

## Tribunal fédéral – 4A\_7/2018

destiné à la publication  
1<sup>re</sup> Cour de droit civil  
Arrêt du 18 avril 2018 (d)

### Résumé et commentaire

#### Proposition de citation :

François Bohnet, Arbitrabilité des conflits de travail : le Tribunal fédéral renforce sa ligne - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_7/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2018

## Newsletter juin 2018

Arbitrabilité des conflits  
de travail

Les prétentions visées  
par les art. 361-362 CO  
ne sont pas à libre  
disposition

**Art. 61, 353, 354 CPC ;  
341, 361-362 CO**



## Arbitrabilité des conflits de travail : le Tribunal fédéral renforce sa ligne - commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_7/2018

François Bohnet, professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat<sup>1</sup>

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A\_7/2018 du 18 avril 2018, destiné à la publication, réexamine la question de l'arbitrabilité des conflits de travail. Le Tribunal fédéral confirme et assoit sa jurisprudence rendue sous le concordat, peu avant l'entrée en vigueur du CPC : les prétentions résultant de dispositions impératives ou semi-impératives de la loi ne peuvent pas faire l'objet d'une clause compromissoire, faute de caractère disponible au sens de l'art. 354 CPC.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Un entraîneur d'un club de football attaque devant la justice civile son employeur pour résiliation immédiate injustifiée. Le contrat contenait une clause d'arbitrage prévoyant que tout litige résultant dudit contrat devait être soumis à la Commission de contrôle et de discipline ASF en qualité d'instance de conciliation. La clause disposait par ailleurs que si les parties ne parviennent pas à trouver un accord, elles se soumettent sans réserve à la juridiction du Tribunal arbitral du Sport (TAS) dont le siège est à Lausanne (cf. art. 92, 94 et 95 des statuts ASF).

Le Club s'est contenté de contester la compétence des tribunaux civils. Il n'a pas déposé de réponse ni n'est intervenu aux débats principaux. Par prononcé du 17 février 2017, le Tribunal civil du canton de Bâle-Ville a condamné le club à verser à son ancien entraîneur CHF 24'911.45 au titre de l'art. 337c al. 1 CO et CHF 12'000.– au titre de l'art. 337c al. 3 CO (à savoir trois mois de salaire). L'appel du club a été rejeté. Il a ensuite déposé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

---

<sup>1</sup> Je remercie Patrick Fitz, Mlaw, pour son aide dans la traduction de l'arrêt.

## B. Le droit (traduction des considérants topiques)

2. Le litige porte sur l'existence d'une clause d'arbitrage valable dans le contrat de travail du 24 mars 2015, qui excluait la compétence des tribunaux étatiques. Le demandeur allègue que l'instance précédente a violé les articles 354 CPC *cum* 341 al. 1 CO en partant du principe qu'il s'agissait d'un différend non arbitral.

2.1. Les deux parties avaient leur domicile, resp. leur siège, en Suisse au moment de la conclusion du contrat, ce qui entraîne *in casu* l'applicabilité des dispositions du 3<sup>e</sup> Titre du CPC sur l'arbitrage interne (art. 353 al. 1 CPC *cum* art. 176 al. 1 LDIP ; ATF 140 III 367 c. 2.1).

Les effets d'une convention d'arbitrage interne sur la compétence des tribunaux étatiques sont réglés à l'art. 61 CPC. D'après cette disposition, lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral, le tribunal saisi décline sa compétence (art. 61 1<sup>ère</sup> phrase CPC), à moins que le défendeur ait procédé au fond sans émettre de réserve (let. a), que le tribunal constate que, manifestement, la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut être appliquée (let. b) ou si le tribunal arbitral, pour des raisons manifestement dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'a pas pu être constitué (let. c).

