



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*EXCLUSION DU PRINCIPE DE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE EN MATIÈRE
PRUD'HOMALE*

LAURENT POSOCCO

Référence de publication : LPA 3 mai 2012, n° PA201208905, p. 8

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

EXCLUSION DU PRINCIPE DE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE EN MATIÈRE PRUD'HOMALE

Cour de cassation chambre sociale, 30 nov. 2011, no 11-12905, M. X

Cass. soc., 30 nov. 2011 1

nos 11-12905 et 11-12906

M. X

La Cour :

(...)

Vu leur connexité, joint les pourvois nos E 11-12905 et F 11-12906 ;

Sur les premier et second moyens des pourvois, réunis :

Attendu, selon les arrêts attaqués statuant sur contredit (CA Versailles, 15 févr. 2011), que M. X a été engagé par la société BW Deloitte le 3 août 2001 en qualité d'actuaire et a accédé aux fonctions de « senior manager », suivant un avenant du 11 octobre 2005 ; que M. Y, engagé comme actuaire le 9 septembre 1999 par la société BW Deloitte, est devenu « associé » Deloitte en février 2005 ; que, le 26 avril 2006 et le 22 juin 2007 respectivement, M. Y et M. X ont signé un document intitulé charte associative Deloitte ; que leur contrat de travail a été transféré à la société Deloitte conseil, le 19 octobre 2007, à la suite de la fusion-absorption de la société BW Deloitte ; que, par lettres du 24 juillet 2008, M. Y et M. X ont démissionné de la société Deloitte conseil ; qu'ils ont, le 13 octobre 2008, saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre en nullité de diverses dispositions de la charte associative concernant le préavis de six mois, la clause de non-concurrence non rémunérée et la clause de non-débauchage, la sanction du non-respect de la clause de non-concurrence ; que la société Deloitte conseil a soulevé l'incompétence de la juridiction prud'homale compte tenu de la clause compromissoire stipulée à la charte ;

Attendu que la société Deloitte conseil fait grief aux arrêts de dire que la charte associative Deloitte constitue un avenant au contrat de travail, de déclarer inopposable aux salariés la clause compromissoire figurant à l'article VII de cette charte et de renvoyer les parties devant le conseil de prud'hommes de Nanterre pour jugement au fond, alors, selon le moyen :

1) que l'arbitre est seul compétent pour statuer sur toute question déterminant la validité ou l'applicabilité à un litige d'une clause compromissoire, en ce compris la qualification de l'acte stipulant cette clause, à moins que la clause soit manifestement nulle ou inapplicable, ce que le juge étatique, par exception, peut constater sans renvoi devant l'arbitre ; que la nullité ou l'inapplicabilité soulevée par une partie à l'encontre d'une clause compromissoire ne peut être regardée comme manifeste lorsque la qualification de l'acte stipulant la clause rend nécessaire l'interprétation de cet acte ; qu'en procédant, aux fins de qualification de la charte associative stipulant la clause compromissoire et d'appréciation de l'applicabilité de cette clause au litige, à une interprétation de cette charte, cependant que la nécessité d'une telle interprétation excluait que la clause compromissoire pût être regardée comme manifestement

nulle ou inapplicable et que le juge étatique fût compétent pour statuer sur ce point, la cour d'appel a violé les articles 1458 et 1466 du Code de procédure civile, ensemble le principe compétence-compétence ;

2) qu'en ne constatant pas expressément le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause compromissaire, seul de nature à donner au juge étatique la compétence de se prononcer sur toute question déterminant la validité ou l'applicabilité de cette clause au litige et notamment sur la qualification de la charte associative qui la comportait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles du principe susvisés ;

3) que l'arrêt ayant expressément constaté que selon l'article I, 2 de la charte associative, celle-ci venait « s'ajouter aux statuts des entreprises composant la firme », laquelle désignait les entreprises ayant leur siège en France, membres du réseau Deloitte Touche Tohmatsu et dont les associés et les actionnaires adhéraient à la charte, la cour d'appel, en décidant que la charte devait seulement s'entendre d'un « code interne de reconnaissance professionnelle », pour lui dénier son caractère de pacte extrastatutaire et en déduire qu'elle constituait un avenant au contrat de travail du salarié, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1134 du Code civil ;

