le litige sans

¹⁷ Au vu des dispositions en vigueur, l'ancienneté du journaliste en question doit excéder quinze ans, V. C. trav., art. L. 7112-4

¹⁸ Cass. soc., 29 mars 1991, n° 91-45876, Bull. 1995 V n° 115 p. 82

¹⁹ C. trav., art. L. 7112-4

²⁰ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930, spéc. p. 933

²¹ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

²² Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

subir les aléas liés aux règles de compétence internationale des juridictions. Cependant, quelques incursions dans le droit de l'arbitrage international pourront parfois servir de points de comparaison ou d'appuis dans les raisonnements menés.

Une fois les limites de notre étude dressées, il est nécessaire de s'intéresser au cœur du sujet. Comme l'écrit le professeur T. CLAY, l'arbitrage et le droit du travail sont « *sans doute les deux territoires juridiques les plus jaloux de leur souveraineté, deux 'fortes têtes' qui croient l'une et l'autre détenir la vérité et réfractaires à tout empiétement conçu comme un remise en cause de leurs fondamentaux*²³ ». Cette citation laisse d'ores et déjà entrevoir des limites au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail tant les deux matières semblent inconciliables. Notre étude sera guidée par la volonté de dépasser cette conflictualité. Il semble que le développement de l'arbitrage soit une opportunité pour les litiges individuels de travail (**Section 2**), du moins pour certains. La conflictualité entre le droit du travail et l'arbitrage semble forte à première vue mais cette affirmation doit être nuancée au vu de l'évolution du droit de l'arbitrage (**Section 1**).

²³ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930

Section 1 : La conflictualité déclinante du droit du travail et de l'arbitrage

Alors que la rencontre entre le droit du travail et l'arbitrage était originellement très conflictuelle (§1), l'expansion actuelle de la *favor arbitrandum* (§2) entraîne un déclin de celle-ci. Aussi, la perception d'un degré déclinant de conflictualité entre ces deux matières permet d'imaginer qu'une harmonisation est possible.

§1 : L'opposition originelle

Malgré son ancienneté et son efficacité qui n'est plus à prouver¹, l'arbitrage s'impose difficilement dans le domaine du droit du travail.

En effet, et comme cela a été évoqué précédemment au travers de la citation du professeur T. CLAY, il existe une opposition réelle entre le droit du travail et l'arbitrage. Quelle que soit la manière dont elles entrent en contact, leur rencontre laisse éclater une conflictualité certaine et reconnue². Aussi, la réticence à admettre l'arbitrage en droit du travail pourrait être qualifiée de « *forte et fermement ancrée*³ ».

Cette réserve est souvent expliquée par deux raisons principales.

D'une part, le salarié est une partie faible au contrat de travail. Cela a pour conséquence l'édiction de règles particulières afin de compenser le déséquilibre inhérent à la relation de travail, lié, entre autres, à l'état de subordination et à la force économique de l'employeur. Or, et comme l'énonce H. MOTULSKY, « *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 parties ne se trouvent pas au même niveau*⁴ ». Ainsi, le simple déséquilibre des parties dans la relation contractuelle suffirait à condamner l'arbitrage dans les litiges individuels de travail.

Ceci étant, ce premier facteur de rejet doit être combiné à un second : la peur du déni de justice. Comme cela a été observé, l'arbitrage est un mode de règlement des litiges privé, et, par définition,

¹ T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », *LPA* 2003, n°197, p. 4

² V. entre autres : E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Dr. Int. Privé*, 2004-2006, p.135 ; K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.*, 13-17 juil. 2007, n° 198 p. 22 ; C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cah. Arb.*, vol. IV, Pedone éd., 2008, p. 49 ; T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930 ; « L'arbitrage, justice du travail », in *Procès du travail, travail du procès*, sous la direction de M. KELLER, LGDJ, 2008, p. 99

³ M. BECKERS et A. SUTRA, « Faut-il prendre au sérieux l'arbitrage en matière prud'homale ? », *Rev. dr. trav.*, 2014 p. 731

⁴ H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, spéc. p. 113

payant. Or, dès lors qu'il existe une convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, entre les parties au litige, seul le tribunal arbitral est compétent. Autrement dit, si le salarié n'a pas les ressources financières nécessaires pour engager une action devant le tribunal arbitral, son droit d'accès au juge peut se voir dénier étant donné qu'il ne pourrait orienter sa demande devant le Conseil de prud'hommes.

C'est, à première vue, pour ces deux raisons que l'arbitrage et le droit du travail entretiennent une relation aussi conflictuelle. L'arbitrage devrait ainsi rester cantonné à certains types de litiges, notamment dans la matière du commerce international.

Il ne faut cependant pas s'arrêter à cette première conflictualité. L'expansion de la *favor arbitrandum* (§2), tant historiquement que dans une étude de droit comparé, démontre que l'arbitrage et le droit du travail peuvent être conciliables.

§2 : L'expansion actuelle de la *favor arbitrandum*

Afin d'étudier l'expansion actuelle de la *favor arbitrandum* dans les litiges individuels de travail, il est nécessaire de procéder à une analyse historique des rapports entre l'arbitrage et le droit du travail (A) avant de procéder à une analyse comparatiste (B).

A. L'analyse historique

Avant d'apprécier l'évolution contemporaine du droit du travail (2), il convient d'étudier l'évolution historique de l'arbitrage (1).

1. L'évolution historique

Les premières traces de l'arbitrage remontent à la Mésopotamie⁵. Cette institution a ensuite été présente tout au long de l'Antiquité, en Grèce comme à Rome et ce, dès le V^{ème} siècle avant J-C⁶. Selon certains auteurs⁷, il y aurait un lien direct de filiation entre l'arbitrage et la justice étatique. Ceux-ci défendent l'idée d'un développement de l'arbitrage en quatre étapes. La première phase correspond à une discipline de la justice privée. La justice personnelle (ou *Selbsthilfe*) aurait constitué le point de départ de cette évolution. La deuxième phase correspond à l'instant où, au lieu de se faire justice eux-mêmes, les parties auraient convenu, d'un commun accord, de choisir un tiers pour

⁵ S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, p. 557

⁶ M. HUMBERT et B. DE LOYNES DE FUMICHON, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003 p. 285

⁷ Entre autres, MATTHIAS ; M. WLASSAK ; R. MONIER

trancher leur différend. Cet arbitrage, alors facultatif, aurait été rendu, dans une troisième phase, obligatoire par l'Etat, celui-ci étant devenu assez puissant pour interdire dans tous les cas le recours à la justice personnelle. Enfin, la dernière étape se situe lorsque la loi aurait constitué et imposé la compétence juridictionnelle exclusive de l'Etat, exercée par des juges publics. Cette évolution permet de comprendre un peu mieux les fondements de l'arbitrage et de constater qu'il existerait un certain lien entre ces deux justices⁸. A cette époque, alors même que certaines catégories de litiges n'étaient pas arbitrables en raison des liens à l'ordre public, il semble que les seules restrictions connues portent sur les questions d'état des personnes, les affaires de tutelle et les matières criminelles⁹.

Cette faculté de recourir à l'arbitrage s'est poursuivie notamment du XII au XV^{ème} siècle. Il est alors utilisé pour régler toute sorte de litiges, et particulièrement, ceux portant sur les droits réels ou issus des contrats¹⁰. Alternative à la justice royale, son essor repose sur des raisons diverses tel le désir d'un règlement pacifique des différends et la volonté d'éviter qu'un tiers, surtout sous la forme d'une autorité étatique, n'intervienne dans les cellules sociales fortes alors constituées¹¹. A la veille de la Révolution, la rancune contre les anciennes formes de justice entraîne la destruction de celles-ci mais aussi la promotion de l'arbitrage. Il devient alors un principe constitutionnel. Ainsi, la Constitution du 3 septembre 1791 proclame : « *le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif*¹² ». Toutes les matières sont alors arbitrables comme en dispose l'article 2 du décret des 16-24 août 1790 : « *Toutes personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés dans tous les cas et en toutes matières, sans exception* ».

Sous Napoléon, cette faveur envers l'arbitrage cesse. Le domaine de l'arbitrabilité se réduit, excluant désormais les matières d'ordre public. L'arrêt Prunier engendre une prohibition jurisprudentielle de toute clause compromissoire¹³ en raison de la crainte que celle-ci ne devienne une clause banale et de pur style, privant les citoyens des garanties que présentent les tribunaux.

La clause compromissoire retrouve ensuite quelque application en matière commerciale avec la loi du 31 décembre 1925. A contrario, la clause reste interdite dans les matières civiles ou mixtes. Cette première réouverture de la clause compromissoire démontre la volonté de développer l'arbitrage. Elle sera donc suivie de nombreuses autres réformes, tendant à élargir la place de ce mode alternatif de

⁸ M. HUMBERT et B. DE LOYNES DE FUMICHON, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.*, 2003 p. 285, spéc. p. 293-294

⁹ *Ibid.*, spéc. p. 327

¹⁰ Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^{ème} au XV^{ème} siècle. Eléments d'analyse », *Rev. arb.*, 1999, p. 417, spéc. p. 419

¹¹ Par exemple : les corporations, la communauté villageoise, la famille ou le groupe religieux ...

¹² Constitution du 3 sept. 1791, Titre III, Chap. V, art. 5

¹³ Cass. civ., 10 juil. 1843, C^{ie} L'Alliance c. Prunier

règlement des différends. En droit du travail, bien que l'évolution ne soit pas aussi nette, il est possible d'analyser, au sein de l'évolution contemporaine, une certaine ouverture vers cette institution (2).

2. L'évolution contemporaine en droit du travail

Cette évolution se décompose en deux mouvements. Dans un premier temps, un recul de l'arbitrage en droit du travail peut être observé. Au contraire, depuis les années 2010, il semble que le droit du travail souhaite faire une part plus grande à ce mode de règlement des litiges.

1982-2001¹⁴. Dans sa version en vigueur antérieurement à la réforme du 6 mai 1982, l'ancien article L. 511-1 (actuellement, article L. 1411-4) disposait : « *Les conseils de prud'hommes sont compétents en premier ressort quel que soit le chiffre de la demande (...) Toute convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite* ». Cette réserve du compromis d'arbitrage a ensuite été supprimée par la réforme dite Auroux. Bien que les débats parlementaires montrent que le but n'était pas de couper court à cette pratique, une certaine méfiance envers l'arbitrage peut ici être ressentie. Méfiance qui va persister notamment au travers de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. En effet, au travers de l'article 2061 du Code civil, cette loi permet le recours à la clause compromissoire stipulée en raison d'une activité professionnelle, sauf dispositions législatives particulières. Au vu des débats parlementaires, seraient atteintes de nullité toute clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail.

Cependant, une certaine évolution en faveur de l'arbitrage peut ensuite être remarquée.

2010- ... La première avancée remarquable est d'origine jurisprudentielle. Dans un arrêt du 30 novembre 2011¹⁵, la Chambre sociale de la Cour de cassation a énoncé que la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail ne serait plus frappée de nullité, mais d'une simple inopposabilité à l'endroit du salarié. Ce changement de sanction de la clause compromissoire emporte une grande amélioration de la faculté de recours à l'arbitrage des parties au contrat de travail.

Ce premier pas en faveur de l'arbitrage a ensuite été amené d'autres réformes. Celles-ci ne sont pas directement reliées à l'arbitrage mais traduisent un certain esprit de faveur envers celui, soit au travers du développement des modes alternatifs de résolution des conflits, soit au travers de la contractualisation des rapports individuels de travail.

Ainsi, lorsque le projet de loi « Croissance, activité et égalité des chances économiques », dit « *projet de loi Macron* » a été initié, il était prévu que soit reconnu la validité de l'arbitrage en droit du travail

¹⁴ Les réformes au cours de cette période seront plus amplement détaillées au fil de notre étude.

¹⁵ Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-12.905 et 11-12.906, Bull. 2011, V, n°277

et que des mesures soient adoptées pour favoriser son développement. Cependant, les préoccupations des partenaires sociaux quant à ce mode de règlement des conflits si éloigné de la philosophie de la médiation ou de la conciliation ont conduit à effacer cette disposition du projet de loi soumis à l'Assemblée Nationale¹⁶. Pour autant, d'autres modes alternatifs ont été promus dans cette loi, notamment la procédure participative et la médiation conventionnelle.

Bien que l'arbitrage n'ait pas été entériné dans ce texte, une certaine faveur pour les modes alternatifs de règlement des différends doit être remarquée.

De la même manière, le projet de loi « Justice du XXI^{ème} siècle » démontre un intérêt croissant pour ces modes alternatifs puisque le titre II, intitulé « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends », fait état de dispositions relatives à la médiation, à l'initiative des parties ou du juge. Plus encore, ce projet propose la modification de l'article 2061 du Code civil relatif à la clause compromissoire. Ainsi, l'article 7 du titre II du projet de loi adoptés par l'Assemblée Nationale le 24 mai 2016 et par le Sénat le 13 juillet 2016 dispose : « 3^o (nouveau) L'article 2061 est ainsi rédigé : « Art. 2061. – 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 ». Ce texte semble à même de relancer le débat concernant la validité de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail étant donné que la principale raison évoquée pour conclure à la nullité de cette clause est la présence, dans l'article 2061 actuel, de l'élément « sauf dispositions particulières ». Or, en considération du projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, il semble que cet élément ne soit plus retenu.

Enfin, et bien que cela soit sans lien direct avec l'objet de l'arbitrage, le rapport sur la négociation collective, le travail et l'emploi¹⁷ et la loi « Travail¹⁸ » qui s'ensuit, mettent au cœur de leur dispositif la négociation et la régulation des rapports de travail par les conventions collectives. En d'autres termes, la régulation des rapports se fait par la contractualisation de ceux-ci. L'arbitrage s'inscrit, toute proportion gardée, dans la même logique : il s'agit de contractualiser le règlement du litige. Les deux parties décident contractuellement de recourir à l'arbitrage, choisissent les arbitres d'un commun accord ... La compétence de la juridiction étatique passe au second plan, comme certaines lois supplétives face aux conventions collectives.

¹⁶ Entretien avec M. le président A. LACABARATS, 13 juin 2016

¹⁷ J-D. COMBEXELLE, Rapport sur la négociation collective, le travail et l'emploi, Sept. 2015

¹⁸ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

En conclusion, il est possible d'observer une certaine faveur pour l'arbitrage dans les rapports individuels de travail dans l'évolution contemporaine du droit. Cette faveur, semblant même se concrétiser dans le projet de loi « *Justice du XXI^{ème} siècle* », est aussi présente à l'étranger (**B**).

B. L'analyse comparatiste

L'étude des droits étrangers permet de prendre conscience de la place faite à l'arbitrage dans certains Etats. Il offre également un certain éventail de solutions pouvant être proposées afin de développer l'arbitrage des litiges individuels de droit du travail en France. Ainsi, bien que l'arbitrage soit principalement développé dans les pays de *common law* (**A**), peut être observée une tendance certaine à la *favor arbitrandum* dans des pays de *civil law* (**B**).

1. Pays de common law

L'arbitrage des litiges individuels du travail est une pratique très développée dans les pays de *common law* comme l'illustrent les exemples suivants.

Etats-Unis. L'arrêt *Gilmer*¹⁹ est le premier à reconnaître la validité du recours à l'arbitrage pour trancher un litige individuel de travail, en dehors de toute règle conventionnelle. Ayant connaissance des critiques de cette solution, les juges ont particulièrement motivé leur décision, estimant que les garanties étaient ici suffisantes pour assurer le bon déroulement de la justice. L'arbitrage est, depuis, devenu une pratique courant dans la plupart des domaines couverts par la législation du travail, qu'elle soit fédérale ou étatique²⁰.

Grande-Bretagne. L'arbitrage des litiges individuels du travail peut avoir lieu par la voie d'une clause compromissoire ou d'un compromis. Depuis mai 2001, un programme spécial, mis en œuvre par l'*Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (ACAS) permet de recourir à l'arbitrage des litiges individuels de travail uniquement lorsque le cas est celui d'un licenciement injustifié (*unfair dismissal*).

Canada. Le droit canadien est très favorable à l'arbitrage. La jurisprudence considère que les termes du contrat reflètent la liberté contractuelle de chacune des parties et doivent donc être appliqués²¹. De plus, en l'absence de dispositions législatives particulières, est retenu l'effet positif du principe

¹⁹ *Gilmer v. Interstate / Johnson Lane Corp.* 500 U.S. 20 (1991)

²⁰ X. BLANC-JOUVAN, « Le développement de l'arbitrage du travail aux Etats-Unis », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 45

²¹ J. D. WIEGELE, « Arbitration Clauses in Employment Contrats », *Employment Law Conference 2013*, Paper 2.1

compétence-compétence. Autrement dit, il revient à l'arbitre de statuer sur la validité de la clause d'arbitrage en premier lieu si celle-ci est contestée²².

En dehors de ces pays dont la législation est empreinte de libéralisme, certains pays de *civil law* connaissent également un certain développement dans l'usage de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des litiges du travail.

2. Pays de *civil law*

Ainsi, les droits néerlandais et suédois autorisent les parties à insérer une clause compromissoire dans leur contrat de travail. En dehors de ces deux pays, les législations belge et italienne permettent également la stipulation de clause compromissoire dans les contrats de travail, et a fortiori le recours à l'arbitrage, sous certaines conditions, respectivement une rémunération minimale du salarié et la nécessité que ce mode de règlement des litiges soit prévu dans la convention collective. Ces deux exemples seront étudiés au cours de ce mémoire étant donné qu'ils peuvent amener certaines solutions au développement de l'arbitrage en France.

Doit ainsi être remarqué une certaine tendance à la *favor arbitrandum*, les législations étrangères, qu'il s'agisse de pays de *common law* ou de *civil law*, développant de plus en plus la possibilité de recourir à l'arbitrage, tout en l'encadrant parfois de certaines garanties.

Cet argument de l'expansion de la *favor arbitrandum*, qu'il soit historique ou géographique, permet de penser qu'une « *imbrication harmonieuse*²³ » des deux disciplines est possible. Mais il ne saurait convaincre à lui seul de l'utilité de développer l'arbitrage en droit du travail. C'est pourquoi, une étude quant à l'opportunité de l'arbitrage des litiges individuels de travail doit être menée (**Section 2**).

²² Seidel v. Telus Communications Inc., 2011 Carswell BC 553

²³ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930

Section 2 : L'opportunité croissante de l'arbitrage des litiges individuels de travail

Depuis de nombreuses années, les spécialistes dressent le constat que la juridiction étatique de première instance devant laquelle sont attirés les conflits relatifs aux litiges individuels de travail, les conseils de prud'hommes, est en crise, « à bout de souffle¹ ». De ce premier facteur, auquel s'ajoutent de nombreux autres (tels celui de réduction des coûts pour les justiciables ou de désamorçage des conflits), est née la volonté de développer les modes alternatifs de résolution des conflits.

Alternative à la justice étatique. Bien que la double envergure de l'arbitrage, à savoir être un mode conventionnel et juridictionnel de règlement des conflits, pose certaines difficultés en droit du travail, cette spécificité de l'arbitrage peut également constituer une de ses forces : quel autre mode alternatif de règlement des conflits permettrait de mieux éviter le recours au juge étatique que celui qui permet de rendre une sentence ayant autorité de la force jugée ?

Cet argument doit être mis en relation avec la situation de la justice prud'homale actuelle. Selon un rapport de la Commission européenne, la France ne solliciterait que 0,18% de son PIB pour faire fonctionner son système de justice étatique. Ce pourcentage la place derrière la Pologne, la Roumanie, l'Ukraine, l'Arménie ou encore l'Azerbaïdjan². Cette faible proportion de budget du Ministère de la justice entraîne de nombreuses assignations de l'Etat en violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, en raison des délais déraisonnables de jugement des conseils de prud'hommes³. L'Etat se rendrait ainsi coupable de déni de justice.

Bien que la loi du 6 août 2015⁴ (dite loi Macron) réforme la procédure prud'homale aux fins de désengorger cette juridiction⁵, il semblerait que le développement de l'arbitrage en droit du travail puisse aboutir à la régulation du flux de nouvelles demandes devant le Conseil de prud'hommes.

Rapidité et efficacité. Un avantage directement lié au précédent peut être évoqué à ce stade. L'arbitrage en droit du travail offre la possibilité aux parties de voir le litige qui les oppose être tranché rapidement par une sentence arbitrale ayant autorité de la chose jugée. Ce gain de temps est

¹ « La juridiction prud'homale à bout de souffle », *Sem. Soc. Lamy*, 11 mars 2013, n°1575, p. 2

² CEPEJ, *Rapport sur les systèmes judiciaires européens – Edition 2014 (2012) : efficacité et qualité de la justice*, 2014, 5^{ème} éd.

³ TGI Paris jugement du 4 avr. 2012, RG 11/02526, 11/022538 : « manifestement ces délais excessifs résultent du manque de moyens de la juridiction prud'homale » ; « n'est pas discutable qu'il revient à l'État de mettre en œuvre les moyens propres à assurer le service de la justice dans des délais raisonnables, faute de quoi il prive le justiciable de la protection juridictionnelle qui lui est due »

⁴ Loi n°2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015

⁵ Plusieurs propositions ont été faites par A. LACABARATS pour parvenir à diminuer les délais de jugement, V. A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Rapport remis à Madame la garde des sceaux, Juil. 2014

important : d'une part, les parties évitent ainsi les lenteurs de la justice prud'homale⁶ et d'autre part, les affections psychologiques pour le salarié du conflit sont moindres que lorsque le litige court sur plusieurs années. En effet, dans l'attente d'une réponse judiciaire, les travailleurs se sentent parfois entravés, incapables d'aller de l'avant. Dans le même temps, cette rapidité permet à l'employeur de ne pas avoir à reconstituer les faits alors que plusieurs années se sont écoulées depuis lors. Cette réactivité de l'arbitrage est d'autant plus à souligner qu'elle ne se fait pas au détriment des parties : le temps nécessaire est consacré à leur litige. Les parties ont ainsi le sentiment d'être plus entendues, plus écoutées, que la solution est prise en entière connaissance de cause et de fait, que la solution est juste.

Technicité de l'arbitre. Ce sentiment se développe également en raison du choix de l'arbitre par les parties. Celles-ci désignent le tiers amené à trancher leur litige, elles sont à même de choisir une ou des personne(s) dont les compétences et les qualités dans le domaine de l'affaire sont reconnues.

Confidentialité. Les débats sont confidentiels. L'arbitrage étant d'essence contractuelle, seules les parties à la procédure sont concernées par ce processus. Il en résulte ainsi une confidentialité certaine du règlement du différend. Celle-ci est reconnue comme un avantage certain pour les sociétés commerciales et libérales, notamment en raison du secret des affaires et de la protection d'informations stratégiques. En droit du travail, cet avantage est vérifiable pour certaines catégories de salariés, notamment les haut cadres des entreprises qui ne souhaitent pas voir divulguer le montant de leurs demandes ou les raisons de leur licenciement.

Fiscalité. La question s'est posée de savoir si la règle de l'article 80 duodecies du Code général des impôts était applicable à l'arbitrage. Cette question est d'autant plus importante qu'elle implique, outre la défiscalisation des indemnités, une absence de charges sociales. Les parties auraient alors un intérêt financier commun à trouver un accord amiable avant de faire constater celui-ci par le biais d'un arbitrage de complaisance. Selon T. CLAY, il semble que la règle de l'article 80 duodecies s'applique ici, en vertu du principe « *ubilex non distinguit nec non distinguere debemus* ». En effet, il ne peut être contesté que l'arbitre est bel et bien un juge, condition d'applicabilité de cet article⁷.

Conclusion. L'opportunité du développement de l'arbitrage en droit du travail tient à ses différents atouts, et notamment à la rapidité du règlement des litiges à comparer des procédures engagées devant les conseils de prud'hommes.

⁶ Cette lenteur de la justice peut être quantifiée. Le délai pour obtenir une sentence arbitrale est de 6 mois, en moyenne. Le délai pour obtenir une décision du conseil de prud'hommes est de 13 mois, en moyenne, en 2015 : V. « Les chiffres clés de la justice 2015 », *Ministère de la justice*, 2015 ; V. aussi : selon une enquête du Ministère de la justice de novembre 2013, 95% des Français reprochent à la justice sa lenteur : « L'opinion des Français sur la justice », *Infostat Justice*, 2014, n° 125

⁷ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930

Bien que la *favor arbitrandum* et l'opportunité croissante de l'arbitrage incitent au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail, il existe toujours certains risques et limites à ce développement. La conflictualité originelle du droit du travail et de l'arbitrage subsiste et l'esprit du droit du travail emporte des réticences au développement de l'arbitrage en droit du travail.

Enjeu de l'étude. Dès lors que l'arbitrage peut avoir un intérêt pour régler les litiges individuels de travail, et même si cela se limite à quelques-uns, des moyens de conciliation, d'harmonisation entre le droit du travail et l'arbitrage doivent être recherchés. Ainsi, l'enjeu de notre étude est d'imaginer un régime permettant une cohabitation harmonieuse entre ces deux matières afin que l'arbitrage des litiges individuels de travail puisse se développer sans que cela remette en question les protections et droits accordés au salarié, notamment son droit d'accéder à la justice. Comment, dès lors, assurer le développement de l'arbitrage en droit du travail ?

Il convient ici de préciser que la recherche de moyens du développement de l'arbitrage se fera en tentant de concilier le droit du travail et l'arbitrage afin d'assurer la protection des droits du salarié. Apporter des réponses à cette problématique permettrait d'envisager le développement de l'arbitrage dans cette matière sans craindre que l'ensemble des limites qui découlent aujourd'hui de la confrontation du droit du travail et de l'arbitrage n'affecte les droits des salariés. Il s'agit alors d'atteindre un équilibre entre les protections accordées au salarié et l'efficacité de l'arbitrage. Autrement dit, il ne s'agit pas de développer l'arbitrage en le rapprochant au plus près de la juridiction étatique. Il convient de garder les spécificités de celui-ci et de proposer des solutions à même de concilier ces deux matières. Notre priorité sera d'assurer, avant tout, la protection du salarié selon la philosophie inhérente au droit du travail.

Méthodologie de l'étude. Aussi, pour arriver à dégager certains moyens de conciliation du droit du travail et de l'arbitrage, il est nécessaire dans un premier temps de s'interroger sur les limites au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail (**Partie 1**), limites résultant de la confrontation du droit du travail et de l'arbitrage. Une fois ces limites identifiées, il est nécessaire de les analyser précisément afin d'en découvrir l'ampleur et de les hiérarchiser.

Cependant, il a été constaté que le développement de l'arbitrage en droit du travail pourrait être opportun en raison des atouts de l'arbitrage, et surtout de la rapidité du règlement du différend. Dès lors, il est permis de penser qu'un tel mode alternatif de règlement des litiges, associant contractuel et juridictionnel, pourrait être bénéfique, du moins pour certains types de litiges. C'est pourquoi il est important de dégager des moyens de développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail (**Partie 2**). Ces voies de développement empièteront parfois sur le terrain de la liberté contractuelle,

fondement du droit de l'arbitrage. Lorsque tel est le cas, une mise en perspective du bénéfice de la solution et de la règle aliénée doit avoir lieu afin de déterminer si un tel moyen est légitime et justifié.

Partie 1 - Les limites au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail

La particularité de la relation individuelle de travail, et plus précisément, l'existence d'une partie faible, le salarié, au contrat de travail engendrent certaines limites nuisant au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail.

La limite prédominante était initialement liée à l'arbitrabilité des litiges individuels du travail. Effectivement, les litiges du travail n'étant pas arbitrables, les justiciables ne pouvaient accéder à l'arbitrage et les difficultés s'éteignaient donc à ce stade. Aujourd'hui, principalement en raison de l'évolution jurisprudentielle, l'arbitrabilité n'est qu'une source relative de limites à l'accès à l'arbitrage (**Chapitre 1**). Si cette première entrave au développement de l'arbitrage semble s'estomper, une autre source de limites apparaît, cette fois liée aux risques du processus de l'arbitrage pour le salarié (**Chapitre 2**). L'arbitrabilité des litiges ayant vocation à s'étendre, par l'influence notamment de la *favor arbitrandum*, ces risques doivent être analysés et évalués afin d'y apporter, dans la mesure du possible, des solutions pertinentes¹.

¹ L'étude des moyens pertinents pour assurer le développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail sera concentrée dans la seconde partie de ce mémoire.

Chapitre 1 - L'arbitrabilité, source relative de limites à l'accès à l'arbitrage

« L'arbitrabilité est une question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens¹ ». Bien que cette première approche du professeur C. JARROSSON laisse entrevoir une notion complexe et difficile à appréhender, il est indispensable de tenter de définir celle-ci afin de poursuivre cette étude.

Éléments liminaires.

Définitions. L'arbitrabilité désigne « la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres² ». Cette notion implique de déterminer les conditions requises, par un ordre juridique, pour que les juges étatiques se reconnaissent incompétents pour trancher un litige. En cela, l'arbitrabilité est une notion incluse dans celle, plus abstraite, d'« ordre public juridictionnel³ ».

Plus précisément, il est admis que l'arbitrabilité puisse être scindée en deux aspects. D'une part, l'arbitrabilité objective se réfère aux limites posées à l'arbitrage en considération du litige. D'autre part, l'arbitrabilité subjective désigne la possibilité pour une personne d'être partie à l'arbitrage. Certains auteurs, notamment C. JARROSSON et P. LEVEL, ne reconnaissent que l'arbitrabilité objective, ainsi « la seule et véritable arbitrabilité (...) l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage⁴ ». L'arbitrabilité subjective recouvrirait alors une autre notion, plus proche de la notion de capacité.

En liant l'ensemble des éléments de définition ci-dessus énoncés, l'arbitrabilité apparaît comme « une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres »⁵.

Géométrie variable. Les notions d'arbitrabilité et d'inarbitrabilité sont des notions à géométrie variable, dont la détermination résulte de différents paramètres tels que le caractère national ou international du litige, l'objet du litige ou encore les parties en présence. En droit du travail, les contours de ces notions sont difficiles à saisir.

¹ C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, n°1 p. 1

² P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992 p. 213, spéc. p. 213

³ Cette notion est notamment utilisée dans la thèse : J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, sous la direction de C. JAMIN, thèse dactyl. Université Lille 2, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 549, 2013, spéc. p. 28

⁴ C. JARROSSON, « L'arbitrabilité, présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, n°1 p. 1

⁵ B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *RCADI* 2002, T. 296 p. 39

C'est pourquoi il est nécessaire de déterminer les enjeux de l'arbitrabilité des litiges du travail (**Section 1**). Une fois ces enjeux identifiés, il est nécessaire d'étudier plus précisément le régime de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail en ce qu'il s'agit d'un aménagement de l'arbitrabilité (**Section 2**). En effet, autant le compromis d'arbitrage semble s'accommoder des enjeux et critères abordés dans la première section, autant la clause compromissoire doit faire l'objet d'un aménagement différent afin de les respecter.

Section 1 - Les enjeux de l'arbitrabilité

Plusieurs enjeux doivent être pris en considération lorsqu'est abordée la question de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Ainsi, une attention particulière doit être portée à la protection des droits du salarié (§1). Surtout, le principal enjeu de l'arbitrabilité est la protection de l'accès au juge par le salarié (§2).

§1. La protection des droits du salarié

La protection des droits du salarié est un enjeu certain dans la détermination de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Afin de les préserver, le législateur a eu recours à deux critères pour limiter l'arbitrabilité des litiges. Le premier critère est celui de la présence d'une matière intéressant l'ordre public (**A**). Le second critère est celui de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits litigieux (**B**).

A. L'ordre public de protection

Définition. L'ordre public peut être défini comme le « *caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux*¹ ». Cependant, et selon la terminologie forgée par J. CARBONNIER², cette définition générale de l'ordre public doit être opposée à celle de l'ordre public de protection. En effet, ce dernier vise la défense, non de l'intérêt général, mais d'intérêts particuliers. Il est une traduction de la volonté de la société de sauvegarder les intérêts du faible face aux atteintes du fort. C'est pourquoi, le législateur édicte des règles impératives

¹ DEBARD T. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19ème éd., 2012, spéc. p. 608

² J. CARBONNIER, *Droit civil, T.4, Les obligations*, PUF, 2000 22ème éd., spéc. n°70

afin de protéger le premier. Par le biais de l'ordre public de protection, une partie faible est donc protégée par la loi en raison même de sa faiblesse.

Transposé au droit du travail, ce raisonnement emporte que le salarié, partie faible au contrat de travail, soit protégé par la loi. Ces règles tendent à corriger le déséquilibre inhérent à la condition de subordination du salarié. L'autonomie contractuelle du salarié se trouve limitée par la volonté de sauvegarder un intérêt supérieur.

Lien entre arbitrabilité et ordre public. L'article 2060³ du Code civil dispose : « *On ne peut compromettre (...) dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Cette disposition reflète la méfiance du législateur à l'endroit de l'arbitrage. L'arbitre ne serait pas capable de préserver et d'appliquer les règles d'ordre public. En droit du travail, ce texte a une grande portée puisque cette branche du droit est entièrement innervée par des règles d'ordre public, le plus souvent de protection. Par ce simple article, l'accès à l'arbitrage dans le cas d'un litige individuel du travail semble amplement compromis.

Une évolution jurisprudentielle a cependant vidé cette disposition de ses conséquences initiales.

Dès 1950, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans l'arrêt Tissot⁴, reconnaissait que l'inarbitrabilité du litige ne peut résulter de la simple existence d'une réglementation d'ordre public applicable à celui-ci. De même, en 1993, dans l'arrêt Labinal, la Cour d'appel de Paris, statuant en matière d'arbitrage international, a décidé que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux*⁵ ».

Le simple fait que le litige mette en jeu des règles d'ordre public ne semble donc pas suffire pour emporter l'inarbitrabilité de celui-ci. Cette évolution semble justifiée. L'arbitre n'est pas, a priori, plus favorable envers la partie forte qu'envers la partie faible⁶. Il est un juge et se doit d'exercer sa mission dans le respect des règles d'ordre public établies par la loi⁷. En d'autres termes, accepter que le litige soit tranché par des arbitres ne revient pas à renoncer aux droits que le salarié tient de la loi.

Aussi, la présence ou non de l'ordre public au cœur du litige est un critère déclinant dans la détermination de l'arbitrabilité des litiges. En effet, les arbitres semblent pleinement aptes à préserver l'intégrité des règles d'ordre public et de protéger les droits du salarié en découlant. De ce fait, est

³ Issu de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile

⁴ Cass. com., 28 nov. 1950, Tissot c. Neff

⁵ CA Paris, 19 mai 1993, Sté Labinal c. Mors et Westland

⁶ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Dr. Int. Privé*, 2004-2006, p.135. Cette affirmation est à nuancer avec l'étude menée ci-dessous.

⁷ C. proc. civ., art. 1492

justifié un relâchement dans la prise en compte de ce critère comme source d'arbitrabilité, ou non, des litiges.

Un autre critère, ayant également pour objectif d'assurer la protection des droits du salarié, est la mise en œuvre de la technique juridique de l'indisponibilité des droits (**B**).

B. L'indisponibilité des droits

Définition. Selon M. LEVEL, « un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'on peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer⁸ ».

Ordre public, liberté contractuelle et disponibilité des droits. Cette première définition permet de mettre en exergue l'importance des liens existant entre ces trois notions. Ceci étant, le concept d'ordre public se différencie légèrement des deux autres dans son objet. Alors que l'ordre public vise à établir des droits pour protéger le salarié, la disponibilité des droits entraînant une restriction de la liberté contractuelle sont les mécanismes garants de cette protection.

La question de la relation entre l'ordre public de protection et l'arbitrabilité ayant été abordée ci-dessus, il faut désormais se concentrer sur la protection des droits du salarié par le mécanisme de l'indisponibilité des droits.

Lien entre disponibilité et arbitrabilité. L'article 2059 du Code civil dispose : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». L'équation entre arbitrabilité et disponibilité des droits est ici clairement exposée, faisant de la disponibilité un critère de l'arbitrabilité des litiges. Autrement exprimé, « la disponibilité des droits est le genre dont l'arbitrabilité est l'une des espèces⁹ ». Ainsi, en vertu de l'ordre public de protection, interdiction est faite au salarié de disposer de certains de ses droits. Cette interdiction en emporte une seconde : faire trancher le litige par un arbitre.

Altération de la liberté contractuelle. L'indisponibilité des droits est une exception à l'autonomie de la volonté, et donc à la liberté contractuelle¹⁰. Disposer de ses droits permettrait de consentir à la soumission du litige à l'arbitrage. Au contraire, si ces droits sont indisponibles, le recours à l'arbitrage est impossible, réduisant la liberté contractuelle du salarié. Il s'agit ici de répondre à l'un des enjeux de la détermination de l'arbitrabilité : la protection des droits du destinataire. Si la loi interdit à

⁸ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213

⁹ C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, n°1 p. 1, spéc. p. 2

¹⁰ C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, n°1 p. 1, spéc. p. 3

l'individu de disposer de ses droits, c'est qu'elle souhaite le protéger contre une renonciation effectuée sans pleine mesure des intérêts en présence.

Etat de subordination. L'un des critères d'identification du contrat de travail est la subordination juridique du salarié à son employeur, et par extension, l'état de subordination du salarié. C'est celui-ci qui emporte la considération que le salarié est une partie faible au contrat de travail et une méfiance du législateur envers les actions du salarié, notamment lorsqu'il s'agit d'actions portant sur les droits qu'il tient de la loi. C'est pourquoi, il empêche le salarié de pouvoir renoncer à la protection qui lui est conférée tant que dure l'état de subordination justifiant cette protection. Autrement dit, les droits du salarié sont indisponibles tant qu'il est soumis à la subordination de son employeur.

Ainsi, il s'agit d'une indisponibilité relative, et non absolue.

Temporalité. Le facteur « temps » est donc l'un des éléments essentiels de l'arbitrabilité au regard du critère de l'indisponibilité des droits.

Il existe différentes catégories de disponibilité en fonction des droits litigieux. Ainsi, certains droits sont totalement et définitivement indisponibles quand d'autres sont partiellement disponibles. Enfin, il y a les droits indisponibles à l'état de droit éventuel et disponible à l'état de droit né et actuel¹¹. C'est de cette dernière catégorie dont ressortent les droits du salarié. En effet, en fonction du moment de la signature de la convention d'arbitrage, le salarié aura la possibilité, ou non, de renoncer à ses droits. Seules les renonciations anticipées sont interdites. Dès lors que la situation de déséquilibre disparaît, soit lors de la rupture du contrat de travail, le différend devient arbitrable. Cette distinction entre droit éventuel et droit acquis permet d'ailleurs de rendre nulle la clause compromissoire alors même que le compromis, s'il est conclu après la rupture du contrat de travail, est valide étant donné que le droit éventuel est alors né et acquis, et donc disponible. Elle est illustrée par les arrêts du 5 novembre 1984¹², du 14 décembre 1990¹³ et du 4 juin 1992.

Ainsi, le critère de la disponibilité des droits, plutôt que le critère de l'ordre public¹⁴, permet de répondre à l'enjeu de la protection des droits du salarié. Il permet de déterminer une arbitrabilité temporelle des litiges, fonction de la disponibilité ou non des droits au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Les contours dessinés par ce critère semblent correspondre à ceux dessinés par l'étude du prochain critère, à savoir la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes pour les litiges individuels de travail.

¹¹ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992 p. 213, spéc. p. 222

¹² Cass. soc., 5 nov. 1984

¹³ CA Paris, 14 déc. 1990, n° 89/16638, Jurisdata n°1990-025181

¹⁴ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992 p. 213

L'objectif est en effet similaire : il s'agit pour le salarié de ne pas renoncer aux droits qu'il tient de la loi, et notamment protéger le droit du salarié d'accéder à son juge naturel (§2).

§2. La protection du droit d'accès au juge du salarié

Avant d'étudier le critère répondant à cet enjeu, soit la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes pour régler les litiges relatifs au contentieux individuels du travail (B), il est nécessaire d'étudier le fondement de celui-ci, soit l'importance de l'accès au juge (A) comme facteur de détermination de l'arbitrabilité.

A. L'importance de l'accès au juge

Selon le professeur E. LOQUIN, « *la non arbitrabilité des litiges du (...) droit du travail n'est pas liée au caractère impératif des règles qu'ils mettent en cause, mais trouve son fondement dans la volonté d'un ordre juridique de soustraire la partie faible à une procédure qui n'est pas jugée apte à garantir son droit d'ester en justice*¹⁵ ». Cette phrase illustre parfaitement l'importance, pour le salarié, de voir garanti son droit d'accéder à la justice. Or, l'arbitrage se trouve être, non pas une renonciation aux droits litigieux, mais une renonciation à être jugé par son juge naturel. Aussi, autoriser l'arbitrage peut conduire le salarié à renoncer à certaines garanties du système étatique, comme le faible coût, la proximité ou l'accessibilité¹⁶, quand bien même l'intégrité des protections qui lui sont offertes serait conservée. Autrement dit, la renonciation à être jugé par le juge prud'homal peut entraîner pour la partie faible une remise en cause du droit au juge dès lors que l'arbitrage entraîne une aggravation sensible des conditions d'accès à la justice. Ceci a une conséquence directe sur les garanties consacrées à l'article 6§1 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme¹⁷. En effet, et comme cela est énoncé dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, « *le droit d'accès [à la justice] constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6§1*¹⁸ ».

De plus, il existe une certaine défiance envers l'arbitre : celui-ci ne serait pas apte à prendre en compte et à défendre les intérêts des parties faibles. Cette affirmation doit être nuancée étant donné qu'il n'y a, *a priori*, aucune raison que les arbitres favorisent la partie forte à un litige arbitral. Nous verrons au

¹⁵ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Dr. Int. Privé*, 2004-2006, p.135, spéc. p. 149

¹⁶ L. RAVILLON, « L'ordre public et l'arbitrage, Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité ? », in *Lexis Nexis*, 2014 Vol. 42, p. 57, spéc. p. 69

¹⁷ Art. 6§1 CEDH : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement (...)* ».

¹⁸ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, n° 4451/70, n°36 : « *De l'ensemble des considérations qui précèdent, il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 (art. 6-1)* ».

cours de cette étude que ces risques peuvent se révéler réels et concrets, notamment en raison du fait que l'arbitrage est une justice privée et que les arbitres doivent être payés par les parties.

Cet enjeu de la protection du droit d'accès au juge, dont le fondement n'est autre que le risque que comporte l'arbitrage en tant que justice privée, est concrétisé au travers d'un critère d'arbitrabilité, celui de la compétence quasi-exclusive du Conseil de prud'hommes (**B**).