Selon l'art. 61 1<sup>ère</sup> phrase CPC, le tribunal étatique ne décline sa compétence que lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage et que celle-ci se rapporte à un litige arbitral. Ces éléments énoncés à l'art. 62 1<sup>ère</sup> phrase doivent, dans un premier temps, être examinés avec un plein pouvoir de cognition. Ce n'est que lorsqu'une convention d'arbitrage concernant un litige arbitral au sens de l'art. 61 1<sup>ère</sup> phrase CPC est donnée qu'il convient d'examiner, dans un deuxième temps et aux termes de l'art. 61 let. b CPC, si, manifestement, la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut pas être appliquée (ATF 140 III 367 c. 2.2.3 et les réf.).

2.2.

2.2.1. Le Tribunal fédéral a examiné le caractère arbitral des prétentions du droit du travail peu de temps avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile dans son arrêt de principe ATF 136 III 467, sous l'empire de l'ancien Concordat du 27 mars 1969 sur l'arbitrage (CIA) (art. 5 CIA : « L'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi ». Comme la restriction au sujet de l'arbitrabilité objective prévue par le droit de procédure cantonal n'était applicable *in casu* en raison de la valeur litigieuse déterminante, le TF a examiné dans ce précédent si une disposition du droit fédéral s'opposait à la résolution du litige par un tribunal arbitral (ATF 136 III 467 c. 4.1 *in fine*). Le TF précisa que la deuxième partie de la phrase de l'art. 5 CIA devait être exclusivement interprétée comme une réserve en faveur d'une compétence en raison de la matière et non en faveur d'un for impératif.

Se référant à la genèse législative, le TF retint que le législateur n'avait pas conçu sa réglementation dans la LFor du 24 mars 2000 [RO 2000 2355] dans le but de restreindre la licéité des procédures arbitrales. L'arbitrabilité devait dès lors être évaluée indépendamment de la question du caractère impératif d'un for. En conséquence, la prescription de l'art. 24 al. 1 aLFors, que l'art. 21 al. 1 let. a aLFors rendait impérative, respectivement le fait qu'une prorogation de for au sens de l'art. 21 al. 2 aLFors ne pouvait

être conclue qu'après survenance du litige (cf. dorénavant les dispositions concordantes aux art. 35 al. 1 let. d et al. 2 ainsi que l'art. 34 al. 1 CPC), n'entravaient pas l'arbitrabilité objective des litiges du droit du travail d'après l'art. 5 CIA (ATF 136 III 467 c. 4.4).

Le TF indiqua en outre que selon l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives (au sens de l'art. 361 CO) de la loi ou d'une convention collective. Le TF tint ainsi compte du fait que l'art. 341 al. 1 CO vise à protéger le travailleur, qui est dans la règle dans un rapport de dépendance avec son employeur et qui pourrait dès lors se voir contraint de consentir à une restriction de ses droits pour éviter de perdre son poste. Le Tribunal fédéral insista sur le fait que la renonciation unilatérale est interdite par ladite disposition et qu'une transaction entre les parties n'était licite qu'en respectant certaines conditions, soit dans la mesure où le travailleur n'obtiendrait pas une contreprestation appropriée dans le cadre des concessions mutuelles (ATF 136 III 467 c. 4.5 avec référence aux ATF 118 II 58 c. 2b, p. 61 et 110 II 168 c. 3b, p. 171). Pour cette raison, il nia la libre disponibilité des prétentions du travailleur résultant des dispositions impératives et semi-impératives des art. 361 et 362 CO.