4) que la charte associative traite, sans ambiguïté, de questions intéressant directement les relations collectives des associés et des actionnaires et le fonctionnement de la firme, telles que les modalités de convocation et de vote aux assemblées générales, ou encore les conditions de nomination des organes sociaux et leurs pouvoirs respectifs ; qu'en décidant pourtant que la charte devait s'entendre d'un « code interne de reconnaissance professionnelle », pour lui dénier son caractère de pacte extrastatutaire et en déduire qu'elle constituait un avenant au contrat de travail du salarié, la cour d'appel a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents qui lui sont soumis ;

5) que l'arrêt avait expressément constaté que la charte associative stipulait en son article I, 2 qu'elle « constituait un contrat liant les associés et actionnaires de la firme », et en son article I, 1-2 qu'étaient « reconnus comme associés, les professionnels, personnes physiques, bénéficiant, de la part de la firme, d'une délégation de signature et qui ont le pouvoir, à ce titre, de l'engager », les actionnaires étant définis quant à eux comme « les associés qui détiennent des actions ou des parts dans une des sociétés de la firme » ; qu'il s'inférait de ces énonciations de l'arrêt que la société Deloitte conseil, personne morale, n'était ni associée ni actionnaire de la firme et qu'elle n'était pas non plus partie à la charte associative, et qu'il en résultait donc que cette charte ne pouvait être un avenant au contrat de travail liant la société au salarié ; qu'en retenant cependant que la charte était un accessoire du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 1134 et 1165 du Code civil, ensemble l'article L. 1411-1 du Code du travail ;

6) que selon les dispositions combinées et claires des articles I, 1-2 et II, 2-2 de la charte associative, les associés sont « choisis parmi les collaborateurs » des sociétés membres du réseau ou des sociétés étrangères à celui-ci qui exercent une activité professionnelle et justifient d'une expérience professionnelle d'une durée significative, ainsi que d'une inscription reconnue par les organes de représentation et de contrôle des professions d'expert-comptable et de commissaire aux comptes ou d'un diplôme équivalent ou approprié ; que la charte stipule par ailleurs sans la moindre ambiguïté, en ses

articles II, 3 et 5, les conditions de la perte de la qualité d'associé, qui peut résulter du retrait volontaire de l'intéressé, de son décès ou de son départ en retraite ou enfin de son exclusion pour non-respect des engagements de la charte ; que le statut de salarié n'étant ainsi pas une condition de la qualité d'associé, selon les termes clairs et précis de la charte, la cour d'appel, en retenant au contraire que cette charte constituait un accessoire du contrat de travail du salarié, a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents qui lui sont soumis ;

7) que l'article II, 6-1 de la charte associative stipule une interdiction de travailler avec la clientèle de la firme à la charge des associés et des actionnaires « du fait de leur qualité », laquelle est sanctionnée par la clause pénale prévue à l'article II, 10-4 de la charte ; qu'en son article II, 8, la charte définit par ailleurs les conditions de la rémunération des associés et des actionnaires, laquelle est déterminée selon différents critères en fonction des résultats de l'ensemble des sociétés de la firme et des performances de l'année précédente ; que ces clauses de la charte associative, dénuées d'ambiguïté, n'attachant aucune conséquence juridique à la qualité de salarié des associés — qu'elles ne mentionnent d'ailleurs pas —, la cour d'appel, qui a jugé néanmoins que les questions réglementées par ces clauses relevaient de la relation de travail, pour en déduire que la charte constituait un accessoire du contrat de travail du salarié, a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les documents qui lui sont soumis ;

8) qu'après examen des clauses de la charte associative visées par l'arrêt, la cour d'appel a conclu que cet acte constituait un avenant au contrat de travail du salarié « dans son intégralité » et que la validité de l'ensemble de ses clauses pouvait être soumise à l'appréciation de la juridiction prud'homale ; qu'en statuant ainsi, sans faire apparaître en quoi le prétendu lien existant entre les clauses visées par l'arrêt et le contrat de travail était de nature à conférer indivisiblement à la charte, en son entier, la nature d'un accessoire du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 du Code civil et L. 1411-1 du Code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 1411-4 du Code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale ;