B. La quasi-exclusivité de la compétence du Conseil de prud'hommes

Aux termes de l'article L. 1411-4 du Code du travail, « *le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite* ». Cet article consacre le monopole du Conseil de prud'hommes pour les litiges intéressant la relation individuelle de travail. Une approche historique de cette compétence (1) permet d'étudier les différentes interprétations possibles de l'article susvisé (2) afin d'établir l'importance de cette limite de l'accès à l'arbitrage.

1. Approche historique de la compétence du Conseil de prud'hommes

Dans sa version en vigueur jusqu'au 6 mai 1982, l'article L. 1411-4 (anciennement article L. 511-1) du Code du travail disposait : « *Les conseils de prud'hommes sont compétents en premier ressort quel que soit le chiffre de la demande* ». Etait alors précisé : « *Toute convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite* ». L'arbitrabilité des litiges individuels de travail se résumait alors à la possibilité de conclure un compromis d'arbitrage.

Avec la réforme dite Auroux du 6 mai 1982, cette « *réserve* » du compromis d'arbitrage disparaît, laissant alors place à une ambiguïté certaine.

Pour certains, cette suppression confirme la volonté du pouvoir législatif d'interdire le recours tant à la clause compromissoire, qu'au compromis d'arbitrage¹⁹. L'article L. 1411-1 du Code du travail constituerait alors une règle spéciale, dérogeant à la règle générale issue de l'article 2059 du Code civil²⁰.

¹⁹ M. BECKERS, « Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale », *Dr. Ouvr.*, mars 2016, n° 812 p. 128

²⁰ C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

Cependant, au vu des travaux parlementaires préparatoires à la loi du 6 mai 1982²¹ et des discours de M. AUROUX, alors ministre du Travail et porteur de la réforme en question, il semblerait que la volonté du législateur n'ait pas été d'anéantir tout recours à l'arbitrage en droit du travail mais plutôt d'accentuer le rôle de la juridiction prud'homale dans les litiges individuels du travail. Ce dernier avait en effet déclaré : « *le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent, [...] les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu* »²².

En découlent différentes interprétations de l'article L. 1411-4 du Code du travail (2).

2. Approche interprétative de l'article L. 1411-1 du Code du travail

Beaucoup d'auteurs se sont intéressés au libellé exact de l'article L. 1411-4 du Code du travail afin de déterminer la nature de la compétence du Conseil de prud'hommes.

« **Seul compétent** ». Une première analyse du texte de l'article L. 1411-4 du Code du travail conduit à interpréter la présence du terme « *seul* ». Pour certains auteurs, cette précision renverrait à l'idée que, depuis la création de la section Encadrement, les cadres n'auraient plus l'option auparavant ouverte de voir leur litige jugé par le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance. Seul le Conseil de prud'hommes serait désormais compétent²³.

Compétence exclusive ou impérative. Outre cette première analyse, certains auteurs²⁴ se sont interrogés sur le lien exact entre l'arbitrabilité et la compétence exclusive ou impérative des juridictions. Il existerait une distinction entre la qualification de compétence exclusive ou impérative d'une juridiction.

D'une part, la volonté du législateur peut être de confier impérativement à une juridiction un type de litige déterminé, dans un but spécialement défini par la loi. Dans cette hypothèse, et pour se conformer à la *ratio legis* du texte, le litige ne peut être soumis à un arbitre. Pour C. JARROSSON²⁵, la loi rend alors les droits litigieux indisponibles, conduisant à l'inarbitrabilité du litige.

²¹ Loi n°82-372 du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes.

²² Discours de J. AUROUX à l'Assemblée Nationale.

²³ H. FLICHY, « Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT), Une innovation juridique au service du justiciable », *Dr. ouvr.*, 2016, n° 812 p. 134

²⁴ Notamment, E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Dr. Int. Privé*, 2004-2006, p.135 ; C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, p.1

²⁵ *Ibid.*

En revanche, il pourrait s'agir d'une volonté du législateur de répartir, au sein de l'ordre juridictionnel, les compétences de chaque juridiction. A cet instant, l'arbitre n'est pas concerné par cette répartition, se situant par essence hors de l'ordre juridictionnel étatique.

Objectifs divergents. Ainsi, les règles de compétence auraient pour objectif de régler la répartition du « travail judiciaire », afin d'assurer la bonne administration de la justice. Au contraire, les règles relatives à l'arbitrabilité des litiges ont pour but d'interdire à un juge privé de connaître d'un litige impliquant certains intérêts particuliers, au travers de la théorie de libre disponibilité des droits, et d'éviter qu'un justiciable voit limiter son droit fondamental d'accès au juge.

Ne partageant vraisemblablement pas les mêmes objectifs, il semble que l'inarbitrabilité des litiges individuels de travail ne puisse se déduire du seul critère qu'est la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes.

Conclusion. Alors que les critères des règles d'ordre public et de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes ne semblent pas être, à eux seuls, des limites à l'accès à l'arbitrage, celui de l'indisponibilité des droits entraîne une limite temporelle. Cette limite temporelle se traduit par la validité du compromis d'arbitrage dès lors que le contrat de travail du salarié est rompu, la situation justifiant l'indisponibilité des droits étant alors éteinte. Il faut désormais s'intéresser à l'aménagement de l'arbitrabilité en raison de ces enjeux, notamment au regard de la clause compromissoire (**Section 2**).

Section 2 - L'aménagement de l'arbitrabilité

Au vu des enjeux étudiés précédemment, il est nécessaire de se concentrer ici sur l'aménagement de l'arbitrabilité, et, plus précisément, sur le régime de la clause compromissoire. En effet, comme cela a été présenté, le critère de disponibilité des droits implique un aménagement temporel de l'arbitrabilité : une fois les droits du salarié devenus disponibles, il lui est possible de conclure une convention d'arbitrage. Les droits devenant disponibles au moment du licenciement, il lui est possible de conclure un compromis d'arbitrage une fois le licenciement prononcé. Cette logique a d'ailleurs été acceptée par la jurisprudence¹.

Cependant, reste à régler le problème de l'arbitrabilité des litiges dans la perspective de la clause compromissoire. Il est rare que deux parties conclues une convention d'arbitrage après la naissance du litige, c'est-à-dire un compromis d'arbitrage. Pour donner toute son efficacité à l'arbitrage, il serait nécessaire de reconnaître la validité de la clause compromissoire. Pour autant, reconnaître celle-ci peut présenter des difficultés et entrer en contrariété avec les enjeux présentés ci-dessus. C'est pourquoi, dans le texte de la loi, la clause compromissoire est sanctionnée de nullité (§1). Pourtant, les juges de la Cour de cassation ont opté pour un aménagement de cette sanction en décidant de l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié (§2).

§1. La nullité légale de la clause compromissoire

Dans sa version en vigueur du 16 septembre 1972 au 16 mai 2001, l'article 2061 du Code civil disposait : « *la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ». En d'autres termes, le principe était alors celui de la nullité de la clause compromissoire, sauf cas exceptionnels précisément identifiés par la loi.

Avec la loi relative aux nouvelles régulations économiques², un changement de paradigme s'impose. L'article 126 de cette loi modifie l'article 2061 du Code civil. Il dispose désormais : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

¹ Cass. soc., 5 nov. 1984 ; CA Paris, 14 décembre 1990, n° 89/16638, Jurisdata n°1990-025181

² Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF 16 mai 2001

Alors que le « *contrat conclu à raison d'une activité professionnelle* » peut stipuler une clause compromissoire valablement (A), la première partie de l'article 2061 semble évincer le recours à la clause compromissoire dans les litiges du travail (B).

C. La validité de principe dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle

L'article 2061 du Code civil dispose que sont valides les clauses compromissoires « *dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Reste alors à déterminer ce que recoupe l'expression susmentionnée.

Est entendue comme étant une activité professionnelle toute activité accomplie à l'occasion de l'exercice d'une profession. Cette activité présente donc un caractère habituel et un but, celui de procurer des ressources à son auteur³. Ce critère de l' « *activité professionnelle* » a également le mérite d'être celui retenu dans les textes et conventions européens⁴. Pour exemple, l'article 13 de la Convention de Bruxelles⁵ énonce : « *par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ».

Enfin, un tel critère permet de s'attacher ni à l'objet du contrat, ni aux aptitudes techniques des parties mais au seul critère d'une activité professionnelle. Il élargit ainsi considérablement le champ de validité de la clause compromissoire étant donné que les activités professionnelles regroupent un ensemble de contrats beaucoup plus important que les seules activités commerciales.

Dès lors, le contrat de travail apparaît par excellence comme celui étant « *conclu à raison d'une activité professionnelle* ». Pourtant, il semble que la clause compromissoire ne puisse y être stipulée (B).

D. La nullité de la clause compromissoire dans les litiges du travail

Evolution parlementaire. La loi susvisée a fait l'objet de nombreux débats à l'Assemblée Nationale et au Sénat. Ceux-ci sont, notamment, éclairants quant à la disposition « *sous réserve des dispositions législatives particulières* » contenue dans la première moitié du nouvel article 2061 du Code civil.

³ P. FOUCHARD, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.*, 2001, p. 399, spéc. p. 408. D'autres définitions de l'activité professionnelle ont été proposées : V. L. CASAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, L. G. D. J., Bibliothèque de droit privé, T. 231, 1993. ; J. Savatier, « Contribution à une étude juridique de la profession », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Librairie Dalloz, 1961

⁴ Ibid.

⁵ Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Ainsi, ils mettent en exergue la volonté du législateur d'exclure la possibilité d'insérer une clause compromissoire dans un contrat de travail.

Après une première lecture au Sénat, est adoptée, le 17 octobre 2000, une version du projet de loi comportant un nouvel article 69B⁶. Celui-ci disposait alors : « I. – L'article 2061 du code civil est abrogé. II- L'article L. 511-1 du code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé : 'La clause compromissoire est réputée non écrite pour tous les litiges qui, en vertu du présent article, sont de la compétence des conseils de prud'hommes' ».

Selon le rapport de P. MARINI⁷, la finalité de ce texte est alors de clarifier le champ de validité de la clause compromissoire. La prohibition de principe concourt à l'isolement de la France au sein de l'Europe et nuit à l'intelligibilité du droit français pour les opérateurs économiques. De plus, la suppression de cette prohibition peut contribuer à désengorger les tribunaux, en favorisant le règlement par voie d'arbitrage des litiges dans lesquels il est approprié d'avoir recours à une méthode simple et rapide. Ceci étant, il est, toujours selon ce rapport, important de maintenir une prohibition expresse dans les contrats mettant en présence une partie réputée faible.

Cependant, une sensible modification dans la rédaction de cet article 69B a eu lieu, par un amendement déposé par le gouvernement⁸. Ainsi, en deuxième lecture du projet de loi à l'Assemblée Nationale, est adoptée la formulation suivante : « La clause compromissoire est valable entre professionnels à moins qu'elle n'ait été imposée à une partie par un abus de puissance économique de l'autre ». Cet amendement, supposé offrir de meilleures garanties pour les parties faibles que le texte introduit au Sénat, a tout de même suscité certaines critiques de la part du rapporteur E. BESSON, notamment quant à la subjectivité de la définition de l'abus de puissance économique et la notion de « professionnel ».

Est alors votée au Sénat la version définitive de l'article 69 B le 18 avril 2001, codifiée à l'article 2061 du Code civil.

L'analyse de ces échanges parlementaires et de l'évolution du texte permettent d'apprécier la volonté réelle du législateur : celle d'exclure la possibilité, dans le cadre d'un contrat de travail, d'insérer une clause compromissoire.

Aujourd'hui, c'est la combinaison des articles 2061 du Code civil et L. 1411-4 du Code du travail (ancien article L. 511-1) qui justifie la nullité de la clause compromissoire, et par la même la limite à

⁶ Cet article résulte de l'adoption par le Sénat d'un amendement présenté par J-M. BAYLET.

⁷ Rapport n° 5 (2000-2001) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 4 octobre 2000

⁸ Amendement n° 223, étudié lors de la deuxième séance du 24 janvier 2001 à l'Assemblée Nationale

l'accès à l'arbitrage. En effet, est comprise comme réserve résultant de « *dispositions législatives particulières* », la disposition suivante : « *Toute convention contraire [à la compétence du conseil de prud'hommes] est réputée non écrite* »⁹.

Une solution incomplète. La précision, bien qu'utile, insérée par le législateur quant à la validité de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail, ne permet cependant pas de définir la solution propre au compromis d'arbitrage.

Comme expliqué précédemment¹⁰, la référence à la possibilité de conclure un compromis d'arbitrage dans les litiges individuels de travail a disparu lors de l'entrée en vigueur de la loi du 6 mai 1982. Dès lors, il peut être regretté que la réforme de 2001 n'ait pas apportée d'éclairages propres à la validité du compromis d'arbitrage inséré par suite de la naissance d'un litige.

Alors même que la législation semble imposer la nullité de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail, la jurisprudence a évolué vers une autre sanction, conciliant les enjeux de l'arbitrabilité, notamment le droit d'accès au juge, et la *favor arbitrandum* : la clause compromissoire est désormais inopposable au salarié (§2).

§2. L'inopposabilité jurisprudentielle de la clause compromissoire

L'arrêt de la Chambre sociale du 30 novembre 2011¹¹ mérite une analyse approfondie. En effet, il est l'un des plus importants arrêts de la jurisprudence récente de la Cour de cassation au sujet de l'arbitrage des litiges du travail.

Deux salariés de la société Deloitte ont été promus, l'un « senior manager », le second « associé ». A la suite de cela, ils ont signé un document intitulé « charte associative Deloitte ». Après transfert de leur contrat de travail postérieurement à une fusion-absorption au sein du groupe Deloitte, ils ont démissionné avant de saisir le Conseil de prud'hommes de Nanterre en nullité de diverses dispositions de la charte associative. C'est alors que la société Deloitte a soulevé l'incompétence de la juridiction prud'homale en raison de la clause compromissoire stipulée à la charte. La cour d'appel a rejeté cette exception d'incompétence. Qualifiant la charte associative d'avenant au contrat de travail, elle déclare de fait, inopposable aux salariés la clause compromissoire mentionnée dans ce document.

⁹ C. trav., art. L. 1411-4

¹⁰ V. spéc. p. 26

¹¹ Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-12.905 et 11-12.906, Bull. 2011, V, n°277

La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'employeur et reposant sur l'effet négatif du principe compétence-compétence.

Il est donc nécessaire d'étudier la solution de l'arrêt du 30 novembre 2011 (A) avant d'apprécier comment celle-ci répond aux enjeux de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail (B).

A. Le nouvel aménagement de l'arbitrabilité

Deux enseignements ressortent principalement de cet arrêt. La Cour de cassation décide en effet que le principe compétence-compétence ne trouve pas à s'appliquer en matière prud'homale (1), mais surtout, la sanction de la clause compromissoire évolue : de nulle, elle devient inopposable (2).

1. L'effet négatif du principe compétence-compétence écarté

Le principe compétence-compétence théorisé par la doctrine comporte deux versants : un effet positif et un effet négatif. C'est le second, consacré par le législateur dans l'article 1448 du Code de procédure civile, qui a subi quelques aménagements à la suite de l'arrêt de la Chambre sociale.

Principe. Selon l'article 1448 du Code de procédure civile¹², il n'est possible, pour les juges étatiques, de statuer sur leur compétence lorsqu'un litige relève d'une convention d'arbitrage, que dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage se trouve être manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Ce principe est largement affirmé par la jurisprudence¹³.

Solution de l'arrêt. Depuis l'arrêt du 30 novembre 2011, cet article n'est pas applicable au juge prud'homal. En effet, « *le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale* ¹⁴ ».

Avant d'étudier le fondement de la solution, révélateur de l'idée du juge, trois éléments doivent être précisés.

D'abord, le juge ne peut se fonder sur l'article 1448 du Code de procédure civile étant donné que, dans un contrat de travail, une clause compromissoire ne peut être manifestement nulle puisqu'elle est valable en matière internationale et inefficace en matière interne¹⁵.

¹² C. proc. civ., art. 1448: « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite* ».

¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-15.968, Bull. 2011, I, n° 174 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-68.731, Bull. 2010, I, n° 183; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, n° 09-12.669, Bull. 2010, I, n° 26

¹⁴ Extrait de l'attendu de principe de l'arrêt Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 11-12.905 et 11-12.906

Ensuite, et dans les litiges du droit de la consommation où une partie faible est également présente, l'effet négatif du principe compétence-compétence est conservé¹⁶.

Enfin, bien que la chambre sociale reconnaisse pour la première fois explicitement cette solution, les arrêts portant sur les contrats de travail internationaux¹⁷, dans laquelle elle avait d'ores et déjà déclaré inopposable la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail au salarié, reconnaissent implicitement le rejet de l'effet négatif du principe compétence-compétence.

Fondement. Pour les magistrats de la Haute juridiction, « *il résulte de l'article L. 1411-4 du code du travail que le principe compétence-compétence [...] n'est pas applicable en matière prud'homale* ». L'article même consacrant la compétence exclusive du conseil de prud'hommes, dès lors qu'un litige est relatif à une relation individuelle de travail, constitue donc le fondement de la solution. Cela semble logique. Etant donné qu'un article du Code du travail dispose expressément cette compétence exclusive, le Conseil de prud'hommes doit rester compétent en tout état de cause dès lors qu'un litige est relatif à une relation individuelle de travail. C'est ensuite cette compétence exclusive qui l'amène à décider de la possibilité ou non de laisser un tribunal arbitral statuer sur le litige en lieu et place du Conseil de prud'hommes. La compétence tendrait alors vers l'impérativité plutôt que l'exclusivité.

Equilibre. Alors que le refus de reconnaître l'effet négatif du principe compétence-compétence quand le conseil de prud'hommes est naturellement compétent au vu du litige en question semble exprimer une réticence à l'égard de l'arbitrage, un mouvement de balancier peut être constaté. Certes, l'arbitre ne peut statuer sur sa propre compétence mais la clause compromissoire n'est plus nulle, elle devient inopposable par l'effet de la jurisprudence.

2. *L'inopposabilité de la clause compromissoire*

Evolution. Depuis un arrêt de la Chambre sociale du 25 mai 1956¹⁸, la sanction d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail était connue : la nullité. Il s'agit, en effet, d'une disposition contraire à la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes pour les litiges individuels du travail.

¹⁵ T. CLAY, « L'arbitrage, justice du travail », in *Procès du travail, travail du procès*, sous la direction de M. KELLER, LGDJ, 2008, p. 99

¹⁶ Cass. civ. 1, 21 mai 1997 ; V. J-C. DUBARRY et E. LOQUIN, « Clause compromissoire. Contrat de consommation mettant en jeu les intérêts du commerce international, Validité, Arbitrabilité du litige », *RTD Com.*, 1998, p. 330

¹⁷ Cass. soc., 12 mars 2008, v. *Rev. dr. trav.*, 2008, p. 326, obs. E. Serverin ; Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-41860, Bull. civ. 1999, V, n° 191 p. 140

¹⁸ Cass. soc., 25 mai 1956, n°4.850, Bull. civ. IV n°492

Cette corrélation entre nullité de la clause compromissoire et compétence exclusive est, notamment, démontrée dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 1999¹⁹. Il y était indiqué que cette nullité résultait de la combinaison des articles 2061 du Code civil et L. 511-1²⁰ et R. 517-1²¹, dernier alinéa du Code du travail.

Depuis l'arrêt du 30 novembre 2011, la sanction a évolué : une clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail n'est plus nulle, elle est simplement inopposable au salarié²².

Analyse. Plusieurs explications peuvent être avancées pour justifier ce revirement jurisprudentiel.

Un premier élément provient de la volonté d'alignement de la Chambre sociale des régimes des contrats de travail internationaux et internes. Par un certain nombre d'arrêts, la Chambre sociale a estimé que la clause compromissoire intégrée à un contrat de travail international devait être inopposable au salarié, et non nulle²³.

Un second élément peut être avancé. La loi dite de nouvelles régulations économiques²⁴ a modifié l'article 2061 du Code civil²⁵. Comme expliqué précédemment²⁶, le principe était la nullité de la clause compromissoire puisqu'il était nécessaire que des dispositions spécifiques prévoient cette possibilité pour pouvoir y recourir. Au contraire, depuis 2001, la validité de la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle est largement reconnue, sauf dans l'hypothèse où des dispositions spéciales empêcheraient cette possibilité. La Cour de cassation s'inscrivait donc dans ce mouvement en ne retenant plus la nullité mais l'inopposabilité de la clause compromissoire.

Notion d'inopposabilité. L'inopposabilité est définie comme la « *caractéristique d'un acte que les tiers peuvent tenir pour inexistant bien qu'il soit parfaitement valable et efficace entre les parties*²⁷ ». Face à cette définition, il est difficile de comprendre pourquoi les magistrats de la Cour de cassation se réfèrent à une inopposabilité plutôt qu'à une nullité relative, voie de recours propre aux parties au contrat.

¹⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, 1999, La documentation française

²⁰ Depuis la recodification, C. trav. art. L. 1411-4

²¹ Depuis la recodification, C. trav. art. R. 1412-4

²² Extrait de l'arrêt Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12.905 et 11-12.906 : « *dès lors, la clause compromissoire qui y était stipulée était inopposable aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du code du travail* »

²³ Cass. soc., 16 fév. 1999, n° 96-40.643, Bull. civ. 1999, V, n° 78 ; Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-43.288, Bull. civ. 2011, V, n° 312 ; Cass. soc., 12 avr. 2008, n° 01-44.654, RDT 2008 p. 326

²⁴ Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001

²⁵ J. ICARD, « De la nullité à l'inopposabilité des clauses compromissoires stipulées dans un contrat de travail interne », *Cah. Soc.*, 1^{er} fév. 2008, n° 238 p. 35

²⁶ V. spéc. p. 30

²⁷ DEBARD T. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012

Option de compétence. En toute hypothèse, la solution de la Cour de cassation dans l'arrêt du 30 novembre 2011 crée une option de compétence au profit du salarié, et uniquement à son profit. Le salarié peut donc choisir de saisir le Conseil de prud'hommes ou le tribunal arbitral après la naissance du litige sans avoir à se justifier quant à son choix. Ainsi, il est possible de considérer que, bien que la clause compromissoire soit conclue avant la naissance du litige, il y a une réitération de volonté de la part du salarié de voir trancher le différend par un arbitre postérieure à la naissance de celui-ci.

Cette option de compétence en faveur du salarié est une avancée, largement saluée par la doctrine, certes mais elle entraîne également un certain nombre de doutes.

B. La prise en compte des enjeux de l'arbitrabilité

Conciliant la *favor arbitrandum* et le droit d'accès au juge (1), cette solution peut être appréciée comme s'insérant dans une tendance économique de l'arbitrage, sans renier l'objet du droit du travail, à savoir la protection du salarié. Pour autant, un certain nombre d'interrogations et de critiques découlent de cet arrêt (2).

1. Une conciliation de la favor arbitrandum et de l'accès au juge

L'ensemble de la solution montre que le droit du travail n'est pas intrinsèquement opposé à la résolution des litiges par l'arbitrage et étend ainsi le champ de l'arbitrabilité des litiges individuels du travail. Tout cela en laissant intact le droit d'accès au juge.

Extension du champ de l'arbitrabilité. Cet arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation emporte une avancée majeure.

D'une part, comme étudié dans le paragraphe précédent, le champ de l'arbitrabilité est élargi puisqu'il est désormais possible de stipuler une clause compromissoire au sein d'un contrat de travail sans que celle-ci, ou la sentence arbitrale en découlant, n'encoure la sanction de la nullité. D'autre part, il faut noter que les magistrats semblent valider, du moins implicitement, le raisonnement développé dans l'arrêt du 5 novembre 1984 quand bien même celui-ci a été rendu alors que la loi applicable au litige²⁸ autorisait le recours à l'arbitrage par la voie du compromis. Est donc désormais validée l'hypothèse selon laquelle le recours à l'arbitrage est licite dès lors qu'il est organisé par la voie du compromis, soit après la naissance du litige.

²⁸ Avant la réforme de 1982.

L'accès au juge étatique préservé. Pris ensemble, les deux enseignements de l'arrêt permettent de préserver entièrement l'accès au juge, quelles que soient les circonstances. En effet, même dans l'hypothèse où une clause compromissoire est insérée dans le contrat de travail, le salarié peut toujours exercer son droit d'option au moment de saisir le juge. De plus, la mise à l'écart de l'effet négatif du principe compétence-compétence permet de s'assurer que le juge prud'homal sera toujours à même de se prononcer sur le fond du litige sans se voir opposer la nécessité de laisser le tribunal arbitral statuer sur sa compétence en priorité. Cette solution répond donc aux besoins économiques et à la volonté d'ouvrir à la voie à une autre justice tout en assurant la protection des droits du salarié et son droit d'accéder à la justice, notamment étatique.

Dès lors que la neutralisation de l'effet négatif du principe compétence-compétence reste circonscrite à l'hypothèse où les parties sont structurellement faibles, cette solution est satisfaisante en ce qu'elle évite des complications ayant un impact financier important.

Dans un premier temps, le respect du principe compétence-compétence impliquerait que soit constitué le tribunal arbitral, uniquement pour que le salarié fasse jouer son droit d'option entre la juridiction étatique et le tribunal arbitral²⁹. Apparaît clairement, sur cette question, le lien entre fond et procédure.

Dans un second temps, une déclinaison de la problématique exposée ci-dessus aurait également été à craindre. En effet, si l'effet négatif du principe compétence-compétence n'avait pas été neutralisé par la jurisprudence, les clauses compromissoires seraient certainement devenues des clauses de style dans des contrats de travail ayant, aujourd'hui, une forte image de contrat d'adhésion. Cette difficulté existe depuis longtemps puisqu'elle est l'une des raisons pour laquelle, en 1843, les magistrats avaient déclaré incompatibles la clause compromissoire et les exigences de l'ancien article 1006 du Code civil³⁰. Eu égard à l'inopposabilité de la clause compromissoire et au droit d'option que peut exercer le salarié quant au choix de la juridiction à même de trancher le litige, l'application du principe compétence-compétence entraînerait, certes un coût financier important, mais surtout, impliquerait une sorte de découragement, entraînant ainsi un potentiel de déni de justice, alors même que l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme protège le droit d'accès au juge.

Pour conclure, cette solution apporte un certain équilibre et répond aux enjeux liés à l'arbitrabilité des litiges individuels de travail en rendant inopposable et non plus nulle la clause compromissoire. Pour contrebalancer cette avancée, les magistrats de la Cour de cassation se sont cependant attachés à ce que la sanction soit suffisamment protectrice des intérêts du salarié et garantisse l'accès au juge

²⁹ T. CLAY, « L'arbitrage, justice du travail », in *Procès du travail, travail du procès*, sous la direction de M. KELLER, LGDJ, 2008, p. 99

³⁰ Cass. civ., 10 juil. 1843, C^{ie} L'Alliance c/ Prunier

étatique, droit fondamental reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

2. *Les limites de la solution*

a. *Les interrogations résiduelles*

L'article L. 1411-4, compétence exclusive ou impérative ? Il existe différentes postures doctrinales autour de l'article L. 1411-4 du Code du travail³¹. Pour certains auteurs, ce texte instaurerait une simple répartition, au sein de l'ordre juridictionnel étatique, des différents contentieux. Au contraire, d'autres soutiennent qu'il s'agit d'une compétence exclusive : tout litige individuel du travail devrait, en première instance, être réglé par le Conseil de prud'hommes.

L'arrêt de la Chambre sociale, ici étudié, se fonde sur cette disposition pour justifier l'absence d'application de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Le Conseil de prud'hommes voit ainsi sa compétence préservé même dans l'hypothèse où le recours à l'arbitrage est d'ores et déjà organisé lorsqu'il est saisi. Pour autant, quel regard porter sur cet arrêt qui ne rend que partiellement inefficace la clause compromissoire sur le fondement même de la compétence exclusive du Conseil des prud'hommes ? Il semble que soit clairement privilégiée l'hypothèse selon laquelle l'article L. 1411-4 du Code du travail permet une répartition des différents contentieux dans l'ordre juridictionnel étatique³² : tout litige du travail ne doit pas nécessairement être tranché par le Conseil de prud'hommes. Apparaît donc le risque qu'une partie du contentieux échappe entièrement à la compétence de la juridiction prud'homale dès lors que le salarié exercera son droit d'option en faveur du tribunal arbitral et non pas du Conseil de prud'hommes.

Une question subsiste encore. Bien que soit précisé le sort de l'effet négatif du principe compétence-compétence en matière prud'homale, qu'en est-il de l'effet positif de ce principe, à savoir la faculté de l'arbitre à se prononcer sur sa compétence si celle-ci est contestée ?

Difficultés chronologiques. Selon certains auteurs³³, il serait nécessaire de créer un véritable régime d'exception à l'article 1448 du Code de procédure civile. En effet, si l'employeur saisit le tribunal arbitral avant que le salarié n'ait saisi le Conseil de prud'hommes, il semble qu'il reviendra, par priorité chronologique, aux arbitres de se prononcer sur leur compétence dans le cas d'espèce³⁴. Cette

³¹ V. spéc. p. 27

³² M. BOUCARON-NARDETTO, « Priorité, non pas à l'arbitre, mais à la protection du salarié », *Rev. Arb.*, 2012, p. 333: « La sanction de l'inopposabilité confirme également la non pertinence du critère de la compétence exclusive de la compétence prud'homale »

³³ C. SERAGLINI, « Parties faibles et principe de compétence-compétence », *JCP E*, 30 août 2012, n°35 p. 29

³⁴ Ibid : « la limite à l'incompétence du juge étatique tirée de la nullité manifeste ne joue que si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi. Au contraire, lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi, il bénéficie d'une priorité chronologique absolue pour

difficulté renvoie à celle susmentionnée de la validité de l'effet positif du principe compétence-compétence. Si cet effet positif est également neutralisé par la jurisprudence future, alors la protection du salarié sera complète, quel que soit l'ordre chronologique des saisines des différents tribunaux, prud'homal et arbitral.

Rupture du contrat de travail. Une autre question reste encore en suspens. Dans l'arrêt du 5 novembre 1984, et ceux postérieurs, une condition est nécessaire pour que le compromis d'arbitrage soit valide : il doit être postérieur à la rupture du contrat de travail. Pour protéger le salarié au vu de son état de subordination à l'employeur, il a semblé nécessaire de poser cette limite temporelle qu'est la rupture du contrat de travail. Or, dans l'arrêt du 30 novembre 2011, la Chambre sociale ne fait pas état de cette question. Dans les faits de l'espèce, le contrat de travail liant les parties est bel et bien rompu. Les magistrats n'avaient donc pas à répondre à cette question. Ceci étant, la clause compromissoire est insérée dans un contrat avant même la naissance du litige, et par définition, avant même la rupture du contrat de travail. La Cour de cassation considère ici qu'elle est inopposable et n'indique pas explicitement qu'il est nécessaire que le contrat de travail soit rompu. Pour autant, on peut observer qu'avec cette sanction particulière et la neutralisation de l'effet compétence-compétence, il est nécessaire que le salarié manifeste une seconde fois, après la naissance du litige, sa volonté de recourir à l'arbitrage. Il y a donc un consentement a posteriori qui est manifesté par le salarié. Cela revient donc à voir naître une sorte de clause de compromis d'arbitrage après la naissance du litige mais dont l'option peut seulement être levée par le salarié.

Cependant, aucune réponse n'est apporté quant à la nécessité que le contrat de travail soit rompu.

b. Les critiques de la solution

Cette solution peut faire l'objet de plusieurs critiques.

L'intérêt de la stipulation d'une clause compromissoire, comme toute clause contractuelle, est qu'elle entraîne des obligations à l'égard de son débiteur. En droit commun, la clause compromissoire entraîne l'obligation pour les parties de soumettre leur litige, s'il advient, devant la justice arbitrale. Ce lien *obligationnel* est d'autant plus important en amont qu'il permet une certaine prévisibilité pour l'employeur quant aux moyens de règlement du litige et à la durée de la procédure. Est ainsi dénié l'effet obligatoire de la clause compromissoire pour le salarié, l'un des piliers du droit de l'arbitrage, au profit d'une protection de son accès au juge³⁵.

se prononcer en premier sur la question de la validité de clause compromissoire et le juge doit en toute hypothèse renvoyer les parties à l'arbitrage »

³⁵ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013

Cependant, il peut être argumenté, et cela fera l'objet d'une étude approfondie³⁶ que la sanction de l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié pourrait être dépassée et que la validité de celle-ci pourrait être effective dès lors que certains critères seraient présents.

Enfin, il faut noter que la sanction de l'inopposabilité manifeste une certaine méfiance envers l'arbitrage et ne tend pas au développement de celui-ci, ni à la recherche de moyens de conciliation entre le droit du travail et l'arbitrage. Au contraire, au vu de cette sanction, si le salarié décide effectivement de poursuivre dans la voie de l'arbitrage, il le fait « *à ses risques et périls* ».

Conclusion. L'aménagement de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail s'est fait au travers d'une modification de la sanction de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail. Ainsi, d'une nullité légale, il s'agit désormais d'une inopposabilité jurisprudentielle. Cette solution peut être considérée comme une véritable avancée en droit de l'arbitrage puisqu'elle permet de concilier la *favor arbitrandum* avec le besoin de protection du salarié. En effet, ce dernier a une option : une fois le litige né, il peut choisir de saisir le Conseil de prud'hommes ou le tribunal arbitral. Cette option est possible grâce au refus de reconnaître l'effectivité du principe compétence-compétence en droit du travail.

Pour autant, cette solution n'efface pas toutes les limites de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail et n'emprunte pas forcément les traces d'un développement de l'arbitrage en droit du travail.

³⁶ V. spéc. p. 111

Conclusion du chapitre

La faculté réservée aux parties de soumettre leur litige à un tribunal arbitral est confrontée, dans l'hypothèse où ce litige concerne la relation individuelle de travail, à deux enjeux principaux que sont la protection des droits du salarié et la protection du droit de l'accès au juge. Ces enjeux sont sauvegardés par le biais de trois critères dont la prégnance est variable. L'arbitrabilité des litiges individuels de travail était initialement des plus limitées : seuls les compromis d'arbitrages conclus après la rupture du contrat de travail étaient valables. Elle constituait alors une limite essentielle au développement de l'arbitrage. Aujourd'hui, cette double condition, la naissance du litige et la rupture du contrat de travail, semble s'estomper notamment du fait de la *favor arbitrandum*. Ainsi, la clause compromissoire, autrefois atteinte de nullité, est désormais inopposable : le salarié peut donc exercer son droit d'option, une fois le litige né, en se tournant soit vers la justice étatique, soit vers la justice privée.

La limite constituée par l'arbitrabilité dans l'accès à l'arbitrage est aujourd'hui relative. Bien que certaines conditions existent encore, ce qui peut potentiellement freiner le développement de l'arbitrage, il semble que soit atteint un certain équilibre depuis l'arrêt de la Chambre sociale du 30 novembre 2011 entre le besoin de protection inhérent à la situation de salarié et la *favor arbitrandum*. Pour autant, d'autres solutions peuvent être proposées, visant à rendre obligatoire le recours à l'arbitrage dès lors qu'une clause compromissoire a été signée mais en s'assurant d'une protection maximale envers les droits des salariés et l'accès à la justice. Ces solutions seront abordées dans la deuxième partie de cette étude.

L'arbitrabilité des litiges individuels de travail est donc une limite sur le déclin du développement de l'arbitrage. Ceci étant, un second obstacle au développement de l'arbitrage doit désormais être observé : celui des risques inhérents au processus d'arbitrage pour le salarié (**Chapitre 2**).

Chapitre 2 : Le processus de l'arbitrage, source de risques pour le salarié

Après l'étude de la limite de l'arbitrabilité dans l'accès des parties à une relation de travail à l'arbitrage, il est nécessaire de s'intéresser aux risques qu'emporte le processus de l'arbitrage pour le salarié.

Cette étude sera menée selon deux axes. D'une part, le premier risque à évoquer est lié au coût de l'arbitrage (**Section 1**). D'autre part, doivent être évoqués les risques propres au déroulement de l'arbitrage (**Section 2**).

Bien que ces deux sections soient étudiées séparément, il est important de garder à l'esprit que l'ensemble des questions étudiées dans la première partie de notre étude est connecté. Ainsi, le coût de l'arbitrage emporte des risques qui se concrétiseront lors du déroulement de l'arbitrage. L'ensemble de ces risques concourt également à ne pas la reconnaissance d'une arbitrabilité limitée des litiges individuels de travail.

Section 1 - Le coût de l'arbitrage

Alors que la justice étatique est organisée autour du principe de gratuité³⁷, l'arbitrage est une justice privée, et donc coûteuse. Ce coût est d'ailleurs l'un des inconvénients les plus souvent évoqués et entraîne parfois des difficultés d'accès à la justice, justifiant alors la sanction attachée à la clause compromissoire dans les litiges impliquant une partie faible. Une procédure payante s'accorderait moins aux petits litiges. A ce titre, il est donc nécessaire d'étudier ce qu'engendre, en termes financiers, le recours à l'arbitrage afin de dégager les principaux risques à cet égard, du développement de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges individuels de travail. Il est donc nécessaire d'aborder le coût de l'arbitrage eu égard à la situation du salarié (§1). Cette analyse répond également aux enjeux de l'arbitrabilité développés dans le chapitre précédent, notamment au regard du potentiel déni de justice qui pourrait découler d'un manque de moyens financiers (§2).

§1. Le coût de l'arbitrage au regard de la situation du salarié

³⁷ Ce principe revêt une grande importance. Pour exemple, l'article 54 de la loi n° 2011-900 de finances rectificative pour 2011 du 29 juillet 2011 instaurait une contribution à l'aide juridique de 35€ pour les justiciables, demandeurs à une action en justice et pour la majorité de celle-ci. Le décret 2013-1280 du 30 décembre 2013, relatif à la suppression de la contribution pour l'aide juridique et à diverses dispositions relatives à l'aide juridique, a, comme son nom l'indique, supprimé cette contribution.

Selon M. DE FONTMICHEL, « *l'argument relatif au coût doit être nuancé pour plusieurs raisons et ne devrait, en aucun cas, condamner automatiquement l'arbitrage comme mode de résolution de petits litiges*³⁸ ».

Frais d'arbitrage. Lorsqu'elles ont recouru à l'arbitrage, les parties sont exposées à de nombreux frais.

Une part de ce coût provient de la prise en charge des honoraires des arbitres par les parties, quand les juges étatiques, fonctionnaires, sont payés par l'Etat. Celle-ci varie, entre autres, en fonction du nombre d'arbitres, de la durée de la procédure, de la complexité et de l'enjeu du litige, de la notoriété de l'arbitre ou encore du lieu de l'arbitrage. En plus de ces honoraires, les parties devront assumer les frais d'administration de leur dossier et les frais de l'institution, si elles ont recours à un arbitrage institutionnel.

D'autre part, les parties doivent payer, tout ou partie, des frais de l'arbitrage dès l'introduction de l'instance, faute de quoi la procédure pourrait ne pas se dérouler.

De la conjonction de ces deux facteurs, une partie peut ne pas être en mesure de supporter le coût de l'arbitrage, et donc voir son droit d'accès à la justice menacé³⁹.

Circonstances de l'arbitrage. Un élément doit ici être intégré afin de comprendre l'ampleur de la problématique susmentionnée. 92,8% des actions introduites devant les Conseils de prud'hommes le sont aux fins de contester un licenciement⁴⁰. Au vu de la situation actuelle du marché du travail, on peut déduire que la plupart des salariés intentant une action en justice contre leur ancien employeur sont dans une situation précaire lors de l'introduction de cette instance. Une telle synergie pourrait se traduire par le refus des salariés de faire valoir leurs droits, au vu du sacrifice financier que cela représenterait. D'autant plus que, dans l'hypothèse des litiges individuels du travail, les gains du salarié en cas de succès à l'arbitrage sont relativement modestes. Selon les termes du professeur JARROSSON, « *le jeu n'en vaut pas la chandelle*⁴¹ ».

Absence d'aide juridictionnelle. Alors qu'en recourant à la justice étatique, le salarié pourrait, sous conditions de ressources, voir tout ou partie des frais de procédure pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle⁴², l'aide juridictionnelle ne peut être octroyée lorsque les parties optent pour

³⁸ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 103

³⁹ F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267

⁴⁰ En 2013, source : Infostat Justice, Août 2015, n° 135 p. 2

⁴¹ C. JARROSSON, note sous Cass. civ. 1, 7 déc. 1994, *Rev. arb.*, 1996, p. 67

⁴² Source : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18074>

l'arbitrage⁴³. Autrement dit, le salarié, déjà en situation précaire, ne peut compter sur cette prise en charge pour couvrir les frais issus de la procédure d'arbitrage.

Hétérogénéité des situations. Les constatations précédentes sont valables pour l'ensemble des salariés, quels que soient leur salaire, leur statut ou leurs responsabilités au sein de l'entreprise. Ceci étant, il faut ici établir une distinction. Tous les salariés n'ont pas les mêmes capacités financières. En découle une hétérogénéité des situations. En effet, le salarié, haut cadre de l'entreprise, aura les moyens de financer l'arbitrage afin de voir ses droits reconnus. Qui plus est, il y aura intérêt puisque les dommages et intérêts qu'il pourrait obtenir sont alors relativement élevés. Au contraire, l'ouvrier aura lui plus de difficultés et des protections doivent lui être consenties afin que l'arbitrage ne représente pas un risque pour lui, notamment en termes de déni de justice. Il existe donc une relativité de la position de faiblesse du salarié vis-à-vis du coût de l'arbitrage.

Ainsi, bien que les coûts d'un arbitrage du travail soient moins élevés que ceux découlant d'un arbitrage international commercial en raison, entre autres, de la moindre complexité de ces litiges, le salarié est une partie faible, se trouvant, le plus souvent, dans une situation particulièrement précaire lors de l'introduction de l'instance arbitrale et ne pouvant être aidé par l'aide juridictionnelle.

L'ensemble de ces éléments de coût et d'absence de prise en charge de ceux-ci par l'Etat peut éventuellement entraîner un déni de justice (§2).