2.2.2. L'arbitrabilité objective est désormais réglementée à l'art. 354 CPC. À la différence de l'arbitrage international, dans le cadre duquel toute prétention patrimoniale est arbitrale (art. 177 al. 1 LDIP), la disposition précitée reconnaît comme arbitrale toute disposition dont les parties ont la libre disposition. À part le fait que l'art. 354 CPC ne permet plus aucune restriction de droit cantonal (comp. l'art. 5 2<sup>e</sup> demi-phrase CIA), le cadre de l'arbitrabilité n'a pas connu d'autre changement depuis l'entrée en vigueur du CPC (Message CPC du 28 juin 2006, FF 2006 7393 ch. 5.25.2 ad art. 352 P-CPC ; cf. aussi l'ATF 136 III 467 c. 4, p. 470). La réglementation de l'art. 354 CPC correspond à celle de l'art. 5 1<sup>ère</sup> demi-phrase CIA (cf. déjà l'ATF 136 III 467 c. 4, p. 470). Les normes applicables de l'aLFor ont également été reprises pratiquement telles quelles dans le CPC (art. 34 et 35 let. d CPC) (comp. déjà l'ATF 136 III 467 c. 4.4, p. 472). Alors que certains soutiennent que la jurisprudence élaborée sous l'empire de l'art. 5 CIA ne saurait être transposée à l'art. 354 CPC, à l'esprit plus libéral (FELIX DASSER, *in* : Kurzkommentar CPC, Oberhammer und andere [édit.], 2<sup>e</sup> éd. 2014, N 15 ad art. 354 CPC), la majorité de la doctrine considère à juste titre que la libre disponibilité d'une prétention du droit du travail s'apprécie à la lumière des mêmes principes et que la jurisprudence précédente s'applique toujours (ANGELA CASEY-OBRIST, *Individual-arbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren*, 2016, N. 138 ; MAURICE COURVOISIER/ WERNER WENGER, *in* : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [édit.], 3<sup>e</sup> éd. 2016, N 19a ad art. 354 CPC ; MARCO STACHER, *in* : Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner et al. [édit.], 2<sup>e</sup> éd. 2016, N 17 ad art. 354 CPC ; FRANÇOIS BOHNET, CPC annoté, 2016, N 2 ad art. 354 CPC ; IRMA AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, 2016, N. 386 ; BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd. 2015, N. 246 ; SÉBASTIEN BESSON, *Sports Arbitration : Which Lessons for Employment Disputes ? in : Sports Arbitration : A Coach for Other Players ?*, Geisinger/Trabaldo-de Mestral [édit.], 2015, p. 161 ; STEFANIE PFISTERER, *in* : Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, 2014, N. 25 s. ad art. 354 CPC ; STEPHAN FRÖHLICH, *Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2014, N. 102 ; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar*, 2<sup>e</sup> éd. 2014, N. 2 ad art. 354 CPC ; ULRICH HAAS/ANNE HOSSFELD, *Die [neue] CPC und die Sportschiedsgerichtsbarkeit*, ASA

Bulletin 2/2012, p. 329 ; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, N. 375 ; FRANÇOIS BOHNET/PATRICIA DIETSCHY, *in* : Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon [Hrsg.], 2013, N. 30 ad art. 341 OR ; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3<sup>e</sup> éd. 2013, N. 973 ; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar ad art. 319-343 OR, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 15 ; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar ad art. 319-362 OR, 7<sup>e</sup> éd. 2012, p. 66 s. ; THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, RSJB 2012, p. 451 ; THOMAS PIETRUSZAK, Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Streitigkeiten gemäss Art. 5 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, *in* : dRSK vom 15. September 2010, N. 2, 8 ; JAN KLEINER, Der Spielervertrag im Berufsfussball, 2013, p. 209 s. ; CHRISTIAN OETIKER/PETER HOSTANSKY, Die neue Binnenschiedsgerichtsbarkeit - Gerichtspraxis ad art. 353-399 CPC, PJA 2/2013, p. 204 n. 2 ; FRANÇOIS BOHNET/ALEXANDRE ZEN-RUFFINEN, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail en matière sportive, *in* : L'activité et l'espace, 2011, p. 36 s. ; ISABELLE WILDHABER/ALEXANDRA JOHNSON WILCKE, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, ARV 2010, p. 168 ; PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, 2011, N. 254 ; ROMINA CARCAGNI ROESLER, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, *in* : Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, Baker & McKenzie [édit.], 2011, p. 93 s. ; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, PJA 2/2011, p. 251).