Et attendu qu'ayant constaté que M. X ne possède ni actions, ni parts sociales dans la société qui l'employait, que si M. Y possède des actions Deloitte, toutefois les termes de la charte et ceux de la lettre du 28 juin 2005 montrent que l'acquisition d'actions est une condition de réalisation de la promotion de l'associé au poste d'actionnaire au sens de la charte et ne fait pas perdre la qualité de salarié dès lors que celui-ci n'a pas fait le choix d'exercer son activité en qualité de prestataire de services ; que la charte régleme des questions qui relèvent des relations de travail : article II-5, exclusion ; article II-6, non-concurrence ; article II-8, rémunération ; article II.10-4, sanction de la violation des obligations de non-concurrence et de non-débauchage et qu'il n'est pas contesté par la société Deloitte conseil que la prime d'objectifs, la prime de treizième mois et le salaire mensuel moyen effectivement perçus par les salariés en juin 2007 et en juin 2008 ont été conformes aux modalités de rémunération prévues par la charte, et retenu que la charte associative Deloitte se définit comme un code interne de reconnaissance professionnelle applicable dans l'ensemble des sociétés du groupe Deloitte, auquel adhèrent les salariés

des sociétés du groupe dès lors qu'ils atteignent un niveau de responsabilité et qu'ils sont choisis par leur employeur en raison de leur ancienneté et de leurs résultats, la cour d'appel en a déduit à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que la charte constituait pour les stipulations concernées un avenant au contrat de travail et que, 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 ;

D'où il suit que les moyens ne sont fondés en aucune de leurs branches ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois ;

Condamne la société Deloitte conseil aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, la condamne à payer à MM. X et Y, chacun, la somme de 2 500 € ;

(...)

NOTE

1 Procédure. Deux salariés d'une société de conseil conviennent avec cette dernière d'une « charte associative » à l'occasion d'un avancement professionnel 2. La signature de l'accord est accompagnée, pour l'un d'entre eux, d'une prise de participation dans le capital. Par ce document, les promus s'engageaient à respecter un certain nombre d'obligations étrangères à leurs contrats de travail initiaux et, notamment, une clause compromissoire. Quelques temps après, ils démissionnent et, au mépris de la clause compromissoire, saisissent le conseil des prud'hommes afin d'obtenir la nullité de diverses dispositions de la charte. De son côté, la société nie à la juridiction paritaire sa compétence pour se prononcer sur les éléments litigieux au motif que ces derniers n'émanent pas du contrat de travail mais de la seule charte.

La Cour de cassation ne l'entend toutefois pas ainsi. Elle considère que l'objet de l'accord, plus que sa désignation, détermine sa qualification 3. Elle conclut que c'est à bon droit que la cour d'appel de Versailles 4 en a déduit la requalification de l'accord réglementant notamment les relations de travail 5 en avenant au contrat de travail et qu'elle a rétabli la compétence de la juridiction d'État.

Pour écarter la clause compromissoire, l'arrêt commenté ne se fonde cependant ni sur son inexistence, ni sur sa nullité (I) mais sur sa simple inopposabilité au salarié (II), la haute juridiction refusant de faire application du principe de compétence-compétence.

I. LA REMISE EN CAUSE DE L'INCOMPROMISSIBILITE PAR NATURE DU LITIGE PRUD'HOMAL

2 Remise en cause de l'analyse classique. L'analyse classique recevant avec une certaine méfiance l'arbitrage en droit du travail est partiellement remise en question par l'arrêt. La lettre du texte de l'article L. 1411-4 du Code du travail selon laquelle la clause compromissoire est « réputée non écrite » (A) paraît s'effacer au détriment de l'incompromissibilité 6 du litige prud'homal (B).

A. L'INEXISTENCE TRADITIONNELLE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EN DROIT DU TRAVAIL

3 Clause compromissoire inexistante. La clause compromissoire est, au terme de l'article L. 1411-4 du Code du travail, réputée non écrite 7, autrement dit inexistante 8. La formation même de la stipulation est affectée.

Cette disposition, prise à la lettre, est parfois assez embarrassante car, instinctivement, on ressent bien que la juridiction publique, exhibant une discussion que l'employeur aurait pu vouloir garder privée, contraint le débat.

Au terme de ce texte, il lui est ainsi empêché de préserver sa réputation auprès des institutions, d'éventuelles recrues ou d'une opinion publique plus ou moins avertie.

Tout aussi inquiétant est le risque de l'obliger à divulguer des informations confidentielles à une myriade d'observateurs diversement intentionnés. La disposition du Code du travail semble pourtant bien contrarier le principe de validité énoncé par l'article 2061 du Code civil.

