

François Bohnet | Jean-Philippe Dunand
Pascal Mahon (éds)

François Bohnet | Christian Bruchez
Jérôme Candrian | Catalina Constantina
Patricia Dietschy-Martenet | Mercedes Novier
David Raedler | Luc Wenger

Les procédures en droit du travail



François Bohnet | Jean-Philippe Dunand
Pascal Mahon (éds)

François Bohnet | Christian Bruchez
Jérôme Candrian | Catalina Constantina
Patricia Dietschy-Martenet | Mercedes Novier
David Raedler | Luc Wenger

Les procédures en droit du travail



Citation suggérée de l'ouvrage : FRANÇOIS BOHNET, JEAN-PHILIPPE DUNAND, PASCAL MAHON (éds), *Les procédures en droit du travail*, « Collection CERT », Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8763-6

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ;
téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Table des abréviations.....	IX
-----------------------------	----

Première partie : Procédures judiciaires

Procédure civile et droit du travail.....	1
---	---

Patricia Dietschy-Martenet

Docteure en droit, avocate, chargée d'enseignement aux Universités de Neuchâtel, Fribourg et Lausanne, vice-présidente au Tribunal de prud'hommes de la Broye et Nord-Vaudois

Les conclusions dans les procès de droit du travail – Questions choisies.....	31
---	----

Mercedes Novier

Docteure en droit, LL.M., avocate, spécialiste FSA en droit du travail

L'incidence des garanties du droit public matériel et procédural sur les rapports de travail du personnel de la Confédération.....	85
--	----

Jérôme Candrian

Docteur en droit, juge auprès du Tribunal administratif fédéral

Deuxième partie : Procédures extrajudiciaires

L'arbitrabilité des conflits individuels de travail.....	121
--	-----

François Bohnet

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

Catalina Constantina

Assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, avocate, médiatrice FSA

Procédure en matière de licenciement collectif.....	147
---	-----

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail

Les enquêtes internes sous l'œil des autres procédures internes à l'employeur	183
--	------------

David Raedler

Docteur en droit, avocat, vice-président au Tribunal de prud'hommes de la Broye et Tribunal du Nord vaudois

Règlements internes de prévention et gestion des conflits et procédures d'enquête	233
--	------------

Luc Wenger

Spécialiste en gestion des conflits au travail

Annexe : Règlement relatif à la gestion des conflits et aux enquêtes internes	279
--	------------

L'arbitrabilité des conflits individuels de travail

Sommaire	Page
I. Introduction	122
II. Les dispositions légales	123
A. L'ancien concordat sur l'arbitrage	123
B. Le Code de procédure civile	124
1. Généralités	124
2. L'art. 354 CPC	125
a) L'arbitrabilité objective	125
b) Le champ de l'arbitrabilité	125
c) La notion de disponibilité des prétentions	126
d) La détermination de la disponibilité des prétentions selon la <i>lex causae</i>	126
3. L' <i>opting-out</i> selon l'art. 353 al. 2 CPC	127
4. Les règles sur les fors	129
C. Le Code des obligations	129
1. Généralités	129
2. L'art. 341 al. 1 CO	129
a) Le but de la norme	129
b) Le champ d'application personnel	130
c) Le champ d'application objectif	130
aa) Les créances concernées	130
bb) La notion de renonciation	132
d) Le champ d'application temporel	133
3. Les art. 361-362 CO	133
D. La LDIP	134
1. Généralités	134
2. L'art. 176 LDIP	134
3. L'art. 177 al. 1 LDIP	134
4. L'art. 187 al. 1 LDIP	135
III. L'examen de l'arbitrabilité	136
A. Par un tribunal étatique	136
B. Par un tribunal arbitral	137
IV. La jurisprudence du Tribunal fédéral	138
A. ATF 136 III 467	138
1. Les faits	138
2. Le droit	139

B. ATF 144 III 235	139
1. Les faits	139
2. Le droit	140
V. Synthèse	141
A. La clause compromissoire	141
1. Généralités	141
2. L'invalidité partielle ou complète	141
B. Le compromis	143
VI. Conclusion	143
VII. Bibliographie	144

I. Introduction

La Suisse consacre un régime dualiste et soumet l'arbitrage international et l'arbitrage interne à des règles différentes¹. L'arbitrage international est régi par les dispositions du chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)², alors que l'arbitrage interne est régi par les dispositions de la troisième partie du Code de procédure civile (CPC)³, qui a remplacé le Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA)⁴.

En pratique, l'arbitrage interne est moins développé, peut-être parce qu'il présente moins d'avantages directs que l'arbitrage international, notamment en rapport avec la neutralité des arbitres, souvent présentée comme un avantage décisif de l'arbitrage international et qui joue un rôle marginal en matière interne⁵. Pourtant, dans le domaine du droit du travail, les contributions doctrinales sont particulièrement nombreuses en matière d'arbitrage interne, bien plus qu'en arbitrage international. La raison est simple : l'arbitrage interne se trouve sensiblement restreint du fait de l'exigence de la disponibilité du litige, qui fait souvent défaut en droit du travail, selon l'approche du Tribunal fédéral.

La notion d'« arbitrabilité », qui sert à déterminer les causes susceptibles d'être tranchées par la voie de l'arbitrage⁶ est en effet différente en droit interne et en droit international. L'arbitrabilité des litiges internes est intrinsèquement liée à la disponibilité des prétentions, alors que pour l'arbitrabilité en matière internationale, c'est le caractère patrimonial de la

¹ BESSON, p. 20.

² RS 291.

³ RS 272.

⁴ RSV 288.91.

⁵ BESSON, p. 19.

⁶ TF 5A_22/2013 du 30 juin 2014, SJ 2014 I 436, c. 2.4.

cause qui importe. Ces deux critères ne se superposent pas. Il existe des causes patrimoniales qui ne sont pas disponibles (en particulier certains droits découlant d'un contrat de travail avant la fin du rapport de travail) et des prétentions disponibles qui ne sont pas de nature patrimoniale (par exemple, une cessation d'atteinte à la personnalité)⁷.

Un « litige relevant du droit du travail » découle soit d'un contrat individuel, soit d'une convention collective de travail⁸. La notion est interprétée de manière extensive afin d'assurer une meilleure protection de la partie dite faible au contrat⁹.

II. Les dispositions légales

A. L'ancien concordat sur l'arbitrage

Avant l'entrée en vigueur du CPC, le CIA s'appliquait à toute procédure tenue devant un tribunal arbitral ayant son siège sur le territoire de l'un des cantons concordataires, demeurant réservée l'application des règlements d'arbitrage d'institutions privées ou publiques ainsi que des compromis d'arbitrage et des clauses compromissaires, dans la mesure où ceux-ci ne contrevenaient pas à des dispositions impératives du concordat¹⁰.

La disposition topique du CIA était son art. 5, rédigé dans les termes suivants : « *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* »¹¹. En matière de litiges relevant du droit du travail, entre autres, les cantons demeuraient compétents pour attribuer la compétence exclusive à un tribunal étatique¹². L'arbitrabilité objective des conflits individuels de travail et des litiges en matière de bail et de droit de la consommation présupposait ainsi la réunion de deux conditions :

- la disponibilité de l'objet du litige ;
- l'inexistence d'une disposition légale attribuant la compétence exclusive pour juger la cause à une autorité étatique¹³.