Comme les dispositions déterminantes quant à l'arbitrabilité des prétentions du droit du travail en arbitrage interne n'ont pas connu de changement à l'entrée en vigueur du CPC, les leçons de l'ATF 136 III 467 s'imposent toujours, ce qui fait que les prétentions saisies par l'art. 341 al. 1 CO ne peuvent être invoquées par-devant un tribunal arbitral qu'à l'issue du délai d'un mois après la fin des rapports de travail. Partant, les prétentions de l'intimée fondées sur l'art. 337c al. 1 et al. 3 CO, découlant d'un licenciement prétendument injustifié ne sont pas arbitrables (cf. au sujet de la nature impérative de la prétention découlant de l'art. 337c al. 3 CO malgré qu'il ne figure pas à l'art. 352 CO, arrêts 4A\_419/2011 du 23 novembre 2011, c. 7.2 ; 4A\_474/2010 du 12 janvier 2011, c. 2.3).

### 2.3.

2.3.1. L'arrêt de principe, ATF 136 III 467, a été abondamment commenté. Alors qu'une partie de la doctrine adhère pour l'essentiel à l'interprétation du TF (KLEINER, *op. cit.*, p. 205 ss ; FRÖHLICH, *op. cit.*, N. 103 ss ; PIETRUSZAK, *op. cit.*, N. 6 ; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, *op. cit.*, p. 39 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op. cit.*, p. 66 ; GEISER, *op. cit.*, p. 251), la majorité se veut plutôt critique (voir pour un aperçu des critiques CASEY-OBRIEST, *op. cit.*, N. 259 ss ; cf. aussi l'arrêt 4A\_515/2012 du 17 avril 2013 c. 4.2). La majorité des voix critiques est d'avis que l'ensemble des prétentions du travailleur – et donc également celles qui résultent des prétentions impératives (art. 341 al. 1 CO) – sont sujettes à l'examen par un tribunal arbitral (LUCA BEFFA, Arbitrabilité des conflits individuels de travail, PJA 11/ 2010, p. 1441 ss ; DASSER, *op. cit.*, N. 15 ad art. 354 CPC ; BRÜHWILER, *op. cit.*, p. 15 ; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, *in* : Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd. 2015, N. 96 Intro. art. 319 ss CO ; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 773 s. ; cf. Aussi BERNHARD BERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 - 3. Teil : Schiedsgerichtsbarkeit, ZBJV 2012, p. 170 s. ; STEFANO FORNARA/BRUNO COCCHI, *in* : Commentario pratico, Trezzini und andere [édit.], 2<sup>e</sup> éd. 2017, N 18 ad art. 354 CPC). Une opinion doctrinale critique l'arrêt précité pour des motifs de protection du travailleur et se

prononce au contraire, en se référant aux simplifications procédurales prévues aux art. 113 al. 1 let. d et 114 let. c CPC (gratuité pour les litiges portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.–), ainsi qu'aux art. 243 al. 1 CPC (procédure simplifiée jusqu'à un seuil de CHF 30'000.– de valeur litigieuse) et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC (établissement d'office des faits) pour la non-arbitrabilité de tous les litiges de droit du travail – et donc pas uniquement lorsqu'il est question de prétentions non disponibles au sens de l'art. 341 al. 1 CO (KOLLER/SENNHAUSER, op. cit., p. 453 s. ; voir aussi THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3<sup>e</sup> éd. 2015, N 87).

Un changement de jurisprudence ne se justifie dans la règle que lorsque la nouvelle solution correspond à une meilleure compréhension de la *ratio legis*, à une évolution des circonstances ou de la mentalité juridique ; autrement, la pratique précédente doit être maintenue. Un changement de pratique doit de ce fait pouvoir s'appuyer sur des motifs objectifs sérieux qui – notamment au vu du principe de la sécurité du droit – doivent être d'autant plus graves que la période au cours de laquelle la solution jugée obsolète a été longue (ATF 143 IV 9 c. 2.4 ; 138 III 359 c. 6.1 ; 137 V 314 c. 2.2, p. 316 s. ; 136 III 6 c. 3 ; 135 I 79 c. 3, p. 82).