B. L'ABSENCE D'INEXISTENCE NATURELLE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE EN DROIT DU TRAVAIL

4 Nullité relative. Conséquence logique de l'inexistence de la clause compromissoire, l'employeur tout autant que le salarié aurait dû pouvoir attirer son adversaire récalcitrant devant le conseil des prud'hommes.

Mais une jurisprudence ancienne, édictant que la clause compromissoire était nulle de nullité relative 9 et qu'elle protégeait le seul salarié, altérerait considérablement cette lecture. Certains soutenaient d'ailleurs que l'antagonisme prud'homal ne faisait pas partie des litiges inarbitrables par nature 10 comme pouvaient l'être ceux intervenant en matière d'état, de capacité des personnes ou encore de divorce 11.

Une telle proposition n'exprimait pourtant guère que la clause compromissoire pouvait s'approprier le procès prud'homal 12.

La sanction jurisprudentielle suggérait peut-être qu'une telle saisine n'était pas illicite puisque la nullité n'était point absolue, mais elle soulignait en même temps une malformation de la clause compromissoire intervenant en droit du travail.

Peut-être insinuait-elle que la nature de l'affrontement ne s'opposait guère à une telle appréhension *13*? Cette conjecture restait incertaine car les tribunaux ne prenaient pas la peine de décrire la défaillance sanctionnée par la nullité relative *14*.

Le dessein poursuivi était de protéger le droit d'action de la partie faible. L'état d'esprit de la jurisprudence arbitrale, extrêmement pragmatique, s'opposait à la construction d'un raisonnement animé par la seule logique.

5 Appréhension par la clause compromissoire du litige prud'homal ? L'arrêt commenté intervient après qu'une décision ait illustré en cette discipline l'efficacité d'une clause compromissoire, toutefois invoquée par le salarié *15*.

La Cour de cassation accentue le mouvement car ici, ni l'existence, ni la validité de la clause compromissoire ne sont démenties par la chambre sociale, alors même que le salarié réfutait la compétence de l'arbitre. L'article L. 1411-4 du Code du travail a beau être visé par l'attendu principal, la question de la formation de la convention d'arbitrage est occultée par la sanction *16*.

Le principe selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis, tout ce qui n'est pas nul est valide, annoncerait-il l'admission de la clause compromissoire en droit du travail ? Sans doute pas, car la loi s'oppose expressément à une telle orientation.

6 Quel regard porter sur cette décision qui, sur le fondement d'un article contestant l'existence de la clause compromissoire, ne fait que la rendre partiellement inefficace ?

D'une part, en ne retenant pas sa nullité ou son inexistence, la chambre sociale va plus loin que la simple contestation de l'inarbitrabilité par nature des litiges prud'homaux. Elle sous-entend, ce qui doit être approuvé, que ces affrontements ne sont pas congénitalement *17* incompromissibles. Leur appréhension par la clause compromissoire n'est pas exclue pour des raisons inhérentes à la nature du procès.

Mais, d'autre part, de la même manière que l'absence d'inarbitrabilité par nature du litige n'a pas pour conséquence que le litige soit toujours arbitral, l'absence d'incompromissibilité par nature d'un litige ne signifie pas que l'antagonisme est automatiquement compromissible. Il faut encore, ce qui n'a pas été fait en l'espèce, tenir compte de l'existence de dispositions ne se fondant pas sur la nature des choses.

II. L'INAPPLICABILITE PARTIELLE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

7 Le Code du travail invitait en effet la haute juridiction à remettre en cause la formation de la convention d'arbitrage. Or, la jurisprudence, relevant l'inopposabilité de la clause, s'attaque à sa seule exécution. À la demande du salarié, le monopole du juge d'État peut être rétabli (A) et le principe de compétence-compétence écarté (B).

A. L'INAPPLICABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD DES SALARIES

8 Droit international du travail. La clause compromissoire est inopposable au salarié *18*, même lorsque ce dernier en avait connaissance. Cette sanction nouvelle en droit de l'arbitrage interne était déjà retenue en droit de l'arbitrage international *19* et son extension était souhaitée *20*. On peut remarquer que si l'internationalité de l'arbitrage soulève parfois des interrogations en matière commerciale *21*, au moins le Code de procédure civile fournit-il les éléments de sa définition *22*.

Le droit du travail n'a peut-être pas, de ce point de vue, bénéficié d'autant de sollicitude de la part du législateur *23*.