§2. L'éventualité du déni de justice au regard du coût de l'arbitrage

Impécuniosité. En droit processuel, cette notion renvoie à la situation d'une partie se trouvant dans l'impossibilité de supporter les frais de l'action en justice⁴⁴. Elle n'est pas propre à l'existence d'une partie faible, la plupart du temps dans une situation d'infériorité économique par rapport à l'employeur ou au professionnel, mais s'étend aux relations entre professionnels. A la différence de ces derniers, l'impécuniosité, dans l'hypothèse de parties faibles, est structurelle⁴⁵. Autrement dit, cette impécuniosité est inhérente à la situation générale et permanente des parties faibles, tant au stade de la formation du contrat qu'au stade de son exécution. Le professeur E. LOQUIN évoque même un « *déni de justice économique*⁴⁶ ».

Lorsque la partie demanderesse à l'arbitrage est impécunieuse, elle ne peut mettre en œuvre la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage, entraînant le risque de ne pouvoir accéder au tribunal

⁴³ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, art. 2

⁴⁴ F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267

⁴⁵ Contrairement aux relations entre professionnels où l'impécuniosité est conjoncturelle, V. F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267

⁴⁶ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Dr. Int. Privé*, 2004-2006, p.135

arbitral. Elle se trouve donc dénier son droit d'accès à la justice alors même qu'il s'agit de l'un des principaux éléments du droit à un procès équitable, consacré à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁴⁷.

Reconnaissance du droit d'accès à l'arbitre. Avant de conclure à l'existence d'un déni de justice lorsque le salarié ne peut recourir à l'arbitrage pour raisons financières, il est nécessaire de vérifier que le droit d'accès à l'arbitre est le pendant, dans la justice privée, du droit d'accès au juge. En effet, il pourrait être considéré que les parties ayant librement souscrit une clause compromissoire, et donc de recourir à une justice privée, elles ont aménagé l'exercice de leur droit au juge, notamment les conditions financières de celui-ci. Ainsi, elles auraient renoncé à la protection juridictionnelle due par l'Etat.

Tel n'est pourtant pas le cas. Dans un arrêt du 28 mars 2013, à propos d'un arbitrage international, la Cour de cassation a estimé que les principes d'accès au tribunal et d'égalité des armes sont valables dans le cadre d'un arbitrage⁴⁸. Il existe donc un droit d'accès à l'arbitre, le recours à l'arbitrage constituant un aménagement à l'exercice du droit d'accès à la justice. En d'autres termes, « *le droit à l'arbitre n'est autre que le droit au juge contractualisé*⁴⁹ ».

Lorsque le salarié ne peut faire valoir ses prétentions devant le tribunal arbitral pour défaut de ressources financières, il s'agit d'un déni du droit d'accéder à la justice. Ce déni est accentué par l'existence du principe compétence-compétence et son effet négatif.

Impact du principe compétence-compétence. L'effet négatif du principe compétence-compétence participe de l'autonomie de l'arbitrage. Il peut être défini comme suit : il interdit « *au juge étatique qui serait directement saisi de se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral tant que ce dernier n'a pas tranché la question de sa compétence, sauf nullité manifeste de la convention d'arbitrage*⁵⁰ ». Aussi, les parties doivent développer devant le tribunal arbitral les raisons pour lesquelles elles entendent contester la validité ou la mise en œuvre de la clause d'arbitrage, notamment concernant le caractère abusif des frais qu'elle implique. Cela signifie donc que le tribunal arbitral doit nécessairement être constitué, engendrant donc pour les parties les frais contestés. Mais, comment obtenir la sentence jugeant abusifs les frais si les parties n'ont pas le moyen de constituer le tribunal

⁴⁷ CEDH, 21 févr. 1975, Golder c. Royaume-Uni, requête n° 4451/70, §21 : « *l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit un droit d'accès aux tribunaux* ».

⁴⁸ Cass. civ. 1, 28 mars 2013, LP c. Pirelli, n° 11-27.770 ; Bull. 2013, I, n° 59 : « Si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties »

⁴⁹ F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267

⁵⁰ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011, spéc. p. 63-64

arbitral ? C'est, semble-t-il, l'une des raisons ayant poussé la Chambre sociale de la Cour de cassation à nier l'effet négatif du principe compétence-compétence dans les litiges de travail⁵¹.

L'effet dissuadant des frais d'arbitrage entraînant un déni de justice est largement reconnu. Ainsi, dans l'arrêt *Morrison v. Circuit Stores*, une Cour d'appel américaine a estimé que toute clause divisant les coûts de l'arbitrage devait être réputée non écrite dès lors qu'elle aurait pour effet de dissuader un grand nombre de justiciables de faire valoir leurs droits⁵².

Lien avec le principe de gratuité. Le principe de gratuité de la justice ou l'existence d'un droit inconditionnel à l'aide juridictionnelle ne sont pas reconnus par la Convention européenne des droits de l'Homme comme composants du procès équitable. Néanmoins, la Cour s'attache à vérifier que les obstacles d'ordre matériel à l'accès au juge ne soient pas excessifs ou disproportionnés. Pour cela, elle recourt à une appréciation *in concreto* entre le coût global de l'action en justice et les moyens financiers du justiciable⁵³.

Un lien entre le droit d'accès à la justice et le principe de gratuité peut donc être constaté.

Ainsi, le risque de déni de justice est réel. Pour autant, il est impossible pour cette unique raison de tirer un trait sur la convention d'arbitrage et d'autoriser le recours au juge étatique pour permettre de bénéficier de la gratuité de la justice et de l'aide juridictionnelle. Il faudrait, pour cela, démontrer que la cause pour l'une des parties de la convention, ici l'employeur, est la croyance dans l'impossibilité pour l'autre partie, ici le salarié, de faire valoir ses droits en raison du coût de l'arbitrage⁵⁴. Une telle cause serait alors illicite.

Conclusion. Une fois le compromis d'arbitrage signé ou la volonté d'avoir recours à l'arbitrage manifestée, les parties sont liées par celle-ci et ne peuvent introduire leur action devant la juridiction étatique. Cette situation particulière pose une difficulté principale : au contraire de la justice publique, le processus de l'arbitrage implique un coût élevé pour les parties. Or, le salarié, engageant une action en justice contre son employeur, dispose souvent de ressources financières limitées.

Le coût de l'arbitrage constitue donc un premier risque du processus d'arbitrage pour le salarié, risque notamment au regard du déni d'accès à la justice. Ceci étant, il est nécessaire, pour assurer le développement de l'arbitrage tout en prenant en compte les impératifs liés à la relation individuelle de

⁵¹ Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-12.905 et 11-12.906, Bull. 2011, V, n°277 ; V. spéc. p. 33 de notre étude.

⁵² *Morrison v. Circuit Stores*, 317 F. 3d 646, 660 (6th Circ., 30 janv. 2003): « *A cost-splitting provision should be held unenforceable whenever it would have the "chilling effect" of deterring a substantial number of potential litigants from seeking to vindicate their statutory rights* »

⁵³ CEDH, 19 juin 2001, Kreuz c. Pologne, requête n° 28249/95

⁵⁴ E. LOQUIN, « La partie impécunieuse et les conséquences de l'impossibilité pour elle de payer les frais d'arbitrage », *RTD Com.*, 2006 p. 308

travail et à la situation du salarié, de gérer ce risque du coût de l'arbitrage. Cette gestion du risque sera abordée dans la deuxième partie de notre étude⁵⁵.

Un second ensemble de risques doit être approfondi : les risques liés à la procédure d'arbitrage (**Section 2**).

Section 2 - La procédure d'arbitrage

La procédure d'arbitrage se décompose en différentes étapes. Ces étapes emportent divers risques pour le salarié. Ainsi, certains risques découlent de la constitution du tribunal arbitral (§1) quand d'autres surviennent lors du déroulement de l'instance arbitrale (§2).

§1. La constitution du tribunal arbitral

Dans le processus d'arbitrage, le choix du tribunal arbitral est une étape capitale. Au contraire des litiges intentés devant les juridictions étatiques, les parties sont à même de constituer le tribunal qui sera amené à trancher leur litige. Autrement dit, il revient aux parties de choisir les juges qui statueront sur leur conflit. C'est d'ailleurs de cette volonté que les arbitres tirent leur légitimité. Et comme l'adage l'énonce : « *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* ». Il est donc important que les parties exercent ce droit, qualifié de fondamental dans la procédure arbitrale, en étant parfaitement conscientes des effets de celui-ci. Les litiges individuels de travail entraînent certains risques lors de la constitution du tribunal par les parties, notamment au regard du principe d'égalité des parties (**A**), mais aussi, quant à l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre (**B**).

A. Le risque d'inégalité des parties

Le respect de la liberté contractuelle est de l'essence même de la constitution du tribunal arbitral par les parties (**1**). Cependant, celle-ci peut être préjudiciable et entraîner une inégalité des parties (**2**) en raison du déséquilibre inhérent à la relation de travail.

⁵⁵ V. spéc. p. 82

1. La liberté contractuelle, essence de la constitution du tribunal arbitral

La liberté contractuelle des parties quant au choix de leur juge est l'une des distinctions essentielles entre justice étatique et justice arbitrale. Cette faculté est d'ailleurs l'une des premières motivations du recours à l'arbitrage⁵⁶. Dans l'arbitrage, les parties sont libres de désigner l'arbitre de leur choix (a). Ce droit est même perçu comme un droit fondamental de l'arbitrage⁵⁷. Elles peuvent également choisir le nombre d'arbitres (b).

a. L'identité de l'arbitre

L'alinéa 1 de l'article 1450 du Code de procédure civile impose qu'outre la qualité de personne physique, l'arbitre doit nécessairement jouir de la pleine disposition de ses droits⁵⁸. En droit du travail, cette disposition emporte une certaine résonance. Ainsi, aucun syndicat ou union ne peut être désigné comme arbitre. Ces organisations auront uniquement le pouvoir d'organiser l'arbitrage⁵⁹.

Quant aux critères de désignation, sont usuellement retenus par les parties : le profil juridique ou non de l'arbitre, son expérience ou encore sa disponibilité au cours de l'arbitrage. La caractéristique reconnue comme étant la plus importante dans cette désignation est subjectif. Il s'agit de la confiance. Selon MM. J-P. GRANDJEAN et C. FOUCHARD, « *si le degré de confiance est le même des deux côtés envers l'arbitre unique ou les trois arbitres composant le tribunal arbitral, c'est la perfection !*⁶⁰ ».

b. Le nombre d'arbitres

Le tribunal arbitral est nécessairement composé d'un nombre impair d'arbitres⁶¹. Ordinairement, est désigné, soit un arbitre unique, soit un tribunal arbitral constitué de trois ou cinq arbitres, rarement plus. Il faut cependant garder à l'esprit que plus le nombre d'arbitres est important, plus le coût de l'arbitrage sera élevé.

Conclusion. Le principe essentiel qui sous-tend cette liberté de constitution du tribunal arbitral par les parties est l'égalité de celles-ci dans la désignation des arbitres⁶². Ceci étant, la liberté contractuelle et l'égalité des parties sont difficilement conciliables dans le cadre des relations entre employeur et

⁵⁶ C. FOUCHARD, P. GRANDJEAN, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 33 :: « lorsqu'on interroge les utilisateurs de l'arbitrage sur les raisons pour lesquelles ils choisissent cette justice dite privée, le choix du juge figure parmi les premières motivations »

⁵⁷ E. LOQUIN, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2 juil. 2008, n°184, p. 5

⁵⁸ C. proc. civ., art. 1450, al. 1 : « La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ».

⁵⁹ C. Proc. Civ., art. 1450, al. 2 : « Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage ».

⁶⁰ C. FOUCHARD, P. GRANDJEAN, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 33

⁶¹ C. proc. civ., art. 1451, al.1 : « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ».

⁶² CA Paris, 16 nov. 1999, *Rev. Arb.* 2000 p. 313

salarié. En effet, c'est par l'application du principe de liberté contractuelle dans le cadre d'une relation déséquilibrée que le risque d'inégalité entre les parties naît. La liberté contractuelle emporte donc un risque quant à l'égalité des parties (2).

2. La liberté contractuelle, risque pour l'égalité des parties

L'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral est une règle d'ordre public (a). Cependant, certaines modalités de constitution peuvent être stipulées dans les contrats d'adhésion (b), atténuant considérablement la liberté contractuelle et l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Par l'effet de l'expérience, une certaine inégalité peut également apparaître (c). Enfin, il est important de remarquer que cette inégalité dans la constitution a des répercussions sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres (d).

a. L'égalité des parties, règle d'ordre public

Selon M. DE BOISSESSON, « si l'égalité doit être respectée jusqu'au bout de la procédure et couronnée par une sentence impartiale, c'est tout particulièrement lors de la constitution du tribunal arbitral qu'elle prend de l'importance⁶³ ».

Dans l'arrêt Sociétés BKMI et Siemens contre DUTCO⁶⁴, la Cour de cassation a énoncé au visa des articles 1502, 2° et 1504 du Code de procédure civile et de l'article 6 du Code civil : « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige ».

L'analyse de cet arrêt doit être divisée en deux temps.

Qualification d'ordre public. Dans un premier temps, cet arrêt reconnaît le principe de l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre comme étant d'ordre public. Ce raisonnement semble des plus logiques. En effet, ce principe peut être rapproché du principe de l'égalité des armes⁶⁵, lui-même inhérent au droit à un procès équitable. Il est proclamé à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Il est aujourd'hui, et depuis le décret du 13 janvier 2011, intégré à l'article 1510 du Code de procédure civile (soit dans le titre relatif à l'arbitrage international). Ce dernier dispose : « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ».

⁶³ M. DE BOISSESSON, *Rev. Arb.*, 1990 p. 345 et s.

⁶⁴ Sociétés BKMI et Siemens c/ DUTCO, 7 janv. 1992 n° 89-18.708 et 89-18.726 Bull. I n°2 p. 2

⁶⁵ Cette notion est apparue dans le droit européen par le biais de l'arrêt CEDH, Neumeister c/ Autriche, 27 juin 1968, Requête n° 1936/63

Nature de l'ordre public. Ceci étant, il est nécessaire, dans un second temps, d'aborder la dérogation au principe d'égalité des parties dans la désignation du tribunal arbitral introduite par l'arrêt précité. En effet, ce principe n'est pas considéré comme étant d'ordre public absolu ou de direction mais comme étant d'ordre public de protection. Cette distinction se traduit, entre autres, par la possibilité de renoncer à ce principe dès lors qu'est né le litige. Par extension, il doit être compris que seul le refus prématuré d'exercer ce droit sous la pression de la partie co-contractante en situation de force est empêché.

Deux critiques allant de pair peuvent être avancées à ce stade. D'une part, est retenu un critère temporel de la possibilité de renoncer à ses droits, à savoir la naissance du litige. Pourquoi ne pas avoir retenu un autre critère, notamment la suffisante connaissance de cause ou la réelle aptitude de la partie à peser les conséquences de cette renonciation⁶⁶ ? En droit du travail, ceci pose une réelle question : comment être sûr que le salarié a conscience de l'ensemble des implications de cette renonciation ? N'étant pas habitué de l'arbitrage et ne disposant pas nécessairement d'un conseil expérimenté en cette matière, le salarié pourrait renoncer à son droit sans mesurer l'ensemble des conséquences en découlant. D'autre part, la naissance du litige n'implique pas, théoriquement du moins, que le contrat de travail ait été rompu. Bien évidemment, pris en combinaison avec les règles législatives et jurisprudentielles retenant la nullité ou l'inopposabilité de la clause compromissoire et la nécessaire rupture du contrat de travail antérieurement à la conclusion du compromis d'arbitrage, la rupture du contrat de travail aura déjà eu lieu lorsque les parties concluront la convention d'arbitrage. Ceci étant, si les règles précédemment évoquées sont modifiées, il pourrait devenir nécessaire d'adapter la règle jurisprudentielle selon laquelle les parties peuvent renoncer à leur droit à l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre dès lors que le litige est né.

Le paragraphe précédent a mis en évidence l'importance de la constitution par les parties du tribunal arbitral, notamment afin de choisir le ou les arbitres considérés comme étant les plus à même de trancher le litige au vu de leurs compétences juridiques et techniques et de leurs connaissances dans le domaine conflictuel. Que l'employeur prenne l'ascendant sur le salarié lors de cette phase de constitution du tribunal arbitral implique donc de plus larges conséquences quant à la suite de l'instance arbitrale. C'est pourquoi, il est important de s'assurer que l'égalité des parties soit effective lors de la désignation des arbitres et, aussi, que le salarié ne puisse renoncer à ce droit avant d'avoir pleinement connaissance de l'ensemble des incidences de cette action.

Droit comparé. Par ailleurs, l'étude des systèmes juridiques étrangers sur cette question permet de constater que ce principe a une importance toute particulière.

⁶⁶ P. BELLET, « Sur l'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre », *Rev. arb.*, 1992, p. 470, spéc. p. 479

Ainsi, le concordat suisse sur l'arbitrage prévoit que « *le tribunal arbitral peut être récusé comme tel si l'une des parties a exercé une influence prépondérante sur la désignation de ses membres* »⁶⁷. En droit néerlandais⁶⁸ et allemand⁶⁹, la solution est similaire à celle connue en droit helvétique : une partie a la possibilité de saisir le juge dès lors que la convention d'arbitrage donne une importance prépondérante à l'autre partie dans la désignation du tribunal arbitral, même si cette modalité de désignation est prévue dans la convention d'arbitrage. C'est alors au juge qu'il revient de constituer le tribunal arbitral.

En droit français, l'influence prépondérante de l'une des parties ne permet pas de caractériser une atteinte au principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal⁷⁰. Ce système permettrait pourtant aux parties, dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion, de faire valoir leur droit quant à l'égalité dans la désignation du tribunal arbitral.

L'égalité dans la constitution peut surtout être mise en cause dans l'hypothèse des contrats d'adhésion aménageant les modalités de désignation des arbitres (**b**).

b. L'aménagement des modalités de désignation stipulé dans un contrat d'adhésion

Dans cette partie, l'hypothèse avancée est la suivante : au vu de la situation économique actuelle, et plus particulièrement du marché du travail, le contrat de travail n'est parfois plus un contrat négocié de gré à gré mais devient un contrat d'adhésion, où le contrat est rédigé en amont par la partie forte et les termes ne sont par la suite pas renégociés par la partie faible, en l'occurrence, le salarié.

Dans les arrêts qui suivent, la problématique est commune. Lors de la convention d'arbitrage, une liste d'arbitres est créée et certains noms d'arbitres y sont reportés. Si le litige vient effectivement à naître, le tribunal arbitral devra être composé de ces arbitres précisément, sans que d'autres puissent s'y substituer.

⁶⁷ Art. 19 1° du Concordat sur l'arbitrage du 27 août 1969

⁶⁸ Code of Civil Procedure, Book 4, Arbitration Act, Art. 1028 : « *If the arbitration agreement gives one of the parties a privileged position with regard to the appointment of the arbitrator or arbitrators, the other party may, despite the method of appointment laid down in that agreement, request the President of the District Court within one month after the commencement of the arbitration to appoint the arbitrator or arbitrators. The other party shall be given an opportunity to be heard. The provisions of article 1027(4) shall apply accordingly* ».

⁶⁹ Code of Civil Procedure, Book 10, Chapter 3, art. 1034 (2) : « ¹ *If the arbitration agreement grants preponderant rights to one party with regard to the constitution of the arbitral tribunal which place the other party at a disadvantage, that other party may request the court to appoint the arbitrator or arbitrators in deviation from the nomination made, or from the agreed nomination procedure. ² The request must be submitted at the latest within two weeks of the party becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal. ³ Section 1032 subs. 3 applies mutatis mutandis* ».

⁷⁰ E. LOQUIN, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2 juil. 2008, n°184, p. 5

Le Tribunal de grande instance de Paris a jugé valable une clause de ce type, élaborée communément par les deux parties, estimant qu'« *en signant le contrat et la clause d'arbitrage, la société défenderesse a nécessairement admis que les trois arbitres proposés présentaient, indifféremment, les qualités d'indépendance, d'impartialité et de compétence requises pour statuer sur des litiges susceptibles de naître lors de l'exécution de la Convention*⁷¹ ». Pour autant, il ne ressort pas des motifs de l'ordonnance que les parties aient discuté, antérieurement à la conclusion du contrat des qualités d'indépendance et d'impartialité partagées par les arbitres.

Bien que cette solution ait été rendue à l'occasion d'un arbitrage commercial, peut naître un certain danger de celle-ci dans l'hypothèse où la clause stipulant le nom des arbitres est présentée au salarié dans le même temps que son contrat de travail. Cependant, selon E. LOQUIN, la clause est licite car les deux parties ont convenu communément des noms portés sur la liste. Ainsi, la condition de licéité est que « *le contrat ne soit pas un contrat d'adhésion et que la liste des arbitres potentiels n' [ait] pas été dressée unilatéralement par l'une des parties et imposée à l'autre*⁷² ». Outre la conformité au principe d'égalité de cette clause particulière, c'est un autre problème qui est posé : celui de l'imposition, par une partie, à une autre de ses conditions contractuelles dès le stade des négociations et, encore au-delà, celui de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre⁷³.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 novembre 1999⁷⁴, la Cour constate que le sous-traitant a donné son accord à la clause compromissoire et, par conséquent, aux modalités de désignation de l'arbitre unique. Les magistrats estiment que la nullité de la clause ne peut découler que du déséquilibre qu'elle créerait entre les parties « *en raison d'un lien de dépendance entre la société L. [l'entreprise] et les trois arbitres pressentis ou parce que la société L. assumerait nécessairement la position de demanderesse à l'arbitrage* ». Il faut ici remarquer la position de sous-traitant de l'un des co-contractants, impliquant une différence de force économique entre les parties, comme elle peut exister en droit du travail. Pour autant, il est nécessaire d'apporter la preuve soit d'une partialité du tribunal arbitral, soit que cette clause impliquait nécessairement qu'il reviendrait au donneur d'ordres de constituer ce tribunal.

Dans la seule affaire ayant fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation, la deuxième chambre civile a décidé que « *par leur signature sur les documents contenant la clause compromissoire, laquelle avait été soumise à leur libre discussion et traduisait leur volonté commune, les parties étaient convenues*

⁷¹ TGI Paris, ord. réf., 7 déc. 1994, Société Démolition Delair c/ Bouygues Construction, note E. LOQUIN, *Rev. arb.*, 2000 p. 116

⁷² E. LOQUIN, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2 juil. 2008, n°184, p. 5

⁷³ J. BARBET, note sous Cour d'appel de Paris, 3 juil. 2012, *Rev. Arb.*, 2013, n°1 p. 160

⁷⁴ CA Paris, 16 nov. 1999, Société Electricité Nord-Ouest c/ Société Olin Lanctuit, *Rev. arb.*, 2000 p. 313

*d'accepter la désignation de l'un des trois arbitres et qu'au cours de la négociation, la société Porée avait la faculté de proposer à la société Quille tout autre nom*⁷⁵ ». Ainsi, le principe d'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre ne serait pas violé dès lors que les noms des arbitres ont été soumis à la libre discussion et à la volonté commune des parties. Ceci étant, a été soulevé devant la Cour de cassation un second moyen, écarté par les magistrats étant considéré comme nouveau et mélangeant faits et droit. L'argumentation était la suivante : étant donné que l'arbitre unique devait être désigné, au choix de la partie saisissante sur une liste de trois noms, cette disposition emportait renonciation au principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres avant naissance de tout litige et dès lors, la clause devait être nulle étant donné qu'elle violait l'ordre public de protection établi dans l'arrêt de 1992.

Au vu de cet arrêt, il semble que le principe suivant se dégage : dès lors que les parties ont usé de leur volonté commune lors de la négociation de la clause compromissoire pour choisir les arbitres susceptibles d'arbitrer leur potentiel litige et qu'elles étaient chacune à même de proposer des noms, le principe d'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre est respecté. Cela signifie que, si le contrat est en réalité un contrat d'adhésion, la charge de la preuve repose sur le salarié. Celui-ci doit établir qu'il n'a pu proposer des noms d'arbitres. Cette preuve est relativement difficile.

La Cour d'appel de Paris semble aller à l'encontre de ces décisions dans un arrêt du 31 juillet 2012⁷⁶. Elle énonce en effet que la clause compromissoire prévoit que les contestations seront tranchées par un arbitre unique, choisi parmi une liste de cinq personnes sans qu'aucun critère de choix entre ces personnes ne soit fixé. Dès lors, selon elle, « *la désignation d'un arbitre sur cette liste ne pouvait être laissée à la discrétion du seul demandeur à l'arbitrage mais devait résulter, après la naissance du litige, d'un accord des parties, et à défaut, d'une décision du juge d'appui* ». Il s'agit d'une application stricte du principe d'égalité des parties selon les commentateurs⁷⁷.

Cette question de la désignation unilatérale par l'une des parties est des plus complexes. En effet, en jurisprudence, il semble que cette modalité de constitution du tribunal arbitral n'entre pas en conflit avec le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres étant donné que, d'une part, la convention d'arbitrage a été acceptée par les parties et, d'autre part, que la liste d'arbitres a été établie concomitamment par les deux parties, ce qui présuppose qu'ils aient accepté de voir leur litige tranché par l'une quelconque des personnes présentes sur cette liste et qu'ils aient reconnu leurs qualités d'indépendance et d'impartialité. Pour autant, la difficulté apparaît lorsque la convention d'arbitrage

⁷⁵ Cass. civ. 2, 31 janv. 2002, Société Porée et a. c/ Société Quille, n°00-18.509, note C. SERAGLINI, *JCP E*, 8 mai 2003, n°19, 705

⁷⁶ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 3 juil. 2012, SCP Mongrelet Claude & Fabrice c/ S.A. Bouygues Bâtiment Ile-de-France, note J. BARBET, *Rev. arb.*, 2013, n°1 p. 160

⁷⁷ Note J. BARBET, *Rev. arb.*, 2013, n°1 p. 160

est plutôt un contrat d'adhésion qu'un contrat négocié de gré à gré. Il semble que la première hypothèse soit présente dans bon nombre des arrêts précités. Cependant, les parties n'ont jamais été à même de prouver que la clause a été rédigée en intégralité par le donneur d'ordres.

La doctrine semble reconnaître que, en présence d'un contrat d'adhésion, ces clauses devraient être annulées pour violation du principe d'égalité des parties⁷⁸. La difficulté est donc celle de la preuve pour le salarié. En effet, c'est sur celui qui prétend que la clause lui a été imposée que repose la charge de la preuve. Et cette preuve est relativement difficile à établir, comme les arrêts précités l'illustrent.

Outre l'aménagement des modalités de désignation par l'employeur, ce dernier est également mieux à même d'ajuster le choix de l'arbitre aux caractéristiques du litige (3).

c. L'ajustement du choix de l'arbitre par l'effet de l'expérience

Il faut noter que l'employeur pourra être un utilisateur régulier de l'arbitrage tandis que le salarié n'utilisera ce mode de résolution des conflits qu'une fois au cours de sa carrière. Un avantage peut donc naître de cette différence de situation : s'il est un acteur régulier de l'arbitrage, l'employeur est alors familier de la procédure et accumulera une certaine expérience de celle-ci, lui permettant ensuite d'accéder à des techniques de sélection des arbitres beaucoup plus pointues. De plus, les arbitres pourraient être tentés de trancher le litige plus en faveur de l'employeur, acteur régulier de l'arbitrage plutôt qu'en faveur du salarié, acteur occasionnel⁷⁹. Cette théorie est nommée « *repeat player effect*⁸⁰ ». Une étude empirique américaine datant de 1999 montre à ce sujet que dans les « *repeat player cases* », les salariés se voient attribuer 11% de leurs demandes, en moyenne, tandis que dans les cas n'impliquant pas d'employeurs « *repeat player* », ce pourcentage est de 48 en moyenne⁸¹.

Cette hypothèse concerne un nombre relativement restreint d'employeurs. En revanche, un autre avantage des employeurs sur leurs salariés est aisément identifiable : leur conseil.

Ceci pour deux raisons : d'une part, les employeurs ont souvent plus de moyens financiers pour s'offrir l'expertise d'un avocat sur leur situation et d'autre part, on sait qu'en droit du travail, les avocats sont souvent répertoriés en tant qu'« avocat-employeur » ou « avocat-salarié ». Le réseau professionnel de chacun n'étant pas le même, il est plus probable que l'« avocat-employeur » côtoie d'autres avocats ayant eu recours à l'arbitrage que l'« avocat-salarié ». Et ceci a une grande

⁷⁸ Notamment E. LOQUIN, précité

⁷⁹ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 340

⁸⁰ « *effet de l'acteur régulier* » (traduction libre). Concept révélé par M. GALENTER, « Why the « Haves » come out ahead : speculations on the limits of legal change », *Law and Society Review*, 1974, n°9 p. 95

⁸¹ L. B. BINGHAM, « Employment arbitration : the repeat player effect », *Emp. Rts & Emp. Pol'y J.*, 1999 p. 189, spéc. p. 210 : « *in repeat player cases, employees recover only 11% of what they demand, on average, while in cases involving non-repeat player employers, employees recover an average of 48%* »

importance. A son expérience personnelle, l'avocat peut ainsi ajouter celle de ses collaborateurs et associés⁸². Ceux-ci sont une « *source d'information inégalable*⁸³ ». Aussi, il n'est pas rare que des informations soient échangées quant aux arbitres pressentis ou désignés afin que le conseil de l'employeur puisse apprécier le profil de l'arbitre pressenti et décider si le choix de celui-ci pourrait avoir une influence favorable sur la sentence finalement rendue. Les conseils peuvent donc aussi agir en tant que « *repeat players*⁸⁴ ».

En mettant en relation la partie précédente, concernant les contrats d'adhésion, et la partie actuelle, peut être aperçue une autre forme d'inégalité, une inégalité catégorielle. En effet, les contrats d'adhésion auront plutôt tendance à concerner des salariés non-cadres alors que les salariés-cadres négocieront certaines clauses de leur contrat de travail. Egalement, les salariés-cadres auront plus de ressources financières ce qui les conduira à être représenté, d'abord, et par les meilleurs avocats, ensuite. Ainsi, aux Etats-Unis, en 1999, en moyenne, les « cols blancs » recevaient 54 % de leurs demandes quand les « cols roses » recevaient 25% et les « cols bleus » 8%⁸⁵.

Outre cette inégalité, les paragraphes précédents permettent de percevoir un problème sous-jacent à l'ensemble des réflexions menées sur l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre jusqu'à présent. Ainsi, l'inégalité dans la désignation de l'arbitre amène à penser que l'arbitre désigné serait favorable à la partie qui l'a désigné, ou qu'il y aurait des arbitres plus à même de rendre des sanctions favorables à l'employeur. Le problème sous-jacent observé est donc celui du risque de partialité et de dépendance de l'arbitre (**d**).

d. Le problème sous-jacent : le risque de partialité et de dépendance

Dans l'arrêt Dutco⁸⁶, les conclusions de l'avocat général Flipo amènent une première réflexion quant à ce problème sous-jacent. Il écrit : « *l'arbitre n'est pas et ne peut être le mandataire de la partie qui l'a nommé (...) la qualité fondamentale de l'arbitre, outre sa compétence, est son impartialité, sa neutralité à l'égard de toutes les parties. C'est pourquoi, l'arbitre peut et doit prendre en considération dans son examen les intérêts distincts ou opposés qui lui sont soumis. Dès lors, aucun préjudice, dont l'existence serait nécessaire pour justifier une demande de choix d'un arbitre séparé, ne peut naître du*

⁸² C. W. SUMMERS, « Mandatory arbitration : privatizing public rights, compelling the unwilling to arbitrate », *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.*, 2004 p. 685, spec. p. 690

⁸³ C. FOUCARD, P. GRANDJEAN, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 33

⁸⁴ L. B. BINGHAM, « Employment arbitration : the repeat player effect », *Emp. Rts & Emp. Pol'y J.*, 1999 p. 189, spéc. p. 197 : « *lawyers may themselves serve as repeat players in the legal system* »

⁸⁵ L. B. BINGHAM, « Employment arbitration : the repeat player effect », *Emp. Rts & Emp. Pol'y J.*, 1999 p. 189, spéc. p. 212 : « *white collar employees recovered 54 percent of their claims, blue collar employees recovered 8 percent, and pink collar employees recovered 25 percent of the demand* »

⁸⁶ CA Paris, 7 janv. 1992, DUTCO, note P. BELLET, « Sur l'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre », *Rev. arb.*, 1992, p. 470

*choix conjoint d'un arbitre par deux litigants d'un même camp procédural même si leurs intérêts sont distincts, séparés, voire même opposés*⁸⁷ ».

Cependant, « *même désigné par l'adversaire de la partie qui a été privée du droit de le faire, l'arbitre garde son indépendance et son impartialité*⁸⁸ ». Il semble alors que, seule dans l'hypothèse où les co-arbitres seraient partiels, le principe d'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre pourrait trouver un sens. Autrement dit, dès lors que l'arbitre exercerait sa mission en toute indépendance et impartialité, le principe d'égalité des parties dans la désignation des parties n'aurait pas lieu d'être.

Une critique doit être émise envers cette approche : elle prend uniquement en compte l'aspect juridictionnel de l'arbitrage et non son aspect contractuel. En effet, si le principe de l'égalité des parties doit être appliqué, c'est en raison du caractère contractuel de l'arbitrage : les parties qui refusent de soumettre leur litige au juge étatique le font, prioritairement, dans l'optique de choisir eux-mêmes les personnes qui trancheront leur litige en raison de leurs compétences et de la confiance qu'elles ont pour elles. Aussi, « *priver l'une des parties de ces avantages inhérents en principe à la procédure arbitrale constitue une rupture de l'égalité des parties*⁸⁹ ».

Dans l'optique contractuelle, le problème sous-jacent à l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre n'est donc pas fondé sur le risque de partialité et de dépendance de l'arbitre mais plutôt sur la volonté de préserver les raisons qui ont conduit les parties à opter pour ce mode de règlement du litige.

Au contraire, dans l'optique juridictionnelle, c'est bien l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre qui sous-tendent le raisonnement de l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre. Est ainsi illustré l'importance des qualités d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre (**B**).

B. Le risque de partialité et de dépendance de l'arbitre

« *Le juge public jouit d'une indépendance statutaire alors que l'arbitre n'a au fond que celle qu'il veut bien avoir ou que lui laissent les parties ou les centres d'arbitrage ; on est incontestablement ici en présence d'un problème majeur de l'arbitrage contemporain : comment assurer efficacement et garantir l'indépendance des arbitres ? Est-ce un « idéal inaccessible », « une pure fiction juridique » ?⁹⁰* ». Cette citation met en exergue la particularité de l'arbitre à comparer du juge étatique. L'indépendance ne doit pas être assurée vis-à-vis des mêmes personnes et ne peut être strictement similaire. Pour autant, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre constituent des qualités primordiales

⁸⁷ JDI 1992 p. 724

⁸⁸ E. LOQUIN, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2 juil. 2008, n°184, p. 5

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ B. OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991 :

de l'arbitre (1), bien que parfois, lors de litiges individuels du travail, elles soient potentiellement mises à l'épreuve (2).

1. *Qualités primordiales de l'arbitre*

Dans une certaine approche, tendant à disparaître, il est attendu de l'arbitre qu'il se comporte comme l'avocat de la partie qui l'a désigné⁹¹. Cependant, dans la grande majorité des cas, l'indépendance est plutôt considérée comme étant « *de l'essence de la fonction juridictionnelle*⁹² », et plus précisément « *de la fonction d'arbitre*⁹³ ». Ces extraits démontrent l'importance de cette condition dans le processus de l'arbitrage. Tout aussi important, l'impartialité de l'arbitre est l'un des versants de l'indépendance, le versant subjectif⁹⁴. Ainsi, en France, la même indépendance et impartialité sont attendues de l'ensemble des arbitres composant le tribunal arbitral, quelle que soit la partie qui les a désignés.

Avant d'étudier les garanties de ces qualités (c), il est nécessaire de s'interroger, d'une part, sur leur définition (a) et d'autre part, sur leur portée (b).

a. *Définitions*

L'indépendance est l'« *état de quelqu'un qui n'est tributaire de personne sur le plan matériel, moral, intellectuel* » ou encore, le « *caractère de quelqu'un qui ne se sent pas lié ou qui ne veut pas être soumis aux autres, à la discipline morale*⁹⁵ ». Ainsi, l'arbitre se doit de ne pas être lié, sur aucun des trois plans évoqués (matériel, moral ou intellectuel) à l'une des parties ou à leur conseil.

Quant à l'impartialité, il s'agit d'une « *exigence déontologique et éthique inhérente à la fonction juridictionnelle : le juge doit bannir tout a priori, excluant pareillement faveur et préférence, préjugé et prévention, ne céder à aucune influence, de quelque source qu'elle soit ; son obligation première est de tenir la balance égale entre les parties et de départager les prétentions en conflit uniquement par référence au droit, à l'équité, à la justice, sans autre considération*⁹⁶ ».

Ce devoir d'indépendance et d'impartialité a été consacré par la jurisprudence en 1972. Il est ainsi énoncé : « *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle*

⁹¹ Il s'agit alors d'un arbitre « non neutre ». Le règlement de l'American Arbitration Association accepte toujours cette possibilité dès lors qu'un accord écrit des parties le prévoit.

⁹² CA Paris, 2 juin 1989

⁹³ C. JARROSSON, Compte-rendu du colloque de la CCI « La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres », 1988

⁹⁴ M. HENRY, « L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile », *Cah. Arb.*, 1^{er} oct. 2013, n°4 p. 873, spéc. p. 875

⁹⁵ Dictionnaire Larousse

⁹⁶ DEBARD T. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012

qu'en soit la source, (...) elle est l'une des qualités essentielles des arbitres⁹⁷ ». Il est sans cesse réaffirmé depuis⁹⁸.

Ce principe est, semble-t-il, constitutif de l'ordre public interne. Selon M. HENRY, « *sans indépendance et impartialité, point d'arbitrage*⁹⁹ ». C'est pourquoi, il défend la thèse selon laquelle l'impartialité et l'indépendance ne participent pas de l'ordre public de protection, mais bien de direction, car une partie ne doit pas pouvoir renoncer de manière effective au droit de se prévaloir d'un défaut d'indépendance et d'impartialité¹⁰⁰.

b. Débiteurs

Alors que le juge étatique doit être indépendant principalement vis-à-vis de l'Etat, l'arbitre doit être indépendant des acteurs du litige. Autrement dit, il doit être dans un état de non-dépendance vis-à-vis des parties l'ayant nommé afin que la sentence puisse être la plus impartiale possible. Mais aussi, et au vu de l'importance croissante des conseils des parties dans la procédure arbitrage, une autre obligation d'indépendance a été dégagée vis-à-vis de ces derniers.

Indépendance par rapport aux parties.

L'indépendance de l'arbitre s'apprécie avant tout à l'égard des parties. En effet, l'arbitre rend une décision de justice qui règle un litige entre des parties et doit donc être indépendant vis-à-vis de celles-ci.

Indépendance par rapport aux conseils.

Les conseils des parties sont, en principe, des tiers, indépendants des parties qu'ils assistent. Ainsi, les liens existant entre le conseil de l'une des parties et l'arbitre ne devraient pas avoir d'impact sur la qualité d'indépendance de ce dernier. Pour autant, la jurisprudence transpose le principe d'indépendance reconnu de l'arbitre envers l'une des parties à la situation de l'arbitre par rapport aux conseils des parties¹⁰¹. Ainsi, l'arbitre est obligé de révéler précisément les liens qu'il entretient avec

⁹⁷ Cass. civ. 2, 13 avr. 1972, Ury c. Galeries Lafayette, n° 70-12.774

⁹⁸ V. dernièrement, dans l'hypothèse d'un arbitrage international, CA Paris, 21 févr. 2012, Cameroun, RG n° 10/06953.

⁹⁹ H. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préface de P. MAYER, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé T. 353, 2000, spéc. p. 364

¹⁰⁰ En cela, son point de vue diffère de celui des juges du fond dans l'arrêt de la Cour d'appel de Reims du 31 janvier 2012, Somoclest.

¹⁰¹ CA Paris, 9 sept. 2010

les conseils des parties¹⁰². Seuls les liens de nature professionnelle doivent alors être déclarés, et non les liens de nature intellectuelle¹⁰³.

c. *Les garanties de l'indépendance : devoir de révélation, récusation et annulation*

Le devoir de révélation.

Le décret du 14 mai 1981¹⁰⁴ a introduit l'obligation de révélation dans l'ancien Code de procédure civile¹⁰⁵. Aujourd'hui, et depuis le décret du 13 janvier 2011¹⁰⁶, cette obligation est insérée dans l'article 1456, alinéa 2 du même Code. Il dispose : « *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission* ».

Ce devoir de révélation a également été consacré par la jurisprudence, notamment dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 avril 2003¹⁰⁷. Dans cet arrêt, il est énoncé : « *l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance* ». Toujours d'après le même arrêt, ces qualités se trouvent être « *l'essence même de la fonction arbitrale* ».

Ainsi, l'arbitre est tenu de révéler toute circonstance de nature à créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à son indépendance et son impartialité.

Cette première garantie qu'est l'obligation de révélation doit précisément être examinée. En effet, la protection des salariés face au risque de dépendance et de partialité dépend tant de son contenu que de son étendue. La jurisprudence récente tend vers une obligation de révélation large et exhaustive, assurant ainsi une certaine protection des salariés lors de la désignation des arbitres.

¹⁰² CA Paris, 12 févr. 2009, Sté Tecnimont, n° 09/22164 ; CA Paris, 10 mars 2011, TESCO, n° 09/28537

¹⁰³ Cass. civ. 1, 29 juin 2011, n° 09-17.346 ; CA Paris, 1^{er} juil. 2011, n° 10/10402

¹⁰⁴ Décret 81-500 1981-05-12, art. 5 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981

¹⁰⁵ Dans sa version en vigueur du 14 mai 1981 au 1^{er} mai 2011, l'article 1452, alinéa 2 du Code de procédure civile disposait : « *L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties* ».

¹⁰⁶ Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, article 3 2°. Cette disposition s'applique lorsque le tribunal a été constitué postérieurement au 1^{er} mai 2011.

¹⁰⁷ CA Paris, 2 avr. 2003, Fremarc c. ITM Entreprises

Dans un premier temps, l'annulation de la sentence n'était possible que lorsque le manquement, seul ou rapproché d'autres éléments de l'affaire, était à même de constituer une « *présomption suffisante du défaut d'indépendance et d'impartialité*¹⁰⁸ ».