⁷ FISCHER/LIATOWITSCH, p. 237 ; BSK ZPO-WEBER-STECHER, N 8 *ad* art. 354.

⁸ DIETSCHY, N 2.

⁹ DIETSCHY, N 13.

¹⁰ Art. 1 CIA.

¹¹ Art. 5 CIA.

¹² KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 18–19a *ad* art. 354.

¹³ BOHNET, p. 162. Pour de nombreux cantons, la disposition n'était pas nouvelle et trouvait son fondement dans le principe de l'autonomie en droit privé, *cf.* AMBAUEN, n. 365.

La seconde condition semblait exclure l'arbitrabilité des litiges pour lesquels un for impératif était prévu¹⁴. L'interprétation de cette règle est cependant demeurée incertaine jusqu'à son abolition à l'entrée en vigueur du CPC¹⁵. La jurisprudence a finalement nié toute influence du caractère impératif d'un for sur l'arbitrabilité, tant sous l'empire de la LFors que de l'art. 35 CPC¹⁶.

B. Le Code de procédure civile

1. Généralités

Avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, les restrictions cantonales à l'arbitrabilité des litiges relevant du droit du travail ont été abandonnées¹⁷. La troisième partie du CPC a modernisé le droit de l'arbitrage interne par rapport aux dispositions du CIA afin de favoriser le développement de l'arbitrage en matière interne¹⁸. Le législateur a cependant refusé d'adopter la formulation de l'art. 177 LDIP et ainsi d'étendre le champ de l'arbitrabilité¹⁹. L'art. 354 CPC a repris uniquement la première partie de l'art. 5 CIA. Néanmoins, globalement, la jurisprudence et la doctrine concernant l'art. 5 CIA ont gardé leur pertinence²⁰.

Contrairement à certains codes de procédure civiles cantonaux²¹, le CPC ne réglemente pas de manière spécifique l'arbitrabilité des conflits individuels de travail, ce qui a fait l'objet des critiques²². En particulier, l'absence de solution spécifique pour les litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse est élevée est discutée par une partie de la doctrine, car ces litiges sont de toute manière soustraits à la protection spéciale prévue par le droit procédural devant les tribunaux étatiques²³.

En matière d'arbitrage interne, le CPC donne une très large autonomie aux parties, lesquelles peuvent exclure, en vertu de l'art. 353 al. 2 CPC, l'application des dispositions

¹⁴ GÖKSU, N 384 s. et la référence.

¹⁵ AMBAUEN, N 365 ; BK ZPO-PFISTERER, N 6 ss *ad* art. 354. Pour des développements en droit du travail à l'époque de l'art. 343a CO et 21 LFors, voir BOHNET, p. 164 ss.

¹⁶ ATF 136 III 467, c. 4.4, sous l'empire de la LFors ; 144 III 325, c. 2.2.2, 2.3.3.

¹⁷ FRÖHLICH, N 90.

¹⁸ BESSON, p. 19.

¹⁹ KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 3 *ad* art. 354.

²⁰ DIETSCHY, p. 2 ; v. aussi KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 18–19a *ad* art. 354 ; confirmé par l'ATF 144 III 235, c. 2.2.

²¹ FRÖHLICH, N 71.

²² BOHNET/ZEN-RUFFINEN, p. 35 ss.

²³ WILDHABER/JOHNSON WILKE, p. 168 ; FRÖHLICH, N 110 ss, qui estime que l'arbitrage présente des avantages.

prévues par la troisième partie du CPC en faveur des dispositions du chapitre 12 de la LDIP, et choisir les « *règles de droit* » qui s'appliqueraient au fond du litige, selon l'art. 381 al. 1 let. a CPC²⁴. Cette autonomie est cependant limitée par les dispositions qui relèvent de l'ordre public²⁵.

2. L'art. 354 CPC

a) L'arbitrabilité objective

L'art. 354 CPC détermine l'arbitrabilité objective (« *ratione materiae* »), en d'autres termes, les litiges qui sont par leur nature arbitrables²⁶. L'arbitrabilité objective est une condition préalable à la validité de la convention d'arbitrage, et, partant, à la compétence du tribunal arbitral²⁷.

L'arbitrabilité objective doit être distinguée de la question de l'arbitrabilité subjective (« *ratione personae* »), c'est-à-dire de la capacité d'une partie à conclure une convention d'arbitrage²⁸, qui n'est pas traitée dans la troisième partie du CPC²⁹ et doit être examinée sur la base des principes généraux du droit de procédure³⁰.

b) Le champ de l'arbitrabilité

Le législateur a conservé la rédaction de l'art. 354 CPC, telle que proposée dans l'avant-projet, et a refusé d'étendre le champ de l'arbitrabilité, malgré les opinions des commentateurs, qui avaient, d'un côté, demandé un alignement de la notion d'arbitrabilité avec celle de l'art. 177 LDIP³¹, et, d'un autre côté, plaidé pour une limitation de l'arbitrabilité des litiges relevant du droit du travail³².

L'art. 354 CPC s'applique à l'arbitrage interne. Si la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international ne soulève pas de question particulière, la doctrine relève des situations non désirables, où un même litige serait arbitrable si l'arbitrage était international et inarbitrable si l'arbitrage était interne, en fonction du domicile des

²⁴ BESSON, p. 28 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 10 *ad* art. 381.

²⁵ BESSON, p. 28 ; CR CPC-SCHWEIZER, N 10a *ad* art. 381.

²⁶ ATF 118 II 353, c. 3a.

²⁷ OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, N 1 *ad* art. 354 ; BK ZPO-PFISTERER, N 1 *ad* art. 354.

²⁸ ATF 118 II 353, c. 3a.

²⁹ KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 5 *ad* art. 354.

³⁰ Dike ZPO-STACHER, N 3 *ad* art. 354 ; BK ZPO-PFISTERER, N 2 *ad* art. 354 ; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, N 2a *ad* art. 354.

³¹ KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 3 *ad* art. 354.

³² BOHNET, p. 170.

parties³³. Une telle situation peut conduire les parties à opter pour l'application du chapitre 12 LDIP³⁴.

c) La notion de disponibilité des prétentions

La disponibilité des prétentions n'est pas définie de manière générale par l'art. 354 CPC et s'apprécie au cas par cas³⁵. Une prétention est disponible si son titulaire peut y renoncer et, dans le cadre d'un litige, peut se désister ou acquiescer à son égard, mais aussi conclure une transaction judiciaire ou extrajudiciaire³⁶. Il peut s'agir des droits patrimoniaux ou non patrimoniaux³⁷. La prétention doit être subjectivement disponible, en d'autres termes, les parties à la convention d'arbitrage doivent pouvoir y renoncer³⁸, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage³⁹. La disponibilité des droits peut être exclue dans l'intérêt du titulaire, des tiers ou dans l'intérêt public⁴⁰.

d) La détermination de la disponibilité des prétentions selon la *lex causae*

Le choix de la loi applicable au rapport juridique est possible s'il existe une relation de travail internationale⁴¹ et il est limité, selon l'art. 121 al. 3 LDIP, à la loi du pays dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle⁴². Dans des telles situations, la loi déterminante pour juger de l'arbitrabilité reste un sujet controversé⁴³. En matière interne, la disponibilité d'une prétention et son étendue sont déterminées, selon le législateur, par le droit matériel⁴⁴.