Pour cette raison, l'unification du régime des clauses compromissoires interne et internationale est sans doute une œuvre de clarification.

9 Protection du seul salarié. La décision commentée est toutefois assez paradoxale car, alors qu'elle rompt avec une forme d'aversion pour l'arbitrage en droit du travail, elle introduit une sanction extrêmement protectrice des intérêts du salarié.

L'inopposabilité ne signifie nullement que la clause compromissoire est totalement inapplicable mais seulement qu'elle est insusceptible de contraindre le mineur contractuel contre son gré. Elle est à son égard inefficace *24*.

Que ce dernier ait ou non valablement saisi la juridiction prud'homale, il est impossible de lui imposer le recours à l'arbitrage. En revanche, il peut invoquer la clause compromissoire contre son employeur. La neutralisation partielle de la stipulation est ainsi destinée à préserver, pour le subordonné, le principe fondamental de l'accès au juge.

La confrontation provoquée par l'employeur se déroulerait donc, sauf acquiescement du salarié *25*, devant la juridiction publique. Si cette protection ne peut qu'être saluée *26*, on regrettera que la Cour de cassation ait pris autant de libertés avec la lettre de l'article 1411-4 du Code du travail. Une telle démonstration d'indépendance n'est peut-être pas totalement inédite *27*, mais elle suscite une certaine réserve.

10 Accès au juge. L'arbitrage est une justice parfaitement équilibrée qui ne procure d'avantage à aucun des litigants mais la clause compromissoire est asphyxiée *28* lorsqu'à cause de lui, l'accès au juge est entravé *29*.

Le système aurait toutefois pu se montrer plus nuancé. En accueillant l'idée que, pour certains contrats salariés, la clause compromissoire n'emportait aucune renonciation anticipée au procès car la technique n'altérerait nullement l'accès au juge, le législateur aurait adopté une démarche en phase avec les préoccupations du monde professionnel.

À cet égard, les droits belge *30* et autrichien *31*, permettant l'accord compromissoire dans ces cas *32*, seront peut-être des sources d'inspiration *33*.

Une autre proposition aurait pu être d'inventer un système arbitral plus accessible aux litigants ³⁴. Intéressante est enfin la technique qui abandonne aux contrats ou accords collectifs ³⁵, de branche ou d'entreprise ³⁶ la question de l'admission de la clause compromissoire.

Des études comparées stimuleront peut-être, pour ces litiges dont l'intérêt est souvent moins important que celui des autres contentieux professionnels, une réflexion nouvelle du législateur.

B. L'INAPPLICABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD DE L'ARBITRE

11 Conséquence de l'effet négatif de la clause compromissoire. L'effet négatif de la clause compromissoire, selon lequel le juge public ne peut connaître de l'affaire, a pour conséquence ce que l'on appelle le principe de compétence-compétence.

Il signifie que l'arbitre est compétent pour apprécier sa propre compétence. Le magistrat peut cependant retrouver son rôle lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable ³⁷.

Dans l'arrêt commenté, son inexistence ou sa nullité manifeste, fondée sur une disposition expresse, pouvait justifier l'exclusion du rôle de l'arbitre pour l'appréciation de sa compétence ³⁸.

La motivation poursuivie est la préservation de l'accès au tribunal. Celle-ci sera d'autant mieux sauvegardée que le salarié ne sera pas obligé de se rendre devant le juge privé pour connaître l'identité de la juridiction compétente.

Il faut préciser cependant que le principe de compétence-compétence est réintroduit lorsque c'est le salarié qui attrait l'employeur devant l'arbitre.

Également, lorsque la nullité ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire n'est pas manifeste, l'arbitre redevient examinateur de sa propre compétence.

En l'occurrence, le caractère manifeste de la défaillance de la clause compromissoire n'a pas été relevé.

La qualification incertaine de l'avenant au contrat de travail ³⁹, introduisant un doute, n'aurait-elle pas pu lui permettre de trancher cette question de pure procédure ?

I –

(*) Nous exprimons notre gratitude envers le professeur J.-J. Barbièri qui nous a orienté vers l'étude de cette décision et qui nous a fait part de précieux conseils.

2 –

(1) Le premier, en qualité d'actuaire et devenu «senior manager», le second comme actuaire et devenu «associé».

3 –

(2) S. Brissy, «Principe «compétence-compétence» : exit en matière prud'homale» : JCP S 31 janv. 2012, 1049, p. 43 et s.