Dans un autre arrêt¹⁰⁹, la Cour d'appel de Paris semble étendre l'obligation de révélation des arbitres. Ainsi, « *considérant que le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance (...) ces activités, prises dans leur ensemble, (...) établissent l'existence d'un conflit d'intérêts entre le président du tribunal arbitral et l'une des parties à l'arbitrage* ». Les juges du fond ont utilisé la technique du faisceau d'indices afin de conclure au défaut d'indépendance de l'arbitre. Pour certains auteurs, cet arrêt doit être compris en ce sens que le manquement à l'obligation de révélation constitue une cause autonome d'annulation de la sentence¹¹⁰. Au contraire pour d'autres, il s'agit d'une appréciation objective tempérée : certes, le défaut de révélation peut impliquer une récusation ou une annulation, à la condition que d'autres circonstances puissent fonder un doute raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre¹¹¹.

La jurisprudence semble d'ailleurs se tourner vers cette appréciation objective tempérée. Ainsi, le manquement à l'obligation de révélation ne serait plus un fondement de nullité de la sentence arbitrale. En revanche, si ce défaut est de nature à faire douter raisonnablement de l'indépendance de l'arbitre, il conduit à l'annulation de la sentence arbitrale¹¹².

Statuant sur renvoi de la Cour de cassation lors de la « *saga Tecnimont* », la Cour d'appel de Reims a quelque peu clarifié l'étendue de l'obligation de révélation de l'arbitre. Celle-ci est large et exhaustive mais peut également être observée une forme d'appréciation objective tempérée. Ainsi, il a été jugé que : « *pour permettre aux parties de discuter et de consentir à sa situation, un minimum d'objectivité est exigé de la part de l'arbitre dans son obligation d'information, que l'arbitre doit révéler totalement, tant ce qui lui est strictement personnel que ce qui concerne le cabinet dont il fait partie* ». Pour autant, « *il appartient au juge du contrôle de mesurer les effets de l'omission de révélation et*

¹⁰⁸ CA Paris, 29 janv. 2004, Serf c. DV Construction : « *un manquement à cette obligation entraîne l'annulation si cette réticence, soit à elle seule, soit rapprochée d'autres éléments de la cause, constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance ou d'impartialité* ».

¹⁰⁹ CA Paris, Ch. 1, Section C, 12 févr. 2009, Sté Avax c. Tecnimont, n° 07/22164

¹¹⁰ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 346 ; V. aussi T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D. 2009. 2959, spéc. 2964 : « *Ainsi, la cour d'appel de Paris annule une sentence arbitrale pour non-respect de l'obligation de révélation par l'arbitre, alors que son indépendance réelle n'est pas douteuse* ».

¹¹¹ M. HENRY, « L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare », note sous Cour d'appel de Paris, 12 févr. 2009, LPA, 21 juil. 2009, n°144 p. 4, spéc. p. 14

¹¹² CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 10 mars 2011, Tecso c. Neoelectra Group, n° 09/28537 : « *(la situation) créait une obligation de révélation à laquelle il n'a pas été satisfait ce qui a privé la société TECSO de son droit de récusation et a été de nature à faire naître dans son esprit un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance de cet arbitre* ».

d'apprécier si elle est de nature à susciter un doute raisonnable aux yeux des parties quant au défaut d'indépendance allégué¹¹³ ».

Cette obligation de révélation étendue est profitable au salarié dans la relation de travail. S'il est novice en arbitrage, plus son accès aux informations concernant l'arbitre sera limité, plus l'obligation de révélation sera primordiale pour assurer le bon déroulement de l'arbitrage.

Pour autant, la doctrine reste partagée sur les rapports entre obligation de révélation et indépendance. Pour certains, l'obligation d'indépendance serait dissoute dans l'obligation de révélation¹¹⁴ tandis que pour d'autres, le devoir de révélation n'est qu'un simple paramètre de l'obligation d'indépendance et d'impartialité. En effet, un manquement à l'obligation de révélation n'est pas suffisant à caractériser un manquement au devoir d'indépendance et d'impartialité. C'est pourquoi il importe de ne pas les confondre¹¹⁵. Le défaut de révélation ne doit alors constituer qu'un facteur objectif à l'aune duquel l'indépendance de l'arbitre sera appréciée¹¹⁶.

Certaines circonstances pourraient, à elles seules, ne pas constituer un manquement à l'obligation d'indépendance mais prises ensemble de l'absence de révélation, justifier le recours en récusation ou en annulation, en fonction du moment de l'action en justice.

Récusation de l'arbitre et annulation de la sentence¹¹⁷.

De la même manière que l'obligation de révélation, la récusation de l'arbitre et l'annulation de la sentence permettent au salarié d'engager une action contre l'arbitre dépendant et partial alors même qu'il a accepté que celui-ci tranche le litige. Le critère de distinction entre récusation et annulation de la sentence est temporel : avant le rendu de la sentence¹¹⁸, la procédure de récusation doit être engagée. Ensuite, c'est l'annulation de la sentence qui doit être demandée.

¹¹³ CA Reims, 2 nov. 2011, SA J. & P. Avax c. Société Tecnimont, RG n°10/02888

¹¹⁴ T. CLAY, « Les nouveaux contours de l'obligation de révélation », note sous Cour d'appel de Paris, 12 févr. 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 196.

¹¹⁵ M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs », note sous Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Ch. 1, 10 mars 2011, *Cah. Arb.*, 1^{er} juil. 2011, n°3 p. 787

¹¹⁶ M. HENRY, "L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare", note sous Cour d'appel de Paris, 12 févr. 2009, *LPA*, 21 juil. 2009, n°144 p. 4, spéc. p. 12

¹¹⁷ A noter : un arrêt CA Paris, 6 avr. 1990 Philipp Brothers semble énoncer que dès lors que des décisions sont intervenues et ont rejeté les demandes de récusation, ces décisions sont insusceptibles de recours. La question de l'indépendance des arbitres ne peut donc plus être rejugée, sauf à ce qu'une révélation ultérieure d'éléments affectant la composition du tribunal arbitral permette la contestation.

¹¹⁸ Voir avant le délibéré pour certains auteurs comme E. LOQUIN.

Récusation de l'arbitre. En droit interne, la récusation de l'arbitre est mentionnée à l'article 1473 du Code de procédure civile¹¹⁹. Aucun délai n'est prévu pour exercer cette action en récusation. Il est admis qu'il faut la former dès lors que la partie a connaissance de la cause de récusation¹²⁰. Dans l'hypothèse contraire, il pourrait être reconnu que le demandeur a renoncé à se prévaloir de cette cause de récusation ou qu'elle agit à des fins dilatoires en attendant d'observer le déroulement de la procédure avant d'engager l'action.

Annulation de la sentence. Si le manquement à l'obligation de révélation entraîne un manquement à l'obligation d'indépendance et d'impartialité, alors la sentence arbitrale peut être annulée. Cette sanction est prévue à l'article 1492¹²¹ du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne, sous l'alinéa relatif à la constitution irrégulière du tribunal arbitral. Un débat existe autour du fondement approprié de cette demande¹²².

2. Qualités de l'arbitre mises à l'épreuve

En 1986, un *barrister* écrivait : « lorsque je représente et assiste un client dans un arbitrage, ce que je recherche vraiment pour un arbitre nommé par une partie est quelqu'un avec le maximum de prédispositions envers mon client mais avec le minimum d'apparence de partialité ¹²³ ». L'employeur, au même titre que le salarié aura toujours pour objectif de nommer un arbitre réceptif à leur point de vue, afin de se sentir entendu, mais surtout afin de faire pencher la balance de la justice de leur côté. Dans l'hypothèse où les parties sont uniformément informées quant à la personne des arbitres, les prédispositions de ceux-ci entraîneront leur rejet immédiat par la partie adverse. Il est, dès lors, probable que le tribunal arbitral soit relativement neutre dès sa constitution. Ceci étant, les difficultés apparaissent lorsque l'on considère que, par le fait de l'expérience et de son conseil, l'employeur aura certainement une connaissance plus étendue de la personne de l'arbitre que le salarié. C'est pourquoi, en droit du travail, il est probable de voir apparaître des problématiques quant aux qualités d'indépendance et d'impartialité du tribunal arbitral¹²⁴.

Ainsi, peuvent être des difficultés les courants d'affaire (a), comme le mode de rémunération des arbitres (b).

¹¹⁹ C. proc. civ., art. 1473 : « Sauf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement ».

¹²⁰ Cass. civ. 2, 22 nov. 2001, note T. CLAY, D. 2003. 2473

¹²¹ C. proc. civ., art. 1492 : « Le recours en annulation n'est ouvert que si : (...) 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ».

¹²² M. HENRY, « L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare », note sous Cour d'appel de Paris, 12 févr. 2009, Sté Avax c. Tecnimont, LPA, 21 juil. 2009, n°144 p. 4

¹²³ M. HUNTER, "Ethics of the international arbitrator", Bull. ASA, 1986, p. 188 (traduction libre)

¹²⁴ C. W. SUMMERS, « Mandatory arbitration : privatizing public rights, compelling the unwilling to arbitrate », U. Pa. J. Lab. & Emp. L., 2004 p. 685, spec. p. 690

a. *Les courants d'affaire*

Les différents arrêts rendus à ce sujet ont permis d'identifier trois critères d'appréciation pour reconnaître un courant d'affaires entre un arbitre et une partie. Ainsi, en 2004, sont retenus comme critères : le caractère systématique des désignations, la fréquence et la régularité de celles-ci et enfin l'identité des contrats litigieux stipulant des clauses d'arbitrage désignant l'arbitre en cause¹²⁵. Ces paramètres ont été confirmés par la Haute juridiction dans deux arrêts en date du 20 octobre 2010¹²⁶. Les magistrats ont alors énoncé : « *le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure* ». Dans l'arrêt Somoclest contre DV Construction, le même arbitre avait été désigné cinquante et une fois par les sociétés du groupe en tant que tel, entraînant donc la naissance d'un courant d'affaires évident. Dans l'arrêt Epoux X contre Prodim, ce chiffre était de trente-quatre. L'indépendance et l'impartialité des arbitres dans ces hypothèses peuvent donc facilement être remises en question au vu du nombre de désignations successives. L'arbitre avait un intérêt économique évident à rendre des sentences en faveur de celui qui l'a nommé et, de plus, un risque important de préjugés découlait certainement de la connaissance préalable d'affaires similaires.

Enfin, dans l'affaire TECSO¹²⁷, la relation d'affaire était, selon la Cour d'appel, caractérisée par les fonctions d' « *of counsel* » de l'arbitre pour le cabinet.

Cette crainte des courants d'affaires est justifiée. En effet, les arbitres ne sont payés que lorsqu'ils sont sélectionnés afin de trancher un litige. Cette réalité économique a fait naître la peur du « *repeat arbitrator bias* », soit de la partialité de l'arbitre désigné à plusieurs reprises, entraînant ainsi des sentences favorables aux parties ou conseils qui sont plus à même de les désigner une seconde fois¹²⁸. En droit du travail, cette crainte a un large retentissement. En effet, alors que le salarié ne connaîtra probablement qu'un litige au cours de sa carrière et donc, un seul recours potentiel à l'arbitrage, l'employeur, lui, particulièrement dans le cadre des grands groupes, sera confronté à une série de litiges. En cela, il y a un réel déséquilibre entre les deux parties à l'arbitrage, défavorable à la partie faible, soit au salarié, dans l'hypothèse où l'arbitre, pour assurer ses revenus financiers, serait influencé par la multiplicité des affaires qu'il pourrait avoir à trancher si l'employeur était satisfait de sa prestation.

Pour autant, dans une décision américaine, la Cour assure que l'une des principales protections contre les arbitres favorisant les employeurs dans le cadre d'un courant d'affaires est financière. Selon les

¹²⁵ CA Paris, 29 janvier 2004, note M. HENRY, *Rev. arb.*, 2005, p. 709

¹²⁶ Cass. civ. 1, 20 oct. 2010, Somoclest c. DV construction, n° 09-68.997 et Epoux X c. Prodim, n° 09-68.131

¹²⁷ CA Paris, Pole 1, Ch. 1, 10 mai 2011, TECSO, n° 09/28537

¹²⁸ F. – Z. SLAOUI, "The rising issue of "repeat arbitrators": a call for clarification", *Arb. Int'l*, 2009, 103

juges, les parties, et même les employeurs, ne sélectionneraient pas nécessairement des arbitres partiels étant donné que ceux-ci entraîneraient une augmentation des recours en justice contre les sentences¹²⁹.

b. La rémunération de l'arbitre

La rémunération de l'arbitre est une autre hypothèse susceptible d'entraîner une mise à l'épreuve des qualités d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, notamment dans l'hypothèse de l'arbitrage des relations individuelles de travail. Le courant d'affaires se réfère à la continuité des relations entre les parties tandis que la rémunération de l'arbitre tient à la division des frais de l'arbitrage entre les parties à l'instant même de l'arbitrage. Il s'agirait en quelque sorte pour l'arbitre de reconnaître qu'il doit accéder à la volonté de la partie ayant payé les frais.

Pour certains auteurs, ce critère des honoraires facturés devrait être un critère, parmi d'autres de la reconnaissance d'une relation d'affaire, et même devenir une circonstance déterminante de celle-ci. Ainsi, le montant facturé concourrait à démontrer l'existence d'une atteinte au devoir d'indépendance¹³⁰.

Dans les développements des juges à propos de l'arrêt américain précité, il est observé que ce n'est pas parce que seule une partie paie les services de l'arbitre que l'arbitre a tendance à le favoriser mais bien parce que l'employeur est une source financière en cas d'arbitrages futures. Pour eux, l'arbitre ne regarde pas par qui il est payé, mais seulement s'il est effectivement payé pour ses services¹³¹.

Conclusion. Alors que l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral et les qualités d'indépendance et d'impartialité des arbitres sont des conditions du succès de l'arbitrage et de la confiance en ce mode de règlement des différends, elles se trouvent parfois malmenées, pour différents facteurs exposés ci-dessus, lorsque l'arbitrage est mis en œuvre pour régler un litige entre un employeur et un salarié. Ces risques étant désormais cernés, il s'agira par la suite de proposer des solutions pour les endiguer et assurer, ainsi, le développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Avant d'arriver à ce stade, il est nécessaire d'étudier une dernière série de risques liés au processus de l'arbitrage d'un conflit individuel de travail, à savoir les risques liés au déroulement de l'instance arbitrale (§2).

¹²⁹ Cole v. Burns International Security Services 105 F. 3d 1465 (D.C. Cir. 1997)

¹³⁰ M. HENRY, note sous Cour d'appel de Reims, 2 nov. 2011, Tecnimont, *Rev. arb.*, 2012, n°1 p. 112

¹³¹ Cole v. Burns International Security Services 105 F. 3d 1465 (D.C. Cir. 1997) : « *the court observed that some commentators have suggested that it would be a perversion of the arbitration process to have the arbitrator paid by only one party to the dispute [...] if an arbitrator is likely to « lean » in favor of the employer (...) it would be because the employer is a source of future arbitration business and not because the employer alone pays the arbitrators. It is doubtful that arbitrators care about who pays them, so long as they are paid for their services* ».

§2. Le déroulement de l'instance arbitrale

Du fait même de sa nature, la procédure arbitrale est empreinte d'une grande souplesse. C'est pourquoi, le déroulement de l'instance arbitrale ne fait pas l'objet d'une description, au travers de règles détaillées dans le Code de procédure civile. À ces considérations précises, sont préférés des principes suffisamment malléables et extensibles afin de maintenir cette souplesse procédurale¹³². En droit du travail, une question se pose inéluctablement : la souplesse procédurale de l'arbitrage peut-elle nuire à la partie faible ? L'un des risques de l'arbitrage ne serait-il pas, justement, cette souplesse dans la procédure au détriment de la partie faible ?

Pour cela, ne doivent pas seulement être abordés les principes du déroulement de l'instance arbitrale tels ceux de loyauté et de contradiction (A). En plus de l'étude de leur impact sur l'arbitrage des litiges individuels de travail, il faut étudier les implications de l'absence de double degré de juridiction (B) et de la possibilité de statuer en amiable composition pour le tribunal arbitral, si telle est la volonté des parties (C).

A. Les principes de loyauté et de contradiction

Cette partie se concentrera sur deux principes essentiels à la procédure arbitrale : la loyauté des parties (1) et le respect de la contradiction (2).

Deux autres principes processuels sont présents dans la disposition de l'article 1464 du Code de procédure civile¹³³. Il s'agit des principes de célérité et de confidentialité. Le premier d'entre eux n'entraîne aucunement difficulté quant aux litiges individuels de travail dès lors que les principes de loyauté et de contradiction sont respectés. Il s'agit même, le plus souvent, de l'un des éléments-clés ayant poussé les parties à choisir l'arbitrage comme mode de règlement de leur litige. Quant au second principe, la confidentialité, il apparaît plus pertinent de le traiter comme un avantage ou un inconvénient du recours à l'arbitrage par les parties. En effet, la difficulté relative à ce principe n'est pas propre au droit du travail, ni à la sentence arbitrale, ni aux rapports entre les parties au litige du travail. Au contraire, elle est intrinsèquement liée à la procédure arbitrale dans son ensemble étant donné qu'elle constitue un potentiel frein à la construction jurisprudentielle.

¹³² L. WEILLER, « Les obligations de loyauté, de célérité et de confidentialité », *LPA*, 13 févr. 2013, n° 32 p. 11

¹³³ Modifié par l'article 2 du décret n°2011-48 du 13 janvier 2011

Enfin, il faut garder à l'idée qu'un dernier principe sous-tend l'ensemble de la procédure arbitrale et est, notamment, illustré par les principes de loyauté et de contradiction ci-dessous étudiés. Il s'agit du principe d'égalité des parties, déjà abordé¹³⁴.

1. Le principe de loyauté

Le principe de loyauté recoupe deux exigences : celle de cohérence dans le comportement procédural (ou estoppel) et celle de concentration des demandes.

Concentration des demandes. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2008¹³⁵, il est nécessaire de respecter l'obligation de concentration des demandes. Autrement dit, il y a une obligation de concentrer les demandes fondées sur une même cause, toutes les prétentions soutenues par les mêmes fondements juridiques dans la même instance¹³⁶. Il s'agit d'une obligation spécifique à la procédure arbitrale puisque l'arrêt Césaréo de l'Assemblée Plénière reconnaît uniquement la concentration des moyens¹³⁷, soit que soient invoqués, dans la même instance l'ensemble des fondements juridiques d'une demande.

Estoppel. L'estoppel est un concept issu du *common Law*¹³⁸. Le droit français se l'est ensuite approprié notamment par l'intermédiaire de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 2005¹³⁹. Enfin, l'article 2 du décret de 2011¹⁴⁰ a modifié l'article 1466 du Code de procédure civile. Il dispose désormais : « *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

L'objectif de la règle est clair. Il s'agit d'obliger une partie se considérant victime d'une irrégularité de procédure à faire valoir immédiatement ce grief devant le tribunal arbitral afin que cet incident fasse l'objet d'une décision rapide¹⁴¹. Autrement dit, nul ne peut se contredire au détriment d'autrui¹⁴² et de fait, le comportement d'une partie ne doit pas laisser croire à la partie adverse qu'elle renonce à se prévaloir de son droit de contester une irrégularité de procédure.

¹³⁴ V. spéc. p. 48

¹³⁵ Cass. Civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13.266, Bull. Civ. I, n° 153

¹³⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage . – Instance arbitrale . – Procédure devant les arbitres », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1036

¹³⁷ Cass. Ass. Plén., 7 juil. 2006, n° 04-10.672 : « *attendu qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »

¹³⁸ In *Maclaine v. Gatty* [1921] 1 AC 376, Lord Birkenhead définit l'estoppel comme suit : « *where A by his words or conduct justified B in believing that a certain state of facts exists and B has acted upon such belief to his prejudice, A is not permitted to affirm against B that a different state of facts existed at the same time* ».

¹³⁹ Cass. civ. 1, 6 juil. 2005, Golshani, n° 01-15.912 et Ass. Plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841

¹⁴⁰ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011

¹⁴¹ E. LOQUIN, « Arbitrage . – Instance arbitrale . – Procédure devant les arbitres », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1036

¹⁴² « *non concedit venire contra factum proprium* »

Ce principe peut avoir une certaine incidence lorsque les parties au litige ne sont pas initiées toutes deux à l'arbitrage, et en particulier, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage entre une partie faible et une partie forte, autrement dit entre le salarié et l'employeur. En effet, si le salarié souhaite contester l'indépendance de l'un des arbitres, il doit le faire le plus tôt possible, sans attendre le résultat de la sentence sous peine de voir sa demande d'annulation rejetée sur le fondement de l'estoppel¹⁴³. Il en est de même si le salarié estime qu'il existe une violation du principe du contradictoire par les arbitres¹⁴⁴. Dès lors que le plaideur attend avant de dénoncer un grief, il est considéré qu'il se contredit lui-même et l'estoppel peut être constitué.

Cette difficulté est la seule identifiée par l'application du principe de loyauté lors de la procédure arbitrale mais il semble que la bonne foi et la diligence du salarié lors du procès arbitral suffisent à éviter tout préjudice.

2. Le principe de contradiction

« La contradiction enveloppe le litige sous toutes ses faces. Non : elle l'innerve en toutes ses actions de procédure, de fait et de droit. Elle est le procès même¹⁴⁵ ». Cette citation laisse apparaître l'importance du principe de la contradiction, manifestation du principe des droits de la défense. S'il est le cas d'ouverture de recours en annulation le plus souvent invoqué par les parties¹⁴⁶, il est nécessaire de définir et d'apprécier sa portée (a) afin de pouvoir identifier les risques existants quant à l'application de ce principe dans les litiges individuels de travail (b).

a. Définition et portée du principe de contradiction

Part importante du chapitre « *Les principes directeurs du procès* » du Code de procédure civile, les articles 14, 15 et 16 de ce même Code offrent une vision d'ensemble du principe de la contradiction. Ainsi, est mis en avant, dans l'article 14, le droit pour les parties d'être entendues¹⁴⁷ et, dans l'article

¹⁴³ CA Paris, 7 févr. 2008, RG n° 06/01279 : « Mais considérant que la règle de l'estoppel fait obstacle à ce que la société (...), qui après s'être interrogée sur l'indépendance de [l'arbitre] dans un courrier adressé aux arbitres le 18 octobre 2004 (...) n'a introduit une requête en récusation devant le juge d'appui que fin décembre 2005, irrecevable d'ailleurs puisque la sentence finale était déjà rendue au moment où l'affaire est venue à l'audience, qu'elle ne peut donc soulever ce moyen pour attaquer la sentence »

¹⁴⁴ CA Paris, 18 janv. 2007, RG n° 05/13196

¹⁴⁵ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) » in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991 p. 83

¹⁴⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage. La décision arbitrale. Voie de recours », *J.-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1046, spéc. n° 70

¹⁴⁷ C. proc. civ., art. 14 : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »

15, celui de faire connaître les moyens invoqués¹⁴⁸. Enfin, l'article 16 se concentre sur l'obligation, par le juge, de faire respecter et de respecter lui-même le principe de contradiction¹⁴⁹.

Outre cette consécration dans la législation française, le principe de la contradiction est consacré par l'article 6§1 de la CEDH comme composante du droit à un procès équitable, dans plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵⁰.

Selon E. LOQUIN, « *l'application de ces principes à l'arbitrage est inséparable de la nature juridictionnelle de l'institution car elle permet à celle-ci de s'exercer sans être pervertie*¹⁵¹ ». C'est pourquoi, la jurisprudence a très tôt établi que les arbitres respectent les principes directeurs du procès et spécialement le principe de la contradiction, toujours applicable dans l'instance arbitrale, que l'arbitre statue en droit ou en tant qu'amiable compositeur¹⁵². Le Code de procédure civile a d'ailleurs intégré ce principe de la contradiction spécialement dans le titre relatif à l'arbitrage interne. Ainsi, l'article 1464 vise les articles 14 à 16 du Code de procédure civile comme étant applicables en tant que principes directeurs du procès arbitral¹⁵³.

Grâce à ce principe, toute forme d'unilatéralité est condamnable¹⁵⁴ dès lors que la contradiction s'impose aux parties et à l'arbitre comme elle s'impose au juge.

A cet égard, il doit être noté que le principe de contradiction est ventilé en trois volets¹⁵⁵. Dans un premier temps, chaque partie a le droit d'être entendu, loyalement, par les arbitres après avoir été appelées. A cet effet, l'argumentation peut être produite oralement ou par écrit. Ensuite, chaque partie a le droit de discuter contradictoirement les productions et conclusions de son adversaire. Enfin, les

¹⁴⁸ C. proc. civ., art. 15 : « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* »

¹⁴⁹ C. proc. civ., art. 16 : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ».

¹⁵⁰ CEDH, 26 juin 1993, Ruiz-Mateos c. Espagne, n° 12952/87 : « *le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance* » ; 24 févr. 1995, McMichael c. Royaume-Uni, n° 16424/90 : « *le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la "faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter"* ».

¹⁵¹ E. LOQUIN, « Arbitrage . – Instance arbitrale . – Procédure devant les arbitres », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1036

¹⁵² CA Paris, 16 févr. 1996 et 7 nov. 1996, V. S. GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », *Rev. arb.*, 1997, n°2 p. 185

¹⁵³ C. proc. civ., art. 1464, al. 2 : « *Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* ».

¹⁵⁴ C. KESSEDIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, n°3 p. 381

¹⁵⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage . – Instance arbitrale . – Procédure devant les arbitres », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1036

parties ont le droit de discuter les éléments de faits et de droit recueillis par l'arbitre, sans pour autant pouvoir discuter de la sentence arbitrale et de sa motivation¹⁵⁶.

A défaut de respect de la contradiction, la sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation ou d'un « appel-nullité »¹⁵⁷.

Les éléments ci-dessus exposés permettent de comprendre l'importance du principe de contradiction dans l'instance arbitrale. Ainsi, sans contradiction, la justice ne peut être opérante¹⁵⁸. C'est pourquoi il est obligatoire de pouvoir organiser un recours dans l'hypothèse où les arbitres s'affranchiraient, malgré tout, de ce principe, alors même qu'il est réitéré dans de nombreuses décisions¹⁵⁹. Pourtant, une difficulté apparaît ici : celle de la preuve.

b. La difficile preuve du non-respect de la contradiction

Dès 1994, la Cour de cassation estime que la charge de la preuve du manquement au respect du contradictoire repose sur la partie qui soutient que les pièces fondant la décision n'ont pas été soumises au débat du contradictoire¹⁶⁰. Cette solution est réitérée en 1996, où les magistrats énoncent que « l'annulation d'une sentence arbitrale sur le fondement de la violation du principe de la contradiction implique qu'il soit démontré que les éléments d'information utilisés par les arbitres n'ont pas été soumis au débat contradictoire entre les parties¹⁶¹ » et de manière très claire en 2014, au visa des articles 1315 du Code civil et 1520, 4^o¹⁶² du Code de procédure civile : « il incombe à la partie qui invoque la violation par l'arbitre du principe de la contradiction d'en apporter la preuve¹⁶³ ».

Il revient donc à la partie qui entend se prévaloir de ce manquement de se préconstituer une preuve négative de ce que le tribunal arbitral n'a pas soumis à la contradiction un des éléments qu'il a utilisés pour fonder sa décision.

En plus de la difficulté classique d'obtenir une preuve négative, l'arbitrage est une procédure relativement souple. Par conséquent, est absent un certain nombre de formalités par ailleurs présent dans le cadre d'une procédure juridictionnelle étatique. Ainsi, la partie qui prétend que le principe de contradiction a été négligé ne pourra compter sur ces formalités pour prouver le manquement. Cette

¹⁵⁶ CA Paris, 19 sept. 2002

¹⁵⁷ C. proc. civ., art. 1492, 4^o

¹⁵⁸ S. GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », *Rev. arb.*, 1997, n^o2 p. 185 : « *Le contradictoire est consubstantiel à l'élaboration de la décision, qu'elle soit jugement ou sentence arbitrale* ».

¹⁵⁹ Pour exemple : Cass. civ. 2, 21 juin 1995, n^o 92-14.594, Bull. II n^o 189 p. 109 ; 10 nov. 1998, n^o 96-21.391, Bull. II n^o 266 p. 160

¹⁶⁰ Cass. com., 29 mars 1994, Cassiau c. Courrèges, n^o **91-17.190**

¹⁶¹ Cass. civ. 2, 31 janv. 1996, n^o **93-15.845**

¹⁶² Pendant de l'article 1492 4^o du Code de procédure civile pour l'arbitrage international

¹⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2014, Sté Yukos c. Sté Tomskneft n^o13-11.745

preuve est donc d'autant plus difficile à rapporter, sauf si les parties ont prévu, dès l'acte de mission, le recours à la pratique du bordereau de transmission.

On comprend ici la difficulté pour le salarié de se préconstituer une telle preuve, d'une part, en considération de sa novicité en arbitrage et d'autre part, en considération du manque d'information qui peut lui être donné à ce sujet.

Pour autant, la question ne se posera que dans des cas relativement rares où l'arbitre, volontairement ou non, n'a pas respecté le principe du contradictoire, principe fondamental à toute procédure juridictionnelle.

B. Le choix de l'amiable composition

Avant d'étudier les risques de l'amiable composition (2), il est nécessaire de s'intéresser au principe de celle-ci (1).

1. Le principe de l'amiable composition

L'amiable composition est une faculté laissée au choix des parties, à défaut de choisir le droit pour régler leur conflit. Aussi, les parties doivent l'avoir expressément prévue dans la convention d'arbitrage¹⁶⁴.

L'amiable composition est la « *faculté donnée à l'arbitre de statuer en équité*¹⁶⁵ ». L'arrêt de la deuxième Chambre civile du 15 février 2001¹⁶⁶ affirme clairement ce lien entre amiable composition et équité. L'amiable composition impose donc aux arbitres de statuer selon l'équité. Apparaît alors une difficulté de définition du concept d'équité, critère plus flou et incertain¹⁶⁷. Pour la Cour de cassation, il s'agit de « *la recherche de la solution la plus juste pour régler la difficulté subsistant, dans le cadre des pouvoirs d'amiable compositeur conférés à l'arbitre*¹⁶⁸ ». L'équité n'est donc pas nécessairement le contraire du droit, de la même manière que le droit n'est pas l'opposé de l'équité et de la justice¹⁶⁹. Cependant, les raisonnements intellectuels entre juridique et équité diffèrent¹⁷⁰. Et cette distinction doit

¹⁶⁴ C. proc. civ., art. 1478 : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* »

¹⁶⁵ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011, spéc. p. 25-26

¹⁶⁶ Cass. civ. 2, 15 févr. 2001, n° 98-21.324, Bull. II, n° 26 p. 19

¹⁶⁷ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011, spéc. p. 26 ; A noter également qu'au vu de la subjectivité de la notion d'équité, il n'est pas certain que deux arbitres avec des formations et activités différentes règlent le même litige dans le même sens, V. J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G*, 2006, I 108

¹⁶⁸ Cass. civ. 2, 28 févr. 1990, n° 88-16.831, Bull. II, n° 44 p. 24

¹⁶⁹ J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G*, 2006, I 108

¹⁷⁰ V. J. PAILLUSSEAU : le raisonnement juridique suit un cheminement caractéristique puisque la solution retenue résulte de l'application de textes, de principes juridiques, de stipulations contractuelles ... Alors que le raisonnement en équité est caractérisé par la recherche de la solution la plus juste en l'espèce.

clairement ressortir de la sentence arbitrale¹⁷¹, sous peine que celle-ci soit annulée par le juge étatique. En effet, l'équité est de l'essence même de l'amiable composition. Si l'amiable compositeur statue en appliquant strictement les règles de droit, il ne se conforme pas à sa mission¹⁷². En revanche, la sentence peut être valable dès lors que l'arbitre a appliqué des règles de droit en expliquant leur conformité à l'équité¹⁷³.

Cependant, il existe une limite, principale, à la mission d'amiable compositeur de l'arbitre : le respect de l'ordre public¹⁷⁴. Dans le cas contraire, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation.

Une fois étudiés la définition et le régime de l'amiable composition, il est nécessaire d'aborder les potentiels risques du choix de l'amiable composition pour régler un litige individuel de travail (2).

2. Les risques de l'amiable composition

Appel. Avant la réforme de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011, l'article 1482 du Code de procédure civile instaurait une distinction quant à la faculté pour les parties de faire appel de la sentence arbitrale. Lorsque l'arbitre statuait en droit, l'appel était en principe valable, à moins que les parties n'aient renoncé à cette faculté. Au contraire, lorsque l'arbitre statuait en amiable composition, l'appel n'était, en principe, pas valable, sauf si les parties s'étaient réservées cette faculté¹⁷⁵.

Un changement de paradigme a opéré. Aujourd'hui, l'appel n'est pas, en principe, autorisé, sauf à ce que les parties l'aient prévu dans la convention d'arbitrage¹⁷⁶.

Si un désavantage avait pu naître à opter pour l'amiable composition par rapport à la faculté d'appel, il n'en est plus un aujourd'hui au vu de l'harmonisation des régimes.

Renonciation aux droits subjectifs. Par la clause d'amiable composition insérée dans la convention d'arbitrage, les parties renoncent d'un commun accord à l'application du droit par l'arbitre et à la

¹⁷¹ Cass. civ. 1, 12 juin 2014, n° 13-18.596

¹⁷² L. WEILLER, « Amiable composition : la prise en compte de considérations d'équité doit résulter de la sentence », *Procédures*, août 2014, n°8 235

¹⁷³ Cass. civ. 2, 18 oct. 2001, n° 00-12.880 : « l'arbitre s'était borné à multiplier ce chiffre par le montant maximum de la pénalité journalière convenue, sans s'expliquer sur les considérations d'équité qui l'avait conduit à retenir la pénalité la plus forte, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'il avait méconnu la mission d'amiable compositeur qui lui avait été conférée » ; Cass. civ. 1, 1^{er} févr. 2012, n°11-11.084 : « alors que le tribunal arbitral, auquel les parties avaient conféré mission de statuer comme amiable compositeur, devait faire ressortir dans sa sentence qu'il avait pris en compte l'équité »

¹⁷⁴ C. proc. civ., art. 1492 ; V. aussi, J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G*, 2006, I 108

¹⁷⁵ C. proc. civ., anc. art. 1482 (antérieur au décret n°2011-48 du 13 janv. 2011) : « La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage »

¹⁷⁶ C. proc. civ., art. 1489 : « La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ».

protection de leurs droits subjectifs¹⁷⁷. Cette définition a été reconnue par la Cour d'appel de Paris en 1996¹⁷⁸.

Cela signifie donc que les parties peuvent renoncer à leurs droits subjectifs, avant même de les avoir obtenus dans l'hypothèse où l'amicable composition est reconnue dès la clause compromissoire. En droit du travail, cette renonciation peut poser difficulté étant donné que les droits ne sont pas encore acquis par les parties et ne peuvent, de ce fait, faire l'objet d'une renonciation précoce¹⁷⁹. Ceci étant, il est généralement considéré que la renonciation ne devient effective qu'au jour où le droit protégé devient exigible¹⁸⁰. Ainsi, si la clause d'amicable composition est stipulée avant l'acquisition de ces droits, l'arbitre ne peut les écarter puisqu'ils ne sont pas encore disponibles.

Alors qu'un certain risque peut naître à cet endroit pour les parties à un litige individuel de travail si la convention d'arbitrage écarte les protections accordées par le droit, il faut se rappeler que l'arbitre, amiable compositeur, ne peut se départir de l'ordre public. Le droit du travail est imprégné de dispositions d'ordre public de protection. Ainsi, même si les parties ont décidé que le tribunal arbitral statuera en amiable composition, ce dernier ne doit pas présumer qu'il lui revient de statuer uniquement en équité, les règles constituant l'ordre public de protection devront toujours être respectées.

D'une part, cette analyse diminue considérablement le risque qui aurait pu poindre concernant un litige entre un employeur et un salarié puisque le salarié sera toujours protégé par les règles de l'ordre public de protection, sans que l'arbitre, amiable compositeur, puisse s'en départir. D'autre part, elle semble également éteindre l'intérêt de cette voie alternative de l'équité pour les parties. Ceci n'est qu'une impression puisqu'il semble, au contraire, que l'équité soit un garde-fou supplémentaire dans le litige arbitral.

Garde-fou. Au vu du régime de l'amicable composition, si les règles de l'ordre public de protection sont toujours applicables, il est nécessaire de les combiner à l'équité, afin que la sentence ne puisse faire l'objet d'une annulation. En d'autres termes, cela signifie que l'arbitre devra juger en équité, tout en s'assurant du respect des dispositions d'ordre public. Il s'agit donc d'un garde-fou supplémentaire pour le salarié.

¹⁷⁷ E. LOQUIN, « Arbitrage. Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1038, spéc. n° 19

¹⁷⁸ CA Paris, 28 nov. 1996 : « la clause d'amicable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la loi, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige » ; note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1997, p. 380

¹⁷⁹ V. spéc. p. 22

¹⁸⁰ E. LOQUIN, « Arbitrage. Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1038, spéc. n° 91

Alors qu'à première vue, le choix de l'amicable composition semble entraîner un risque pour le salarié, cette hypothèse ne se vérifie pas forcément au vu du régime de l'amicable composition et de la prise en considération de l'ensemble des règles composant l'ordre public de protection en droit du travail.

C. L'absence de double degré de juridiction

Lorsqu'est abordée la procédure arbitrale, l'une des premières critiques concerne l'absence de double degré de juridiction, qui plus est lorsqu'il s'agit de l'arbitrage des litiges individuels du travail. En effet, au vu de l'ensemble des risques jusqu'ici exprimé, savoir que la sentence pourrait être réformée par appel semble rassurant. Mais tel n'est pas le cas, l'appel étant aujourd'hui un recours d'exception (1). Pour autant, si l'appel n'est possible que par exception, le recours en annulation lui est toujours ouvert (2). L'article 1491 du Code de procédure civile précise d'ailleurs que ces deux recours sont alternatifs¹⁸¹.

1. L'appel, recours d'exception

Avant le décret du 13 janvier 2011, l'article 1482 du Code de procédure civile disposait : « *La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage* ». L'appel était donc ouvert sauf deux exceptions, soit que l'arbitre statue en tant qu'amicable compositeur, soit que les parties y aient renoncé.

Au contraire, depuis le décret de 2011, l'article 1489 dispose : « *La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties* ». L'appel est donc devenu, dans les dispositions du Code de procédure civile et comme cela était déjà le cas en pratique au travers de clauses de style, un recours d'exception.

Certes, le double degré de juridiction n'est pas consacré par la Cour européenne des Droits de l'Homme comme une garantie fondamentale du procès équitable¹⁸² ou comme son prolongement naturel¹⁸³, mais il est pour autant classiquement reconnu en droit interne¹⁸⁴.

¹⁸¹ C. proc. civ., art. 1491, al. 1 : « *La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties* ».

¹⁸² CEDH, 17 janv. 1970, Delcourt c. Belgique, n° 2689/65 §25: « *l'article 6 (art. 6) de la Convention n'astreint pas les États contractants à créer des cours d'appel ou de cassation* » ; 22 janv. 1984, Sutter c. Suisse, n° 8209/78.

¹⁸³ G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », *JCP G.*, 14 nov. 2001, n° 46 361

¹⁸⁴ Bien qu'il ne s'agisse pas d'un droit constitutionnel. V. CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 27 janv. 2011, RG n° 10/22566

C'est pour cela que cette absence d'appel peut entraîner des difficultés, en relation avec le droit du travail.

Dans un premier temps, il faut noter que la renonciation à l'appel en droit commun se fait lorsque les droits des parties sont disponibles¹⁸⁵ et que le litige soit né¹⁸⁶. Il n'est donc pas possible pour les parties de renoncer à leur faculté d'appel avant de connaître le résultat de la première instance. Cette restriction n'existe pas dans la procédure arbitrale. Au contraire, l'appel est exclu à l'exception d'une volonté différente exprimée par les parties dès la conclusion de la convention d'arbitrage.

Relativement au litige individuel du travail, cela signifie que le salarié doit disposer des informations suffisantes quant aux implications suivant la renonciation au double degré de juridiction. Autrement, il renoncerait à sa faculté d'appel sans même le savoir puisque, par principe, l'appel est exclu.

Dans un second temps, il faut considérer qu'en droit français, l'appel est généralement considéré comme une garantie fondamentale de bonne justice et de sécurité pour le justiciable. En droit de l'arbitrage, cette garantie fondamentale est mise de côté au profit de sa fonctionnalité et de son économie¹⁸⁷. Lorsque les parties choisissent l'arbitrage, elles sont donc, sauf exception, tenues d'exécuter la sentence du tribunal arbitral, sans aucune faculté de contestation¹⁸⁸. Une fois la voie de l'arbitrage et de la justice privée choisies, les accès à la justice étatique semblent être définitivement fermés pour le litige en question. Ce constat emporte un certain nombre de difficultés notamment dans l'hypothèse où une partie faible a accepté de recourir à l'arbitrage. Si elle n'a pas eu accès à l'ensemble des informations pour la guider dans la procédure arbitrale, elle pourrait souhaiter retourner vers la justice étatique pour une autre décision. Ceci n'est pas possible avec le droit de l'arbitrage aujourd'hui.

En revanche, il n'est pas possible de renoncer au recours en annulation (2).

2. *L'annulation, recours irrévocable*

Le recours en annulation est toujours disponible pour les parties, comme cela apparaît au travers de la rédaction de l'article 1491 du Code de procédure civile : « *La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». Cependant, il n'est ouvert que dans un nombre limité de cas, définis à l'article 1492. Il s'agit des hypothèses où le tribunal arbitral s'est déclaré à tort

¹⁸⁵ C. proc. civ., art. 556 : « *Les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition* ».

¹⁸⁶ C. proc. civ., art. 557 : « *La renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige* ».

¹⁸⁷ G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », *JCP G.*, 14 nov. 2001, n° 46 361

¹⁸⁸ Sauf si un recours pour nullité peut être formé.

compétent ou incompetent ; le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; la sentence est contraire à l'ordre public ou la sentence n'est pas motivée.