En matière internationale, la doctrine est divisée sur le point de savoir si la libre disponibilité de la créance doit être jugée selon le droit matériel applicable à la créance

³³ LIENHARD, Arbitrability, N 25.

³⁴ LIENHARD, Arbitrability, N 24 s.

³⁵ AMBAUEN, N 380 ss.

³⁶ JOLIDON, p. 153 ; v. aussi Dike ZPO-STACHER, N 14 *ad* art. 354 ; FISCHER/LIATOWITSCH, p. 237 ; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, N 4 *ad* art. 354 ; GÖKSU, N 357.

³⁷ OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, N 4 *ad* art. 354.

³⁸ BK ZPO-PFISTERER, N 13 *ad* art. 354 ; Dike ZPO-STACHER, N 8 *ad* art. 354.

³⁹ WILDHABER/JOHNSON WILKE, p. 165.

⁴⁰ Dike ZPO-STACHER, N 14 *ad* art. 354 ; JOLIDON, p. 154 ; ATF 56 III 233, c. 2, qui mentionne l'action en contestation de l'état de collocation comme protégeant l'intérêt des tiers.

⁴¹ ZOBL, N 619 ss.

⁴² Art. 121 al. 3 LDIP.

⁴³ Pour une synthèse, LIENHARD, Arbitrability, N 32.

⁴⁴ FF 2006 6841, 7000.

(*lex causae*) ou selon la loi qu'appliquerait un tribunal étatique en suivant les règles de conflit de lois⁴⁵. La majorité des auteurs considère que la loi applicable à l'arbitrabilité devrait être la *lex causae*, ce qui est correct dès l'instant où l'on considère que celle-ci est une qualité de l'objet du litige⁴⁶. AMBAUEN estime pour sa part que la libre disponibilité n'est pas (seulement) déterminée par le droit matériel – et certainement pas par une *lex causae* éventuellement étrangère, mais plutôt par les valeurs qui se reflètent dans l'ensemble du système juridique suisse⁴⁷. En droit du travail, la question relève de l'art. 341 CO, disposition qui sera examinée plus loin.

3. L'*opting-out* selon l'art. 353 al. 2 CPC

Selon l'art. 353 al. 2 CPC, les parties peuvent exclure l'application du titre 1 de la Partie 3 du CPC – soit les dispositions des art. 353 à 356 – au profit du chapitre 12 LDIP⁴⁸. Selon le législateur, le but de cette disposition est de permettre aux « *affaires de nature internationale* » d'être soumises aux règles de la LDIP, alors même que le domicile des parties et le siège du tribunal arbitral se trouvent en Suisse⁴⁹.

Selon le Tribunal fédéral, un *opting-out* est valable si, premièrement, l'application de la troisième partie du CPC est expressément exclue, deuxièmement, l'application exclusive des dispositions du chapitre 12 de la LDIP est convenue, et troisièmement, la déclaration expresse des parties revêt la forme écrite⁵⁰.

Le libellé de l'art. 353 al. 2 CPC a suscité un long débat doctrinal portant sur la question de savoir si en exerçant le droit qu'il confère, les parties peuvent également choisir les règles de droit applicables à l'arbitrabilité du litige, en d'autres termes éluder l'application de l'art. 354 CPC. Pour une partie de la doctrine, la réponse est affirmative : l'*opting-out* permis par l'art. 353 al. 2 CPC peut rendre arbitrables même les prétentions du travailleur

⁴⁵ Pour la *lex causae*, entre autres : BK ZPO-PFISTERER, N 10 *ad* art. 354 ; Dike ZPO-STACHER, N 11 *ad* art. 354 ; KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 7 *ad* art. 354 ; KUKO ZPO-DASSER, N 7 *ad* art. 354 ; v. aussi CASEY 2017, p. 269. Pour le droit qui serait appliqué par un tribunal : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 67.

⁴⁶ ATF 118 II 193, c. 5c/aa, citant JOLIDON. Voir aussi BK ZPO-PFISTERER, N 1 *ad* art. 354.

⁴⁷ AMBAUEN, N 380 ss.

⁴⁸ L'art. 353 al. 2 CPC a été adopté pour prévenir les inégalités de traitement dans le domaine de l'arbitrage du sport. Cf. FF 2006 6841, 7000.

⁴⁹ FF 2006 6841, 6999.

⁵⁰ ATF 145 III 266, c. 1.3.3.

dont il ne pouvait pas disposer librement⁵¹, pour autant que des dispositions d'ordre public ne s'y opposent pas ou que l'on ne soit pas en présence d'un cas d'abus de droit⁵².

Les parties ne peuvent à notre sens échapper à la condition de la disponibilité des droits en faisant usage de la possibilité qui leur est offerte par l'art. 353 al. 2 CPC d'opter, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, pour l'application des dispositions du chapitre 12 LDIP. Ce choix suppose nécessairement que les conditions de l'arbitrabilité en matière interne soient réunies puisqu'il s'inscrit dans ce contexte. A défaut, il suffirait d'un *opting-out* pour rendre arbitral une prétention qui ne l'est en principe pas, l'art. 177 al. 1 LDIP n'exigeant pas la disponibilité du droit, mais simplement son caractère patrimonial⁵³.

Le Tribunal fédéral a tranché la question dans l'ATF 144 III 235⁵⁴, retenant qu'il n'est pas possible d'opter pour la non-application de l'art. 354 CPC (*infra* IV/B/2). Cette solution est correcte et correspond à une des *ratio legis* exprimées par le législateur : « *Un droit qui n'est pas disponible ne peut être soustrait aux juridictions étatiques en cas de litige* »⁵⁵. Certes, la rédaction de l'article 353 al. 2 CPC dans la systématique du CPC est regrettable et prête à confusion : d'une part, parce que le choix du chapitre 12 de la LDIP implique le choix de l'art. 177 LDIP ; d'autre part, parce qu'il aurait été possible de classer la règle de l'art. 354 CPC dans les titres suivants de la Partie 3 et ainsi exclure son contournement.

Dès lors, en cas d'*opting-out* en arbitrage interne, un tribunal arbitral saisi du litige devra d'abord vérifier la disponibilité des prétentions litigieuses selon le droit suisse, nonobstant les règles de droit choisies par les parties.

⁵¹ KUKO ZPO-DASSER, N 15 *ad* art. 353 ; BK ZPO-PFISTERER, N 37 *ad* art. 353 ; BESSON, p. 23 ; FRÖHLICH, N 116 ; KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 20–21 *ad* art. 354 et les références ; STÖCKLI/CASEY-OBRIEST, N 652 s. ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 67 ; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, pp. 163, 169 ; BSK ZPO-WEBER-STECHER, N 16 *ad* art. 353.

⁵² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 67 ; STACHER, N 21 *ad* art. 353 ; ZOBL, N 617 ss ; WILDHABER/JOHNSON WILKE, p. 168 ; BESSON, p. 28, qui considère admissible l'application de l'art. 177 al. 1 LDIP dans le cas d'un contrat de travail sans élément d'extranéité si l'employé n'est pas dans une situation de dépendance marquée à l'égard de son employeur ou si le type d'arbitrage envisagé ne renchérit ou ne complique pas d'une manière significative l'exercice des droits du travailleur, alors que, dans les autres cas, les limites de l'arbitrabilité tracées par la jurisprudence seraient de d'ordre public interne, et, par conséquent, la soumission volontaire de l'arbitrage aux dispositions du chapitre 12 LDIP serait invalide en ce qui concerne la définition de l'arbitrabilité du litige.