4 –

(3) CA Versailles, 15 févr. 2011, no 09/04288 : Juris-Data no 2011-002443 ; v. JCP S 2011, act. 197, En région – Sélection de jurisprudence : premier trimestre 2011.

5 –

(4) La charte réglementait notamment l'obligation de non-concurrence et la sanction qui y était attachée, ainsi que les éléments de rémunération (dont les primes d'objectifs et de treizième mois) et les modalités de calcul du salaire mensuel moyen.

6 –

(5) Pour une présentation de la notion, v. L. Posocco, La clause compromissoire, Thèse univ. Toulouse, 2011, dir. D. Tomasin. L'hypothèse de litige compromissible est celle qui peut être appréhendée par la clause compromissoire. On peut encore dire que le litige entre dans le domaine de cette convention d'arbitrage. La compromissibilité se distingue de l'arbitrabilité car alors que celle-ci est une qualité attachée à un litige déterminé, éclo, celle-là caractérise une hypothèse de litige (représentation par les parties d'un litige éventuel).

7 –

(6) L'article L. 511-1 du Code du travail (en vigueur depuis le 19 janvier 1979) énonçait la même sanction.

8 –

(7) J. Kullmann, «Remarques sur les clauses réputées non écrites, chronique XIV» : D. 1993, p. 59 et s.

9 –

(8) Pour la confirmation d'une clause compromissoire nulle par un compromis après l'expiration du contrat de travail, Cass. soc., 5 nov. 1984, no 82-10511 : JCP G 1985, II, 20510. La sanction de la nullité relative était soutenue par une partie de la doctrine (C. Jarroson, «La clause compromissoire» : Rev. arb. 1992, p. 259. Spécialement en droit du travail : J.-M. Olivier, «Arbitrage et droit du travail» : Dr. et patr. 2002, no 104, p. 52 et s. ; Y. Aubrée, Rép. de droit du travail, Dalloz, vo Contrat de travail (clauses particulières), no 23). V. la présentation de E. Loquin, in J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1020, nos 135 et s.

10 –

(9) V. en ce sens rapport, J. Barthélémy et G. Cette, Refondation du droit social, concilier protection des travailleurs et efficacité économique : rapport au Conseil d'analyse économique, janv. 2010, chap. IV, préconisation 6-3 qui soutient l'idée selon laquelle «le litige individuel du travail n'est pas

congénitalement réfractaire à l'arbitrage» ; H. Motulsky, «L'arbitrage dans les conflits du travail », avec la collaboration de R. Plaisant : Rev. arb. 1956, p. 78, in *Écrits*, T. II, p. 113 et s., no 4. Dans le même sens, v. T. Clay, «L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette» : Dr. sociétés sept. 2010, p. 930 ; P. Hébraud, «Domaine de l'arbitrage et de la clause compromissoire» : RTD civ. 1958, p. 662, spéc. p. 664. «Le contrat de travail n'était pas une matière soustraite, entièrement et de par sa nature, à l'arbitrage». Contra note sous Cass. soc., 30 nov. 2011, nos 11-12905 et 11-12906, FS-P+B ; S. Brissy, «Principe «compétence-compétence» : exit en matière prud'homale» : JCP S 31 janv. 2012, 1049, p. 43 et s.

11 –

(10) C. civ., art. 2060.

12 –

(11) Contra T. Clay, op. cit., p. 941 et s.

13 –

(12) Pour une simple inapplicabilité de la clause compromissoire en droit du travail, v. notamment T. Clay, « L'arbitrage, justice du travail », M. Keller (dir.), *Procès du travail, Travail du procès*, LGDJ, 2008, Bibliothèque de l'institut André Tunc, p. 99, spéc. p. 120.