Il est essentiel que ce recours en annulation soit toujours accessible pour les parties, notamment dans l'hypothèse d'une partie faible. En effet, c'est par le biais de ces annulations que les parties faibles peuvent recourir contre la sentence arbitrale dans l'hypothèse d'une constitution irrégulière du tribunal arbitral ou d'un manquement au principe de contradiction. Cette disposition permet de faire respecter l'exigence d'un procès équitable consacré dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Conclusion du chapitre

Comme cela a été étudié tout au long de ce chapitre, le processus de l'arbitrage peut entraîner différents risques lorsque celui-ci a trait au règlement d'un litige individuel de travail. Ces risques naissent principalement du déséquilibre inhérent, d'une part, à la relation de travail et à la condition de subordination, et d'autre part, à la meilleure connaissance présumée de l'employeur ou de son conseil de ce mode de règlement des conflits. Le risque le plus important est celui du déni du droit de l'accès au juge du salarié en raison du coût de l'arbitrage. En effet, si le salarié, demandeur, n'a pas les ressources financières pour introduire une action devant le tribunal arbitral, le litige pourrait ne jamais être tranché. Aussi, il est primordial que des moyens de lutte contre cette possibilité soient mis en œuvre afin que l'arbitrage des litiges individuels de travail puisse se développer sans craindre ce risque. Cependant, une fois ce risque pris en charge, il est nécessaire de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité de ou des arbitres appelés à trancher le litige. L'obligation de révélation occupe ici une grande place dans la lutte contre ce risque. Enfin, les risques liés au déroulement de l'instance arbitrale sont moindres. Bien qu'ils soient réels et présents, ils semblent moins à même de se réaliser.

CONCLUSION DE LA PARTIE

Des limites existent bel et bien au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail.

D'une part, certaines limites se situent au niveau de l'accès à l'arbitrage. En effet, l'arbitrabilité des litiges de travail n'est pas aisée à déterminer et restreint ainsi l'opportunité de recourir à l'arbitrage pour les parties. Pour autant, cette limite est de plus en plus relative. Certes, l'arbitrabilité n'est pas pleinement reconnue mais la modification de la sanction, de la nullité à l'inopposabilité, de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail permet d'accroître la possibilité d'accéder à l'arbitrage sans porter atteinte aux protections accordées au salarié, notamment son droit d'accès au juge. Cette solution ne peut cependant être considérée comme la panacée, le déni du caractère *obligationnel* de la clause compromissoire allant à l'encontre de l'esprit de l'arbitrage. C'est pourquoi, il est nécessaire de rechercher d'autres moyens afin d'accroître l'arbitrabilité des litiges individuels de travail et ainsi développer l'arbitrage.

D'autre part, certaines limites au développement de l'arbitrage résultent, en réalité, des risques inhérents à ce développement. En effet, une fois l'arbitrabilité des litiges individuels de travail reconnue, il est nécessaire de s'interroger sur le processus de l'arbitrage. Celui-ci présente différents facteurs de risques pour le salarié, notamment en raison du coût de l'arbitrage et de l'inégalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral entraînant un risque de partialité et de dépendance de l'arbitre. C'est pourquoi il faut également s'intéresser, dans la perspective du développement de l'arbitrage, aux moyens pouvant être mis en place afin de réduire, voire éteindre, ces risques.

Notre étude se poursuivra donc en étudiant les moyens du développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail (**Partie 2**).

Partie 2 : Les moyens du développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail

Comme étudié jusqu'à présent, la rencontre du droit du travail et de l'arbitrage est conflictuelle. En résultent des limites au développement de l'arbitrage, lorsque les philosophies des deux matières, d'un côté la protection du salarié, et de l'autre, la liberté contractuelle, sont trop éloignées.

Pour autant, l'arbitrage des litiges individuels de travail peut présenter certains intérêts¹. C'est pourquoi il semble important de trouver des moyens afin de concilier ces deux matières. Le développement de l'arbitrage pourrait ainsi se faire sans craindre une atteinte aux droits et protections du salarié consacrés par le droit du travail. Ces moyens peuvent être étudiés en distinguant deux voies. D'une part, il est possible d'aménager le droit de l'arbitrage afin de répondre aux spécificités du droit du travail, et protéger ainsi les droits des salariés, surtout leur droit d'accès à la justice. Il s'agit alors d'adapter la procédure même de l'arbitrage grâce aux mécanismes existant déjà dans cette matière. Nous nous intéresserons donc à l'adaptation des mécanismes de l'arbitrage au service du droit du travail (**Chapitre 1**). Cependant, il est également possible d'imaginer l'aménagement du droit de l'arbitrage en intégrant des solutions propres à l'existence d'une relation individuelle de travail. Autrement dit, importer depuis le droit du travail et dans le droit de l'arbitrage certains des mécanismes propres au droit du travail afin d'assurer la protection des droits du salarié. Nous étudierons ainsi la mobilisation du droit du travail au service de l'arbitrage (**Chapitre 2**).

¹ Ces intérêts ont été étudiés en introduction.

Chapitre 1 – L'adaptation des mécanismes de l'arbitrage au service du droit du travail

L'aménagement du droit de l'arbitrage aux spécificités du droit du travail implique que soient mobilisées et adaptées différents mécanismes et règles de l'arbitrage, que ceux-ci existent en droit positif interne ou dans les législations étrangères, afin de répondre au besoin de protection des salariés et enrayer, ainsi, les limites précédemment décrites. Cet aménagement peut être envisagé sous deux angles : d'une part, celui du processus de l'arbitrage (**Section 1**), d'autre part, celui du contrôle de la sentence arbitrale (**Section 2**).

Section 1 : L'aménagement du processus de l'arbitrage

Le processus d'arbitrage engendre différents risques, décrits dans le chapitre 2 de la précédente partie. Il est alors nécessaire d'adapter certains mécanismes du droit de l'arbitrage pour faire disparaître, ou du moins diminuer, ceux-ci afin que le développement de l'arbitrage puisse avoir lieu sans que cela entraîne un affaiblissement des protections et droits du salarié.

Les risques principalement identifiés sont liés au coût de l'arbitrage, et à son corollaire, le déni de justice, mais aussi à la procédure arbitrale, notamment l'égalité des parties dans la désignation des arbitres et l'indépendance et l'impartialité de ceux-ci.

Deux moyens d'adaptation de l'arbitrage au besoin de protection découlant du droit du travail seront ici étudiés : la gestion du coût de l'arbitrage (§1) et l'institutionnalisation de l'arbitrage (§2).

§1. La gestion du coût de l'arbitrage

Cette partie a pour objectif d'amener des éléments de réponse à l'une des principales limites du développement de l'arbitrage dans les litiges individuels de travail, à savoir le coût de la procédure arbitrale.

Comme cela a été étudié¹, le coût de l'arbitrage peut être extrêmement élevé en considération de la situation du salarié et peut, de surcroît, entraîner un déni de justice lorsque le salarié est impécunieux. Ce risque est d'autant plus important que l'accès à la justice est l'un des principaux éléments composant la notion plus large de procès équitable, et garanti par l'article 6§1 de la Convention

¹ V. spéc. p. 44

européenne des droits de l'Homme. Autrement dit, ce paragraphe a pour ambition de répondre à la question suivante : comment garantir l'accès à la justice d'une partie liée par une convention d'arbitrage et étant dans l'incapacité financière, totale ou partielle, de payer les frais d'arbitrage ?

Ainsi, pour M. DE FONTMICHEL, « rendre l'arbitrage (...) à un coût très raisonnable, par exemple, qui ne dépasserait pas celui que le réputé faible pourrait déboursier devant les juridictions étatiques, doit être le premier critère de validité de la convention d'arbitrage² ».

L'étude se limitera ici à analyser les moyens qui pourraient être mis en place pour endiguer le risque principal lié au coût élevé de l'arbitrage, à savoir le déni de justice. Il ne s'agira donc pas d'étudier les mécanismes de réduction des coûts de l'arbitrage. En effet, l'une des premières solutions afin d'éviter que le salarié soit victime d'un déni de justice est la mise en adéquation des coûts au vu de la nature et des enjeux du contrat³. Cela se traduit, par exemple, par la nomination d'un arbitre unique plutôt que de trois arbitres ou par une procédure accélérée. Une telle solution semble être créatrice d'une justice « à deux vitesses », où la partie financièrement aisée pourrait accéder à un arbitrage d'une qualité supérieure, avec de multiples arbitres, ce qui serait impossible à la partie impécunieuse. Le coût de l'arbitrage ne doit pas justifier la construction d'un droit de l'arbitrage amputé d'une partie de sa richesse.

Pour répondre à cette considération, différents mécanismes de gestion du risque que représente le coût dans l'arbitrage des litiges individuels de travail peuvent être mis en œuvre, notamment une répartition proportionnelle des frais d'arbitrage entre les différents acteurs (**B**). Cependant, un autre moyen peut être mis en œuvre. Il s'agit de la considération de l'impécuniosité comme cause de nullité de la convention d'arbitrage (**A**). Autrement dit, si le salarié n'a pas les moyens financiers d'engager une procédure d'arbitrage, il peut effectuer un recours devant les juridictions étatiques afin de faire reconnaître cette impossibilité, soit son impécuniosité, et ainsi faire annuler la convention d'arbitrage, ouvrant à nouveau le chemin vers un règlement étatique du litige.

A. L'impécuniosité, fondement de la nullité de la convention d'arbitrage

L'impécuniosité d'une partie liée par une convention d'arbitrage emporte un risque hautement élevé de déni de justice. Il s'agit ici d'intervenir, non sur les conditions de validité de la convention d'arbitrage, mais sur les effets de celle-ci. Une exception à l'effet négatif du principe compétence-compétence serait ici reconnue : le salarié invoquant son incapacité à financer l'arbitrage pourrait saisir le juge étatique afin de voir constater son impécuniosité et son impossibilité à supporter le coût

² M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013

³ F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267

de l'arbitrage. Un tel mécanisme de protection peut sembler approprié en ce qu'il subordonne la validité de la clause compromissoire ou du compromis d'arbitrage à l'appréciation *in concreto* de la situation du salarié⁴.

S'il est constaté que le salarié ne dispose pas des ressources financières nécessaires pour introduire son action devant un tribunal arbitral, il semble que la nullité de la convention d'arbitrage doit être prônée⁵. Celle-ci est d'ailleurs retenue par certains droits étrangers (1). Pourtant, en France, l'inopposabilité actuellement reconnue à la clause compromissoire dans les litiges individuels de travail est une amorce de cette solution (2), entachant grandement sa potentielle efficacité.

1. La nullité de la convention d'arbitrage, solution de droit comparé

Les Etats-Unis (a) et l'Allemagne (b) sont deux exemples illustrant cette sanction qu'est la nullité de la convention d'arbitrage en raison de l'impécuniosité de la partie faible.

a. L'exemple américain

Alors même que les Etats-Unis sont, pour beaucoup, l'exemple typique du recours à l'arbitrage comme mode de résolution des litiges, les cours américaines ont mis en place une jurisprudence propre aux relations contractuelles où l'une des parties est considérée comme partie faible.

Dans l'arrêt *Gilmer*⁶, deux critères ont été mis en œuvre afin de déterminer si l'arbitrage entraînait un déni de justice. D'une part, le justiciable devait démontrer qu'il lui était impossible de faire valoir ses droits devant le tribunal arbitral. D'autre part, devait être démontrée l'intention de son adversaire d'empêcher le recours de la partie faible devant les juridictions étatiques.

Ce premier arrêt a été complété par l'arrêt *Green Tree*⁷. Dans celui-ci, la Cour a dû examiner la possibilité d'exécuter la convention d'arbitrage alors même que le justiciable prétendait que le coût de l'arbitrage était prohibitif. Est ainsi reconnu que le coût trop élevé de l'arbitrage peut justifier l'opposition du salarié à l'arbitrage, notamment car ce coût entraîne une impossibilité pour celui-ci de faire valoir ses droits. Le salarié doit donc amener la preuve de la probabilité d'un coût prohibitif de l'arbitrage.

⁴ Ibid.

⁵ L'hypothèse de la nullité de la convention d'arbitrage et l'hypothèse de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage sont alternatives.

⁶ *Gilmer v. Interstate Johnson Lane Corp.* 500. US. 20 (1991)

⁷ *Green Tree Fin. Corp. v. Randolph* 531. US. 79 (2000)

Jugeant cette preuve de la probabilité trop vague et imprécise, un autre test a été développé dans l'arrêt *Bradford*⁸. Ce test se compose de trois étapes. Dans un premier temps, le justiciable doit apporter la preuve de son impossibilité à payer les frais de l'arbitrage. Dans un deuxième temps, il doit établir la différence entre les coûts liés à l'arbitrage et ceux qui auraient été entraînés par un contentieux devant une cour étatique. Enfin, dans un troisième temps, il est nécessaire de prouver que la différence entre les coûts préétablie est substantielle au point de dissuader le salarié de recourir à la justice (privée) pour régler son litige.

Bien que ce test soit plus précis, la preuve est plus difficile à établir : d'une simple probabilité, il s'agit désormais d'une quasi-certitude⁹. C'est pourquoi, la jurisprudence a établi un nouveau test, dans l'arrêt *Morrison*¹⁰. Il est également divisé en trois temps. D'abord, la Cour doit examiner la situation du justiciable au regard de son revenu, de sa position dans l'entreprise et de ses ressources financières. Ensuite, elle est tenue d'évaluer les coûts moyens ou réels de l'arbitrage. En effet, selon la Cour, c'est cette information qui est essentiellement prise en compte par le salarié pour décider s'il peut ou non introduire une action devant le tribunal arbitral. Enfin, si le coût de l'arbitrage est dissuasif pour les potentiels salariés souhaitant introduire une action, celui-ci n'est plus considéré comme étant un recours effectif pour ces derniers. Il est alors adéquat de substituer à l'arbitrage la juridiction étatique.

Pour autant, la jurisprudence américaine a toujours préservé le recours à l'arbitrage dans les relations individuelles de travail. En effet, au travers de ces différents tests, une constante peut être observée : la charge de la preuve repose toujours sur le salarié estimant que le coût de l'arbitrage est trop élevé en comparaison de ses ressources financières.

Aujourd'hui, l'*Arbitration Fairness Act 2015* dispose que toute clause de la convention d'arbitrage ayant pour effet d'entraîner la renonciation du salarié d'introduire une action afin de voir ses droits respectés doit être supprimée¹¹.

b. L'exemple allemand

Dans un arrêt du 14 septembre 2000, la Cour fédérale allemande a estimé que l'impécuniosité d'une partie à une convention d'arbitrage rend inapplicable cette même convention¹². En effet, selon celle-ci, la convention d'arbitrage ne peut empêcher le justiciable d'introduire une action devant la juridiction

⁸ *Bradford v. Rockwell Semiconductor Sys. Inc.* 238 F. 3d 549 (2001, 4th Circ.)

⁹ J. L. PERESIE, « Reducing the presumption of arbitrability », *Yale Law & Policy Review*, 2004, Vol. 22, n° 2 p. 453

¹⁰ *Morrison v. Circuit City Stores, Inc.*, 317 F.3d 646 (2003, 6th Cir.)

¹¹ Summary: H.R.2087 — 114th Congress (2015-2016): « Exempts from this Act arbitration provisions in a contract between an employer and a labor organization or between labor organizations. Denies to any such arbitration provision, however, the effect of waiving the right of an employee to seek judicial enforcement of a right arising under the U.S. Constitution, a state constitution, a federal or state statute, or related public policy »

¹² E. LOQUIN, « L'insolvabilité de l'une des parties ne peut priver cette partie de faire valoir ses prétentions », *RTD Com.*, 2012, p. 530

étatique puisque la convention n'était pas viable dans les circonstances de l'espèce, le justiciable ne disposant pas des ressources financières nécessaires pour supporter le coût d'un arbitrage. D'autant plus que son adversaire n'avait pas souhaité le prendre en charge¹³.

Cette solution très pragmatique semble être adaptée à l'arbitrage des litiges individuels de travail. Ceci étant, elle est déjà amorcée, notamment par l'inopposabilité actuelle de la clause compromissoire au salarié.

2. *L'inopposabilité de la convention d'arbitrage, esquisse de la solution*

La solution précédemment décrite, à savoir la nullité de la convention d'arbitrage dès lors que le salarié a démontré son impécuniosité, n'est pas reproduite, en tant que telle, dans le droit positif de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Pourtant, elle est aujourd'hui esquissée en raison de l'inopposabilité jurisprudentielle de la clause compromissoire au salarié.

Si le salarié n'a pas les ressources financières nécessaires pour introduire son action devant le tribunal arbitral, lui est donnée la possibilité de faire jouer l'option, qu'il tire de l'inopposabilité de la clause compromissoire. Ainsi, il peut introduire une action devant la juridiction étatique. D'autant plus que cette solution implique que l'effet négatif du principe compétence-compétence soit ineffectif, ce qui est d'ores et déjà le cas face aux litiges prud'homaux.

La solution de la nullité de la convention d'arbitrage en raison de l'impécuniosité du salarié semblerait seulement renforcer la jurisprudence d'ores et déjà établie et consolider le mécanisme aujourd'hui mis en œuvre afin d'éviter tout déni de justice lié à l'impécuniosité de la partie.

Bien que cette solution soit amplement satisfaisante, il est nécessaire de trouver des solutions propres à l'hypothèse où, malgré son déficit de ressources financières, le salarié souhaite avoir recours à l'arbitrage afin de profiter des avantages de ce mode de règlement des conflits. Le financement de l'arbitrage passe alors par une certaine répartition des frais d'arbitrage entre différents acteurs (**B**).

B. La répartition des frais, condition de validité de la convention d'arbitrage

Ce sous-paragraphe vise à définir les différents acteurs qui pourraient prendre en charge le coût, de manière intégrale ou partielle, de l'arbitrage des litiges individuels de travail. La solution la plus évidente ici, et la plus communément proposée, est la répartition proportionnelle des frais de l'arbitrage entre l'employeur et le salarié (**1**). Pour autant, doit être envisagée l'hypothèse où ce

¹³ V. spéc. p. 87

financement serait assuré par d'autres acteurs, des tiers au litige (2) bien que ceci emporte plusieurs critiques.

1. *La répartition proportionnelle entre les parties au litige*

Il existe différentes clés de répartition des frais de l'arbitrage entre les parties. Cette répartition peut se faire en fonction de l'issue finale du différend - elle consiste alors à laisser supporter au perdant l'intégralité des frais de l'instance au motif que la partie ayant eu gain de cause n'a pas à supporter les conséquences financières de l'action infructueuse introduite par l'autre partie - ou selon les circonstances particulières du litige, tels que le comportement des parties pendant l'instance ou la considération de l'équité. Il semblerait que la répartition proportionnelle des frais de l'arbitrage entre les parties au contrat de travail soit une illustration de cette dernière clé de répartition. Il est donc nécessaire d'étudier Le principe de la répartition proportionnelle entre les différentes parties (a) avant de considérer les difficultés de cette clé de répartition (b).

a. *Le principe de la répartition proportionnelle*

Lorsque les parties au contrat de travail ont recours à l'arbitrage, peut être mis en place un système selon lequel la répartition des frais de l'arbitrage sera proportionnelle aux ressources financières de l'un et l'autre des justiciables. Cette répartition proportionnelle permet d'ajuster le coût de l'arbitrage pour chacune des parties en fonction de leurs moyens, autrement dit, de la rémunération du salarié et de la taille de l'entreprise. Ainsi, une petite ou moyenne entreprise ne prendra pas en charge les frais de l'arbitrage au même niveau qu'une entreprise ou un groupe international employant plus de deux cent cinquante salariés alors même que la rémunération du salarié serait équivalente.

Par définition, l'employeur supportera alors un coût supérieur de l'arbitrage que le salarié, voire l'ensemble des frais de l'arbitrage. Celui-ci peut avoir intérêt à la prise en charge complète ou partielle des frais de l'arbitrage. En effet, elle peut être réservée en tant que dépense liée à la gestion des risques contractuels. Dans certaines hypothèses, le règlement rapide du litige rend économiquement plus viable¹⁴ cette prise en charge que le recours à la justice étatique pour l'employeur¹⁵.

En pratique, cette répartition des frais de l'arbitrage entre les parties au contrat de travail existe d'ores et déjà. Pour exemple, le Centre national d'arbitrage de droit du travail (CNAT) prévoit un taux de répartition des honoraires et des frais d'arbitrage. Dans l'hypothèse où l'employeur est une personne morale soumise à la TVA, le financement de l'arbitrage repose aux trois quart sur l'employeur.

¹⁴ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013

¹⁵ En 2013, le taux d'appel sur les jugements au fond des conseils de prud'hommes était de 67,7% ; Source : « Les chiffres clés de la justice 2015 », *Ministère de la justice*, 2015

Lorsque l'employeur est une personne morale non soumise à la TVA, l'arbitrage repose aux deux tiers sur celui-ci. Enfin, lorsque l'employeur est une personne physique, les deux parties prennent en charge 50% des honoraires et frais de l'arbitrage¹⁶. Ici, les parties à l'arbitrage sont liées au respect du règlement de l'institution. Pour autant, cette répartition proportionnelle entre les parties au contrat de travail n'est pas une obligation légale.

Une autre obligation peut ici être évoquée : l'obligation solidaire des parties au paiement des honoraires de l'arbitrage. Depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 décembre 2001¹⁷, les arbitres peuvent demander le paiement à l'une des parties de la totalité des honoraires qui leur sont dus. Le fondement de cette règle est que le travail des arbitres profite à toutes les parties au litige. Il existe donc une obligation solidaire des parties. Autrement dit, si le salarié ne peut payer les honoraires des arbitres, les arbitres pourront demander le versement de cette somme à l'employeur. Le défaut de cette règle est qu'elle est supplétive de la volonté des parties à l'arbitrage. Il est donc possible que la convention d'arbitrage en stipule autrement. Pour certains auteurs, il faudrait « *imposer la solidarité au nom du droit d'accès à la justice de la partie impécunieuse*¹⁸ ».

b. Les difficultés de la prise en charge par l'employeur

Outre les ressources financières de l'employeur et l'ablation d'une partie de la liberté contractuelle des parties à l'arbitrage, la prise en charge par l'employeur d'une proportion plus importante des frais de l'arbitrage entraîne les difficultés évoquées précédemment quant à l'égalité des parties dans la désignation des arbitres et les qualités d'indépendance et d'impartialité de ceux-ci¹⁹.

2. La prise en charge par un nouvel acteur : le tiers-financier

Avant d'aborder les difficultés relatives au financement de l'arbitrage par un tiers **(b)**, il est nécessaire de comprendre l'intérêt de celui-ci en étudiant le principe **(a)**.

a. Le principe du financement de l'arbitrage par un tiers

Le financement de l'arbitrage par un tiers peut être défini comme « *la situation dans laquelle un demandeur à une procédure arbitrale obtient de la part d'un tiers les fonds nécessaires au financement de cette procédure*²⁰ ». Dans la plupart des cas, ce financement ne se fait pas à titre gratuit²¹. Il s'agit, en réalité, pour le tiers qui finance d'obtenir une prime ou un certain pourcentage

¹⁶ H. FLICHY, « Une justice alternative aux prud'hommes », *Cah. DRH.*, 1^{er} avr. 2016, n° 230 p. 31, spéc. p. 36

¹⁷ CA Paris, Ch. 1, Sect. C, 13 déc. 2001, Jurisdata n° : 2001-233417

¹⁸ F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267

¹⁹ V. spéc. p. 49

²⁰ P. PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011, p. 385, spéc. p. 386

²¹ Il existe cependant des institutions, de type ONG, qui ne recherchent pas la réalisation d'un profit lors de ce financement.

sur le résultat du litige en échange de la prise en charge des frais. Selon P. PINSOLLE, cette proportion est extrêmement variable en pratique, de 10% à plus de 80%²².

Ce mécanisme de financement permettrait au salarié, ne disposant pas des fonds nécessaires pour couvrir les frais relatifs à l'arbitrage, d'initier la procédure arbitrale. Cette pratique serait ainsi un moyen privilégié quant à l'accès à la justice²³, ou plus précisément, l'accès au tribunal arbitral²⁴ des salariés. Il s'agirait ainsi de rééquilibrer les moyens mis à dispositions des parties afin qu'elles puissent engager les actions nécessaires.

Cependant, de nombreuses difficultés découlent du financement de l'arbitrage par un tiers (b), notamment liées à l'immixtion de ce nouvel acteur dans la relation du salarié avec son conseil.

b. Les difficultés relatives au financement de l'arbitrage par un tiers

L'introduction du financement de l'arbitrage par un tiers entraîne de multiples problématiques et questionnements. N'est-ce pas encourager les procédures contentieuses ? Ou les demandes futiles²⁵ ?

Cependant, et comme cela vient d'être précisé, l'un des risques les plus importants est celui de l'interférence du tiers-financeur dans la relation du salarié avec son conseil. D'autant plus que le tiers-financeur n'a qu'un intérêt financier à l'ensemble du litige. Sa motivation principale repose donc sur le retour escompté de son investissement, quelles que soient les valeurs prônées par le litige, et la solution²⁶. Ce type de financement peut alors entraîner une réduction du contrôle du salarié sur les décisions liées à son propre litige étant donné que le tiers-financeur a uniquement pour objectif de faire fructifier son investissement, et, à cette fin, d'exercer un certain pouvoir quant aux décisions stratégiques en découlant. Pour exemple, il est probable, si cette voie est ouverte, que le salarié souhaite faire appel de la sentence arbitrale mais que le tiers-financeur ne cautionne pas une telle décision, emportant financièrement, plus de coûts que de perspectives de dommages et intérêts supplémentaires. De plus, tant les tiers-financeurs que les avocats se trouvent être des « repeat

²² P. PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011, p. 385, spéc. p. 386

²³ F. PELOUZE, « Le financement de contentieux par un tiers est avant tout un moyen privilégié d'accès à la justice », *JCP G*, 11 févr. 2013, n° 7 164

²⁴ J. BERISNER, J. MILLER, G. RUBIN, « Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States », *US Chambers Institute for Legal Reform*, 1^{er} oct. 2009 : « *Proponents of third party litigation financing argue that the practice promotes access to justice but this focus on access to justice ignores an obvious point: third party litigation funding increases a plaintiff's access to court, not to justice* ».

²⁵ Pour une étude de l'ensemble de ces problématiques, V. J. LYON, « Revolution in progress: Third-party funding of American Litigation », *UCLA L. Rev.*, 2010. 571

²⁶ J. BERISNER, J. MILLER, G. RUBIN, « Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States », *US Chambers Institute for Legal Reform*, 1^{er} oct. 2009 : « *The stranger's motive is to pursue investments that will generate returns whether or not the claim underlying those returns lack merit* »

players ». Ainsi, il pourrait être observé une tendance des avocats à pousser leurs clients vers certaines sources de financement²⁷.

Offrir la possibilité aux salariés de voir financer leur procédure arbitrale par un tiers, en contrepartie d'un pourcentage des dommages et intérêts octroyés par le tribunal arbitral est une solution favorable dès lors que la perspective est celle de réduire le risque de déni de justice. Ceci étant, elle n'est pas exempte de certains défauts.

En tout état de cause, il semble que, si ce mécanisme était approuvé et reconnu, son application serait des plus limitées. En effet, hormis quelques ONG, le financement de l'arbitrage par les tiers est conditionné à la faculté de la partie impécunieuse de convaincre que le tribunal arbitral tranchera en sa faveur²⁸. La décision des tiers d'investir de l'argent afin de payer les frais d'arbitrage d'une partie repose sur une équation à deux inconnues. D'une part, le montant des dommages et intérêts qui pourrait être octroyé et d'autre part, la probabilité de voir le tribunal arbitral trancher en faveur de cette partie. Au vu des sommes en jeu, la plupart du temps, dans les litiges individuels de travail, il est peu plausible que le financement par les tiers se développe véritablement.

§2 : L'institutionnalisation de l'arbitrage

Avant d'aborder les différents aspects de l'institutionnalisation de l'arbitrage dans l'hypothèse des litiges individuels de travail, il est nécessaire de préciser la définition de l'arbitrage institutionnalisé. Cette définition est construite par opposition à l'arbitrage ad hoc. Ce dernier est un arbitrage où la « constitution [est] autonome d'un tribunal arbitral, c'est-à-dire d'une part hors toute institution ou Centre d'arbitrage, et d'autre part selon libre désignation par les parties de toute personne physique de leur choix en qualité d'arbitre ». De même, « il appartient alors aux parties de déterminer les règles que suivra la procédure arbitrale, soit dans la clause compromissoire, soit dans le compromis, soit encore dans l'acte de mission ou, en termes plus génériques, dans la convention d'arbitrage²⁹ ». Au contraire, l'arbitrage institutionnel est l' « arbitrage dont l'organisation est confiée à un centre d'arbitrage (...). Il suffit d'adhérer au règlement intérieur du Centre d'arbitrage pour que les parties s'affranchissent de l'organisation de l'arbitrage mais s'imposent symétriquement les règles fixées

²⁷ J. BERISNER, J. MILLER, G. RUBIN, « Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States », US Chambers Institute for Legal Reform, 1^{er} oct. 2009

²⁸ F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267 : « son accessibilité aux parties impécunieuses dépendra principalement de la faculté de ces dernières à convaincre que la procédure projetée se soldera par une sentence favorable ».

²⁹ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011, spéc. p. 34-35, « Arbitrage ad hoc »

pour le Centre retenu, soit expressément, soit de manière supplétive³⁰ ». L'accord des parties sur la désignation de l'institution d'arbitrage suffit à contractualiser le règlement de l'institution³¹.

L'intuitu personae étant relativement plus faible dans cette dernière hypothèse, il devrait devenir une condition de l'arbitrage des litiges individuels de travail afin de protéger le salarié ayant choisi ce mode alternatif de règlement des différends. D'autant plus que, selon certains auteurs, moins les parties sont entourées de conseils extérieurs, plus l'assistance de l'institution est précieuse³².

En effet, recourir à une institution permet de s'assurer de la qualité de l'arbitrage (A). De même, l'institution peut mettre en place un fonds de financement (B) afin de réduire le coût de l'arbitrage pour le salarié. Certaines institutions spécialisées ont ainsi pour ambition de garantir l'ensemble des avantages précédemment abordés aux salariés (C).

A. La qualité de l'arbitrage

1. La qualité du tribunal arbitral

Le recours à l'arbitrage institutionnalisé permet de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres choisis. En effet, le règlement de l'institution permet de s'assurer de l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre, soit par la constitution du tribunal arbitral par l'institution elle-même (a), soit par le recours aux listes d'arbitre (b).

a. La constitution du tribunal arbitral par l'institution

Comme cela a été étudié³³, l'un des risques majeurs du développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail est l'inégalité des parties dans la désignation de l'arbitre, notamment en raison du salarié qui se trouve être inexpérimenté de ce type de procédure. De plus, les parties n'auraient ainsi pas le recul nécessaire et suffisant pour effectuer une « sélection judiciaire³⁴ » des arbitres composant le tribunal arbitral.

L'ensemble de ces écueils peut être atténué, voire disparaître, par le biais de l'introduction d'une obligation de recours à l'arbitrage institutionnalisé. Certes, cela nous amène à observer une restriction de la liberté contractuelle des parties mais celle-ci peut être justifiée par l'objectif de protection défendu.

³⁰ Ibid., spéc. p. 39, « Arbitrage institutionnel »

³¹ CA Paris, 18 nov. 1983

³² P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc » in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 301

³³ V. spéc. p. 49

³⁴ P. LALIVE, Ibid.

Depuis le décret du 13 janvier 2011, la personne chargée d'organiser l'arbitrage, autrement dit l'institution, a la possibilité, supplétive, de désigner l'entier tribunal arbitral, d'après l'article 1452 du Code de procédure civile³⁵. Si cette possibilité de désignation lui est réservée, l'institution doit l'exercer en toute neutralité. Ainsi, les personnes chargées d'administrer l'arbitrage ne doivent être sous la dépendance d'aucune des parties³⁶. Ce système de désignation par l'institution d'arbitrage permet de pallier le risque d'inégalité des parties dans la désignation de l'arbitre, ainsi que ceux liés à la dépendance ou partialité des arbitres au profit de l'une des parties au litige. D'autant plus que, comme le souligne P. SANDERS, « *it is often said that the quality of an arbitration stands or falls with the quality of arbitrators. The rules of appointment form, therefore, the most important part of the arbitration rule of every arbitration institute*³⁷ ». Néanmoins, il reste important que les parties soient consultées sur les choix envisagés par l'institution. En effet, la liberté de choix des arbitres est l'un des principaux avantages amenant les parties à recourir à l'arbitrage. En conséquence, il est nécessaire d'aménager une certaine réserve dans ce choix même lorsqu'il revient à l'institution d'arbitrage de désigner les arbitres qui trancheront le litige. D'autant plus que cette liberté de choix entraîne la confiance des parties envers les arbitres. Organiser une consultation des parties, même restreinte, permettrait donc de contourner ce désavantage³⁸.

Cependant, la Cour de cassation ne reconnaît, depuis 2001, l'existence que d'une obligation de moyens, à la charge de l'institution d'arbitrage quant à la garantie de désignation d'arbitres indépendants³⁹. Ce système de désignation des arbitres par l'institution n'est donc pas infaillible mais semble être largement à favoriser dans l'arbitrage des litiges individuels de travail.

Si l'institution ne désigne pas d'elle-même les arbitres constituant le tribunal arbitral, il semble que le recours aux listes d'arbitres **(b)** soit également un moyen de pallier le risque d'inégalité des parties et de dépendance et de partialité de l'arbitre.

³⁵ C. proc. civ., art. 1452 : « *En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres : 1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ; 2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation* ».

³⁶ E. LOQUIN, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1002

³⁷ P. SANDERS, in *Essays E. MINOLI*, 1974, p. 470

³⁸ P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc » in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 301

³⁹ Cass. civ.1 , 20 févr. 2001, Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de commerce internationale : « *L'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre relève du contrôle du juge de la régularité de la sentence, le centre d'arbitrage ne pouvant contracter, quant à la garantie de ces qualités essentielles des arbitres, qu'une obligation de moyens éventuellement sanctionnée par sa responsabilité* », V. note sous T. CLAY, *Rev. arb.*, 2001, n° 3 p. 511

b. La constitution du tribunal arbitral par le biais des listes d'arbitre

Si les institutions d'arbitrage ne sont pas chargées de la désignation des arbitres constituant le tribunal arbitral, elles tendent toujours à exercer un certain contrôle sur le choix effectué par les parties. C'est pourquoi, elles ont souvent recours à des listes d'arbitres fermées, régulièrement mises à jour sur lesquelles figurent un certain nombre de noms d'arbitres. Les parties sont alors tenues de constituer le tribunal arbitral en se référant aux différentes personnes retenues par l'institution comme à même de trancher leur litige.

Cette pratique emporte des avantages certains pour les parties, notamment pour le salarié. D'une part, les listes d'arbitre attestent une certaine qualité des tiers qui trancheront leur litige, notamment quant à leurs compétences et expérience. D'autre part, l'utilisation d'une liste officielle permet d'assurer une certaine neutralité du tribunal arbitral vis-à-vis des parties. Par conséquent, celles-ci pourront accéder à un « *service de justice sécurisé*⁴⁰ ».

Cette liste pourrait notamment être élaborée d'un commun accord entre l'institution d'arbitrage et les syndicats et organisations professionnels afin de valider, dans un premier temps, les compétences et qualités des arbitres pour trancher le litige et, dans un second temps, l'indépendance et l'impartialité de ceux-ci vis-à-vis des parties.

En tout état de cause, qu'ils aient été nommés directement par l'institution d'arbitrage ou depuis une liste fermée, les arbitres devront satisfaire leur obligation de révélation par la suite⁴¹.

Comme cela a été vu ci-dessus, l'inconvénient principal d'une telle solution est l'érosion de la liberté contractuelle des parties dans le choix des arbitres. Mais celle-ci se trouve justifiée par les garanties offertes par cette voie de nomination, notamment de transparence, de compétences, d'indépendance et de neutralité des arbitres. De plus, l'ensemble de celles-ci offre un avantage supplémentaire : la diminution des risques d'annulation de la sentence.

Bien que le recours à une institution pour organiser l'arbitrage ne soit pas à conseiller en toute matière, il semble que celui-ci soit source de qualité de l'arbitrage et remédie aux principaux risques issus de la désignation de l'arbitre par les parties. Il est donc à recommander, voire à imposer, aux parties à l'arbitrage d'un litige individuel de travail.

⁴⁰ F. RUHLMANN, « Les listes d'arbitres – Perspectives », *RTD Com.*, 2014, n°4 p. 729

⁴¹ V. spéc. p. 61

2. La qualité de la procédure

Deux avantages procéduraux peuvent essentiellement être recensés lorsque la procédure arbitrale est organisée par une institution d'arbitrage, et non pas par les parties elles-mêmes, comme tel est le cas dans l'arbitrage ad hoc. Le recours à une institution d'arbitrage permet un respect effectif du procès équitable (a) mais également la possibilité d'un arbitrage à double degré (b), procurant une garantie supplémentaire au salarié quant au bien-fondé de la sentence.

a. La garantie du respect du procès équitable

Bien que la Convention européenne des droits de l'Homme ne soit pas applicable à l'arbitrage en tant que tel, l'ordre public processuel qu'elle édicte doit, quant à lui, être respecté quelle que soit l'activité juridictionnelle en question. Ce respect est d'autant plus important dans le cadre d'un arbitrage institutionnel. Ainsi, dans une ordonnance du 30 octobre 1986, le président du Tribunal de grande instance de Paris impose aux institutions d'arbitrage de garantir aux parties un procès équitable. De même, une ordonnance du 28 janvier 1987 établit qu'il est nécessaire d'assurer « *aux parties une égalité de traitement au cours de la procédure*⁴² ».

Il existe donc une garantie supplémentaire, à comparer de l'arbitrage ad hoc, quant au respect du droit à un procès équitable lorsque l'arbitrage est institutionnalisé. Les parties sont assurées de voir leurs droits tout au long de la procédure protégés, notamment le respect du principe du contradictoire. Ce dernier est l'un des principaux éléments composant le droit à un procès équitable et il a une grande importance devant les tribunaux arbitraux⁴³.

Garantir la qualité de la procédure gage une certaine qualité de la sentence. Ainsi, la proportion d'acceptation et d'exécution spontanée, par les parties, de la sentence, est élevée⁴⁴.

Cependant, un inconvénient doit être signalé : l'allongement des délais de la procédure arbitrale. Plus l'arbitrage se perfectionne et assure un procès équitable, plus nombreuses sont les différentes étapes pour garantir celui-ci⁴⁵.

b. L'opportunité d'un double degré de sentence

L'alinéa 1 de l'ancien article 1455 du Code de procédure civile⁴⁶ disposait : « *La personne chargée d'organiser l'arbitrage peut prévoir que le tribunal arbitral ne rendra qu'un projet de sentence et que*

⁴² TGI Paris, 28 janv. 1987 ; V. note sous *Rev. arb.*, 1987, p. 371

⁴³ V. spéc. p. 70

⁴⁴ P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc » in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 301

⁴⁵ A. REFDERN et M. JUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1986 p. 39: « *a further disadvantage is the inevitable delays which result from the need to process certain steps in the arbitral proceedings through the bureaucratic machinery of the arbitral institution involved* »

si ce projet est contesté par l'une des parties, l'affaire sera soumise à un deuxième tribunal arbitral ». Etait alors offerte la possibilité d'organiser un double degré de sentence au sein de l'institution d'arbitrage. Cette faculté n'a pas été explicitement réintégrée dans la réforme du 13 janvier 2011. Pour autant, rien n'interdit aux parties, ou à l'institution d'arbitrage, de convenir de la sorte.

Lorsque l'arbitrage est à deux degrés, il s'agit d'une « *procédure selon laquelle le litige est soumis en première instance à des arbitres, puis, sur recours, en appel à d'autres arbitres*⁴⁷ ». En réalité, la première sentence apparaît uniquement comme un projet de sentence. De là, deux hypothèses. Soit les parties ne contestent pas cette solution et le projet de sentence devient une sentence réelle et effective. Soit les parties contestent ce projet dans un certain délai et un nouveau tribunal arbitral sera constitué afin que le différend soit à nouveau tranché. Il ne s'agit donc pas réellement d'un appel de la sentence. D'ailleurs, il est nécessaire à ce stade de préciser que la sentence, qu'elle soit rendue au premier ou au second degré, est toujours considérée comme étant rendue en premier et dernier ressort et peut donc faire l'objet d'un appel-nullité ou d'un appel-réformation devant une Cour d'appel⁴⁸, si les parties se sont réservées une telle faculté.

L'opportunité donnée aux parties de contester le projet de sentence si elles sont en désaccord avec celui-ci a cependant créé quelques contentieux doctrinaux. Par définition, la sentence s'impose aux parties. Or, chacune des parties a, ici, la possibilité de passer outre ce projet de sentence en soumettant le litige à un second tribunal arbitral, le second degré. Certains ont donc considéré que le projet de sentence avait une nature contractuelle⁴⁹. Pour autant, la jurisprudence dominante considère que le projet de sentence acquiert une nature juridictionnelle après expiration du délai de demande de révision par les parties⁵⁰.

Quelle que soit la nature exacte de la sentence rendue au premier degré, la possibilité qu'ont les institutions d'arbitrage d'organiser un arbitrage à deux degrés doit être perçue comme une opportunité par les parties. En effet, elle offre une protection supplémentaire aux parties faibles, et donc aux salariés, puisque le projet de sentence arbitrale, qui s'imposerait autrement, peut être contesté par chacune des parties. Dans l'hypothèse où le salarié considérerait que le tribunal arbitral n'a pas exercé sa mission en toute indépendance et impartialité, il aurait donc l'opportunité d'accéder à un nouveau tribunal, différemment constitué. Et ce, sans perdre la chance de pouvoir interjeter un appel, qu'il soit en réformation ou en nullité par la suite. Il obtient donc ainsi un recours supplémentaire dans le litige l'opposant à son employeur. Le recours à une institution peut également avoir un autre avantage : la

⁴⁶ Décret 81-500 1981-05-12 art. 5 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981

⁴⁷ O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011, spéc. p. 34

⁴⁸ CA Paris, 7 juil. 1995

⁴⁹ Notamment E. LOQUIN, « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *J.-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1002, spéc. n° 43

⁵⁰ CA Paris, 4 nov. 1958, V. note sous *Rev. arb.*, 1958, p. 126

mise en place d'un fonds de financement (**B**). Bien que la gestion du coût de l'arbitrage ait été étudiée dans le premier paragraphe de cette section⁵¹, il convient d'étudier ici les mécanismes de financement propres à l'institution d'arbitrage.

B. La création d'un fonds de financement

L'arbitrage institutionnel mobilise un plus grand nombre de professionnels que l'arbitrage ad hoc. De fait, son coût est plus élevé. C'est pourquoi, certaines institutions peuvent choisir de mettre en place un fonds de financement de l'arbitrage afin d'aider les parties les plus infortunées lors de leurs recours. La principale difficulté qui s'impose alors aux institutions d'arbitrage est la définition des critères d'impécuniosité permettant d'accéder à ces fonds de financement.