2.3.2. La question de savoir si et dans quelle mesure une prétention au sens de l'art. 354 CPC est disponible s'apprécie à l'aune du droit matériel (FF 2006 7393 ch. 5.25.2 ad art. 352 P-ZPO). Dans l'examen de l'arbitrabilité objective, la jurisprudence examine seulement si les parties peuvent sans autre renoncer à la prétention litigieuse ou transiger à son sujet (ATF 142 III 220 c. 3.5, p. 230 ; ainsi se prononce la doctrine majoritaire : PFISTERER, op. cit., N. 13 ad art. 354 CPC ; COURVOISIER/WENGER, op. cit., N. 6 ad art. 354 CPC ; DASSER, op. cit., N. 5 ad art. 354 CPC ; STACHER, op. cit., N. 13 ad art. 354 CPC ; GÖKSU, op. cit., N. 374 ; FRÖHLICH, op. cit., N. 104 ; voir aussi URS WEBER-STECHER, *in*: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3<sup>e</sup> éd. 2017, N. 2 et 7 ad art. 354 CPC). Cela ne permet pas de déduire, contrairement à ce que prétendent certains, qu'il faut toujours renoncer à un arbitrage interne lorsqu'il est question d'une disposition matérielle de nature impérative (comme p. ex. l'art. 404 ou l'art. 418u CO) (dans ce sens, BERGER, op. cit., N. 170 ; OETIKER/HOSTANSKY, op. cit., p. 204, se référant chacun à l'art. 404 ou à l'art. 418u CO ; cf. aussi BEFFA, op. cit., p. 1441 avec référence à l'art. 418u CO). Comme l'a souligné le TF, les prétentions visées par l'art. 341 CO excluent non seulement une renonciation de la part du travailleur tout au long des rapports de travail plus un mois, mais en plus la conclusion d'une transaction entre les parties n'est permise qu'en cas de respect de certaines exigences de droit matériel (ATF 136 III 467 c. 4.5 avec référence aux ATF 118 II 58 c. 2b, p. 61 ; 110 II 168 c. 3b, p. 171). L'exigence de concessions mutuelles par une appréciation globale d'une future transaction, qui dépend des circonstances concrètes, ne se laisse pas apprécier au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, avant la survenance du litige et avant la conclusion du litige (en ce sens aussi STACHER, op. cit., N. 17 ad art. 354 CPC ; PFISTERER, op. cit., N. 26 ad art. 354 CPC ; *contra* : COURVOISIER/WENGER, op. cit., N. 20 ad art. 354 CPC ; cf. aussi WILDHABER/JOHNSON, op. cit., p. 165). Dans cette mesure, le droit privé matériel offre au travailleur une protection particulière découlant du rapport de dépendance propre aux rapports de travail.

2.3.3. De plus, le besoin de protection d'un travailleur est pris en compte non seulement par le droit matériel, mais également au niveau procédural. Même si le for partiellement impératif pour les litiges de droit du travail au sens de l'art. 34 CPC *cum* art. 35 al. 1 let. d et