⁵³ BOHNET/ZEN-RUFFINEN, p. 37. *Contra* : LIENHARD, p. 774 et s. qui propose de déterminer la validité de l'*opting-out* selon l'« intérêt raisonnable » du travailleur à faire trancher le litige par un tribunal arbitral. Ce critère, flou, s'inscrit avant tout dans une posture favorable à l'arbitrabilité.

⁵⁴ Confirmé par l'ATF 145 III 266, c. 1.3.3.

⁵⁵ FF 2006 6841, 7000.

4. Les règles sur les fors

Les règles impératives de for du CPC sont inapplicables aux procédures arbitrales⁵⁶, de même que toute autre règle procédurale d'ailleurs, par exemple la gratuité du procès⁵⁷. Toutefois, dans la mesure où ces normes visent un but de protection sociale, elles trouvent un certain écho dans l'art. 354 CPC, qui exclut l'arbitrabilité des droits indisponibles, pour lesquels le législateur prévoit souvent des normes procédurales protectrices, comme c'est le cas en droit du travail.

C. Le Code des obligations

1. Généralités

En matière d'arbitrabilité des conflits de travail, c'est avant tout l'art. 341 al. 1 CO qui retient l'attention. Cette disposition restreint la disponibilité de certaines créances du travailleur, et, partant, leur arbitrabilité en matière interne. Sont concernées les créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci.

2. L'art. 341 al. 1 CO

En vertu de 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 de la loi ou d'une convention collective. L'art. 341 CO complète les dispositions des articles 361 et 362 CO et de l'art. 357 CO⁵⁸. L'art. 341 al. 1 CO concerne la renonciation ultérieure, tandis que les art. 361 et 362 régissent la renonciation préalable⁵⁹.

a) Le but de la norme

L'art. 341 al. 1 CO a pour fonction de protéger le travailleur socialement et économiquement plus faible, dans une relation de dépendance, qui pourrait se voir contraint de renoncer à ses droits sous la pression de conséquences négatives (par exemple menace de licenciement, ou de mauvais certificat de travail, rétention du salaire ou de paiement d'heures supplémentaires)⁶⁰. L'interdiction générale de renonciation a été

⁵⁶ Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, 7001.

⁵⁷ DIETSCHY, N 255 ; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, p. 38 ; AMBAUEN, N 368 et les références.

⁵⁸ ZK-STAEHELIN, N 1 *ad* art. 341 CO.

⁵⁹ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 1 *ad* art. 341 CO.

⁶⁰ ZK-STAEHELIN, N 1 *ad* art. 341 CO ; CR CO I-AUBERT, N 1 *ad* art. 341 ; ATF 102 Ia 417, c. 3c.

introduite par la révision des dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail de 1971⁶¹.

b) Le champ d'application personnel

Seules les prétentions de l'employé sont couvertes, et non celles de l'employeur, qui n'a pas besoin d'une protection spéciale⁶². En principe, sont aussi visés les employés cadres qui sont également actionnaires de l'employeur⁶³.

L'employeur peut donc renoncer valablement à des prétentions, même si elles découlent de normes impératives⁶⁴. L'art. 341 al. 1 CO est ainsi classé parmi les dispositions à caractère semi-impératif de l'art. 362 CO⁶⁵.

c) Le champ d'application objectif

aa) Les créances concernées

La notion de « créance » inscrite à l'art. 341 al. 1 CO doit être comprise dans un sens large, incluant les créances proprement dites, les droits formateurs (en particulier la résiliation) ou les exceptions (en particulier la prescription) que le travailleur peut faire valoir à l'encontre de l'employeur⁶⁶. La créance doit trouver son fondement dans le contrat de travail (même s'il peut être mixte, en particulier pour les créances découlant aussi d'un acte illicite) et non d'un autre rapport juridique⁶⁷. Sont visées autant les prétentions juridiques, que les droits accessoires⁶⁸. La protection de l'art. 341 al. 1 CO s'étend également aux droits qui seraient nés si l'employeur n'avait pas résilié le contrat avec effet immédiat sans justes motifs (art. 337c al. 1 CO) ou si le travailleur n'avait pas été amené à démissionner avec effet immédiat pour de justes motifs (art. 337b al. 1 CO)⁶⁹.

⁶¹ ZK-STAEHELIN, N 21 *ad* art. 341 CO.

⁶² ZK-STAEHELIN, N 5 *ad* art. 341 CO.

⁶³ Voir aussi SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 16 *ad* art. 341 CO ; TF 4C.20/2007 du 22 octobre 2007, c. 2.4.

⁶⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 13 *ad* art. 341 CO et les références.

⁶⁵ SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 1 *ad* art. 341 CO.

⁶⁶ SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 5 *ad* art. 341 CO et les références ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 *ad* art. 341 CO.

⁶⁷ SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 5 *ad* art. 341 CO et les références ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 *ad* art. 341 CO ; ZK-STAEHELIN, N 5 *ad* art. 341 CO.

⁶⁸ ZK-STAEHELIN, N 5 *ad* art. 341 CO ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 *ad* art. 341 CO et les références, qui expliquent le choix de cette interprétation en se fondant sur la teneur de l'art. 341 al. 2 CO. Pour des exemples voir : SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 22 *ss ad* art. 341 CO ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 20 *ss ad* art. 341.

⁶⁹ CR CO I-AUBERT, N 3 *ad* art. 341.

La protection couvre les droits nés durant les rapports de travail⁷⁰. Les prétentions futures ne sont pas soumises à l'interdiction de renonciation⁷¹, mais suivront le même régime que la convention qui les sous-tend⁷².

Il s'agit en outre uniquement des créances de l'employé et non de ses dettes à l'égard de son employeur. Ainsi, la validité d'une convention passée entre les parties prévoyant que le travailleur répond du dommage causé à l'employeur dans une mesure plus large que celle prévue à l'art. 321e CO ne doit être appréciée qu'en rapport avec le caractère semi-impératif de cette disposition conformément à l'art. 362 CO ; elle ne tombe pas sous l'incidence de l'art. 341 al. 1 CO⁷³.

L'art. 341 al. 1 CO concerne les créances découlant de dispositions tant impératives – auxquelles les parties ne peuvent déroger ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur –, que semi-impératives – auxquelles il ne peut être dérogé en défaveur de l'employé⁷⁴. L'art. 341 al. 1 CO ne doit pas être lu exclusivement en relation avec les art. 361 et 362 CO. Les listes prévues par ces dispositions ne sont pas exhaustives⁷⁵. Selon le Conseil fédéral, les normes prévoyant clairement à quelles conditions formelles et dans quelles limites matérielles des dérogations sont licites ne figurent pas dans l'inventaire des art. 361 et 362 CO⁷⁶, de sorte qu'il est nécessaire d'examiner dans chaque cas si le caractère impératif d'une norme ne découle pas de son contenu⁷⁷.

Sont également concernées les dispositions impératives contenues dans une convention collective de travail, comme les clauses relatives à la conclusion, au contenu ou à l'extinction des rapports individuels de travail (art. 357 al. 1 CO), qui sont de nature semi-impérative (art. 357 al. 2 CO). Les dispositions d'un contrat type fixant des salaires minimaux impératifs conformément à l'art. 360a CO sont elles aussi visées par l'art. 341 al. 1 CO⁷⁸.