Une autre idée est abordée par M. DE FONTMICHEL, dans sa thèse *Le faible et l'arbitrage*. Il s'agit de la mise en place, non d'un fonds de financement, mais d'une assistance intellectuelle, sous la forme des « Clinics ». Ainsi, des étudiants apportent une représentation et une aide juridique aux utilisateurs de l'arbitrage qui ne peuvent eux-mêmes financer le coût de la représentation par avocat. Cette assistance est supervisée par une autorité professorale au sein de l'Université⁵². Introduire en France une telle pratique, en relation avec les institutions d'arbitrage aurait un double bénéfice : d'une part, le salarié aurait toujours la possibilité d'obtenir des informations, un conseil juridique ou de se faire représenter lors de l'instance arbitrale sans induire de coûts supplémentaires et, d'autre part, les étudiants en droit seraient ainsi formés à la pratique de l'arbitrage et du droit du travail par des praticiens déjà expérimentés.

C. Les institutions spécialisées

Avant d'étudier l'exemple français, le Centre national d'arbitrage du travail (**2**), créé récemment, il convient de s'intéresser à l'exemple anglais, l'ACAS (**1**) afin d'observer les différentes perspectives offertes par les institutions spécialisées.

1. L'exemple anglais : ACAS

L'« *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* » (ACAS) est une organisation statutaire anglaise, reconnue en 1975 au travers de l'*Employment Protection Act 1975* et spécialisée dans l'utilisation des

⁵¹ V. spéc. p. 82

⁵² M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 307

modes alternatifs de règlement des différends pour régler les litiges trouvant leur source dans les relations de travail (individuelles et collectives).

Cet organisme s'est vu reconnaître le pouvoir, par le biais de l'*Employment Regulations (Dispute Resolution) Act 1998* de créer un programme pour l'arbitrage des relations individuelles de travail, l'« *ACAS arbitration scheme* ». Seules les parties à un litige portant sur un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*unfair dismissal*) peuvent y accéder. De plus, le différend doit être relativement simple et ne pas soulever de problèmes de droit relatifs aux textes de l'Union Européenne. Autrement dit, sont exclus du programme tout litige impliquant, par exemple, un cas de discrimination ou de salaires impayés.

Ensuite, l'ACAS dispose de sa propre liste d'arbitres, tous reconnus pour leur impartialité, leurs connaissances, leurs compétences et leurs expériences des relations individuelles de travail. Cette institution nomme ensuite les arbitres⁵³ qui trancheront le litige, en fonction de l'espèce et sans que les parties n'aient la possibilité d'intervenir dans la constitution du tribunal arbitral.

Enfin, l'ensemble de la procédure est précisément détaillée, dans un guide à destination des justiciables, publié par l'ACAS⁵⁴.

Ce système permet un déroulement de l'arbitrage garantissant à la fois l'impartialité et l'indépendance des arbitres et le respect des garanties du procès équitable, notamment du principe de la contradiction puisque l'arbitre a l'obligation de demander à l'une des parties d'expliquer le litige et d'inviter, ensuite, l'autre partie à commenter et expliquer ses propres griefs.

En France, une institution a été créée en 2015, ayant pour ambition de devenir le centre de référence pour l'arbitrage des litiges individuels du travail. Il s'agit du Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT) (2).

2. Le Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT)

Le Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT) est une association soumise à la loi de 1901 dont le règlement a été adopté le 22 avril 2015. Il est administré par un conseil d'administration de vingt-sept membres, ayant désigné en leur sein six membres afin de constituer le bureau.

⁵³ Ces arbitres ne sont pas employés par l'ACAS mais uniquement mandatés, initialement pour une période de deux ans.

⁵⁴ ACAS, The Acas Arbitration Scheme for the resolution of unfair dismissal disputes (England and Wales), avr. 2014: <http://www.acas.org.uk/media/pdf/q/a/Acas-Arbitration-scheme-unfair-dismissal-disputes-England-and-Wales.pdf>

En fonction de la volonté des parties, le tribunal arbitral est constitué d'un ou trois arbitres. Quant au choix de ces arbitres, le CNAT ne tient pas de listes d'arbitres. Un annuaire est cependant à disposition des parties, si elles le souhaitent. Lorsque celles-ci ne peuvent s'accorder sur les noms des arbitres, le CNAT, intervenant de manière supplétive, procède alors à sa (ou leur) désignation. L'article 8 du règlement du CNAT précise que « *les arbitres agissent en toute impartialité dans l'exercice de leurs fonctions (...). Les arbitres doivent être indépendants des parties et leur faire connaître spontanément (...) les faits et circonstances qui seraient de nature à affecter leur indépendance ou leur impartialité, notamment les liens particuliers qu'ils pourraient avoir avec les parties, les conseils et leurs co-arbitres* ».

Le CNAT précise que la procédure doit être contradictoire, notamment, les mémoires et pièces produits par les parties doivent simultanément être transmis aux parties et aux arbitres.

Enfin, il est intéressant de remarquer que le règlement réserve une certaine place à la médiation, dans son article 20. Ainsi, « *à tout moment, le tribunal arbitral, le Comité d'arbitrage ou une partie peut proposer qu'une médiation soit tentée* ». En cas d'accord des parties, l'instance arbitrale sera alors suspendue pendant sa durée.

Depuis sa création, le CNAT n'a été saisi que de quatre demandes.

Conclusion. Afin d'estomper certaines limites résultant de la confrontation du droit du travail et du droit de l'arbitrage, il est possible d'adapter le processus de l'arbitrage. Cette adaptation doit se faire à deux niveaux.

Le coût de l'arbitrage, obstacle majeur au développement de l'arbitrage en droit du travail, implique de recommander que le financement de l'arbitrage des litiges individuels de travail soit adapté à la situation du salarié et implique, a minima, la répartition proportionnelle des frais de l'arbitrage en fonction de critères, restant à définir, mais intégrant la rémunération du salarié.

Les limites issues de la procédure d'arbitrage, et plus particulièrement de la constitution du tribunal arbitral notamment en raison de l'inégalité des parties ou de la défiance envers l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre peuvent, en partie, être résolues par l'obligation de recourir à un arbitrage institutionnalisé. Cela implique d'aliéner une partie de la liberté contractuelle des parties, mais ceci semble justifier par l'objectif de protection du salarié et par la garantie que tant le tribunal arbitral que la procédure seront de qualité.

Il s'agissait, jusqu'alors, de s'intéresser à l'adaptation du processus d'arbitrage avant que la sentence arbitrale ne soit rendue. Ceci étant une autre technique de l'arbitrage peut être sollicitée, postérieure au rendu de la sentence, afin d'adapter l'arbitrage aux spécificités du droit du travail : le contrôle de la sentence arbitrale (**Section 2**).

Section 2 : L'aménagement du contrôle de la sentence arbitrale

Le mécanisme qu'est le contrôle de la sentence arbitrale peut être adapté afin de répondre aux nécessaires protections inhérentes au droit du travail. Pour cela, il est nécessaire de s'intéresser aux deux aspects du contrôle de la sentence arbitrale. Cependant, au vu notamment de la réforme du 13 janvier 2011, la garantie d'un appel-réformation semblerait paradoxale (§1). Au contraire, l'accentuation du contrôle du respect à l'ordre public est une voie d'adaptation à privilégier dans les litiges individuels de travail (§2).

§1 : Le paradoxe de la garantie du recours en appel-réformation¹

Avant de s'intéresser au droit de l'arbitrage, il faut ici rappeler que la voie de l'appel-réformation est exclue dans l'hypothèse d'une demande, devant le Conseil de prud'hommes, inférieure à un certain montant, depuis le décret du 20 septembre 2005². Ainsi, l'article D. 517-1 du Code du travail dispose : « *Le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes est de 4 000 euros* ».

Pour autant, l'arbitrage soulève des enjeux bien particuliers notamment quant à la question du double degré de juridiction. C'est pourquoi, il est nécessaire de s'intéresser aux intérêts d'un recours en appel garanti (**A**). Pour autant, cette évolution semble, aujourd'hui, être paradoxale à certains intérêts et réformes de l'arbitrage (**B**).

A. L'intérêt du recours en appel-réformation

Comme il l'a été vu précédemment³, le double degré de juridiction n'est ni un élément de la notion de procès équitable comme entendu par la Convention européenne des droits de l'Homme⁴, ni un principe

¹ Il convient ici d'intégrer la distinction entre « *appel-réformation* » et « *appel-annulation* », telle qu'elle est sous-entendue dans l'article 1490 du Code de procédure civile.

² Décret n° 2005-1190 du 20 sept. 2005 modifiant les dispositions de l'article D. 517-1 du code du travail fixant le taux de compétence en dernier ressort des conseils de prud'hommes

³ V. spéc. p. 77

⁴ CEDH, 17 janv. 1970, Delcourt c. Belgique, n° 2689/65 §25: « *l'article 6 (art. 6) de la Convention n'astreint pas les États contractants à créer des cours d'appel ou de cassation* » ; V. aussi : 22 janv. 1984, Sutter c. Suisse, n° 8209/78.

à valeur constitutionnelle⁵. Pour autant, cette institution offre une garantie profitable au salarié dans le cadre de l'arbitrage. En effet, la justice étatique a le bénéfice de rassurer et d'amener quelques certitudes quant à l'indépendance et à l'impartialité de la décision. Autrement dit, elle serait un gage de bonne justice. Cet argument a une résonance d'autant plus importante lorsque, comme on l'a vu, l'une des difficultés principales pour établir l'arbitrabilité des litiges en droit du travail est la méfiance à l'encontre de l'arbitre et la volonté que le salarié puisse avoir accès à un juge étatique afin de régler son différend⁶. Garantir le double degré de juridiction emporterait ainsi les conséquences communes de l'appel en procédure civile, soit une remise en question de la chose jugée aux fins que l'affaire soit à nouveau jugée, tant en faits qu'en droit⁷. Toute erreur en droit ou en fait pourrait alors être sanctionnée, conduisant à une révision, sur le fond, de la sentence, à l'inverse du recours en annulation, et ce, en toute hypothèse. Le salarié se verrait donc offrir la garantie que, si la sentence arbitrale finalement rendue, n'est pas satisfaisante, notamment au vu d'une certaine partialité ou dépendance de l'arbitre, un juge étatique pourra ensuite se prononcer sur son litige.

Bien que l'intérêt de garantir un appel-réformation à tout salarié utilisant l'arbitrage soit aisément perceptible, cette évolution semble paradoxale (**B**) au vu des récentes réformes du droit de l'arbitrage.

B. Le paradoxe de l'évolution

Une telle évolution conduirait à nier bon nombre des intérêts de l'arbitrage (**1**) et, par extension, impliquerait un retour en arrière illogique des règles de droit régissant l'arbitrage (**2**).

1. Une négation des intérêts de l'arbitrage

Avant de rentrer dans les détails de l'arbitrage, une première réflexion amène à comprendre l'ampleur de la négation sous-entendue par l'institution d'un appel-réformation obligatoire. En effet, lorsque les parties souhaitent soumettre leur différend à l'arbitrage, leur volonté est on ne peut plus claire : la substitution de la juridiction étatique au profit de l'arbitrage privé. Ainsi, insérer une garantie d'appel-réformation revient, d'une part, à nier cet objectif initial des parties⁸ et d'autre part, à défaire les multiples avantages ayant conduit les parties à opter pour l'arbitrage, tels la confidentialité, le libre des choix des juges et surtout, la célérité.

⁵ DC n° 2004-491 du 12 févr. 2004 : « *Considérant, en premier lieu, que le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle* »

⁶ V. spéc. p. 45

⁷ C. proc. civ., art. 561 : « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* »

⁸ Entretien avec A. LABARATS, le 13 juin 2016

Ici survient une deuxième négation : si les parties ont opté pour l'arbitrage, c'est aujourd'hui pour que le litige soit tranché rapidement et définitivement. Or, réintroduire une garantie d'appel-réformation impliquerait qu'une fois le recours formulé, l'affaire rejoigne la longue liste de celles à juger devant les chambres sociales des cours d'appel, allongeant le délai de règlement du litige et par la même, reniant l'intérêt principal de l'option de l'arbitrage.

Enfin, il faut garder à l'esprit que l'arbitrage est un mode de règlement dual des litiges : contractuel et juridictionnel. Or, si les parties le souhaitent, l'article 1489 du Code de procédure civile les autorise à insérer, dès la convention d'arbitrage, une clause tendant à voir garantie la possibilité de l'appel-réformation. Bien que cet argument puisse être pleinement valable en droit commercial, il ne constitue pas, dans l'hypothèse d'un litige individuel de travail, une négation des intérêts de l'arbitrage. En effet, des difficultés d'agencement entre la liberté contractuelle et le statut du salarié existent. C'est pourquoi, ici, cet argument ne peut être reçu avec la même force que les précédents.

Pour certains auteurs, plus vigoureux, comme M. CARBONNEAU, l'appel n'est qu'une part du jeu de l'avocat afin de justifier ses honoraires et non du ressort du procès équitable⁹. Selon ce dernier, « *l'arbitrage personifie le procès équitable et la justice*¹⁰ ». C'est pourquoi, il considère que « *seule une véritable erreur dans l'équité de la procédure devrait conduire à un véritable appel*¹¹ ». Ainsi, il sera étudié ci-dessous la nécessité d'accentuer le contrôle du respect à l'ordre public de la sentence dans le cadre de l'arbitrage des litiges individuels de travail.

En plus de nier de nombreux intérêts de l'arbitrage, cette évolution constitue un retour en arrière illogique (2) au vu des récentes réformes de ce thème.

2. Un retour en arrière illogique

Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 a instauré un changement de paradigme quant aux voies de recours dans la procédure d'arbitrage. Calquant le régime de l'appel en droit de l'arbitrage interne sur celui du droit de l'arbitrage international, l'appel qui était, autrefois, une faculté laissée aux parties, sauf convention contraire est devenu un régime d'exception. Il n'est possible de faire appel que dans l'hypothèse où les parties envisageraient cette option dès la rédaction de la convention d'arbitrage. Aussi, il est peu probable qu'après ce changement de point de vue en 2011, le législateur prévoit une exception concernant les litiges individuels de travail. D'autant plus que ce régime d'exception, au même titre que tout régime d'exception, serait source de nombreuses complications.

⁹ T.E. CARBONNEAU, « Arguments in favor of the triumph of arbitration », *Cardozo J. Conflict. Resol.* 2009.395, spéc. p. 411: « *The prospect of appeal is often part of the lawyer's game as it can serve to discount a defendant's liability. It is not part of the concern for fundamental fairness but rather a means of justifying attorney's fees* ».

¹⁰ Ibid. : « *arbitration personifies due process and justice* ».

¹¹ Ibid. : « *Only a true failure in procedural fairness may lead to a viable appeal* ».

Un autre argument est énoncé par A. LACABARATS. Au vu du taux d'appel postérieurement à une décision du Conseil des prud'hommes, il semble que l'arbitrage, dans l'hypothèse où il serait conduit conformément aux règles du procès équitable par un arbitre indépendant et impartial, constitue un vrai premier degré de juridiction quand les Conseils de prud'hommes ne sont souvent qu'un moyen d'accéder aux juridictions d'appel. Mieux vaut dès lors, s'assurer d'un vrai premier degré de juridiction que d'une voie d'appel garantie. C'est d'ailleurs pour cela qu'il est important que l'appel-annulation, sanctionnant une violation du droit de l'arbitrage lors de la première instance, soit renforcé. Cet appel-annulation ou recours en annulation est garanti, quelle que soit l'option choisie par les parties. Toute stipulation contraire est réputée non écrite¹². C'est pourquoi il faut s'assurer que, dans l'hypothèse où il serait mis en œuvre, un réel contrôle de l'ordre public est lieu afin d'assurer l'efficacité et la légitimité de la sentence. Il semble donc important de renforcer le contrôle du respect de l'ordre public (§2) lorsqu'un salarié est partie à un arbitrage.

§2 : La pertinence d'un contrôle accentué lors du recours en annulation

Une fois étudié le paradoxe d'un appel-réformation garanti, il est nécessaire de s'intéresser au recours en annulation. Le recours en annulation, comme cela a été précisé¹³, est toujours garanti aux parties à l'arbitrage, qu'il prenne la forme d'un appel-annulation ou d'un véritable recours¹⁴. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Cependant, le recours en annulation n'est ouvert que dans des cas bien précis, déterminés à l'article 1492 du Code de procédure civile. Ainsi, il est ouvert lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement constitué ou s'il a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée, lorsque le principe de contradiction n'a pas été respecté, que la sentence est contraire à l'ordre public ou que la sentence n'est pas motivée.

C'est l'avant-dernier cas d'ouverture qui nous intéresse ici, soit lorsque la sentence est contraire à l'ordre public.

Avant d'aborder le contrôle propre qui devrait être retenu lorsqu'un litige de travail est en jeu (**B**), il est nécessaire d'aborder le contrôle du respect, par la sentence, de l'ordre public, dans le droit commun (**A**).

A. Le contrôle actuel de la conformité à l'ordre public

¹² C. proc. civ., art. 1492

¹³ V. spéc. p. 78

¹⁴ C. proc. civ., art. 1491 : « La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties » ; à mettre en relation avec C. proc. civ., art. 1490 : « L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence ».

En droit commun de l'arbitrage, deux conceptions du contrôle se sont longtemps opposées, à savoir le contrôle maximaliste et le contrôle minimaliste.

La première conception tend à imposer aux juges de vérifier la pertinence de tous les éléments qui conditionnent l'application de la règle d'ordre public¹⁵. Il s'agit d'un examen approfondi de la façon dont le tribunal arbitral applique le droit. Elle a été retenue dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 septembre 1993, les juges du fond estimant que le recours en nullité impliquait « *un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat*¹⁶ ».

Alors que cette conception fût un temps retenue, c'est aujourd'hui, la seconde conception, minimaliste, qui tend à s'imposer. Il est ainsi considéré que l'annulation de la sentence ne peut être encourue que si la solution inscrite dans la sentence est elle-même contraire à l'ordre public. Autrement expliqué, la nullité de la sentence n'est encourue que si l'interprétation donnée dans la sentence conduit à l'application d'une règle d'ordre public et que cette règle d'ordre public n'a pas été respectée. Au contraire, si l'interprétation erronée du tribunal arbitral conduit à la non-application de la règle d'ordre public, la sentence n'est pas contraire à l'ordre public¹⁷. Le contrôle minimaliste correspond donc à un certain degré d'autonomie et d'indépendance de l'arbitre dans l'application des règles d'ordre public.

Appliquant cette théorie, l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris recommande un contrôle minimaliste de la sentence, afin de préserver le principe de non-révision des sentences au fond¹⁸. La Cour de cassation a également tranché en faveur d'une application minimaliste du contrôle de l'ordre public dans un arrêt de 2008¹⁹. Ainsi, les magistrats ont estimé que, « *s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* ». Deux enseignements peuvent être tirés de cette solution. D'une part, l'application intangible du principe de non-révision au fond des sentences et d'autre part, le caractère *prima facie* de la violation de la sentence à l'ordre public. Une autre illustration de ce contrôle minimaliste a été donnée dans un arrêt de la Chambre commerciale du 30 juin 2015. Elle énonce ainsi que « *l'annulation d'une sentence arbitrale n'est encourue sur le fondement de l'article 1492, 5° du code de procédure civile que lorsque*

¹⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage. La décision arbitrale. Voie de recours », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1046, spéc. n° 75

¹⁶ CA Paris, Ch. 1, 30 sept. 1993 ; V. note sous *Rev. arb.* 1994, p. 359

¹⁷ E. LOQUIN, « Arbitrage. La décision arbitrale. Voie de recours », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1046, spéc. n° 75

¹⁸ CA Paris, 18 nov. 2004, Thalès c. Euromissile, n° 2002/19606

¹⁹ Cass. civ. 1, 4 juin 2008, SNF c. Cyttec, n° 06-15.320

la solution donnée au litige heurte l'ordre public, le juge de l'annulation n'ayant pas le pouvoir de contrôler le contenu de la motivation de la sentence ni de procéder à sa révision au fond²⁰ ».

Bien évidemment, cette même solution est retenue concernant la dénaturation et la qualification des contrats²¹. Autrement dit, dans la perspective du droit du travail, si le tribunal arbitral considère que les indices de subordination ne sont pas suffisants pour conclure à l'existence d'un contrat de travail et applique, de ce fait, les règles du droit commun des contrats de prestations de service, le juge étatique n'est pas en mesure de modifier la qualification octroyée par l'arbitre au contrat mais seulement de vérifier si la sentence ne heurte pas l'ordre public du droit commun des contrats.

Jusqu'au décret du 13 janvier 2011, la jurisprudence pouvait osciller entre ces deux hypothèses de contrôle, minimaliste ou maximaliste. Cependant, ce texte a modifié la rédaction de la disposition du Code de procédure civile relative au recours en annulation.

En effet, l'ancien article 1484 disposait : « *Un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire. Il n'est ouvert que dans les cas suivants : 6° Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public* ». Le contrôle aurait donc pu porter sur l'ensemble des actions et décisions de l'arbitre, sans se concentrer uniquement sur la sentence arbitrale. Aujourd'hui, l'article 1492 dispose que le recours en annulation est ouvert si : « *La sentence est contraire à l'ordre public* ».

Le législateur a donc bel et bien modifié la rédaction de cette disposition afin de l'aligner sur son pendant en droit de l'arbitrage international et ainsi confirmer la solution issue de la construction jurisprudentielle.

Cependant, ce contrôle minimaliste, décrit comme illusoire par de nombreux auteurs, ne peut être approprié à l'arbitrage des litiges individuels de travail. C'est pourquoi un contrôle propre doit être mis en œuvre (**B**).

B. Un contrôle propre à l'arbitrage des litiges individuels de travail à établir

²⁰ Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-19.119

²¹ Cass. civ. 2, 20 févr. 1991, n° 89-19.159 : « *le contrôle de la cour d'appel, saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale fondé sur l'article 1484-6° du nouveau Code de procédure civile, doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, même s'il est prétendu que celle-ci est régie par des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public* »

Le droit du travail est un droit fortement imprégné d'ordre public, notamment de protection. C'est notamment l'une des nombreuses raisons d'un contrôle propre au droit du travail (1). Il faut donc tirer argument de ces raisons afin d'aboutir à des recommandations concernant ce que devrait être le contrôle de l'ordre public dans l'hypothèse de l'arbitrage d'un litige individuel de travail (2).

1. *Le bien-fondé d'un contrôle propre au droit du travail*

La raison principale plaidant en faveur d'un contrôle propre au droit du travail est la spécificité de l'ordre public que celui-ci recoupe. En effet, certaines matières sont plus empreintes de dispositions d'ordre public que d'autres. Le droit du travail est l'une des matières intéressant l'ordre public par excellence et c'est pourquoi, un simple examen de la sentence ne peut suffire à constater l'éventuelle violation de l'ordre public. Les faits doivent être précisément examinés afin que les dispositions d'ordre public puissent pleinement s'appliquer. Le principe de l'absence de révision au fond des sentences, justifiant le contrôle minimaliste, devrait s'effacer face à l'importance de l'ordre public²². Comme le note le professeur C. SERAGLINI, cette jurisprudence permet de se « *rendre compte du chemin parcouru depuis l'époque où l'arbitrage était exclu dès lors que l'ordre public était concerné, notamment lorsqu'une législation d'ordre public s'appliquait au litige*²³ ».

A cet égard, un deuxième argument peut être développé. Le contrôle minimaliste se révèle inadapté pour ces droits d'ordre public et conduit même à remettre en cause l'existence d'un contrôle. Il semblerait que le contrôle devienne illusoire, un simple « *leurre*²⁴ », un « *sanctuaire où [...] les pratiques illicites ne puissent être sanctionnées*²⁵ ». L'arbitrage permettrait alors de contourner l'application des règles d'ordre public. Or, il faut garder à l'esprit que le contrôle étatique de la sentence arbitrale n'est autre que la contrepartie de la confiance faite à l'arbitrage, notamment au travers de l'extension croissante de l'arbitrabilité des litiges²⁶. D'ailleurs, un relâchement du contrôle peut être justifié lorsqu'il s'agit de l'arbitrage commercial où le libéralisme économique, la logique de marché, la liberté des parties et la neutralité de l'arbitre sont autant d'atouts recherchés par les justiciables. Mais l'arbitrage des litiges du travail doit répondre à un autre objectif, celui de redonner confiance et de rendre légitime ce mode de règlement des conflits²⁷. Cet argument est d'autant plus

²² E. LOQUIN, note sous Cour d'appel de Paris, première Chambre C, 18 nov. 2004, Société Thalès c. Société Euromissile, *RTD Com.*, 1^{er} avr. 2005, n° 2 p. 263

²³ C. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2005, n° 294 p. 5

²⁴ E. LOQUIN, note sous Cour d'appel de Paris, première Chambre C, 18 nov. 2004, Société Thalès c. Société Euromissile, *RTD Com.*, 1^{er} avr. 2005, n° 2 p. 263

²⁵ Ibid.

²⁶ M. BOUCARON-NARDETTO, « Le contrôle par le juge étatique de l'ordre public concurrentiel », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution*, 1^{er} août 2014 p. 208 ; S. PARTIDA, « L'ordre public et l'arbitrage », Colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, *Cah. Arb.*, 1^{er} juil. 2013, n° 3 p. 757

²⁷ M. DE FONTMICHÉL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013

recevable que moins ce contrôle sera fort, plus une méfiance se créera envers l'arbitre au vu de l'apparent décalage entre son application de l'ordre public et celle du juge étatique.

Enfin, un troisième argument plaide en faveur d'un contrôle plus étendu dans le cadre de l'arbitrage en droit du travail. Celui de l'inégalité des parties et de leur absence d'autonomie réelle. En effet, lorsqu'une partie s'engage en toute connaissance de cause, il lui est loisible d'admettre le caractère définitif de la sentence et l'effacement total du juge étatique. Au contraire, nous avons déjà fait état de l'importance de l'accès au juge étatique dans l'hypothèse des litiges du travail²⁸. C'est pourquoi il semble nécessaire de préserver la partie n'ayant pas eu accès à l'ensemble des connaissances avant d'émettre son accord quant à la procédure d'arbitrage en retenant un contrôle maximaliste de la sentence arbitrale, notamment au vu de l'invraisemblance d'un appel-réformation garanti démontrée ci-dessus²⁹. Cela peut donc répondre à une réelle prise en compte des intérêts des parties, souhaitant avoir un moyen de contrôle efficace de la sentence qui sera rendu à leur égard³⁰.

Maintenant qu'ont été décrites les raisons d'être d'un contrôle plus approfondi, il est nécessaire d'aborder les recommandations de ce que devrait être le contrôle de la conformité à l'ordre public de la sentence dans l'arbitrage des litiges individuels de travail (2).

2. Les recommandations pour un contrôle propre au droit du travail

La thèse d'un contrôle plus abouti de la conformité de la sentence à l'ordre public dans les arbitrages impliquant des parties faibles a notamment été soutenue par M. DE FONTMICHEL, dans sa thèse « *Le faible et l'arbitrage*³¹ ».

Dans l'hypothèse de l'arbitrage d'un litige en droit du travail, devraient être sanctionnées les erreurs de qualification et d'interprétation du contrat de travail. Nous avons observé ci-dessus³² la problématique particulière de la qualification du contrat de travail. Le contrat de travail et le contrat de prestations de service se distinguent par un seul critère : l'état de subordination propre au salarié. Or, si l'arbitre ne reconnaît pas, au vu des indices qui lui sont amenés, un état de subordination du cocontractant, c'est l'ensemble des règles d'ordre public du droit du travail qui sera écarté du litige, engendrant une carence dans la protection du salarié, partie faible au contrat de travail. Il est donc

²⁸ V. spéc. p. 24

²⁹ V. spéc. p. 101

³⁰ S. PARTIDA, « L'ordre public et l'arbitrage », Colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, *Cah. Arb.*, 1^{er} juil. 2013, n° 3 p. 757

³¹ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 446-461

³² V. spéc. p. 106

important que ce moyen de contrôle soit garanti dans le cadre de l'arbitrage d'un litige en droit du travail.

Concernant le contrôle de la sentence, M. DE FONTMICHEL propose de supprimer le critère de la flagrante reconnu par la jurisprudence³³. Celui-ci circonscrit en effet le contrôle à un contrôle de l'apparence et ne permet pas un contrôle approfondi de la conformité à l'ordre public. Cet auteur considère donc que les seuls critères du caractère concret et de l'effectivité devraient être admis pour admettre une violation à l'ordre public.

Autrement dit, il existe trois options quant au contrôle qui pourrait être mis en œuvre à l'occasion d'un arbitrage en droit du travail³⁴.

La première option est un contrôle minimaliste, similaire à celui connu en droit commun de l'arbitrage. Pour les raisons ci-dessus évoquées, cette possibilité est écartée.

La deuxième option est un contrôle maximaliste. Il implique de contrôler l'ensemble du raisonnement juridique de l'arbitre jusqu'à la qualification des faits du litige par ceux-ci. Le processus intellectuel ayant conduit à la sentence pourrait tout entier être sanctionné au titre d'une violation de l'ordre public. Selon M. DE FONTMICHEL, ce contrôle général et étendu à toute erreur de droit entraînerait un excès inverse, nuisant au bénéfice de la prévisibilité et du caractère définitif de la sentence.

La troisième option, et c'est l'option qui semble être retenue par M. DE FONTMICHEL, serait un contrôle à mi-chemin entre les deux hypothèses précédentes, assimilable au contrôle effectué en cas de transaction. En d'autres termes, il s'agirait d'un contrôle effectif, impliquant une appréciation *in concreto* mais n'entraînant pas la remise en cause de l'ensemble du cheminement intellectuel de l'arbitre.

Conclusion. La démonstration ci-dessus permet d'entrevoir les intérêts d'un contrôle approfondi de la conformité de la sentence à l'ordre public en droit du travail. Il est important que le contrôle effectif soit mis en place lorsque l'arbitrage porte sur un litige individuel de travail. En effet, il permettrait aux juges étatiques de garder un certain contrôle sur les sentences rendues par rapport à l'ordre public. L'arbitrage gagnerait ainsi en légitimité et la confiance des parties envers ce mode de règlement des litiges suivrait.

³³ Cass. civ. 1, 4 juin 2008, SNF c. Cytec, n° 06-15.320 : « le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation »

³⁴ Entretien avec le professeur J. ICARD, 13 juin 2016

Conclusion du chapitre

L'ensemble de ce chapitre permet de démontrer qu'il est possible d'utiliser les moyens déjà mis en œuvre dans l'arbitrage afin de les adapter aux spécificités du droit du travail. Ces moyens sont notamment ceux du financement de l'arbitrage, de l'institutionnalisation et du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public.

Ainsi, l'arbitrage et le droit du travail ne sont pas frontalement opposés, il est possible de proposer des solutions afin d'estomper les limites observées dans la première partie de notre étude. Ces solutions ne sont d'ailleurs que des adaptations de techniques déjà connues en droit de l'arbitrage.

Cependant, il est également possible d'imaginer des solutions qui ne seraient pas inspirées des techniques de l'arbitrage mais plutôt des techniques du droit du travail et venant au soutien de l'arbitrage afin d'assurer le développement de celui-ci pour les litiges individuels de travail sans entamer les droits des salariés. Il s'agit alors de mobiliser le droit du travail au service de l'arbitrage (**Chapitre 2**).

Chapitre 2 – La mobilisation du droit du travail au service de l'arbitrage

La mobilisation des mécanismes du droit du travail au service de l'arbitrage implique l'utilisation de certains « *outils* » du droit du travail afin d'endiguer les limites constatées et développer ainsi l'institution de l'arbitrage, de manière efficace, tout en préservant les protections accordées au salarié par le droit du travail.

Les techniques du droit du travail peuvent être appréhendées comme des solutions de développement de l'arbitrabilité (**Section 1**) quand le paritarisme du tribunal arbitral offre une protection supplémentaire lors de la constitution de celui-ci (**Section 2**).

Section 1 – Les techniques du droit du travail, solutions de développement de l'arbitrabilité

En raison d'une évolution jurisprudentielle, la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail est aujourd'hui inopposable au salarié¹. Autrement dit, le salarié peut exercer une option, au moment d'introduire son action : il peut le faire devant un tribunal arbitral ou devant une juridiction étatique. Ceci étant, certaines critiques peuvent naître à l'endroit de cette sanction qu'est l'inopposabilité². C'est pourquoi, il est nécessaire d'étudier quelles conditions de validité pourraient être mises en œuvre afin d'assurer l'effectivité de la clause compromissoire (§1) sans aller à l'encontre des droits et protections du salarié, notamment celui d'accès au juge. Peut également être instaurer un contrôle approfondi du consentement du salarié à la clause compromissoire afin d'éviter que celle-ci ne devienne une clause de style (§2).

§1 : L'aménagement de nouvelles conditions de validité de la clause compromissoire

¹ V. spéc. p. 32

² V. spéc. p. 40

Certains mécanismes du droit du travail peuvent être sollicités dans le but de définir les conditions de validité d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail. Ces conditions peuvent résulter des critères du litige (A), ou de l'insertion d'une clause compromissoire dans la convention collective (B).

A. La validité de la clause compromissoire en fonction des critères du litige

En matière de médiation, certaines cours d'appel choisissent d'effectuer une sélection des dossiers adaptés à ce mode alternatif de résolution des différends³. Ainsi, certaines affaires seraient plus susceptibles de convenir au processus de la médiation que d'autres. Le processus de sélection se ferait ici en fonction des critères du litige. Il s'agit d'envisager l'hypothèse selon laquelle le recours à la clause compromissoire serait valable mais seulement pour certains litiges, précisément déterminés.

Les critères du litige peuvent être saisis selon différents angles. Ainsi, le critère des règles de droit mises en jeu dans le litige semble être inadéquat pour définir la validité de la clause compromissoire (1) quand le critère du statut des salariés semble trop restreint (2). Seule la combinaison des critères salariaux et de responsabilité peut ici être envisagée comme une source propice pour aménager la validité de la clause compromissoire (3).

1. Le critère inadéquat du type de litige

Pourrait être introduite une distinction quant à la validité de la clause compromissoire en fonction du type de litige, autrement dit en fonction des règles de droit impliquées dans le litige. Il semble nécessaire d'illustrer ce propos. La clause compromissoire serait valable lorsqu'elle porterait sur l'exécution du contrat de travail et non sur la rupture de celui-ci ou lorsque seraient en cause des rappels de salaire mais non un harcèlement moral. Cette distinction est d'ailleurs retenue, non pour la validité de la clause compromissoire mais pour l'accès au programme d'arbitrage de l'ACAS, puisque seuls les litiges, relativement simples et portant sur des licenciements sans cause réelle et sérieuse (*unfair dismissal*) peuvent faire l'objet d'un arbitrage⁴.

Il a, en effet, été observé que l'une des limites à la validité des clauses compromissoires est le souhait de préserver l'accès au juge naturel, le juge étatique. Cette institution est perçue comme la mieux à même de garantir le respect de l'ordre public de protection inspirant l'ensemble des dispositions de droit du travail. Pour autant, l'ensemble de celles-ci n'ont pas la même vigueur et la même importance

³ B. HOLLEAUX, « Médiation prud'homale : pratique suivie à la Cour d'appel de Paris, deuxième partie », *Sem. Soc. Lamy*, 21 mai 2012, n° 1539, p. 5

⁴ ACAS, The Acas Arbitration Scheme for the resolution of unfair dismissal disputes (England and Wales), avr. 2014: <http://www.acas.org.uk/media/pdf/q/a/Acas-Arbitration-scheme-unfair-dismissal-disputes-England-and-Wales.pdf>

quant à la protection et aux droits qu'elles offrent aux salariés. La solution ici débattue impliquerait de hiérarchiser ces règles de droit afin de déterminer celles qui, lorsqu'elles sont impliquées dans l'action en justice, nécessitent absolument l'intervention du juge étatique, lui seul étant à même d'assurer une protection pleine et entière au salarié et de respecter les droits de celui-ci.

Introduire un tel critère aurait une conséquence positive majeure. Il permettrait de diminuer considérablement le coût de l'arbitrage. En effet, ce dernier est largement lié à la complexité du litige. Plus le type de litiges sera restreint, plus les arbitres en connaîtront les rouages et moins la complexité potentielle de ceux-ci sera élevée.

Deux difficultés majeures rendent cependant cette solution inappropriée.

D'une part, il semble difficile, voire impossible, de hiérarchiser les règles de droit les plus porteuses de protection pour le salarié et nécessitant donc l'intervention du juge étatique. En effet, chaque règle de droit du travail offre des droits et une protection propres. De plus, l'importance des droits et protection offertes par chacune d'elles sont dissemblables selon l'objet du litige. Dans certains différends, une règle de droit peut être accessoire à la solution et emporter des effets diminués quand dans d'autres, elle sera le cœur du litige et offrira une protection décuplée au salarié.

D'autre part, si l'on admettait une telle classification⁵, deux effets négatifs apparaîtraient rapidement. Dans un premier temps, les parties useraient de qualifications différentes pour entrer, ou plutôt échapper, à la procédure arbitrale. Ce premier constat emmène une seconde problématique. Dès lors que les parties useraient de qualifications différentes, il est fort probable que, durant la procédure judiciaire ou arbitrale, certains griefs soient évoqués, impliquant l'incompétence du tribunal en question. Faudrait-il alors que le juge, quel qu'il soit, se prononce sur cette question ou sursoit à statuer ?

Conclusion. L'étude de ce premier critère du type de litige comme facteur de modulation de la validité de la clause compromissoire semble donc, à juste titre, entraîner plus de complexités dans sa mise en œuvre que de réels bénéfices pour le développement de l'arbitrage. Il est désormais nécessaire d'étudier un critère plus simple à mettre en œuvre : celui du statut du salarié (2).

⁵ L'un des points d'appui de la réflexion autour de la classification pourrait se trouver dans les travaux du Comité Badinter : V. *Rapport au Premier Ministre, Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, Janv. 2016

2. Le critère restreint du statut du salarié⁶

Le critère du statut du salarié implique de définir la validité de la stipulation d'une clause compromissoire dans un contrat de travail en fonction de la nature du contrat du salarié ou des activités exercées par celui-ci dans l'entreprise. Pour illustrer ces propos, une clause compromissoire serait inefficace lorsque le contrat ressort de la catégorie des contrats précaires, qu'il s'agit d'un contrat de travail particulier, notamment d'apprentissage, ou enfin, lorsque le salarié ayant signé un contrat de travail avec l'entreprise prend en charge des activités syndicales au sein de celle-ci, le faisant ainsi accéder au statut de salarié protégé.

a. La pertinence du critère

Comme cela vient d'être expliqué, ce critère offrirait une protection supplémentaire à certains salariés, en fonction de la nature de leur contrat de travail ou de leurs responsabilités syndicales. Il recoupe ainsi plusieurs réalités différentes, ayant un point commun : le besoin d'une protection particulière, décuplée.

Contrats précaires. Comme leur nom l'indique, ces contrats représentent pour les salariés un lien instable vis-à-vis de leur emploi. Leur durée est souvent courte, voire extrêmement courte⁷ et les clauses du contrat ne sont pas toujours négociées entre les deux parties. Au regard de l'arbitrage, cela entraîne deux risques de nature différente. D'une part, la liberté contractuelle du salarié est ici largement diminuée, voire inexistante dans certains cas. L'employeur pourrait donc tirer profit de cette situation afin de stipuler une clause d'arbitrage dès la signature du contrat de travail. D'autre part, les contrats précaires induisent une situation financière complexe du salarié. Ceci implique que le salarié n'aura potentiellement pas les ressources financières nécessaires pour engager la procédure arbitrale, laissant apparaître le risque d'un déni de justice.

Contrats d'apprentissage. Aux termes des articles L. 6221-1⁸ du Code du travail, il s'agit d'un contrat de travail particulier, soumis à des dispositions spéciales⁹ du Code du travail et associant une formation théorique à une formation pratique. De plus, ils ne peuvent, dans la plupart des cas, être conclus que lorsque le travailleur en question entre dans une certaine catégorie d'âge¹⁰. Outre cela, les travailleurs en contrats d'apprentissage ou de professionnalisation ont un salaire équivalent à un

⁶ Ce critère a été abordé avec le professeur J. ICARD, lors de notre entretien du 13 juin 2016.

⁷ La durée moyenne d'un contrat de travail à durée déterminée est de 26 jours, source : « Une rotation de la main d'œuvre presque quintuplée en 30 ans », *Dossier INSEE Emploi et salaire*, éd. 2014, spéc. p. 37

⁸ C. trav., art. L. 6221-1 : « *Le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type particulier conclu entre un apprenti ou son représentant légal et un employeur* ».

⁹ C. trav., art. L. 6221-1 et s.

¹⁰ Principalement 16 à 25 ans, V. C. trav., art. L. 6222-1 et s.

certain pourcentage du SMIC¹¹. Leur situation financière peut donc être précaire et ainsi entraîner un déni de justice dans l'hypothèse où la clause compromissaire stipulée dans leur contrat de travail serait valable.

Salarié protégé. Le statut du salarié protégé est relativement complexe. Certaines protections statutaires lui sont offertes, notamment au regard du droit du licenciement. Ainsi, avant de licencier un salarié protégé, l'employeur doit obtenir, depuis la loi du 28 octobre 1982, l'autorisation préalable de licenciement. Cette autorisation doit avoir une certaine forme et être adressée à l'inspection du travail au plus tard dans les quinze jours suivant la délibération du comité d'entreprise. L'ensemble de ce statut étant complexe, il peut être considéré que le juge étatique est le seul à même de garantir l'ensemble des droits et des protections dus au salarié protégé. Le statut du salarié protégé serait donc l'un des cas de refus de reconnaissance de la validité d'une clause compromissaire stipulée dans un contrat de travail.

Ceci étant, il est nécessaire d'étudier la mise en œuvre de ce critère avant de conclure à son efficacité (b).

b. La mise en œuvre du critère

Ce critère du statut du salarié semble entraîner moins de difficultés de mise en œuvre que le critère précédemment étudié du type de litige. En effet, la seule difficulté porterait sur le cas du salarié protégé, dans l'hypothèse où ce salarié deviendrait un salarié protégé après la signature de son contrat de travail. Une telle situation pourrait sans doute être appréhendée par la reconnaissance de l'inefficacité de la clause pendant la durée du mandat.