al. 2 CPC ne rend pas – comme dit plus haut – les litiges de droit du travail impropres à une résolution par un tribunal arbitral, les dispositions précitées s’inscrivent dans un ensemble de règles procédurales qui ont pour vocation de protéger la partie socialement la plus faible : les art. 113 al. 2 let. d et art. 114 let. c CPC prévoient ainsi la gratuité des procédures de conciliation et sur le fond du litige pour les litiges du droit du travail jusqu’à un seuil de valeur litigieuse de CHF 30’000.–, pour lesquelles en outre l’art. 243 al. 1 CPC prévoit la procédure simplifiée. Une simplification supplémentaire se trouve dans l’établissement d’office des faits par le tribunal, d’après l’art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC, en deçà du seuil de valeur litigieuse de CHF 30’000.–. Ces dispositions procédurales spéciales sont conçues pour les procédures par-devant les tribunaux étatiques, et non pas pour les procédures arbitrales, qui bénéficient d’un traitement autonome au titre troisième du CPC, aux art. 353 ss (ainsi à juste titre HAAS/HOSSFELD, op. cit., p. 330 s. ; KLEINER, op. cit., p. 208 s., 212 ; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 38 ; CASEY-OBRIEST, op. cit., N. 171 ; PORTMANN/RUDOLPH, op. cit., N. 97 Einl. vor Art. 319 ss OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 67 ; BRÜHWILER, op. cit., p. 16 ; FRÖHLICH, op. cit., N. 106 ; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, op. cit., p. 167 s. ; *contra* : WYLER/HEINZER, op. cit., p. 774 s.). Cela exprime cependant la spécificité des litiges de droit du travail ainsi que le vœu du législateur de protéger le travailleur, non seulement matériellement, mais également procéduralement. Dans ce contexte, il semble justifié, afin d’éviter des contradictions quant aux valeurs protégées, de prolonger, sur le plan procédural, la portée de la protection de la partie socialement faible que prévoit l’art. 341 CO dans le cadre de l’évaluation de la libre disponibilité d’après l’art. 354 CPC, en n’admettant pas inconditionnellement la validité des conventions d’arbitrage (cf. aussi HAAS/HOSSFELD, op. cit., p. 332 ; FRÖHLICH, op. cit., N. 106 s. ; quant aux tensions entre l’arbitrage et le procès civil social, cf. MICHEL HEINZMANN/LÉONARD MARADAN, Procès civil social et arbitrabilité des litiges en droit du travail, *in* : Quid iuris ?, 2015, p. 102 ss). Même si, dans le cadre du CPC, le législateur n’a pas prévu de limitation générale à la possibilité d’arbitrer des litiges de droit du travail (cf. à cet égard le bail d’habitation, art. 361 al. 4 CPC ; cf. aussi pour l’expertise arbitrale ATF 141 III 201), on ne saurait faire abstraction, lors de l’examen de l’arbitrabilité, des prétentions auxquelles on ne peut pas renoncer au sens de l’art. 243 CO, du fait qu’avec l’élection d’un tribunal arbitral on renonce, outre aux prescriptions procédurales spéciales édictées dans le but de protéger le travailleur, également à un examen du litige par une instance de recours (cf. les motifs de recours restreints de l’art. 393 CPC) (ainsi à juste titre PHILIPPE SCHWEIZER, Arbitrabilité et droit du travail en matière interne, état des lieux provisoire, RSPC 2010 365 s.).

La différence par rapport à l’arbitrage international, qui permet en principe sans aucune restriction une résolution par voie d’arbitrage des litiges de droit du travail (cf. ATF 136 III 467 c. 4.2) s’explique par la divergence dans la description de la notion d’arbitrabilité à l’art. 177 al. 1 LDIP (« Toute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage »). À part le fait qu’une réglementation différente peut se justifier par le rapport de connexité à la Suisse moindres ou carrément nul, le législateur a sciemment renoncé, lors de l’élaboration du CPC à une harmonisation de la notion d’arbitrabilité, alors que cette harmonisation avec l’art. 177 al. 1 LDIP avait été réclamée au cours de la procédure de consultation et que la Commission des experts avait discuté d’une solution de combinaison entre l’arbitrabilité patrimoniale et l’arbitrabilité fondée sur la disponibilité (PFISTERER, op. cit., N. 8 ad art. 354 CPC ; Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2004, p. 798 ss). Compte tenu de la protection du travailleur souhaitée en arbitrage interne, il semble en outre exclu d’éluder la