⁷⁰ CR CO I-AUBERT, N 2 *ad* art. 341 CO.

⁷¹ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 341 CO.

⁷² ZK-STAEHELIN, N 5a *ad* art. 341 CO, avec des développements sur les conventions de résiliation en N 9.

⁷³ SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 5 *ad* art. 341 CO ; ZK-STAEHELIN, N 5 *ad* art. 341 CO.

⁷⁴ SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 6-7 *ad* art. 341 CO ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 15 *ad* art. 341 CO ; ZK-STAEHELIN, N 6 *ad* art. 341 CO.

⁷⁵ CR CO I-AUBERT, N 3 *ad* art. 341.

⁷⁶ Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le Code des obligations, *in* : FF 1984 II 574 ss, 639 *in fine*.

⁷⁷ CR CO I-AUBERT, N 4 *ad* art. 341.

⁷⁸ SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 8-9 *ad* art. 341 CO ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 16-17 *ad* art. 341 CO.

bb) La notion de renonciation

La renonciation est une déclaration d'intention par laquelle le titulaire d'un droit subjectif l'abandonne sans le transférer à une autre personne⁷⁹. La renonciation au sens de l'art. 341 al. 1 CO peut prendre la forme d'un accord d'annulation ou de remise entre le travailleur-créancier et l'employeur-débiteur conformément à l'art. 115 CO. Sont visées les renonciations unilatérales, mais pas les accords synallagmatiques prévoyant des prestations comparables ou des concessions réciproques⁸⁰.

Constitue également une renonciation la reconnaissance de l'inexistence d'une dette, par désistement d'action, ainsi que par l'acquiescement dans le cadre d'une action en constatation négative, mais pas une compensation⁸¹.

Sauf exception prévue par une disposition légale spéciale, une renonciation peut être conclue oralement ou même tacitement par le travailleur⁸². La forme écrite est cependant requise lorsqu'elle est exigée dans l'intérêt du travailleur⁸³.

La question s'est posée en doctrine de savoir si la conclusion d'une convention d'arbitrage constitue une renonciation au sens de l'art. 341 al. 1 CO et la réponse a été généralement négative⁸⁴. LIENHARD⁸⁵ semble cependant assimiler la convention d'arbitrage à une renonciation au sens de l'art. 341 al. 1 CO et propose d'examiner, comme pour une convention de résiliation, si une compensation adéquate existe pour la conclusion d'une convention d'arbitrage. L'auteur propose d'admettre que si tel est le cas, les droits visés par l'art. 341 al. 1 CO deviennent disponibles, ce qui revient à court-circuiter l'exigence de l'art. 354 CPC. En réalité, une convention d'arbitrage n'est pas une renonciation aux « prétentions juridiques, issues du rapport de travail, ainsi que des droits accessoires », mais une renonciation à la faculté de voir sa cause tranchée par un tribunal étatique et au double degré de juridiction. De plus, on voit mal ce qui constituerait une « compensation adéquate » pour la conclusion d'une convention d'arbitrage. Enfin, l'existence d'une contreprestation ne rend pas les droits visés par l'art. 341 al. 1 CO arbitrables, au sens de l'art. 354 CPC. Le fait que le travailleur peut y renoncer, à *condition* de recevoir une compensation adéquate ne signifie pas encore qu'ils sont à sa libre disposition.

⁷⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 2 *ad* art. 341 CO.

⁸⁰ ZK-STAEHELIN, N 3 *ad* art. 341 CO ; SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 21 *ad* art. 341 CO ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 6 *ad* art. 341 CO ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 18 *ad* art. 341 CO.

⁸¹ ZK-STAEHELIN, N 3 *ad* art. 341 CO.

⁸² ATF 105 II 39, c. 1a, JdT 1979 I 608 ; SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 17 *ad* art. 341 CO ; ZK-STAEHELIN, N 3 *ad* art. 341 CO.

⁸³ ZK-STAEHELIN, N 3 *ad* art. 341 CO.

⁸⁴ V. par exemple : WILDHABER/JOHNSON WILKE, p. 165 ; BEFFA, p. 1441.

⁸⁵ LIENHARD, p. 775 ; LIENHARD Arbitrability, N 41 s.

d) Le champ d'application temporel de la renonciation

L'impossibilité de renoncer s'applique pendant toute la durée des rapports de travail, et vaut également durant le mois qui suit leur expiration. Le début de l'interdiction est marqué par le moment de la *conclusion* du contrat et non par le moment à partir duquel il déploie ses effets⁸⁶. Quant à la fin des rapports de travail, est décisif le moment à partir duquel cesse le lien de dépendance et de subordination du travailleur face à son employeur⁸⁷. Après l'expiration du délai d'un mois, le travailleur pourra convenir d'une clause compromissoire ou conclure un compromis, si un conflit est déjà né.

3. Les art. 361-362 CO

L'art. 361 CO comprend une liste de dispositions légales auxquelles il ne peut être dérogé par accord, contrat-type de travail ou convention collective, ni au détriment de l'employeur ni à celui du travailleur ou de la travailleuse (dispositions « impératives »). L'art. 362 CO prévoit à son tour une liste de dispositions auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur ou de la travailleuse (dispositions « semi-impératives »). Ainsi que mentionné plus haut (II/C/2/c/aa), les listes contenues à l'art. 361 et 362 CO ne sont pas exhaustives, d'autres dispositions légales étant susceptibles d'avoir, en vertu de leur but ou de leur rédaction, un caractère impératif ou partiellement impératif⁸⁸. Selon WYLER/HEINZER les normes mentionnées aux art. 361 et 362 CO sont des normes impératives au sens de l'art. 18 LDIP, susceptibles d'être appliquées quel que soit le droit désigné par la LDIP⁸⁹.

Le fait que des prétentions résultent de dispositions impératives ou partiellement impératives de la loi ne les rend pas comme telles indisponibles⁹⁰. En matière de droit du travail, c'est l'art. 341 al. 1 CO qui déclare indisponibles de telles prétentions, comme le relève le Tribunal fédéral⁹¹. La libre disponibilité n'est restreinte que lorsque la loi interdit la renonciation à une prétention spécifique et existante⁹².

⁸⁶ SHK-BOHNET/DIETSCHY N 10 *ad* art. 341 CO ; ZK-STAEHELIN, N 10 *ad* art. 341 CO.

⁸⁷ TF 4C.390/2005 du 2 mai 2006, c. 2.1.

⁸⁸ Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le Code des obligations, *in* : FF 1984 II 574 ss, 639 *in fine* ; SHK-BOHNET/DIETSCHY, N 1-2, 4 *ad* art. 361-362 CO ; ZK-STAEHELIN, N 6 *ad* art. 341 CO, qui relève par ailleurs certaines incohérences entre les listes de l'art. 361 CO et de l'art. 362 CO.

⁸⁹ WYLER/HEINZER, p. 1007.

⁹⁰ AMBAUEN, N 376.

⁹¹ ATF 136 III 467.

⁹² AMBAUEN, N 376 et la référence : MÖHLER, N 263.