De plus, ce critère repose sur une logique objective et ne peut être contourné, au contraire du critère du type de litige et des règles de droit applicables à celui-ci. Cependant, il est trop restrictif en perspective du besoin de protection des salariés. En effet, il ne peut être soutenu que seuls les salariés dont les statuts sont atypiques ou particuliers doivent voir leur droit d'accès à la justice protégé. Ainsi, des salariés dont le contrat est à durée indéterminée pourraient également ne pas disposer des ressources financières suffisantes pour supporter le coût d'un arbitrage, qui plus est si le litige en question est introduit à la suite de leur licenciement.

Conclusion. Les deux critères ci-dessus étudiés, le type de litige et le statut du salarié, ne semblent pas à même d'estomper les limites de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail étant donné qu'ils ne

¹¹ C. trav., art. L. 6222-27 : « Sous réserve de dispositions contractuelles ou conventionnelles plus favorables, l'apprenti perçoit un salaire déterminé en pourcentage du salaire minimum de croissance et dont le montant varie en fonction de l'âge du bénéficiaire et de sa progression dans le ou les cycles de formation faisant l'objet de l'apprentissage ».

répondent pas aux enjeux de l'arbitrabilité¹². En effet, l'enjeu primordial de l'arbitrabilité est de préserver l'accès à la justice du salarié et cela passe, principalement, par l'obstacle du coût de l'arbitrage.

Pour cela, un autre critère doit ici être proposé : il associe le salaire du salarié et ses responsabilités au sein de l'entreprise (3).

3. *L'association des critères salarial et de responsabilités*

L'aménagement de l'arbitrabilité en fonction du critère des litiges n'étant pas satisfaisant, pourrait être introduit une distinction résultant de la combinaison de deux critères : d'une part, le critère de la rémunération du salarié et d'autre part, le critère des responsabilités. Avant d'étudier les éventuelles critiques de ces critères (b), il est nécessaire d'observer leur mise en œuvre en Belgique et en Autriche (a).

a. *Les exemples belge et autrichien*

Droit belge. Depuis 1978¹³, le droit belge fait état d'un aménagement particulier de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Ainsi, alors que l'article 13 de la loi du 3 juillet 1978 dispose : « *Les travailleurs et leurs employeurs ne peuvent s'engager d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat* », une dérogation est prévue à l'article 69. Il est, en effet, admis que la clause compromissoire est valable à l'égard de l'employé dont la rémunération annuelle dépasse 66 441¹⁴ euros et qui est « *chargé de la gestion journalière de l'entreprise ou assume dans une division de l'entreprise ou dans une unité d'exploitation, des responsabilités de gestion comparables à celles exercées au niveau de l'ensemble de l'entreprise* ».

Le droit belge différencie ainsi entre un salarié « *ordinaire* », dont le contrat de travail ne peut contenir une clause compromissoire et le salarié « *dirigeant* », qui, sous conditions de ressources et de responsabilités au sein de l'entreprise, peut voir, insérée à son contrat de travail, une clause compromissoire. Selon T. CLAY, cette disposition montre que le salarié peut avoir un intérêt à l'arbitrage, qu'il n'en est pas toujours la victime¹⁵.

Il semble que l'un des arguments principaux pour justifier cette distinction soit l'autonomie du salarié « *dirigeant* », plus à même de négocier les termes de son contrat de travail.

¹² V. spéc. p. 20

¹³ Loi belge n° 1978070303 du 3 juil. 1978 relative aux contrats de travail, publiée le 22 août 1978

¹⁴ Seuil fixé au 1^{er} janv. 2016

¹⁵ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930

Droit autrichien. Cet argument a une certaine résonance en droit autrichien. En effet, l'article 582¹⁶ de la loi autrichienne du 13 janvier 2006, réformant l'arbitrage prévoit des restrictions quant à l'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Ainsi, les clauses compromissoires sont exclues des contrats de travail. Seuls sont autorisés les compromis d'arbitrage. Une exception doit toutefois être signalée. En vertu de l'article 9, (2) de la loi autrichienne sur les tribunaux en matière de droit du travail et de droit social¹⁷, les gérants ou membres du conseil de direction d'une entreprise peuvent conclure des conventions d'arbitrage avant que le litige soit né¹⁸. Les responsabilités au sein de l'entreprise sont ici perçues comme critère d'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Ceci étant, aucun montant minimal de rémunération n'est indiqué, au contraire du droit belge.

Avant de déterminer s'il est souhaitable de transposer ces critères de rémunération et des responsabilités au sein de l'entreprise comme déterminants de la faculté de recourir à la clause compromissoire, il est nécessaire d'aborder les critiques adressées à ces critères **(b)**.

b. Critiques du recours aux critères salarial et de responsabilités

L'approche dualiste imaginée par le législateur belge contourne les deux obstacles essentiels à la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire¹⁹.

D'une part, le coût de l'arbitrage était l'une des difficultés principales au développement de l'arbitrage en droit du travail²⁰. Cette difficulté est d'ailleurs évoquée tant au stade de la reconnaissance de l'arbitrabilité que lors du processus de l'arbitrage. Fixer un critère de rémunération minimale du salarié permet de s'assurer que le salarié aura la possibilité de financer l'arbitrage, et écarte ainsi l'éventuel déni de justice qui pourrait advenir²¹.

D'autre part, le critère du « *salarié dirigeant* » permet de garantir la compréhension intellectuelle minimale nécessaire à un consentement valable à la procédure arbitrale²². Ceci étant, une critique peut

¹⁶ Loi "Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006" du 13 janv. 2006, n° 7/2006 : « § 582. (1) Any pecuniary claim within the jurisdiction of the courts of law may be made the subject of an arbitration agreement. An arbitration agreement as to non-pecuniary claims shall be legally effective insofar as the parties are capable of concluding a settlement upon the matter in dispute. (2) Claims in family law matters as well as all claims based on contracts subject even in part to the Landlord/Tenant Act ("Mietrechtsgesetz") or the NonProfit Housing Act ("Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz"), including all disputes regarding the conclusion, existence, termination and legal characterisation of such contracts and all claims resulting from or in connection with condominium property are prohibited from being made the subject of an arbitration agreement. Legal provisions outside this chapter according to which disputes may not, or may only under certain circumstances, be made subject to arbitral proceedings, remain unaffected hereby ».

¹⁷ Loi « Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz » (Labour and Social Courts Act) du 7 mars 1985, n° 104/1985

¹⁸ F. HAUGENDER et C. LIBESCHER, « Autriche : le nouveau droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 22 avr. 2006, n° 112, p. 933 ; A. REINER, « La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janvier 2006 », *Rev. arb.*, 2006, p. 401

¹⁹ M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013

²⁰ V. spéc. p. 44

²¹ V. spéc. p. 45

²² M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint Quentin, Economica, 2013, spéc. p. 91

alors survenir. Certes, les « *salariés dirigeants* » sont reconnus pour leurs capacités intellectuelles à gérer des équipes et une entreprise, mais cela signifie-t-il pour autant avoir une connaissance suffisante de l'arbitrage des implications de la stipulation d'une clause compromissoire ?

Cet argument en faveur de la distinction en fonction des responsabilités du salarié est à rapprocher d'un second. Avant 1982, les salariés-cadres avaient la possibilité de choisir d'introduire leur action en justice près du Conseil de prud'hommes ou du tribunal de commerce²³. Leur reconnaître aujourd'hui la possibilité de choisir leur justice, étatique ou privé, peut s'inscrire dans le prolongement de la disposition précitée, bien que ce choix ne soit plus, aujourd'hui, disponible. De plus, l'utilisation de ce critère permet d'envisager l'égalité des parties comme étant partiellement restaurée.

Pourtant, un inconvénient majeur de cette solution²⁴ doit être soulevé pour obtenir un panorama complet de celle-ci avant de déterminer s'il est opportun de l'introduire en droit interne. Outre le fait qu'il doive être réactualiser chaque année pour tenir compte de l'inflation des salaires, le seuil de rémunération au-dessus duquel la clause compromissoire peut être insérée au contrat de travail semble être relativement difficile à fixer. Quels éléments de la rémunération doivent être retenus ? Quels éléments objectifs permettent de fixer ce seuil plus ou moins haut ? D'autant plus aujourd'hui où l'une des préoccupations majeures est, semble-t-il, d'éviter les « *effets de seuil* ».

De plus, cette solution donne un éclairage particulier de l'arbitrage, il n'autorise pas le recours à la clause compromissoire pour les parties aux relations déséquilibrées en créant une justice réservée aux « *riches* », « *à double vitesse* », même si, de fait et sans avoir recours à des dispositions particulières, il est hautement probable que la distinction en fonction de la rémunération du salarié existera bel et bien.

Conclusion. Les critères de la rémunération et des responsabilités peuvent donc, dans un premier temps, apparaître comme relativement satisfaisants, répondant aux principales limites à l'arbitrabilité limitée des litiges individuels du travail. Pour autant, ils impliquent d'autres difficultés pratiques et sociales et diminuent notablement l'intérêt de notre étude qui a pour objectif de définir des moyens de conciliation entre le droit du travail et l'arbitrage afin que le développement de ce dernier puisse être profitable à toutes les catégories de salariés.

Appréhender de manière générale, il semble que la modulation de la validité de la clause compromissoire en raison des critères du litige ne soit pas une solution à plébisciter pour développer l'arbitrage des litiges individuels de travail. Il convient alors de s'intéresser à une autre forme

²³ J. BARTHELEMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 11 fév. 2010, spéc. p. 91

²⁴ Cet inconvénient a été soulevé par M. le professeur J. ICARD lors d'un entretien le 13 juin 2016.

d'aménagement de l'arbitrabilité, mettant en œuvre une spécificité du droit du travail : le recours aux conventions collectives (B).

B. La validité de la clause compromissoire en fonction de la convention collective

Le recours aux conventions collectives de branche pour assurer le développement de l'arbitrage en droit du travail est une idée développée, notamment, par J. BARTHELEMY et G. CETTE, dans un rapport de 2010 intitulé *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*²⁵. Pour ces auteurs, l'arbitrage est « l'avenir du droit du travail²⁶ ». C'est pourquoi, ils recommandent l'insertion d'une clause d'arbitrage dans la convention collective de branche (1) afin de sécuriser le recours à l'arbitrage dans les litiges individuels de travail. Afin que cet objectif de sécurité et de confiance dans la procédure arbitrale soit pleinement rempli, des garanties restent à trouver (2).

1. L'insertion d'une clause d'arbitrage dans la convention collective de branche

Dans cette perspective, le recours à l'arbitrage est subordonné à l'insertion, au sein même de la convention collective de branche, d'une clause autorisant le recours à l'arbitrage pour les litiges individuels de travail s'élevant dans les différents établissements et entreprises couverts par celle-ci. Cette solution s'inscrirait pleinement dans le mouvement de responsabilisation et d'accroissement de la légitimité des partenaires sociaux mis en œuvre depuis, entre autres, les lois de 2008²⁷ et de 2014²⁸. Ainsi, les partenaires sociaux seraient à même de négocier une clause d'arbitrage assurant un compromis entre les intérêts des salariés et des employeurs, notamment en élaborant un régime propre à la loi de la profession.

Niveau de la clause. C'est en grande partie pour cette raison que l'insertion d'une clause d'arbitrage doit être uniquement réservée au niveau des conventions de branche étendues. En effet, bien que le niveau de l'entreprise soit celui des dérogations, il faut ici préserver les intérêts des salariés. Plus la négociation est éloignée du niveau de l'entreprise, plus cet objectif de protection peut être atteint. Deux autres atouts peuvent être invoqués au soutien du choix de ce niveau. Insérer la clause d'arbitrage au niveau de la convention collective étendue signifie qu'elle s'appliquera à l'ensemble de la profession, sans possibilité de dumping social entre les entreprises en faisant partie. De plus, les arbitres seront ainsi plus éloignés, et de fait, plus indépendants de l'entreprise si un tel niveau

²⁵ J. BARTHELEMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 11 fév. 2010, spéc. p. 90-93

²⁶ J. BARTHELEMY, « L'arbitrage, avenir du droit du travail », in *L'arbitrage, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, T. 52, 2009 p.283

²⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

²⁸ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale

d'insertion est préconisé. Dans le même ordre d'idées, imposer que la clause soit insérée au niveau de la convention collective de branche implique que les syndicats pourront alors constituer des « *repeat players* », tout comme les employeurs et les conseils²⁹. Ceci pourrait alors avoir un effet sur la partialité de l'arbitre et le coût de l'arbitrage. D'autant plus qu'un fonds pourrait être constitué à ce niveau pour assurer le financement de l'arbitrage.

Contenu de la clause. Les partenaires sociaux pourront négocier, au sein de cette clause d'arbitrage, différentes garanties portant sur les points développés dans ce chapitre. En effet, dans un premier temps, la clause devrait faire état des différents types de litiges susceptibles d'être concernés. Selon J. BARTHELEMY et G. CETTE³⁰, les litiges se déclarant au stade de l'exécution du contrat de travail devraient pouvoir faire l'objet d'un arbitrage afin d'éviter la dégénérescence de la situation. De même, les litiges résultant d'une rupture du contrat de travail, tout particulièrement lorsque son annulation est demandée, devraient pouvoir être tranchés par un arbitre. Cette solution est prônée afin de rendre effectif le droit à la réintégration du salarié : plus la décision est rapide, plus l'hypothèse de réintégration est viable. Dans un deuxième temps, la clause devrait préciser les catégories de personnel concernant, en dressant la structure professionnelle de la branche. Dans un troisième temps, cette clause devrait prévoir, d'une part, la composition du collège arbitral dans la forme de l'échevinage et d'autre part, les garanties de procédure rendant licites la clause compromissoire, comme le respect d'un délai de réflexion et l'obligation d'information³¹. Enfin, cette clause pourrait prévoir des modalités quant à la répartition du coût de l'arbitrage entre l'employeur et le salarié ou la prise en charge d'une partie des frais de l'arbitrage par un fonds spécialement créé à cette fin.

Droit comparé. En Italie, le décret-loi du 2 février 2006³² a réformé les règles d'arbitrabilité des litiges en matière de droit du travail. Avant cette réforme, les litiges individuels du travail n'étaient pas arbitrables. Une loi³³ prévoyait cependant la possibilité pour les parties de soumettre leur litige à des arbitres, dès lors que « *cela est prévu par les accords collectifs de travail et sans préjudice, à peine de nullité, du droit des parties de saisir l'autorité judiciaire* ». La réforme de 2006 clarifie donc la situation. Désormais, les litiges individuels de travail peuvent être soumis à une instance arbitrale « *si cela est prévu par la loi ou par des contrats ou accords collectifs de travail*³⁴ ». C'est donc l'insertion

²⁹ V. spéc. p. 65

³⁰ J. BARTHELEMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 11 fév. 2010, spéc. p. 90-93

³¹ V. p. 124

³² Décret-loi n° 40/2006 du 2 févr. 2006 pris en application de la loi sur la compétitivité

³³ Loi n° 533/1973 sur les litiges en matière de droit du travail, art. 2 insérant au 2° de l'article 808 du Code de procédure civile italien : « *Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro, purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria* »

³⁴ Décret-loi n°40/2006 du 2 févr. 2006 "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80", art. 806: « *(Controversie arbitrabili). - Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per*

de clauses d'arbitrage au sein des conventions collectives qui a offert, aux yeux du législateur italien, une protection suffisante aux salariés amenant ainsi à reconnaître l'arbitrabilité des litiges du travail.

L'insertion de telles clauses dans les conventions collectives semble donc être une solution efficace pour améliorer l'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Cependant, certaines garanties doivent être apportées pour s'assurer de l'efficacité de cet outil de protection au service du développement de l'arbitrage (2).

2. *Les garanties nécessaires à l'insertion de clauses d'arbitrage dans les conventions collectives*

L'insertion de clauses d'arbitrage dans les conventions collectives semble être une solution, d'une part, réalisable, et d'autre part, assurant une réelle protection des salariés. Elle est à même d'instaurer une certaine confiance dans l'arbitrage, notamment par une légitimité décuplée par l'implication des partenaires sociaux dans sa construction. Ceci étant, des garanties doivent être mises en œuvre pour assurer l'efficacité de ce moyen de développement de l'arbitrage, notamment au niveau de la nature de cette clause (a) et à l'articulation de celle-ci avec le contrat de travail individuel (b).

a. *La nature de la clause d'arbitrage*

Dans la pensée de J. BARTHELEMY et G. CETTE, l'arbitrage est en parfaite harmonie avec le mouvement de réduction du droit réglementaire au profit du droit contractuel³⁵. Autrement dit, la place de la loi dans la hiérarchie des normes devrait décroître pour laisser une place plus grande au droit conventionnel³⁶, notamment aux conventions de branche étendues donnant naissance à la « *loi de la profession* ». Dans cette perspective, il est nécessaire de s'assurer que la clause d'arbitrage ne devienne pas la « *loi de la profession* » mais plutôt une faculté reconnue aux parties de pouvoir recourir à l'arbitrage sous la forme d'une clause compromissoire. A ce titre, la clause devrait déterminer, d'abord, les conditions de validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail, notamment au regard de l'objectif de protection des salariés. Ensuite, cette clause devrait fixer les différentes modalités du recours, tel que la composition du tribunal arbitral ou la rédaction de la clause compromissoire.

oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro »

³⁵ J. BARTHELEMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 11 fév. 2010, spéc. p. 85-86

³⁶ J. BARTHELEMY, « Pour une nouvelle articulation des normes », *Dr. soc.*, 2013 p. 17 ; V. aussi loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; J-D. COMBEXELLE, *Rapport remis au Premier Ministre : La négociation collective, le travail et l'emploi*, 9 sept. 2015

Ces deux aspects de la clause compromissoire répondent effectivement à deux objectifs. D'une part, offrir un régime suffisamment protecteur au salarié pour qu'il puisse recourir à l'arbitrage sans crainte. D'autre part, établir des modalités communes à l'ensemble des travailleurs couverts par la convention collective afin de créer un socle de protection commun à tous. Ce dernier objectif doit ensuite être mis en perspective au vu de l'articulation de la clause d'arbitrage de la convention collective avec le contrat individuel de travail **(b)**.

b. L'articulation avec le contrat individuel de travail

Le contrat individuel de travail devra toujours stipuler la clause compromissoire. La seule insertion d'une clause en organisant les modalités au sein de la convention collective ne peut être suffisante³⁷.

Il est donc nécessaire de s'intéresser à l'articulation entre cette clause et le contrat de travail. Celle-ci doit se faire en application du principe de faveur. Autrement dit, si le contrat individuel de travail du salarié prévoit des modalités de recours à l'arbitrage moins favorables que la clause d'arbitrage intégrée à la convention collective, celles-ci seront écartées au profit des modalités définies dans la clause d'arbitrage³⁸. Il est important de garantir cette articulation afin d'une part, que le salarié ne puisse renoncer à un avantage offert par la clause d'arbitrage et d'autre part, que les modalités de recours puissent toujours être négociées afin de répondre au mieux aux volontés des parties et à la réalité de la situation.

Cette double articulation, la nécessité que la convention collective prévoit le recours à l'arbitrage et l'aménagement des modalités via le contrat de travail, n'est pas sans rappeler celle de l'aménagement du temps de travail par le biais des forfait-jours annuels³⁹.

Enfin, il faut noter qu'intégrer une clause d'arbitrage au sein d'une convention collective ne doit pas donner lieu à l'insertion de clauses de style dans les contrats de travail quant au règlement des litiges par le biais de l'arbitrage. Ce risque est difficilement endiguable.

Conclusion. Admettre la validité de la clause compromissoire stipulée dans les contrats de travail à la condition que cette possibilité soit établie dans la convention collective de branche étendue semble être une solution adéquate d'aménagement de l'arbitrabilité des litiges. En effet, les conventions

³⁷ Entretien avec M. le président A. LACABARATS, 13 juin 2016

³⁸ Pour exemple, si la clause de la convention collective prévoit que l'employeur prendra en charge 75% du coût de l'arbitrage quand le contrat de travail prévoit que le coût sera divisé en deux parts égales entre le salarié et l'employeur, la clause de la convention collective sera appliquée.

³⁹ C. trav., art. L. 3121-39 : « *La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions* ».

collectives sont un outil particulier, ayant vocation à trouver une place de plus prégnante au sein des relations de travail. Cette technique semble donc appropriée, dès lors que les garanties nécessaires sont assurées.

Un autre mécanisme de droit du travail peut enfin être mis à contribution pour reconnaître plus aisément la validité de la clause compromissoire dans les contrats de travail. L'un des risques observés est que la clause compromissoire soit imposée au salarié dès la signature du contrat de travail et sans que celui-ci ne puisse négocier les termes du contrat. Il est alors important de proposer un contrôle approfondi du consentement du salarié comme il existe pour la rupture conventionnelle (§2).

§2. L'aménagement de l'arbitrabilité par l'intensification du contrôle du consentement

Dans un certain nombre de contrats où l'un des cocontractants est considéré comme une partie faible, le législateur a dû s'assurer que le consentement de la partie faible était réel, cette dernière ayant une parfaite compréhension des obligations qui seront les siennes par l'effet du contrat. Ce dispositif se retrouve dans certaines hypothèses du droit de la consommation, notamment quant à la conclusion d'un crédit immobilier ou d'un crédit à la consommation⁴⁰. La procédure de rupture conventionnelle est directement inspirée de ces mécanismes consuméristes, afin de garantir le consentement du salarié dans l'exercice de son droit de rupture d'un commun accord du contrat de travail. Le droit de l'arbitrage des litiges individuels de travail pourrait ainsi s'inspirer de ces modèles, plus particulièrement du délai de réflexion (**A**) et du droit à une information détaillée (**B**) afin que soit garanti le consentement du salarié lors de la signature de la clause compromissoire, voire du compromis d'arbitrage.

Rupture conventionnelle. La rupture conventionnelle est un mode de rupture du contrat de travail élaboré par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008⁴¹ et consacré par l'article 5 de la loi du 25 juin 2008⁴². Un dispositif particulièrement élaboré est mis en œuvre⁴³. Sont ainsi exigés un écrit, un entretien préalable auquel le salarié peut être assisté, un délai de rétractation de quinze jours

⁴⁰ C. conso., art. L312-12 et suivants (relatifs à l'information précontractuelle) ; art. L.312-19 et suivants (relatifs au délai de rétractation)

⁴¹ Accord national interprofessionnel du 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail

⁴² Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail

⁴³ P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER; P. REMY, S. HONEYBALL, D. B. OPPEINHEIMER, « La rupture conventionnelle. Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », *Rev. dr. trav.*, 2008, p. 550

calendaires et une homologation par l'autorité administrative. L'ensemble de ces mesures doit être mis en œuvre afin de garantir un objectif précis : l'effectivité du consentement du salarié⁴⁴.

L'une des limites à l'arbitrabilité des litiges individuels de travail est la méfiance à l'égard du consentement du salarié, partie faible au contrat de travail, traduite, entre autres, par la théorie de l'indisponibilité des droits. Ainsi, certains éléments de la rupture conventionnelle pourraient utilement être transposés à la conclusion d'une clause compromissoire⁴⁵ ou d'un compromis d'arbitrage afin de garantir le consentement du salarié.

A. L'introduction d'un délai de réflexion ou de rétractation

Définitions. Le délai de réflexion est un « *délai institué par la loi dans le dessein d'éviter des décisions précipitées pendant lequel il est interdit au destinataire d'une offre de l'accepter*⁴⁶ ». Quant au délai de rétractation, il s'agit d'un « *délai toujours bref pendant lequel le contractant qui bénéficie d'un droit de repentir peut revenir sur son engagement*⁴⁷ ». Le droit de repentir lui est défini comme suit : « *une faculté reconnue par la loi ou établie par le contrat, permettant à son bénéficiaire pendant un certain délai de rétracter unilatéralement son engagement, par dérogation au principe de l'irrévocabilité de la promesse*⁴⁸ ».

Intérêt du délai. Le salarié est la partie faible au contrat de travail, et, a fortiori, est présumé être partie faible dans le contrat stipulant une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage. C'est pourquoi il est nécessaire que soit garantie l'intégrité de son consentement. Autrement dit, que ce dernier soit donné librement et en pleine connaissance de cause. La fonction du délai, qu'il soit de réflexion ou de rétractation, est de donner aux parties « *le temps du doute*⁴⁹ ». Il s'agit ainsi d' « *optimiser la sûreté du consentement en laissant aux parties un temps pour revenir sur leur accord avant d'en être définitivement tenu*⁵⁰ ».

⁴⁴ C. trav., art. L.1237-11, al. 3 : « [La rupture conventionnelle] est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties ».

⁴⁵ P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER; P. REMY, S. HONEYBALL, D. B. OPPEINHEIMER, « La rupture conventionnelle. Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », *Rev. dr. trav.*, 2008, p. 550 : « la rupture conventionnelle se présente comme une matière composite, dont certains éléments pourraient utilement être transposés à d'autres accords de volonté »

⁴⁶ DEBARD T. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012, spéc. p. 283

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ DEBARD T. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012, spéc. p. 333

⁴⁹ Y. LEROY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail. Regards sur le contentieux quatre ans après sa mise en place », *Rev. juris. soc.*, avr. 2012, p. 249

⁵⁰ G. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2010 p. 297

Ce délai permet ainsi aux parties, d'une part, de s'informer plus précisément sur ses droits et, d'autre part, de mettre de nouveau en balance les éléments de la décision, sans la présence de l'employeur et sans ressentir, éventuellement, des pressions psychologiques influençant sa volonté⁵¹.

Dans l'hypothèse où ce délai de réflexion ou de rétractation serait institué pour la clause compromissoire, un avantage essentiel est à souligner. La clause ne serait pas valable et effective par sa simple stipulation dans le contrat de travail, souvent contrat d'adhésion. Ainsi, le salarié ne subirait pas l'éventuelle pression économique l'amenant à signer la clause compromissoire, sans avoir pleinement conscience de ses implications.

Nature du délai. Une fois l'intérêt d'un tel délai mis en exergue, il faut aborder la nature de ce délai. Autrement dit, doit-il être préféré un délai de réflexion plutôt qu'un délai de rétractation ?

Selon le professeur J. ICARD⁵², le délai de réflexion est à privilégier dans l'hypothèse de la clause compromissoire. Il permet au salarié d'accepter la clause compromissoire après un certain délai, et a fortiori après la signature du contrat de travail. Il garantit ainsi un consentement parfaitement libre et éclairé du salarié, non influencé par une pression externe, notamment son rapport à l'emploi.

Au contraire, le délai de rétractation correspond plus à l'hypothèse du compromis d'arbitrage. Le salarié accepte alors ce contrat qui est valablement formé, à moins qu'il n'exerce son droit de repentir. Il reflète alors un consentement plus certain lors de la signature du compromis. Cette expression du consentement est plus en accord avec la réalité de la situation étant donné que le compromis n'est valable que lorsque le contrat de travail a été rompu antérieurement. Le salarié est donc, d'ores et déjà, en partie libéré de son état de subordination juridique et des pressions psychologiques.

Introduire un délai de réflexion ou de rétractation afin de garantir l'intégrité du consentement du salarié semble donc être une solution pragmatique, adaptée à la réalité de la relation individuelle du travail et des litiges pouvant en découler. Ceci étant, il doit être complété par un droit à une information détaillée (**B**) afin de garantir le consentement parfaitement libre et éclairé du salarié à l'arbitrage.

B. L'introduction du droit à une information détaillée

⁵¹ Y. LEROY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail. Regards sur le contentieux quatre ans après sa mise en place », *Rev. juris. soc.*, avr. 2012, p. 249

⁵² Entretien avec M. le professeur J. ICARD, 13 juin 2016

D'inspiration consumériste⁵³, ce droit à une information détaillée permettrait de consolider le consentement du salarié qui serait dès lors pris en pleine connaissance de cause. Autrement dit, imposer à l'employeur une obligation d'information au salarié offrirait une garantie supplémentaire quant à l'intégrité du consentement de ce dernier.

Intérêt de l'obligation. Ce bénéfice a été reconnu, notamment au sujet de la rupture conventionnelle, dans le texte de l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. Il y est énoncé : « *la liberté de consentement des parties est garantie : (...) par l'information du salarié de la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement* ». De même, la présidente honoraire de la Cour d'appel de Paris, C. TAILLANDIER, reconnaît que la rupture conventionnelle « *implique le libre consentement des deux parties et donc une parfaite égalité des armes, et que l'absence d'information du salarié sur ses droits est susceptible de rompre l'équilibre devant exister entre les parties*⁵⁴ ».

Droit autrichien. L'article 617 de la loi autrichienne de 2006 portant réforme du droit de l'arbitrage, applicable par renvoi de l'article 618 au droit du travail, dispose : « *le salarié doit, avant de conclure l'accord d'arbitrage, avoir été informé par une fiche d'informations écrite des différences significatives entre l'arbitrage et le recours devant les juridictions étatiques*⁵⁵ ». Le droit autrichien impose donc à l'employeur une obligation d'information précontractuelle afin d'éclairer le consentement du salarié.

Pour conclure, il faut retenir que le consentement est plus aisément éclairé et donné en pleine connaissance de cause lorsqu'il est précédé d'une information quant aux droits du salarié. C'est pourquoi imposer une obligation d'information précontractuelle à l'employeur semble être une solution pour lever les barrières à l'arbitrabilité des litiges individuels de travail relatives à la crainte d'un consentement vicié du salarié.

Nature des informations. Une fois établi l'intérêt d'une obligation d'information précontractuelle, il est nécessaire de s'interroger sur le contenu de cette obligation. Aussi, il semble important, comme c'est le cas en droit autrichien, que le salarié ait conscience des distinctions significatives entre

⁵³ Pour une illustration concernant les contrats à la consommation, C. conso., art. L. 312-12 : « *Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, sous forme d'une fiche d'informations, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement* ».

⁵⁴ C. Taillandier, « La rupture conventionnelle sous l'œil du juge », *Sem. Soc. Lamy*, 2012 n° 1552 p. 7.

⁵⁵ Traduction libre. Loi "Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006" du 13 janv. 2006, n° 7/2006 : "§617 (3) *In arbitration agreements between an entrepreneur and a consumer, the consumer must, prior to concluding the arbitration agreement, be furnished with a written legal advice notice regarding the significant differences between an arbitration and court proceedings*".

l'arbitrage et le recours devant les juridictions étatiques, et notamment, des implications l'absence de double degré de juridiction. De plus, il doit être à même de mesurer l'impact pécunier de ce recours sur sa situation financière.

Conclusion. L'introduction d'un délai de réflexion ou de rétractation et d'une obligation d'information dans le droit de l'arbitrage des litiges individuels du travail permet de garantir, autant que faire se peut, l'intégrité du consentement du salarié à l'arbitrage. Ces solutions sont d'autant plus importantes lorsqu'il s'agit de stipuler une clause compromissoire étant donné que le salarié est encore en état de subordination vis-à-vis de son employeur, état duquel peuvent découler certaines pressions.

Cependant, tous les procédés propres à la rupture conventionnelle ne peuvent trouver transposition dans le droit de l'arbitrage. Il est notamment ici fait référence à l'homologation par l'autorité administrative, l'inspection du travail, de la rupture conventionnelle. Il semble inimaginable que la stipulation d'une clause compromissoire ou d'un compromis puisse faire l'objet d'une homologation étant donné que, par nature, le recours à l'arbitrage tend à exclure l'autorité étatique de son champ.

Conclusion de la section. L'ensemble de la démonstration menée dans cette section permet d'établir qu'il est possible d'envisager un aménagement de la validité de la clause compromissoire en ayant recours à certains mécanismes, d'ores et déjà présents en droit du travail. Ceci étant, recourir aux critères du litige pour moduler l'arbitrabilité du litige semble être une solution difficilement réalisable au vu des différentes difficultés qu'elle emporte. L'utilisation des conventions collectives semble, quant à elle, être le moyen de conciliation du droit du travail et de l'arbitrage à plébisciter afin de moduler la validité de la clause compromissoire et ainsi avancer dans le développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Enfin, le contrôle du consentement du salarié par le biais des mécanismes déjà mis en œuvre pour la rupture conventionnelle semble lutter contre les clauses compromissoires imposées par l'employeur au salarié.

Les moyens étudiés ci-dessus ne doivent pas être isolés des autres solutions proposées au fil de ce chapitre, et de cette partie de notre étude. En effet, chacun répond à une limite, à un risque précis.

Après s'être intéressé à l'aménagement de la validité de la clause compromissoire grâce aux techniques du droit du travail, il faut désormais aborder la solution qui consiste à implanter le paritarisme au sein du tribunal arbitral. Cette précaution ne peut cependant être qu'accessoire à comparer des solutions étudiées précédemment, notamment l'institutionnalisation (**Section 2**).

Section 2 : Le paritarisme, précaution accessoire lors de la constitution du tribunal arbitral

L'article L. 1421-1 du Code du travail dispose : « *Le conseil de prud'hommes est une juridiction élective et paritaire. Il est composé, ainsi que ses différentes formations, d'un nombre égal de salariés et d'employeurs* ». L'attachement des acteurs de la justice prud'homale, et plus particulièrement des partenaires sociaux, à ce système paritaire est depuis longtemps connu et reconnu¹.

L'implantation de ce système est une conséquence directe de l'histoire des Conseils de prud'hommes. Né dans les premiers bureaux de conciliation des Conseils de prud'hommes en 1806, il a ensuite été pensé et organisé pendant la deuxième République, sous l'impulsion de la « Commission pour les travailleurs ». Il a, enfin, été concrétisé par la loi du 27 mai 1848 imposant que soient introduits dans l'organisation des Conseils de prud'hommes des ouvriers, et ce, en respectant un paritarisme strict en application duquel le nombre de conseillers prud'homaux *ouvriers* serait toujours égal au nombre de conseillers prud'homaux *patrons*².

Ce principe n'a jamais été remis en question³ au fil des différentes réformes et de l'évolution des Conseils de prud'hommes.

Dans cette section, il s'agit de réfléchir à l'introduction, au stade de la composition du tribunal arbitral, d'une obligation de paritarisme des arbitres, ou plutôt d'« *échevinage* » étant donné que la validité de la constitution du tribunal est subordonnée au nombre impair des arbitres⁴.

Cette obligation permettrait d'offrir aux parties une assurance nouvelle dans la constitution égalitaire du tribunal arbitral (§1). Pour autant, cela entraîne des contraintes supplémentaires (§2).

§1. Une assurance nouvelle dans la constitution égalitaire du tribunal arbitral

Il a été étudié précédemment⁵ que l'un des principaux risques de l'arbitrage en droit du travail est que le tribunal arbitral soit constitué de manière inégale par les parties, rendant équivoques les devoirs

¹ A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Rapport remis à Madame la garde des sceaux, Juil. 2014, p. 16

² H. GUETTARD, « Le paritarisme prud'homal, attachement syndical et pis-aller judiciaire », *Gaz. Pal.*, 3 avr. 2015, n° 94, p. 845

³ En pratique tout du moins

⁴ C. proc. civ., art. 1451, al. 1 : « *Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair* ».

⁵ V. spéc. p. 49

d'indépendance et d'impartialité des arbitres. La solution ici proposée permettrait d'endiguer ce risque.

Il s'agirait d'imposer aux parties la constitution d'un tribunal arbitral paritaire. Etant donné que le nombre d'arbitres est nécessairement impair, cela se matérialiserait par la désignation d'un ou deux représentants des salariés, et autant de représentants des employeurs. Une fois l'ensemble de ces représentants désignés, ils désigneraient d'un commun accord un président. Pour J. BARTHELEMY et G. CETTE, ce dernier devrait être choisi parmi une liste d'experts, universitaires ou professionnels du droit ayant une grande notoriété⁶.

Le paritarisme serait ainsi sauvegardé, bien que la méthode soit plus proche d'un échevinage.

Autrement dit, il s'agit d'introduire délibérément, au sein du tribunal arbitral, des arbitres ayant une sensibilité plus ou moins grande envers l'une ou l'autre des parties. Comme l'explique H. GUETTARD à propos des conseils de prud'hommes, « *on ne croit pas (...) que le conseiller prud'homal salarié prenne indifféremment le parti de l'employeur ou celui du salarié (...). Non pas que le conseiller prud'homal soit a priori incapable de cette mise à distance, mais parce que tout lui intime, à commencer par son milieu professionnel, son mode de désignation et sa formation d'avoir, a minima, une sollicitude particulière pour le justiciable qui appartient à la même catégorie socio-professionnelle que lui*⁷ ».

Cette logique de « *parti pris* » a déjà été abordée quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres dans l'hypothèse d'un litige individuel du travail, bien qu'elle repose sur des considérations autres, tel le courant d'affaires. Aussi, le paritarisme apporte ici une réponse puisqu'est fait le pari que l'équilibre des forces entre les deux collèges arbitraux assurera l'impartialité de l'ensemble du tribunal arbitral.

Cette solution permettrait que soient améliorées l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral. En ce sens, sa mise en œuvre semble extrêmement bénéfique au développement de l'arbitrage en droit du travail, l'un des risques les plus importants étant alors atténué. Pour autant, cette pratique serait une contrainte supplémentaire dans la constitution du tribunal arbitral (§2).

§2. Une contrainte supplémentaire dans la constitution du tribunal arbitral

Dans un premier temps, il est nécessaire de faire le lien entre le coût de l'arbitrage et le nombre d'arbitres. En effet, il a été vu que l'un des moyens de diminuer le coût de l'arbitrage est de réduire le

⁶ J. BARTHELEMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 11 fév. 2010, spéc. p. 91

⁷ H. GUETTARD, « Le paritarisme prud'homal, attachement syndical et pis-aller judiciaire », *Gaz. Pal.*, 3 avr. 2015, n° 94, p. 845

nombre des arbitres composant le tribunal arbitral. Or, avoir recours au paritarisme implique a minima que trois arbitres tranchent le litige. L'arbitre unique ne peut exister. Imposer le paritarisme du tribunal arbitral reviendrait donc à augmenter le coût de l'arbitrage, du fait même d'une obligation légale. Cette critique peut cependant être minorée si un moyen de financement efficace de l'arbitrage est mis en œuvre.

Dans un second temps, avoir recours au paritarisme implique, pour les parties à l'arbitrage, des restrictions quant aux possibilités de choix des arbitres. En effet, cela implique pour les parties de ne sélectionner qu'un ou deux arbitres plutôt que les trois ou cinq, en accord avec l'autre partie, composant le tribunal arbitral. D'autant plus que le choix des arbitres se fera désormais en fonction de leurs tendances. Bien que cela puisse être perçu comme positif étant donné la protection offerte au salarié par ce biais, il s'agit d'une atteinte importante à l'un des avantages, souvent qualifié de fondamental, de l'arbitrage, celui de choisir en toute liberté le tribunal arbitral.

Il s'agit donc de prendre la mesure de ces inconvénients en comparaison des avantages qui en découlent. Enfin, il faut noter, qu'en pratique, bien que cette solution ne soit pas une obligation légale, elle semble d'ores et déjà ancrée dans la pratique arbitrale.

Conclusion. Le mécanisme du paritarisme, propre aux conseils de prud'hommes, semble être un moyen efficace au service de l'arbitrage. En effet, il permet de réduire les risques liés à la constitution du tribunal arbitral, notamment en raison de l'inégalité des parties. Cependant, il semble qu'une telle solution doive rester accessoire ou être alternative avec celle de l'institutionnalisation de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Ce dernier moyen de développement de l'arbitrage assurerait suffisamment la protection du salarié lors de la constitution du tribunal arbitral sans être complétée par le paritarisme du tribunal arbitral. Bien que l'institutionnalisation de l'arbitrage soit une atteinte certaine à la liberté contractuelle et tend vers une *judiciarisation* de ce mode alternatif de règlement des conflits, les bénéfices en découlant seraient plus nombreux que ceux résultant du paritarisme du tribunal arbitral.

Conclusion du chapitre

L'ensemble de ce chapitre permet d'entrevoir des moyens de conciliation entre le droit du travail et le droit de l'arbitrage résultant des mécanismes du droit du travail eux-mêmes. L'aménagement de ces différentes techniques du droit du travail offrirait ainsi des perspectives de développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail tout en minimisant les limites et risques précédemment étudiés.

Cette démonstration révèle également que les relations entre le droit du travail et l'arbitrage ne doivent pas être conflictuelles. Au contraire, doivent être importés et aménagés des éléments connus en droit du travail afin de favoriser le développement de l'arbitrage, tout en assurant la protection des droits des salariés. D'autant plus que les principaux moyens découverts ici ont trait à la détermination de l'arbitrabilité des litiges, à la réduction des limites de celle-ci afin d'ouvrir le champ et les perspectives de l'arbitrage à de plus nombreux salariés.

Il serait donc possible, par le seul aménagement des mécanismes du droit du travail, de concilier le droit du travail et l'arbitrage afin que ce dernier puisse se développer, et ce, en toute sécurité pour le salarié, dans les relations individuelles de travail.

CONCLUSION DE LA PARTIE

Alors que la première partie de notre étude mettait en exergue les limites résultant de la confrontation du droit du travail et de l'arbitrage, cette seconde partie offre des perspectives quant à l'ensemble des moyens qui pourraient être mis en œuvre afin de concilier le droit du travail et l'arbitrage, autrement dit, afin d'assurer le développement de l'arbitrage tout en protégeant le salarié, partie faible au contrat de travail.

Que ce soit par le biais des mécanismes de l'arbitrage, adaptés aux spécificités du droit du travail ou des mécanismes du droit du travail, au service de l'arbitrage, peuvent être observées différentes solutions offrant une réelle protection du salarié. Cependant, ces protections entraînent parfois des restrictions à la liberté contractuelle, et par la même dénature quelque peu le droit de l'arbitrage. Il est pourtant permis de penser que ces restrictions sont justifiées et proportionnées afin que le développement de l'arbitrage n'emporte aucun impact quant aux protections garanties au salarié.

Il reste à conseiller que les différents moyens de conciliation étudiés ici, bien qu'ils puissent être implantés séparément, soient aménagés de manière harmonieuse afin de garantir une protection optimale du salarié lorsqu'il recourt à l'arbitrage.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le droit du travail et l'arbitrage reposent sur des philosophies antagonistes et poursuivent des objectifs opposés. Alors que l'un raisonne en termes de sécurité et de protections, l'autre a pour devise liberté, efficacité, autonomie. Cependant, prenant en considération la *favor arbitrandum* et les évolutions récentes du droit du travail, notre démonstration avait pour ambition de contribuer au développement de l'arbitrage des litiges individuels de travail.