restriction d'arbitrabilité en la matière au sens de l'art. 354 CPC *cum* art. 341 al. 1 CO en soumettant le rapport de travail par un opting-out (art. 353 al. 2 CPC) à l'arbitrage international (ainsi KOLLER/SENNHAUSER, op. cit., p. 452 ; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 - 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, RJB 2012, p. 129 ; STACHER, op. cit., N. 11 ad art. 354 CPC ; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 37 ; MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011 p. 28 ; GÖKSU, op. cit., N. 234, 356 ; CHRISTIAN LUCZAK, *in* : Prozessieren vor Bundesgericht, 4<sup>e</sup> éd. 2014, N. 6.48 ; également critiques : HAAS/HOSSFELD, op. cit., p. 333 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, op. cit., p. 67 s. ; voir aussi SCHWEIZER, op. cit., p. 365 ; nuancé : AMBAUEN, op. cit., N. 413 s. ; *contra* : WILDHABER/JOHNSON WILCKE, op. cit., p. 169 ; CASEY-OBRIEST, op. cit., N. 266, 385 ; COURVOISIER/WENGER, op. cit., N. 21 ad art. 354 CPC ; BERGER, op. cit., p. 171 ; PORTMANN/RUDOLPH, op. cit., N. 99 Einl. vor art. 319 ss OR ; BRÜHWILER, op. cit., p. 16 ; FRÖHLICH, op. cit., N. 116 ; PFISTERER, op. cit., N. 37 ad art. 353 CPC ; DASSER, op. cit., N. 15 ad art. 353 CPC ; WEBER-STECHER, op. cit., N. 17a ad art. 353 CPC). *In casu*, une telle clause n'a pas été intégrée dans le contrat de travail.

Le législateur ayant renoncé à étendre l'arbitrabilité des prétentions de droit du travail par rapport à la situation d'avant l'introduction du CPC, on ne saurait dire en quoi une telle extension correspondrait à une « meilleure compréhension » de la *ratio legis* de l'art. 354 CPC *cum* art. 341 CO.

2.3.4. L'arbitrabilité restreinte des prétentions du droit du travail porte en elle le risque d'une scission de la voie de droit à suivre pour les prétentions impératives et non impératives découlant du rapport du travail. Si la résolution du litige exige de soumettre certaines prétentions à un tribunal étatique et d'autres à un tribunal arbitral, cette solution s'avère insatisfaisante (BEFFA, op. cit., p. 1442 ; BERGER, op. cit., p. 170 s. ; KOLLER/SENNHAUSER, op. cit., p. 452 ; OETIKER/HOSTANSKY, op. cit., p. 204 ; PIETRUSZAK, op. cit., N. 9 ; PORTMANN/RUDOLPH, op. cit., N. 97 ad Einl. vor art. 319 ss CO ; PORTMANN/STÖCKLI, op. cit., N. 973 ; FRÖHLICH, op. cit., N. 108 ; BESSON, op. cit., p. 163). Le souhait d'une partie de renoncer à la voie judiciaire étatique au profit d'un tribunal arbitral n'est en revanche pas admis à la légère par la jurisprudence fédérale, ce qui commande une interprétation restrictive en cas de doute (cf. ATF 140 III 134 c. 3.2, p. 139, 367 c. 2.2.2 ; 138 III 29 c. 2.3.1 ; 129 III 675 c. 2.3, p. 680 s.). Si le contrat de travail prévoit l'arbitrage en général et que la clause arbitrale s'avère nulle par rapport à certaines prétentions (art. 20 al. 2 CO ; cf. ATF 138 III 29 c. 2.3.2, p. 37 s.), on n'admettra en général pas, dans la règle, que les parties auraient tout de même convenu cette clause si elles avaient été au fait d'une telle scission de compétence (ainsi à juste titre KOLLER/SENNHAUSER, op. cit., p. 453 ; *contra* : PIETRUSZAK, op. cit., N. 9). Si la scission en deux compétences correspond en revanche à la volonté (hypothétique) des parties, les parties doivent alors accepter ce risque (cf. aussi FRÖHLICH, op. cit., N. 108).