D. La LDIP

1. Généralités

Sauf dérogation prévue par des traités internationaux, l'arbitrage international est régi par les art. 176 ss LDIP⁹³. La LDIP contient une réglementation très libérale en matière d'arbitrabilité, en ce sens que toute cause de nature patrimoniale est arbitrable (art. 177 al. 1 LDIP)⁹⁴.

L'arbitrage est régi par les règles de procédure convenues par les parties (art. 182 al. 1 LDIP) ; à défaut de choix, elles sont déterminées par le tribunal arbitral (art. 182 al. 2 LDIP). Toutefois, l'art. 182 al. 3 LDIP fixe des limites afin de garantir l'égalité de traitement des parties et leur droit d'être entendues dans une procédure contradictoire.

2. L'art. 176 LDIP

L'art. 176 LDIP définit le champ d'application du chapitre 12 LDIP. Selon le premier alinéa, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour entraîner l'application du chapitre 12 LDIP :

- le siège du tribunal arbitral doit se trouver en Suisse ; et
- au moins l'une des parties doit avoir, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, son domicile et sa résidence habituelle à l'étranger.

L'art. 176 al. 2 LDIP permet aux parties de soumettre un arbitrage international aux règles de l'arbitrage interne, et vice-versa depuis l'entrée en vigueur du CPC⁹⁵ (*supra*, II/B/1).

3. L'art. 177 al. 1 LDIP

Si les conditions d'application du chapitre 12 LDIP sont réunies, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage selon l'art. 177 al. 1 LDIP. Le législateur a souhaité garantir l'accès à l'arbitrage dans le domaine international, de sorte qu'en cas de doute, le caractère patrimonial doit être compris de manière large⁹⁶, voire présumé, selon un auteur⁹⁷.

Les critères retenus par les art. 354 CPC et 177 al. 1 LDIP diffèrent. C'est la portée économique de l'objet de l'arbitrage qui déterminera son caractère arbitrable selon

⁹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 68.

⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 68 et les références.

⁹⁵ BESSON, p. 20.

⁹⁶ TF 5A_22/2013 du 30 juin 2014, SJ 2014 436, c. 2.4.1.

⁹⁷ GÖKSU, N 380.

l'art. 177 al. 1 LDIP⁹⁸, la disponibilité des prétentions étant dans ce contexte dépourvue d'importance⁹⁹. L'art. 354 CPC a à la fois un champ d'application plus étroit et plus large que l'art. 177 al. 1 LDIP, car certaines prétentions à caractère patrimonial sont indisponibles et, inversement, certaines prétentions disponibles ont un caractère non patrimonial¹⁰⁰.

L'art. 177 al. 1 LDIP est une règle de fond de droit international privé suisse, ce qui a comme conséquence qu'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse appliquera la *lex arbitrii*, donc la loi suisse, afin de déterminer si la cause a un caractère patrimonial¹⁰¹, ce qui exclut corollairement d'autres limites à l'arbitrabilité de ces causes¹⁰². Le seul obstacle à l'arbitrabilité objective est la violation de l'ordre public, conformément à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP¹⁰³. Si le chapitre 12 LDIP est applicable par le mécanisme de l'opting-out de l'art. 353 al. 2 CPC, le tribunal arbitral devra aussi tenir compte de l'art. 354 CPC (*supra*, II/B/3).

L'examen des dispositions impératives d'une loi étrangère sur l'arbitrabilité au sens de l'art. 19 al. 1 LDIP par un tribunal arbitral international ayant son siège en Suisse est exclu, autant pour la doctrine¹⁰⁴ que pour le Tribunal fédéral¹⁰⁵.

La question de savoir si l'arbitrabilité du litige doit être déterminée d'office par un tribunal arbitral reste controversée en arbitrage international¹⁰⁶. Le Tribunal fédéral laisse pour l'instant la question ouverte, estimant néanmoins que si l'inarbitrabilité objective résulte d'une restriction légale à l'autonomie de la volonté des parties, l'entrée en matière sans réserve sur le fond de la partie défenderesse ne devrait pas empêcher le tribunal arbitral d'examiner d'office le défaut d'arbitrabilité du litige, ni cette partie-là de former un recours de ce chef devant le Tribunal fédéral¹⁰⁷.

4. L'art. 187 al. 1 LDIP

Selon l'art. 187 al. 1 LDIP, le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente

⁹⁸ TF 5A_22/2013 du 30 juin 2014, SJ 2014 436, c. 2.4.1 ; MCGREGOR, N 900.

⁹⁹ MCGREGOR, N 900 et les références.

¹⁰⁰ FF 2006 6841, 7000-7001 ; AMBAUEN, N 382 ; GÖKSU, N 347.

¹⁰¹ ATF 118 II 193, c. 5 ; v. aussi OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, N 5 *ad* art. 354 et les références.

¹⁰² CR LDIP-TSCHANZ, N 16 *ad* art. 177.

¹⁰³ KOSTKIEWICZ, N 12 *ad* art. 177 LDIP.

¹⁰⁴ KOSTKIEWICZ, N 13 *ad* art. 177 LDIP.

¹⁰⁵ TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.3.

¹⁰⁶ Pour un résumé des différentes positions, voir OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT, N 10 *ad* art. 354 CPC.

¹⁰⁷ ATF 143 III 578, c. 3.2.2.1.

les liens les plus étroits. Selon l'art. 187 al. 2 LDIP, il peut être autorisé par les parties à statuer en équité.

Dans une relation de travail internationale¹⁰⁸ le choix du droit applicable est limité, selon l'art. 121 al. 3 LDIP, à la loi du pays dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle¹⁰⁹.

Cela étant, alors même que le droit applicable au contrat de travail n'était pas la loi suisse, l'arbitrabilité du litige devrait être déterminée par un tribunal arbitral siégeant en Suisse selon l'art. 177 al. 1 LDIP¹¹⁰.

III. L'examen de l'arbitrabilité

A. Par un tribunal étatique

Un tribunal étatique saisi d'un litige couvert par une convention d'arbitrage doit se prononcer sur l'arbitrabilité de l'objet du litige en vertu de l'art. 61 CPC, s'il s'agit d'un arbitrage interne, ou de l'art. 7 LDIP s'il s'agit d'un arbitrage international avec siège du tribunal arbitral en Suisse¹¹¹.

L'arbitrabilité de l'objet du litige doit être examinée selon l'art. 61 al. 1 CPC avec plein pouvoir de cognition¹¹², avant même que la question de la validité de la convention d'arbitrage ne se pose¹¹³. LIENHARD estime que l'examen de l'art. 354 CPC *cum* 341 al. 1 CO porte sur la validité de la convention d'arbitrage au sens de l'art. 61 al. 1 CPC, et doit donc être effectué sommairement, avec un pouvoir de cognition limitée¹¹⁴. En réalité, il s'agit d'une question de compétence et, essentiellement, de l'exercice du pouvoir

¹⁰⁸ ZOBL, N 619 ss.

¹⁰⁹ Art. 121 al. 3 LDIP.

¹¹⁰ ATF 118 II 193, c. 5c/aa.

¹¹¹ BSK ZPO-GEHRI, N 1 *ad* art. 61. L'art. 61 CPC est rédigé dans les termes suivants : « *Lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral, le tribunal saisi décline sa compétence, sauf dans les cas suivants : a. le défendeur a procédé au fond sans émettre de réserve ; b. le tribunal constate que, manifestement, la convention d'arbitrage n'est pas valable ou ne peut être appliquée ; c. le tribunal arbitral, pour des raisons manifestement dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'a pas pu être constitué* ». La rédaction de l'art. 7 LDIP est quasi identique.