Au terme de notre étude, nous pensons que l'arbitrage peut s'accommoder des contraintes imposées par l'objectif de protection du salarié. Le développement de l'arbitrage en droit du travail reposerait juridiquement sur la reconnaissance des conséquences de la faiblesse du salarié, partie à l'arbitrage, et l'élaboration de protections supplémentaires dans le but d'éliminer celles-ci.

Afin d'identifier ces faiblesses, nous avons débuté notre raisonnement par l'analyse des différentes limites au développement de l'arbitrage en droit du travail. Ces limites et risques sont principalement liés au coût de l'arbitrage, à la virtualité d'un déni de justice et au mode inégalitaire de constitution du tribunal arbitral, entraînant potentielle une dépendance et une partialité des arbitres. Une fois ces limites et risques déterminés et hiérarchisés aux différents stades du processus arbitral, nous avons proposé différents moyens de conciliation entre le droit du travail et l'arbitrage. Ceux-ci ont principalement pour objectif d'encadrer la liberté contractuelle, de contrôler le consentement du salarié et aussi, de contrôler la conformité de la sentence à l'ordre public. Ainsi, en admettant *a priori* et *a posteriori* de nouvelles protections pour le salarié, il semble que l'arbitrage puisse se développer en droit du travail dans un climat autre que celui de la confrontation. L'ensemble des moyens dégagés permet ainsi d'ébaucher un droit de l'arbitrage adapté aux relations de travail, par essence déséquilibrées. Bien évidemment, ces moyens ne sont qu'au stade des propositions. C'est pourquoi il était important de vérifier la pertinence de ceux-ci et les critiques qui peuvent naître à leur encontre, afin de pouvoir préconiser certains d'entre eux par rapport à d'autres.

Cependant, et bien que le développement de l'arbitrage puisse être envisagé dès lors que les moyens évoqués ci-dessus permettent d'assurer la protection des droits des salariés, le recours à cette institution ne doit pas permettre d'échapper à une réforme de la justice sociale. L'arbitrage n'a pas vocation à concurrencer les conseils de prud'hommes. Il sert une autre forme de justice, parfois plus adaptée aux litiges individuels de travail. Il est une justice alternative et son développement ne doit pas justifier l'état actuel de la justice prud'homale et les délais de traitement des dossiers.

La crainte d'une justice « à double vitesse » naît principalement de la préoccupation que l'Etat ne mette pas en œuvre les moyens suffisants pour combler les difficultés et lenteurs de la justice prud'homale. L'arbitrage serait alors, pour les salariés les plus aisés, une voie de sortie de la juridiction étatique permettant d'obtenir un jugement rapide et efficace. L'arbitrage ne doit donc pas être une institution compensant les défaillances de la justice étatique. Pour cela, il ne faut pas simplement se contenter de promouvoir l'arbitrage : il faut également travailler sur la crédibilité et l'efficacité des conseils de prud'hommes. Cet objectif est notamment au cœur du rapport d'A. LACABARATS, remis en 2014 à la Garde des sceaux⁸. Celui-ci a notamment inspiré la réforme prud'homale décrite dans la loi du 6 août 2015⁹ et le décret relatif à la procédure prud'homale du 20 mai 2016¹⁰.

⁸ A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Rapport remis à Madame la garde des sceaux, Juil. 2014

⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 258 à 260

¹⁰ Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail ; V. D. VAN DER VLIST, « La fin de la justice prud'homale est-elle écrite ? », *Sem. Soc. Lamy*, 6 juin 2016, n° 1726 ; D. BOULMIER, « La procédure prud'homale après le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 », *Dr. ouvr.*, 1^{er} juil. 2016, n° 816 p. 454

BIBLIOGRAPHIE

§1 : Ouvrages généraux

A. Traités et manuels

- G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 29^{ème} éd., 2015
- L. BENRAÏS, C. BUTRUILLE-CARDEW, N. FRICERO, B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, Dalloz « Guides », 2014
- CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., LexisNexis, Manuel, 2014.
- G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey, 17^{ème} éd., 2014
- CROZE H., *Procédure civile*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2014
- S. DEAKIN et G. S. MORRIS, *Labour law*, Hart Publishing, 6^{ème} éd., 2012
- S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile : Droit interne et droit de l'Union Européenne*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2014
- GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., DEBARD Th, *Institutions juridictionnelles*, 12^{ème} éd., « Précis », Dalloz, 2013.
- KERNALEGUEN F., *Institutions judiciaires*, 6^{ème} éd., LexisNexis Manuel, 2015.
- HERON J., LE BARS Th., *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., LextensoEdition, Coll. Montchrestien, 2012.
- E. MCKENDRICK, *Contract Law*, Palgrave Macmillan, 10^{ème} éd., 2013
- B. OPPETIT, *La théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998

B. Dictionnaires

- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2014.
- DEBARD T. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012
- O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, coll. DidactDroit, 2011
- Dictionnaire de la langue française, Larousse, 2013

§2 : Encyclopédies et juris-classeurs

- P. ANCEL, « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Consentement. Capacité. Pouvoir. Objet. Cause », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1022

B. L. BENSON, « 7500. Arbitration », *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 159

P. GERBAY, V. PARENTY-BAUT, Y. DESDEVISES, « Appel. Jugements susceptibles ou non d'appel », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 712

E. LOQUIN :

- « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1002 ;
- « Arbitres. Aperçu historique. Aperçu de droit comparé », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1010 ;
- « Compromis et clause compromissoire », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1020 ;
- « Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables », *J-Cl. Proc. civ.*, Fasc. 1024 ;
- « Arbitrage. Compétence arbitrale. Etendue », *J-Cl. Proc. civ.*, Fasc. 1032 ;
- « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1034 ;
- « Arbitrage . – Instance arbitrale . – Procédure devant les arbitres », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1036 ;
- « Arbitrage. Instance arbitrale. Arbitrage de droit et amiable composition », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1038 ;
- « Arbitrage. La décision arbitrale. Voie de recours », *J-Cl. Pr. Civ.*, Fasc. 1046

§3 : Ouvrages spéciaux, mélanges, actes de colloque et thèses

A. Ouvrages spéciaux

P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001

W. BEN HAMIDA et T. CLAY (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013

J. CLAM, G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998

T. CLAY (sous la direction de) *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2011

A. HOLLANDE, X. LINANT DE BELLEFONDS, *L'arbitrage et la médiation*, PUF, collection « Que sais-je », 2003

H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010

Y. STRICKLER, *L'arbitrage, questions contemporaines*, L'Harmattan, 2012

B. Mélanges

Mélanges Pierre BELLET, Litec, 1991

Mélanges Michel CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999

Mélanges en l'honneur de Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001

Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage, Litec, 2004

C. Actes de colloque

L. ASCENSI, *Le professionnel et le profane dans l'acte de juger*, Revue juridique de l'Ouest, 2013, p. 115-127

P. HOLLANDER, G. MATRAY, D. MATRAY, *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruylant Bruxelles, 2009

F. LEFEVRE, J-F. TOSSENS, D. MATRAY, G. MATRAY, *Arbitrage et confidentialité*, Bruylant Bruxelles, 2014

D. Thèses

L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl., Université de Versailles – Saint-Quentin, Bruylant, 2011

J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, sous la direction de C. JAMIN, thèse dactyl. Université Lille 2, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 549, 2013

M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence – compétence en droit de l'arbitrage*, sous la direction de J-B. RACINE, thèse dactyl., Université de Nice – Sophia Antopolis, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013

T. CLAY, *L'arbitre*, préface de P. FOUCHARD, Dalloz, coll. Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 2, 2001

M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, sous la direction de T. CLAY, thèse dactyl. Université de Versailles – Saint-Quentin, Economica, 2013

H. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préface de P. MAYER, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé T. 353, 2001

§4 : Rapports et études

A. Rapports

J. BARTHELEMY, G. CETTE, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 11 fév. 2010

A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Rapport remis à Madame la garde des sceaux, Juil. 2014

B. Etudes

ACAS, The Acas arbitration scheme for the resolution of unfair dismissal dispute (England and Wales)

§5 : Articles

A. En français

S. AMRANI-MEKKI, « L'hostilité de la procédure prud'homale envers l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 3 mars 2012, p. 29

M. ARMAND-PREVOST, « L'arbitre unique, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2004, p. 26

J. BARBET, note sous Cour d'appel de Paris, 3 juil. 2012, *Rev. Arb.*, 2013, n°1, p. 160

J. BARTHELEMY :

- « Quels modes de résolution des conflits en droit social ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2015, n°1671, p. 18 ;
- « L'arbitrage, avenir du droit du travail », in *L'arbitrage, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, T. 52, 2009, p.283

J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Refondation du droit social », *Les cahiers du DRH*, 1^{er} janv. 2010, n°161, p. 75

J. BARTHELEMY, G. CETTE, T. GRUMBACH, E. SERVERIN, « Controverse : Faut-il renforcer les modes alternatifs de résolution des litiges entre employeurs et salariés ? », *Rev. dr. trav.*, 2010, 205

M. BECKERS :

- « Controverse : Faut-il prendre au sérieux l'arbitrage en matière prud'homale ; Une vraie mauvaise idée », *Rev. dr. trav.*, 2014, n°12, p. 731 ;
- « Médiation, procédure participative et arbitrage : la grande braderie de la justice sociale », *Dr. Ouvr.*, mars 2016, n° 812, p. 128

J. BEGUIN, « Le bon usage de l'arbitrage », *JCP G*, 29 juin 2009, n°27, 54

P. BELLET, « Sur l'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre », *Rev. arb.*, 1992, p. 470

D. BENSAUDE :

- « Egalité des parties dans la constitution du tribunal et intérêts divergents », *Gaz. Pal.*, 7 mars 2014, n°66, p. 17 ;

- « Arbitrage, impartialité et indépendance de l'arbitre », *Gaz. Pal.*, 6-8 fév. 2011, n° 37, p. 18
- V. BERNAUD, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 2015, p. 4
- P. BIENVENU et M. VALASEK, « La Cour suprême du Canada a-t-elle changé de cap en matière d'arbitrage ? Un commentaire sur l'arrêt Seidel v. Telus Communications Inc. », *Cah. Arb.*, 1^{er} juil. 2011, n°3, p. 799
- X. BLANC-JOUVAN, « Le développement de l'arbitrage du travail aux Etats-Unis », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 45
- B. BLOHORN-BRENNEUR, « Bicentenaire de la création des conseils de prud'hommes. Bilan et perspectives », *D.* 2006, p. 1324
- V. BOCCARA, « Vers la création d'un CNAT », *LPA* 23 juin 2014, n°124, p. 4
- G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. Arb.*, 2004, p. 511
- M. BOUCARON-NARDETTO :
 - « Le contrôle par le juge étatique de l'ordre public concurrentiel », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution*, 1^{er} août 2014, p. 208 ;
 - « L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 25 déc. 2013, n° 359, p. 18 ;
 - « Priorité, non pas à l'arbitre, mais à la protection du salarié », *Rev. Arb.*, 2012, p. 333
- D. BOULMIER, « Arbitrage et prescription : une nouvelle étape vers l'immunité des employeurs », *JCP S*, 23 mars 2010, n°12, 149
- S. BRISSY, « Principe « compétence-compétence » : exit en matière prud'homale », *JCP S*, 31 janv. 2012, n°5, 1049
- L-B. BUCHMAN et E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage ! », *Gaz. Pal.*, 16 sept. 2008, n°258, p. 9
- A. BUGADA, « Inopposabilité de la clause compromissoire stipulée dans une charte ayant valeur d'avenant au contrat de travail », *Procédures*, 1^{er} mars 2012, n°3, p. 74
- G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », *JCP G.*, 14 nov. 2001, n° 46, 361
- P. CAVALIEROS, « La confidentialité de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2005, n° 349, p. 3963
- T. CLAY :
 - « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.*, 2010, p. 930 ;
 - T. CLAY, « Les nouveaux contours de l'obligation de révélation », note sous Cour d'appel de Paris, 12 févr. 2009, *Rev. arb.* 2009, p. 196
 - « L'arbitrage, justice du travail », in *Procès du travail, travail du procès*, sous la direction de M. KELLER, L.G. D. J., 2008, p. 99 ;
 - « L'efficacité de l'arbitrage », *LPA* 2003, n°197, p. 4 ;

- « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », *Dr. et patr.*, dossier spécial, mai 2002, n° 104, p. 40
 - « L'arrêt Cubic et la non application de l'article 6§1 à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, p. 511
- D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflit d'intérêts », *Rev. arb.*, 2001, p. 653
- Commission de l'arbitrage international de la CCI, « Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage », *Bull. CIA de la CCI*, 2007, n°18-1, p. 23
- A. CONSTANTIN, « Inopposabilité au salarié de la clause compromissoire insérée dans une convention extrastatutaire constituant un avenant au contrat de travail », *RTD Com.*, 2012, p. 351
- G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) » in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 83
- 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, p. 349
- V. CRAPONNE, « Arbitrabilité des litiges en droit de la consommation », *LPA*, 2010, n°115, p.24
- F. CREUX-THOMAS, « Le travail de l'Observatoire national est de préparer la profession à l'avocat de 2050 3 questions à Louis-Georges Barret, président de l'Observatoire national des avocats », *JCP G*, 9 mars 2015, n°10, 311
- M. DANIS, « Les listes d'arbitres en question », *Cah. Arb.*, 2014, n°3 p. 465
- M. DASSULE, « Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence », *Rev. arb.*, 2003, p. 65
- N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Exclusion du recours à l'arbitrage en matière prud'homale », *JCP G*, 2011, n° 51, 1417
- L-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 1^{er} avr. 2007, n° 2 p. 177
- X. DELPECH, « Arbitrage : désignation systématique du même arbitre », *D.* 2010, p. 2589
- V. DENOIX DE SAINT MARC, « La réforme du droit allemand de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2000, n° 9, p. 71
- Y. DERAIS, « Le professionnalisme des arbitres », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 21
- Y. DERAIS, S. LAZAREFF, « L'arbitrage : une nécessaire mise au point », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2008, n° 289, p.30
- J. DE ALFONSO, « L'essor des institutions arbitrales – La situation de l'Espagne et les tendances internationales », *Gaz. Pal.*, 25 déc. 2013, n° 359, p. 13
- F. DE BERARD et A. PINNA, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre désigné dans deux procédures », *Cah. Arb.*, 1^{er} déc. 2014, n°4, p. 805

A. DE FONTMICHEL, M. DONATO, « L'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage : tendances », *Décideurs*, 3 janv. 2013

A. DE FONTMICHEL, « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge », *Cah. Arb.*, 1^{er} avr. 2010, n°2, p. 407

J-A. DIAZ, « Indépendance neutralité et professionnalisation des arbitres », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 27

B. DONDERO, « La société, un terrain propice aux MARC ? », *LPA*, 3 déc. 2009, n°241, p. 23

S. DOOKHUN, « Third Party Funding : Angels or Dragons », *Global Arbitration Review*, 1^{er} févr. 2008, Vol. 3, Issue 1

D-P. FERNANDEZ ARROYO, « Les qualités de l'arbitre », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 18

H. FLICHY:

- « Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT), Une innovation juridique au service du justiciable », *Dr. ouvr.*, 2016, n° 812, p. 134
- « Une justice alternative aux prud'hommes », *Les cahiers du DRH*, 1^{er} avr. 2016, n° 230, p. 31
- « En questions – Création du centre national d'arbitrage du travail : une innovation juridique au service des justiciables », *JCP S*, 2015, n°321, 204 ;
- « Le centre national d'arbitrage du travail est opérationnel », *Décideurs juridiques et financiers*, 20 oct. 2015 ;
- « Création du centre d'arbitrage du travail », *JCP S*, 2014, n°38, 1349
- « L'arbitrage des litiges du travail, enfin ! », *Décideurs juridiques et financiers*, 26 mai 2014

C. FOUCHARD, P. GRANDJEAN, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 33

P. FOUCHARD :

- « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.*, 2001, p. 399 ;
- « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.*, 1996, p. 325

G. FRANCOIS, « L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail », *JCP S*, 5 févr. 2013, n°6, 1075

E. GAILLARD, « La responsabilité d'une institution d'arbitrage », *Décideurs juridiques et financiers*, 2001, n°27, p. 32

T. GIOVANNINI, « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêt », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 2002, n°6, p. 629

H. GUETTARD, « Le paritarisme prud'homal , attachement syndical et pis-aller judiciaire », *Gaz. Pal.*, 3 avr. 2015, n° 94, p. 845

S. GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du contradictoire », *Rev. arb.*, 1997, p. 185

B. HANOTIAU :

- « Faut-il abandonner le contrôle de la sentence arbitrale au regard de l'ordre public ? », *LPA*, 12 oct. 2010, n° 203, p. 7 ;
- « Quand l'arbitrage s'en va-t-en guerre : les perturbations par l'Etat de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2003, p. 805

M. HARAVON, « La fin de la justice civile ? Réflexions sur l'éviction du juge », *D.* 2011.2427

J-P. HARB, « Faut-il toujours résoudre ses litiges par la voie arbitrale ? », *Option Finance*, 3 juil. 2006, n° 890, p. 35

S. HARNAY, « Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : quelques éléments d'analyse économique », *Rev. arb.*, 2012, p. 757

F. HAUGENDER et C. LIBESCHER, « Autriche : le nouveau droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 22 avr. 2006, n° 112, p. 933

M. HENRY, « L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile », *Cah. Arb.*, 1^{er} oct. 2013, n°4 p. 873

M. HENRY, « L'obligation de révélation : de l'éclairage excessif au risque d'aveuglement », *Rev. arb.*, 2012, p.112

M. HENRY, « *Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils: de la suggestion aux électrochocs* », note sous Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Ch. 1, 10 mars 2011, *Cah. Arb.*, 1^{er} juil. 2011, n°3 p. 787

M. HENRY, « L'obligation d'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare », note sous Cour d'appel de Paris, 12 févr. 2009, *LPA*, 21 juil. 2009, n°144 p. 4, spéc. p. 14

B. HOLLEAUX, « Médiation prud'homale : pratique suivie à la Cour d'appel de Paris, deuxième partie », *Sem. Soc. Lamy*, 21 mai 2012, n° 1539, p. 5

J. ICARD, « De la nullité à l'inopposabilité des clauses compromissoires stipulées dans un contrat de travail interne », *Cah. Soc.*, 1^{er} fév. 2012, n° 238, p. 35

L. IDOT, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *RJ Com.*, 1996, p.6

C. JAMIN, « La réforme de l'assurance de la protection juridique, l'aide juridictionnelle des classes moyennes et des petites entreprises », *D.* 2007.565

C. JARROSSON :

- « L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage », *Procédures*, 2012, n°3, p. 51 ;
- « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *D.* 2001.333
- « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ Com.*, 1996, p.1 ;
- « L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.*, 1989, p. 573

C. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011, p. 5

Y. JEANCLOS, « La pratique de l'arbitrage du XII^{ème} au XV^{ème} siècle », *Rev. arb.*, 1999, p. 417

F. JONGLEZ DE LIGNE, F. NIGGEMANN, « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.*, 27 oct. 2009, n°300, p. 21

G. KAUFMANN-KHOLER, « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité » in *Autour de l'arbitrage, Liber amicorum Claude Reymond*, Lexis Nexis, 2004, p. 153

C. KESSEDJIAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 381

R. H. KREINDLER, P. PINSOLLE, « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 2003, p. 41

D. LABETOULLE, « L'arbitrage n'est pas un troisième ordre de juridiction », *JCP G*, 18 avr. 2007, n°16, 143

P. LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc » in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 301

F. LARONZE, « Arbitrage et contrat de travail : de la qualification de la norme privée au respect des normes étatiques », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2012, n°68, p. 48

S. LAZAREFF :

- « Arbitrage et ordre public : priorité à l'exécution des sentences », *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2006, n° 288, p. 3 ;
- « De la qualité des arbitres », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n°141, p. 3 ;
- « L'arbitre est-il un juge ? » in *Autour de l'arbitrage, Liber amicorum Claude Reymond*, Lexis Nexis, 2004, p. 173

G. LE BORGNE, B. PICHARD, « Conflits dans les entreprises familiales : faut-il recourir à l'arbitrage ? », *Option Finance*, 2 févr. 2015, n°1306, p. 32

P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213

Y. LEROY, « La rupture conventionnelle du contrat de travail. Regards sur le contentieux quatre ans après sa mise en place », *Rev. juris. soc.*, avr. 2012, p. 249

G. LOISEAU, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2010 p. 297

P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER; P. REMY, S. HONEYBALL, D. B. OPPEINHEIMER, « La rupture conventionnelle. Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », *Rev. dr. trav.*, 2008, p. 550

E. LOQUIN :

- « L'insolvabilité de l'une des parties ne peut priver cette partie de faire valoir ses prétentions », *RTD Com.*, 2012, p. 530
- « Les liaisons dangereuses de l'arbitre avec l'avocat de l'une des parties », *RTD Com.*, 2012, p. 518 ;
- « L'inapplicabilité du principe compétence-compétence en matière prud'homale », *RTD Com.*, 2012, p. 528 ;
- « Nouvelles lumières sur le contrat d'organisation de l'arbitrage », *RTD Com.*, 2010, p. 542 ;
- « De la distinction de l'arbitrage et des institutions voisines », *RTD Com.*, 2009, p. 536 ;
- « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2 juil. 2008, n°184, p. 5 ;
- « Le contrôle du seul 'caractère flagrant, effectif et concret', de la violation de l'ordre public international par la sentence », *RTD Com.*, 2008 p. 518 ;
- « La responsabilité des institutions d'arbitrage et ses limites », *LPA* 2008, n°60, p. 32 ;
- « De la bonne gestion de l'instance arbitrale », *RTD Com.*, 2007, n°4, p. 689 ;
- « La partie impécunieuse et les conséquences de l'impossibilité pour elle de payer les frais d'arbitrage », *RTD Com.*, 2006 p. 308
- « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Dr. Int. Privé*, 2004-2006, p.135 ;
- Note sous Cour d'appel de Paris, première Chambre C, 18 nov. 2004, Société Thalès c. Société Euromissile, *RTD Com.*, 1^{er} avr. 2005, n° 2 p. 263 ;
- « Les garanties de l'arbitrage », *LPA*, 2003, n°197, p. 13

A. MALAN, « L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'exequatur des sentences arbitrales », *LPA*, 2009, n° 61 p. 8

P. MARINI et F. FAGES, « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001, chron. 2688

P. MAYER, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure », *Rev. arb.*, 1995, p. 163

F. MEGERLIN, « Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des conflits ? », *LPA*, 2002, n°170, p. 10

J. MESTRE, « L'arbitrage, mode utile de règlement des litiges », *Dr. et patr.*, 2001 n°94 p. 32

A. MEZGHANI, « Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 25 juin 2003, n°176, p.15

A. MOURRE et P. PINSOLLE, « Une inutile et dangereuse porte ouverte à l'interférence du juge dans l'arbitrage », *Cah. Arb.*, 1^{er} oct. 2013, n°4, p. 1049

A. MOURRE :

- « Confirmation du caractère limité du contrôle des sentences au regard de l'ordre public de fond, en particulier du droit communautaire », *Cah. Arb.*, 1^{er} juin 2012, n° 2 p. 393 ;

- « Affirmation en droit belge du caractère limité du contrôle des sentences au regard de l'ordre public de fond », *Rev. arb.*, 2009, p. 574 ;
- « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 3 mai 2001, n° 123, p. 21

J-M. OLIVER, « Arbitrage et droit du travail », *Dr. et patr.*, 2002, p. 104

B. OPPETIT :

- « Arbitrage juridictionnel et contractuel », *Rev. arb.*, 1997, p. 315 ;
- « Justice étatique et justice arbitrale », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991

J. ORTSCHEIDT, « Le contrôle superficiel de la violation par l'arbitre de l'ordre public international : une flagrante autonomie de l'arbitrage », *JCP E*, 3 juil. 2008, n° 27, 1900

J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G*, 2006, I 108

W.W. PARK, « Les devoirs de l'arbitrage : ni un pour tous, ni tous pour un », *Cah. Arb.*, 1^{er} janv. 2011, n°1, p. 13

S. PARTIDA, « L'ordre public et l'arbitrage », Colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, *Cah. Arb.*, 1^{er} juil. 2013, n° 3, p. 757

C. PEDAMON, A. S. RAU, « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.*, 2001, p. 453

F. PELOUZE, « Le financement de contentieux par un tiers est avant tout un moyen privilégié d'accès à la justice », *JCP G*, 11 févr. 2013, n° 7 164

R. PERCEROU, « Quel est le coût de l'arbitrage », *Cah. Dr. ent.*, 1999, n°3, p. 18

L. PERREAU-SAUSSINE, « Sur la renonciation à se prévaloir de l'indépendance de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2006, p.192

R. PERROT :

- « L'arbitrage, une autre justice ? », *LPA*, 2003, n°197, p. 32 ;
- « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1974, p. 159

A. PINNA, « Réflexions sur l'arbitrage force », *Gaz. Pal.*, 16 déc. 2008, n° 351 p. 6

P. PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011, p. 385

G. PLUYETTE, « Le contrat d'arbitre », *RJDA*, 2013, n°10, p. 723

L. POSOCCO, « Exclusion du principe de compétence-compétence en matière prud'homale », *LPA*, 2012, n°89, p. 8

F. POUDRET, « Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romans au Moyen Age », *Rev. arb.*, 1999, p. 14

J-B. RACINE, « Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. arb.*, 2011, p. 1007

L. RAVILLON, « L'ordre public et l'arbitrage, Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité ? », in *Lexis Nexis*, 2014 Vol. 42, p. 57

- A. REINER, « La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janvier 2006 », *Rev. arb.*, 2006, p. 401
- M-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », *LPA*, 2003, n°197, p. 26
- J. ROUCHE, « Le paiement par le défendeur de sa part de provision sur les frais d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2002, p. 841
- F. RUHLMANN, « Les listes d'arbitres – Perspectives », *RTD Com.*, 2014, n°4 p. 729
- K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.*, 13-17 juil. 2007, n° 198 p. 22
- P. SARRAILHE, « L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre devant les juges anglais », *Rev. arb.*, 2001, p. 211
- C. SERAGLINI :
- « Le contrôle de l'ordre public, la conformation d'une évolution », *JCP E*, 1^{er} oct. 2015, n° 40 1464 ;
 - « Parties faibles et principe de compétence/compétence », *JCP E*, 30 août 2012, n°35 p. 29 ;
 - « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cah. Arb.*, vol. IV, Pedone éd., 2008, p. 49 ;
 - « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2005, n° 294 p. 5 ;
 - Note sous Cour d'appel de Paris, 18 nov. 2004, SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile, RG n° 2002/19606, *JCP E*, 5 mai 2005, n° 18 p. 759
- A. SUTRA, L'arbitrage, un mode de règlement des conflits valable et utile », Controverse : Faut-il prendre au sérieux l'arbitrage en matière prud'homale, *Rev. dr. trav.*, 2014, n°12, p. 734
- C. Taillandier, « La rupture conventionnelle sous l'œil du juge », *Sem. Soc. Lamy*, 2012, n° 1552, p. 7
- P. TERCIER, « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011, p. 653
- F. TERRE, « L'arbitrage, essence du juridique » in *Autour de l'arbitrage, Liber amicorum Claude Reymond*, Lexis Nexis, 2004, p. 309
- M. TOMAS, « Coût de l'arbitrage et droit d'accéder à la justice », *Option Finance*, 2013, n°1205, p. 29
- I. TORTEROLA, « Les conflits d'intérêts des arbitres et avocats », *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n°4, p. 40
- F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2012 p. 267
- J-P. TRICOIT, « Litiges individuels de travail », *Rev. arb.*, 2012, p. 177
- F. VERT, « Le rapport Magendie sur la médiation : enjeux et perspectives », *Cah. Arb.*, 1^{er} oct. 2010, n°3, p. 779

D. VIDAL, « L'arbitrage à juge unique : fausse ou vraie bonne solution ? », *Lexbase Hebdo*, 2015, n°315

L. WEILLER :

- « Portée du contrôle du juge de l'annulation au regard de l'ordre public », *Procédures*, 1^{er} nov. 2015, n° 11 331 ;
- « Le statut de l'arbitre : entre immunité et responsabilité », *Procédures*, 2014, n°3, p.16 ;
- « Légitimité de l'intervention du juge d'appui », *Procédures*, 2014, n°8, p. 19 ;
- « Exclusion du recours à l'arbitrage en matière prud'homale », *Procédures*, 1^{er} févr. 2012, n° 2 p. 19

« La juridiction prud'homale à bout de souffle », *Sem. Soc. Lamy*, 11 mars 2013, n°1575, p. 2

B. En anglais

C. ALBANESI, E. JOLIVET, « Dealing with corruption in arbitration: a review of ICC experience », *Bull. CIA de la CCI*, 2013, p. 27

J. BERISNER, J. MILLER, G. RUBIN, « Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Litigation Funding in the United States », *US Chambers Institute for Legal Reform*, 1^{er} oct. 2009

L. B. BINGHAM, « Employment arbitration: the repeat player effect », *Emp. Rts & Emp. Pol'y J.*, 1999.189

T. EISENBERG et E. HILL, « Arbitration and Litigation of Employment Claims; An Empirical Comparison », *Disp. Resol. J.*, Nov. 2003/ Janv. 2004, p. 44

M. GALENTER, « Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change », *Law & Society Review*, 1974, n° 9 p. 95

P. HOLLANDER, « The new Belgian Arbitration Law », *Cah. Arb.*, 1^{er} oct. 2013, n°4, p. 1013

M. H. LEROY et P. FEUILLE, « When is cost an unlawful barrier to alternative dispute resolution? The ever green tree of mandatory employment arbitration », disponible à : <http://ssrn.com/abstract=993176>

J. LYON, « Revolution in progress: Third-party funding of American Litigation », *UCLA L. Rev.*, 2010. 571

C. MENKEL-MEADOW, « Do the haves come out ahead in alternative judicial systems: Repeat player in ADR », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1999. 19

J. H. MOITRY, « Right to a fair trial and the ECHR », *J. of int'l arb.*, 1989, n°2, p. 115

J. L. PERESIE, « Reducing the presumption of arbitrability », *Yale Law & Policy Review*, 2004, Vol. 22, n° 2 p. 453

F. – Z. SLAOUI, « The rising issue of “repeat arbitrators”: a call for clarification », *Arb. Int'l*, 2009.
103

T.J. ST. ANTOINE, « The changing role of labor arbitration », *Ind. L. J.*, 2001, n° 76, p. 83

C. W. SUMMERS, « Mandatory arbitration : privatizing public rights, compelling the unwilling to arbitrate », *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.*, 2004 p. 685, spec. p. 690

J. D. WIEGELE, « Arbitration Clauses in Employment Contrats », *Employment Law Conference 2013*, Paper 2.1

INDEX

A

Amiable composition, 3, 65, 70, 71, 72, 73, 134
Appel-réformation, 93, 97, 98, 99, 100, 104
arbitrabilité, 5, 9, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 77, 98, 103, 108, 113, 114, 115, 116, 118, 120, 121, 124, 129, 140, 141

C

Clause compromissoire, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 20, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 45, 50, 53, 54, 72, 77, 81, 83, 84, 88, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 134, 137, 138, 139, 140, 142, 144
Compromis d'arbitrage, 8, 10, 20, 25, 27, 28, 31, 38, 39, 45, 46, 50, 81, 114, 121, 122
Constitution du tribunal arbitral, 47, 48, 49, 51, 52, 54, 62, 63, 65, 75, 77, 83, 88, 89, 90, 95, 96, 108, 125, 126, 127, 128, 131, 136
Contrôle de la sentence arbitrale, 79, 96, 97, 140
Contrôle du consentement, 120, 121, 125, 141
Contrôle propre au droit du travail, 103, 104
Convention collective, 13, 109, 116, 117, 119, 120
Courants d'affaire, 63
Coût de l'arbitrage, 24, 37, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 93, 94, 96, 110, 113, 114, 117, 119, 127, 131, 143

D

Déni de justice, 7, 14, 37, 42, 44, 45, 46, 79, 80, 81, 82, 84, 88, 111, 112, 115, 131
Dépendance, 53, 56, 57, 59, 60, 77, 90, 98, 131

F

Favor arbitrandum, 7, 8, 12, 13, 16, 18, 31, 35, 36, 40, 41, 131
Financement de l'arbitrage par un tiers, 86, 87

I

Impécuniosité, 44, 80, 81, 83, 84, 94, 138
Inégalité, 48, 49, 55, 56, 77, 89, 90, 96, 104, 128
Inopposabilité, 10, 28, 31, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 50, 77, 81, 83, 84, 108, 140
Institutionnalisation, 79, 88, 107, 125, 128

N

Nullité de la convention d'arbitrage, 80, 81, 83, 84

P

Paritarisme, 108, 125, 126, 127, 128, 139
Partialité, 53, 56, 57, 60, 62, 64, 77, 90, 98, 117, 131
Principe de la contradiction, 50, 68, 69, 70, 75, 95
Principe de loyauté, 66, 67

R

Recours en annulation, 62, 68, 69, 71, 73, 75, 98, 100, 102

Rémunération de l'arbitre, 64

T

Répartition des frais

tiers-financeur Voir Financement de l'arbitrage
par un tiers

Répartition proportionnelle, 84, 85

Respect du procès équitable, 92

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	II
PRÉFACE	III
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	IV
SOMMAIRE	VI
INTRODUCTION	2
<i>Section 1 : La conflictualité déclinante du droit du travail et de l'arbitrage</i>	7
§1 : L'opposition originelle.....	7
§2 : L'expansion actuelle de la <i>favor arbitrandum</i>	8
A. L'analyse historique	8
1. L'évolution historique.....	8
2. L'évolution contemporaine en droit du travail	10
B. L'analyse comparatiste.....	12
1. Pays de common law	12
2. Pays de civil law	13
<i>Section 2 : L'opportunité croissante de l'arbitrage des litiges individuels de travail</i>	14
PARTIE 1 - LES LIMITES AU DEVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	18
CHAPITRE 1 - L'ARBITRABILITE, SOURCE RELATIVE DE LIMITES A L'ACCES A L'ARBITRAGE.....	19
<i>Section 1 - Les enjeux de l'arbitrabilité</i>	20
§1. La protection des droits du salarié.....	20
A. L'ordre public de protection.....	20
B. L'indisponibilité des droits.....	22
§2. La protection du droit d'accès au juge du salarié	24
A. L'importance de l'accès au juge.....	24
B. La quasi-exclusivité de la compétence du Conseil de prud'hommes.....	25
1. Approche historique de la compétence du Conseil de prud'hommes	25
2. Approche interprétative de l'article L. 1411-1 du Code du travail.....	26
<i>Section 2 - L'aménagement de l'arbitrabilité</i>	28
§1. La nullité légale de la clause compromissoire.....	28

C.	La validité de principe dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle	29
D.	La nullité de la clause compromissoire dans les litiges du travail	29
§2.	L'inopposabilité jurisprudentielle de la clause compromissoire	31
A.	Le nouvel aménagement de l'arbitrabilité.....	32
1.	L'effet négatif du principe compétence-compétence écarté	32
2.	L'inopposabilité de la clause compromissoire.....	33
B.	La prise en compte des enjeux de l'arbitrabilité.....	35
1.	Une conciliation de la favor arbitrandum et de l'accès au juge	35
2.	Les limites de la solution	37
a.	Les interrogations résiduelles	37
b.	Les critiques de la solution	38
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	40
	CHAPITRE 2 : LE PROCESSUS DE L'ARBITRAGE, SOURCE DE RISQUES POUR LE SALARIE.....	41
	<i>Section 1 - Le coût de l'arbitrage</i>	41
§1.	Le coût de l'arbitrage au regard de la situation du salarié.....	41
§2.	L'éventualité du déni de justice au regard du coût de l'arbitrage	43
	<i>Section 2 - La procédure d'arbitrage</i>	46
§1.	La constitution du tribunal arbitral.....	46
A.	Le risque d'inégalité des parties.....	46
1.	La liberté contractuelle, essence de la constitution du tribunal arbitral	47
a.	L'identité de l'arbitre.....	47
b.	Le nombre d'arbitres	47
2.	La liberté contractuelle, risque pour l'égalité des parties	48
a.	L'égalité des parties, règle d'ordre public	48
b.	L'aménagement des modalités de désignation stipulé dans un contrat d'adhésion	50
c.	L'ajustement du choix de l'arbitre par l'effet de l'expérience	53
d.	Le problème sous-jacent : le risque de partialité et de dépendance.....	54
B.	Le risque de partialité et de dépendance de l'arbitre.....	55
1.	Qualités primordiales de l'arbitre	56
a.	Définitions	56
b.	Débiteurs.....	57
c.	Les garanties de l'indépendance : devoir de révélation, récusation et annulation	58
2.	Qualités de l'arbitre mises à l'épreuve.....	61

a.	Les courants d'affaire	62
b.	La rémunération de l'arbitre	63
§2.	Le déroulement de l'instance arbitrale	64
A.	Les principes de loyauté et de contradiction	64
1.	Le principe de loyauté.....	65
2.	Le principe de contradiction	66
a.	Définition et portée du principe de contradiction	66
b.	La difficile preuve du non-respect de la contradiction	68
B.	Le choix de l'amiable composition	69
1.	Le principe de l'amiable composition.....	69
2.	Les risques de l'amiable composition.....	70
C.	L'absence de double degré de juridiction.....	72
1.	L'appel, recours d'exception	72
2.	L'annulation, recours irrévocable	73
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	75
	CONCLUSION DE LA PARTIE.....	76
	PARTIE 2 : LES MOYENS DU DEVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE DES LITIGES	
	INDIVIDUELS DE TRAVAIL	77
	CHAPITRE 1 – L'ADAPTATION DES MECANISMES DE L'ARBITRAGE AU SERVICE DU DROIT DU	
	TRAVAIL	78
	<i>Section 1 : L'aménagement du processus de l'arbitrage</i>	78
§1.	La gestion du coût de l'arbitrage.....	78
A.	L'impécuniosité, fondement de la nullité de la convention d'arbitrage	79
1.	La nullité de la convention d'arbitrage, solution de droit comparé	80
a.	L'exemple américain	80
b.	L'exemple allemand	81
2.	L'inopposabilité de la convention d'arbitrage, esquisse de la solution	82
B.	La répartition des frais, condition de validité de la convention d'arbitrage	82
1.	La répartition proportionnelle entre les parties au litige	83
a.	Le principe de la répartition proportionnelle	83
b.	Les difficultés de la prise en charge par l'employeur	84
2.	La prise en charge par un nouvel acteur : le tiers-financier	84
a.	Le principe du financement de l'arbitrage par un tiers.....	84
b.	Les difficultés relatives au financement de l'arbitrage par un tiers.....	85
§2 :	L'institutionnalisation de l'arbitrage.....	86

A.	La qualité de l'arbitrage	87
1.	La qualité du tribunal arbitral	87
a.	La constitution du tribunal arbitral par l'institution	87
b.	La constitution du tribunal arbitral par le biais des listes d'arbitre	89
2.	La qualité de la procédure.....	90
a.	La garantie du respect du procès équitable.....	90
b.	L'opportunité d'un double degré de sentence	90
B.	La création d'un fonds de financement	92
C.	Les institutions spécialisées	92
1.	L'exemple anglais : ACAS	92
2.	Le Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT)	93
	<i>Section 2 : L'aménagement du contrôle de la sentence arbitrale</i>	<i>95</i>
§1 :	Le paradoxe de la garantie du recours en appel-réformation	95
A.	L'intérêt du recours en appel-réformation.....	95
B.	Le paradoxe de l'évolution.....	96
1.	Une négation des intérêts de l'arbitrage.....	96
2.	Un retour en arrière illogique.....	97
§2 :	La pertinence d'un contrôle accentué lors du recours en annulation	98
A.	Le contrôle actuel de la conformité à l'ordre public	98
B.	Un contrôle propre à l'arbitrage des litiges individuels de travail à établir	100
1.	Le bien-fondé d'un contrôle propre au droit du travail.....	101
2.	Les recommandations pour un contrôle propre au droit du travail	102
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	105
	CHAPITRE 2 – LA MOBILISATION DU DROIT DU TRAVAIL AU SERVICE DE L'ARBITRAGE	106
	<i>Section 1 – Les techniques du droit du travail, solutions de développement de l'arbitrabilité..</i>	<i>106</i>
§1 :	L'aménagement de nouvelles conditions de validité de la clause compromissoire	106
A.	La validité de la clause compromissoire en fonction des critères du litige	107
1.	Le critère inadéquat du type de litige.....	107
2.	Le critère restreint du statut du salarié	109
a.	La pertinence du critère	109
b.	La mise en œuvre du critère	110
3.	L'association des critères salarial et de responsabilités	111
a.	Les exemples belge et autrichien.....	111
b.	Critiques du recours aux critères salarial et de responsabilités	112
B.	La validité de la clause compromissoire en fonction de la convention collective	114
1.	L'insertion d'une clause d'arbitrage dans la convention collective de branche ...	114

2. Les garanties nécessaires à l'insertion de clauses d'arbitrage dans les conventions collectives	116
a. La nature de la clause d'arbitrage	116
b. L'articulation avec le contrat individuel de travail	117
§2. L'aménagement de l'arbitrabilité par l'intensification du contrôle du consentement	118
A. L'introduction d'un délai de réflexion ou de rétractation	119
B. L'introduction du droit à une information détaillée	120
<i>Section 2 : Le paritarisme, précaution accessoire lors de la constitution du tribunal arbitral .</i>	<i>123</i>
§1. Une assurance nouvelle dans la constitution égalitaire du tribunal arbitral	123
§2. Une contrainte supplémentaire dans la constitution du tribunal arbitral	124
CONCLUSION DU CHAPITRE	126
CONCLUSION DE LA PARTIE	127
CONCLUSION GÉNÉRALE	128
BIBLIOGRAPHIE	130
§1 : Ouvrages généraux	130
A. Traités et manuels	130
B. Dictionnaires	130
§2 : Encyclopédies et juris-classeurs	130
§3 : Ouvrages spéciaux, mélanges, actes de colloque et thèses	131
A. Ouvrages spéciaux	131
B. Mélanges	131
C. Actes de colloque	132
D. Thèses	132
§4 : Rapports et études	132
A. Rapports	132
B. Etudes	133
§5 : Articles	133
A. En français	133
B. En anglais	142
INDEX	144
TABLE DES MATIERES	146