14 –

(13) Certains arrêts récents démontrent en effet qu'il est difficile de déduire la qualification du vice de formation de la seule sanction retenue. Par exemple, on a pu prononcer une simple nullité relative en cas de défaut de cause (Cass. 3e civ., 29 mars 2006 : Bull. civ. 2006, III, no 88 ; D. 2006, pan., p. 2642, obs. S. Amrani Mekki ; D. 2007, 477, note J. Ghestin ; JCP G 2006, II, 153, nos 7 et s., obs. A. Constantin ; RDC 2006, 1072, obs. D. Mazeaud), ou encore en cas d'absence de cause (Cass. 1re civ., 9 nov. 1999 : Bull. civ. 1999, I, no 293 ; D. 2000, 507, note A. Cristau ; JCP G 2000, I, 219, nos 3 et s., obs. L. Mayaux ; JCP E 2000, 1186, note E. Roueil ; Defrénois 2000, 250, obs. J.-L. Aubert ; RCA 2000, chron. p. 2, par H. Groutel – Cass. 1re civ., 20 févr. 2001 : Bull. civ. 2001, I, no 39 ; JCP G 2001, IV, 1686 – Cass. 1re civ., 29 sept. 2004 : Bull. civ. 2004, I, no 216 ; D. 2004, inf. rap. p. 2690 ; AJ fam. 2004, 458, obs. F. Bicheron ; Dr. famille 2004, no 206, note B. Beignier) alors même que la nullité absolue était, dans ces cas, la solution communément admise.

15 –

(14) CAA Paris, 10e ch., 25 oct. 2011, no 10PA04698, min. c/ E. : Dr. fisc. 2012, no 6, comm. 132.

16 –

(15) La sanction de l'inopposabilité ne repose nullement sur une malformation de la clause compromissoire. Ce n'est donc plus en raison de sa contrariété avec l'article 2061 du Code civil que la clause compromissoire est écartée.

17 –

(16) Pour une utilisation de ce terme, v. H. Motulsky, op. et loc. cit.

18 –

(17) Cass. soc., 9 oct. 2001, no 99-43288 : Rev. arb. 2002, p. 347 et s., note T. Clay – Cass. soc. 4 mai 1999, no 97-41860 : Bull. civ. 1999, V, no 191.

19 –

(18) Cass. soc., 16 févr. 1999 et 4 mai 1999 : Rev. crit. DIP 1999, p. 745, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 1999, p. 290, note M.-A. Moreau – Cass. soc., 9 oct. 2001 : Dr. soc. 2002, p. 122, note M.-A. Moreau ; Rev. arb. 2002, p. 347, note T. Clay – Cass. soc., 28 juin 2005 : Rev. crit. DIP 2006, p. 159, note F. Jault-Seseke ; JCP G 2005, I, 179, obs. J. Béguin ; D. 2005, pan., p. 3052, obs. T. Clay ; et v. également le rapport annuel 2009 de la Cour de cassation : Doc. fr., p. 329.

20 –

(19) T. Clay, «L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette», préc. p. 930-946, spéc. § 64 ; J.-B. Racine, J.-Cl. Contrats – Distribution, Cote 01, 2009, fasc. 191 ; Convention d'arbitrage – Formation, no 139. En faveur d'une unification du régime, v. A. Sinay-Cytermann : Rev. crit. DIP, 2009, p. 427 et s.

21 –

(20) Sur cette question, v. notamment R. Quénaudon : J.-Cl. Droit international, Cote 03, 1997, fasc. 565-A-10 : Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales, nos 65 et s.

22 –

(21) CPC, art. 1504 : «Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international».

23 –

(22) Sur les difficultés de définition, v. A. Méjias de Haro et L. Guilbaud-Seguin, Lamy Mobilité Internationale, partie 3, titre 3, § 318-2.

24 –

(23) Sur le sens à donner à cette inopposabilité, v. T. Clay, « L'arbitrage, justice du travail », préc.

25 –

(24) Une option de compétence est offerte au salarié entre la juridiction paritaire et le tribunal arbitral. Le choix de l'arbitrage sera probablement utile pour celui qui chercherait un nouvel emploi et qui désirerait ne pas ébruiter ses difficultés du moment, le montant de son salaire, les circonstances de son départ, etc. L'encadrement de la procédure lui permettra en outre de limiter certains aléas du procès (calendrier, indemnité minimale, etc.).

26 –

(25) V. obs. N. Dedessus-Le Moustier : JCP G 19 déc. 2011, no 1417, p. 2518 et s.

27 –

(26) Cass. 2e civ., 19 nov. 2008, no 08-11646, Sté Mexx boutiques c/ Sté Toulouse textile Mexx, NP : Procédures 2009, comm. 77, obs. R. Perrot. Dans cet arrêt, des clauses attributives de compétence territoriale, pourtant réputées non écrites par l'article 48 du CPC, avaient déjà pu être qualifiées de simplement inopposables à la partie qui saisissait le juge des référés.