¹¹² KUKO ZPO-DOMEJ, N 3 *ad* art. 61 ; BK ZPO-HURNI, N 7 *ad* art. 61 ; ATF 140 III 367, c. 2.2.3.

¹¹³ BK ZPO-HURNI, N 7 *ad* art. 61.

¹¹⁴ LIENHARD, p. 776.

règlementaire par les Etats¹¹⁵. Il n'y a donc pas de raison pour les tribunaux étatiques de vérifier cet aspect avec un pouvoir de cognition limité.

Ainsi que nous l'avons relevé dans une contribution antérieure¹¹⁶, il découle de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une partie pourrait valablement plaider l'inefficacité complète de la clause, excluant ainsi tout arbitrage également sur les prétentions ne résultant pas des dispositions impératives de la loi, ce qui revient à une interprétation restrictive de la compétence des arbitres.

Par ailleurs, un tribunal étatique saisi du litige postérieurement au tribunal arbitral n'a aucune obligation de surseoir à statuer, conformément à l'art. 7 LDIP ou 61 CPC. Il doit cependant, à notre avis, décliner sa compétence pour les prétentions disponibles du travailleur si celui-ci n'a pas usé de sa faculté d'invoquer la nullité totale de la convention d'arbitrage devant un tribunal arbitral et a procédé sans réserve sur le fond.

B. Par un tribunal arbitral

La décision sur l'arbitrabilité sera prise sous la forme d'une décision sur la compétence, dont l'objet sera la disponibilité de la prétention soulevée¹¹⁷. Si la prétention est disponible, le tribunal arbitral peut également répondre aux questions préliminaires et examiner les moyens de défense qui ne sont pas arbitrables¹¹⁸.

Contrairement au défaut de compétence dû à l'absence de convention d'arbitrage, l'inarbitrabilité ne peut pas être comblée par une acceptation tacite (*Einlassung*)¹¹⁹ et doit être relevée d'office¹²⁰. Cela signifie que même si les parties étaient d'accord de soumettre leur différend à l'arbitrage, le tribunal arbitral devrait décliner sa compétence de manière totale ou partielle, à mesure que le litige est inarbitrable, à savoir lorsque la convention d'arbitrage a été conclue pendant les relations de travail et jusqu'à l'expiration du délai d'un mois prévu par l'art. 341 CO et porte sur des prétentions résultant des dispositions impératives de la loi. En revanche, l'employé peut accepter tacitement (*Einlassung*) la compétence d'un tribunal arbitral à l'expiration dudit délai, voire auparavant s'il s'agit des prétentions disponibles au sens de l'art. 354 CPC. Il sera alors considéré avoir conclu un compromis implicite¹²¹.

¹¹⁵ LEW/MISTELIS/KROLL, N 9-18, v. aussi 9-97.

¹¹⁶ BOHNET (2018), p. 8.

¹¹⁷ Dike ZPO-STACHER, N 23 *ad* art. 354 CPC.

¹¹⁸ Dike ZPO-STACHER, N 23 *ad* art. 354 CPC ; JOLIDON, p. 151.

¹¹⁹ KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 9 *ad* art. 354.

¹²⁰ Entre autres, BK ZPO-PFISTERER, N 28 *ad* art. 354 ; FORNARA/COCCHI, N 9 *ad* art. 354 ; KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 9 *ad* art. 354 et les nombreuses références.

¹²¹ LIENHARD, Arbitrability, N 50.

Si le travailleur n'invoque pas la nullité totale de la convention d'arbitrage portant autant sur des prétentions disponibles que sur des prétentions indisponibles la première fois qu'il est attiré devant un tribunal arbitral ou s'il initie lui-même un arbitrage portant sur une prétention arbitrale, il sera à notre avis forclos d'invoquer ultérieurement la nullité totale de la convention d'arbitrage, en vertu du principe de la bonne foi.

IV. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts très remarquables en matière d'arbitrage portant sur des relations de travail. Le premier arrêt, ATF 136 III 467 du 28 juin 2010, date d'avant l'entrée en vigueur du CPC, à l'époque du concordat sur l'arbitrage et de la LFors. Ses enseignements valent cependant également sous le nouveau droit, car la décision du Tribunal fédéral se fonde sur l'art. 341 al. 1 CO et l'exigence de disponibilité du droit comme critère de l'arbitrabilité, que l'on retrouve désormais à l'art. 354 CPC. Le second, ATF 144 III 235 du 18 avril 2018, confirme la jurisprudence en répondant de manière convaincante aux critiques d'une partie de la doctrine et en ouvrant des pistes pour des développements futurs.

A. ATF 136 III 467

1. Les faits

Une société excipe de l'incompétence du tribunal étatique saisi par un ancien employé en se prévalant, d'une part, de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat de travail et, d'autre part, de l'incompétence du tribunal à raison du lieu. Le Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne rejette l'exception d'incompétence, considérant que la clause arbitrale n'était pas opposable à l'ancien employé, en raison de son incompatibilité avec les dispositions de l'art. 24 al. LFors. Au contraire, l'instance supérieure considère que la LFors n'influe pas sur la validité de la convention d'arbitrage, mais que celle-ci était contraire à l'art. 341 al. 1 CO, en tant que les prétentions en cause, soit le paiement d'heures de travail supplémentaires et de vacances non prises, étaient soustraites à la libre disposition du demandeur parce qu'elles résultaient de dispositions impératives de la loi¹²². La société forme, sans succès, recours devant le Tribunal fédéral.

¹²² ATF 136 III 467, A-C et c. 3.

2. Le droit

Le Tribunal fédéral relève, en accord avec la doctrine et le message CPC, que les règles de compétence à raison du lieu, même impératives, n'ont aucune incidence, ni sur l'admissibilité ni sur les modalités de l'arbitrage dans les domaines juridiques qu'elles concernent¹²³.

Son attention se porte en revanche sur l'art. 341 al. 1 CO. Selon le Tribunal fédéral, ses dispositions n'introduisent pas un simple délai de réflexion. Il s'applique pendant toute la durée du contrat et encore pendant un mois au-delà. Ainsi, le travailleur ne peut pas disposer librement des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, pendant la durée du contrat et le mois suivant son expiration, et, en particulier, il ne peut pas y renoncer sans contrepartie correspondante¹²⁴.

Le raisonnement du Tribunal fédéral qui en découle est simple : comme le travailleur ne peut pas renoncer à ses créances issues de dispositions impératives ou semi-impératives que dans les limites restrictivement posées par l'art. 341 al. 1 CO, il ne peut donc pas en disposer librement. Or, si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage. Une clause compromissoire n'est donc pas valable si elle est insérée dans le contrat de travail pour s'appliquer aux contestations futures, qui s'élèveraient, le cas échéant, au sujet de telles créances¹²⁵.

B. ATF 144 III 235

1. Les faits

Un entraîneur d'un club de football attaque son employeur devant la justice civile pour résiliation immédiate injustifiée. Le contrat liant les deux parties contenait une clause d'arbitrage prévoyant que tout litige en découlant devait être soumis à la Commission de contrôle et de discipline ASF en qualité d'instance de conciliation. La clause stipulait par ailleurs que si les parties ne parvenaient pas à trouver un accord, elles se soumettraient 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 se contente de contester la compétence des tribunaux civils. Il ne dépose pas de réponse ni n'intervient aux débats principaux. Par prononcé du 17 février 2017, le Tribunal

¹²³ ATF 136 III 467, c. 4.4.