Une fois le délai d'un mois après la fin des rapports de travail écoulé, les prétentions du droit du travail ne sont plus soumises à l'art. 341 al. 1 CO et sont, dès lors, pleinement arbitrables d'après l'art. 354 CPC. À partir de cet instant, il est licite de conclure une convention d'arbitrage sur l'ensemble des prétentions issues du contrat de travail (KOLLER/SENNHAUSER, op. cit., p. 451 ; GEISER/MÜLLER, op. cit., N. 88 ; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, op. cit., p. 165 ; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 40 ; HAAS/HOSSFELD, op. cit., p. 329 ; GÖKSU, op. cit., N. 375 ;

STACHER, op. cit., N. 17 ad art. 354 CPC ; AMBAUEN, op. cit., N. 386 ; DIETSCHY, op. cit., N. 254 p. 125 ; cf. aussi KLEINER, op. cit., p. 206 s. ; CASEY-OBRIST, op. cit., N. 255 ; cf. déjà l'ATF 136 III 467 c. 4.6 p. 473 ; critique : BEFFA, op. cit., p. 1442 s.).

2.3.5. En résumé, il n'y a pas suffisamment de motifs qui, en l'espèce, justifient un changement de jurisprudence. Les prétentions fondées sur l'art. 337c CO et un licenciement prétendument injustifié s'avèrent, à la lumière de l'art. 341 al. 1 CO, comme non arbitrables au sens de l'art. 354 CPC. C'est donc à bon droit que l'instance précédente a rejeté l'exception d'incompétence de la recourante.

### III. Analyse

Il n'est pas surprenant que le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence en matière d'arbitrabilité des litiges relevant du droit du travail. Rendue peu avant l'entrée en vigueur du CPC, cette jurisprudence demeure entièrement d'actualité, le critère de la disponibilité du droit ayant été repris à l'art. 354 CPC. Le Tribunal fédéral est par ailleurs sensible à la nécessité de donner à la notion d'indisponibilité de l'art. 354 CPC une signification matérielle et procédurale harmonieuse. Ainsi, les limites posées à la validité de conventions d'arbitrage en droit du travail prolongent, sur le plan procédural, la portée de la protection de la partie socialement faible prévue par l'art. 341 CO (c. 2.3.3). Certes, le critère de la disponibilité ne permet pas d'aboutir, en droit du travail, à une solution parfaitement satisfaisante, puisque certaines prétentions ne peuvent pas faire l'objet d'une clause d'arbitrage (mais bien d'un compromis, une fois le délai d'un mois après la fin des relations de travail tel que prévu par l'art. 341 al. 1 CO parvenu à son terme), alors que tel est le cas pour d'autres. Or le champ d'application des art. 361 et 362 CO ne couvre pas certaines prétentions qui pourtant ne devraient pas pouvoir, plus que d'autres, faire l'objet d'une clause compromissoire. On pense par exemple au salaire courant qui n'aurait pas été payé. Toujours est-il que le Tribunal fédéral retient à la fin de son arrêt que lorsque les parties intègrent une clause d'arbitrage dans leur accord, il est probable qu'elles y auraient renoncé si elles avaient connu sa nullité partielle (c. 2.3.4). Peut-on déduire de ce passage de l'arrêt qu'une partie pourrait valablement faire prévaloir cette interprétation et plaider l'inefficacité complète de la clause, excluant ainsi tout arbitrage également sur les prétentions ne résultant pas de dispositions impératives de la loi ? C'est la piste que semble ouvrir le Tribunal fédéral, puisqu'il considère qu'une scission quant à la voie de droit à suivre est peu heureuse. Autant dire que ce nouvel arrêt ne se contente pas de confirmer la jurisprudence ATF 136 III 467, mais qu'il en renforce les enseignements.