28 –

(27) Expression utilisée par H. Motulsky, R. Plaisant, «L'arbitrage et les conflits du travail» : Rev. arb. 1956, p. 78, reproduit in *Écrits*, II, p. 113, spéc., no 1, p. 113. H. Motulsky écrivait que «l'arbitrage suppose un équilibre des forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie».

29 –

(28) Parfois la justice arbitrale, onéreuse et sans ressort territorial, mettra l'une des parties dans une situation inconfortable pour faire valoir ses droits et l'obligera à renoncer au procès. Pour le salarié, mal entraîné à la course d'obstacle, cet affrontement ponctuel ne s'inscrira nullement dans un courant d'affaire éprouvé. Pour éviter un tel écueil, le litige prud'homal sera par principe confié au tribunal d'État.

30 –

(29) L. 3 juill. 1978, art. 13 : «Les travailleurs et leurs employeurs ne peuvent s'engager d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître».

31 –

(30) C. Liebscher et F. Haugender, «Autriche : le nouveau droit de l'arbitrage» : Gaz. Pal. 21 avr. 2006, p. 933, spéc. p. 935.

32 –

(31) Cette possibilité concerne les contrats en vertu desquels la rémunération excède un certain seuil ou encore au terme desquels les salariés exercent des fonctions d'encadrement dans l'entreprise. Dans ces derniers cas, l'onérosité de la procédure et les déplacements ne dissuadent pas l'employé de s'en remettre au juge privé.

33 –

(32) J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, no 128.

34 –

(33) Par exemple, le législateur aurait pu imposer que le procès arbitral se déroule dans le ressort du tribunal public, ou encore plafonner le coût de la procédure arbitrale.

35 –

(34) Par exemple en Italie, Codice di Procedura Civile, art. 806 modifié par le D. lgs no 40/2006, 2 févr. 2006 (T. Tampiéri, «La nouvelle loi italienne de réforme de l'arbitrage» : Gaz. Pal. 21 avr. 2006, p. 939).

36 –

(35) V. également rapp. Barthélémy-Cette, op. cit.

37 –

(36) CPC, art. 1448.

38 –

(37) Il arrive parfois que le rejet de l'arbitrage soit justifié par la compétence d'ordre public (S. Brissy, «Principe «compétence-compétence» : exit en matière prud'homale», préc., ou exclusive (E. Loquin : J.-Cl. Procédure civile, 01, 2009, fasc. 1024 : Arbitrage – Conventions d'arbitrage – Conditions de fond. Litige arbitral, no 107) de la juridiction paritaire (Contra T. Clay, «L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?», préc. Il est important de remarquer qu'en droit

du travail, cette compétence exclusive et d'ordre public n'écarte nullement l'arbitrage mais seulement la clause compromissoire ou le compromis conclu avant l'expiration du contrat de travail (Cass. soc., 5 nov. 1984, préc.). D'autre part, seule la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, fondée en l'occurrence sur la disposition de l'article L. 1411-4 du Code du travail qui la qualifie de non écrite, permettait de tenir le principe de compétence-compétence en échec. Cette dernière règle n'est peut-être pas contraire à la compétence exclusive ou d'ordre public du juge d'État, mais elle comporte en plus l'idée d'un effacement manifeste de la clause compromissoire.

39 –

(38) Cette charte associative avait un objet dépassant le seul cadre salarié. Ses stipulations régissaient notamment les relations sociales ne relevant pas de la compétence prud'homale. Elles intéressaient les rapports collectifs des associés et des actionnaires et le fonctionnement de l'entreprise (par exemple, conditions de nomination des organes dirigeants et leurs pouvoirs respectifs). D'autre part, la qualification de certaines clauses (par exemple, clause de non-concurrence) était équivoque. Dans une autre affaire, il avait par exemple pu être décidé que le litige ayant pour objet une clause de non-concurrence stipulée dans un protocole signé le même jour que le contrat de travail pouvait être porté devant des arbitres sur le fondement de la clause compromissoire existant dans le protocole (CA Paris, 12 sept. 2002 : Rev. arb. 2003, p. 173, note M.-E. Boursier). Au sujet de l'arrêt commenté, B. Moreau énonçait encore que la cour d'appel avait dû procéder à un examen minutieux de la charte afin d'écartier la compétence arbitrale (v. obs. sous arrêt RJC janv./févr. 2012, no 1, p. 19).