¹²⁴ ATF 136 III 467, c. 4.5.

¹²⁵ ATF 136 III 467, c. 4.6.

civil du canton de Bâle-Ville condamne 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 est rejeté. Il dépose un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, lui aussi rejeté¹²⁶.

2. Le droit

Le Tribunal fédéral confirme les leçons de l'ATF 136 III 467 et parvient à la conclusion que 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 arbitrables¹²⁷. Le besoin de protection d'un travailleur est pris en compte non seulement par le droit matériel, mais également par le droit procédural (frais ; procédure applicable ; maxime de procédure). Il faut éviter les contradictions quant aux valeurs protégées et intégrer l'art. 341 CO lors de l'évaluation de la libre disponibilité d'après l'art. 354 CPC¹²⁸. Avec l'élection d'un tribunal arbitral, on renonce en effet non seulement aux prescriptions procédurales spéciales édictées dans le but de protéger le travailleur, mais également à un examen du litige par une instance de recours¹²⁹.

Compte tenu de la protection du travailleur souhaitée en arbitrage interne, il est 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 international¹³⁰.

Quant à la scission de la voie de droit à suivre pour les prétentions impératives et non impératives découlant du rapport du travail, le Tribunal fédéral estime qu'une interprétation restrictive s'impose en cas de doute : Si le contrat de travail prévoit l'arbitrage en général et que la clause arbitrale s'avère nulle par rapport à certaines prétentions, 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. Si la scission en deux compétences correspond en revanche à la volonté (hypothétique) des parties, les parties doivent alors accepter ce risque¹³¹.

¹²⁶ ATF 144 III 235, c. 2.1, traduit dans BOHNET, 2018.

¹²⁷ ATF 144 III 235, c. 2.2.2.

¹²⁸ ATF 144 III 235, c. 2.3.3.

¹²⁹ ATF 144 III 235, c. 2.3.3.

¹³⁰ ATF 144 III 235, c. 2.3.3, avec des références détaillées aux divers avis de doctrine sur ce point.

¹³¹ ATF 144 III 235, c. 2.3.4.

V. Synthèse

A. La clause compromissoire

1. Généralités

Les droits découlant des contrats individuels de travail sont des droits de nature patrimoniale et sont donc arbitrables au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP¹³². En revanche, les prétentions envisagées par l'art. 341 al. 1 CO ne sont pas disponibles et sont donc inarbitrables en droit interne¹³³. Comme le Tribunal fédéral le relève, la différence de régime peut s'expliquer par la différence de proximité entre un litige interne et international. En matière interne, les employés ne peuvent pas conclure une convention d'arbitrage valable sur les droits indisponibles avant l'expiration du délai d'un mois prévu par l'art. 341 al. 1 du Code des obligations suisse. L'invalidité n'est pas guérie par un arbitrage entamé plus d'un mois après la fin de la relation de travail¹³⁴. La solution a été critiquée par certains auteurs¹³⁵, mais confirmée par le Tribunal fédéral¹³⁶. Après l'expiration du délai d'un mois, rien ne s'oppose à la conclusion d'une convention d'arbitrage¹³⁷. La solution est raisonnable : si véritablement les deux parties souhaitent la voie de l'arbitrage, elles peuvent y souscrire une fois le délai d'un mois expiré.

2. L'invalidité partielle ou complète

Dans le cadre des rapports de travail soumis à la loi suisse, une convention d'arbitrage, qu'elle prenne la forme de clause compromissoire ou de compromis, conclue avant l'expiration du délai d'un mois prévu à l'art. 341 CO sera, selon sa rédaction, entachée d'une invalidité partielle ou complète. S'il s'agit d'une clause soumettant tous les litiges découlant du rapport de travail à l'arbitrage, elle sera entachée d'une invalidité partielle.

De surcroît, l'employé peut faire valoir une invalidité totale selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, en arguant qu'il n'aurait pas conclu la clause arbitrale s'il avait su qu'elle était partiellement invalide. Le Tribunal fédéral considère que lorsque les parties intègrent une clause d'arbitrage dans leur accord, il est probable qu'elles y auraient renoncé si elles en avaient connu la nullité partielle¹³⁸. Ainsi que nous l'avons

¹³² ATF 136 III 467, c. 4.2.

¹³³ AMBAUEN, N 386 et la référence : ATF 136 III 325, c. 4.6.

¹³⁴ ATF 136 III 467, c. 4.6 ; Voir déjà MEIER, p. 273.

¹³⁵ Pour le résumé des critiques, voir TF 4A_515/2012 du 17 avril 2013, c. 4.2 et ATF 144 III 235, c. 2.3.

¹³⁶ ATF 144 III 235, c. 2.3.

¹³⁷ WILDHABER/JOHNSON WILKE, p. 165 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, p. 66 ; AMBAUEN, N 386.

¹³⁸ ATF 144 III 467, c. 2.3.4, traduit dans BOHNET, 2018.

relevé dans une contribution antérieure¹³⁹, il en découle qu'une partie pourrait valablement plaider l'inefficacité complète de la clause, excluant ainsi tout arbitrage également sur les prétentions ne résultant pas des dispositions impératives de la loi, ce qui revient à une interprétation restrictive de la compétence des arbitres. Nous assistons ainsi dans le domaine de l'arbitrage interne en droit du travail à un courant contraire à celui connu en arbitrage international où prévaut une interprétation *in favorem arbitri*.

Si la clause arbitrale ne concerne que des prétentions disponibles, elle sera valable. Si au contraire elle ne concerne que des prétentions indisponibles, elle sera entachée d'une nullité complète. Si elle concerne autant des prétentions disponibles qu'indisponibles, elle devra être déclarée nulle en vertu de l'art. 20 al. 2 CO, autant par un tribunal arbitral que par un tribunal étatique saisi du litige, si l'on peut présumer qu'en connaissant sa nullité partielle, les parties auraient renoncé à conclure la clause d'arbitrage (« nullité flexible »¹⁴⁰). Cela signifie par ailleurs, qu'un tribunal étatique saisi du litige postérieurement au tribunal arbitral n'a aucune obligation de surseoir à statuer, conformément à l'art. 7 LDIP ou 61 CPC.

L'inarbitrabilité, contrairement au défaut de compétence due à l'absence de convention d'arbitrage, ne peut être comblée par une acceptation tacite (*Einlassung*)¹⁴¹. Le tribunal arbitral doit examiner d'office l'arbitrabilité¹⁴². Rien n'empêche en revanche une acceptation tacite de la compétence, une fois le délai d'un mois de l'art. 341 al. 1 CO expiré, car l'arbitrabilité est alors donnée.

Comme le rappelait l'ATF 136 III 467¹⁴³, une convention portant sur des prétentions impératives de la loi ou d'une convention collective peut être valablement conclue pendant les rapports de travail ou avant la fin du délai d'un mois de l'art. 341 CO en cas de contrepartie correspondante en faveur de l'employé. La doctrine a ainsi réfléchi à la possibilité de prévoir une compensation pour la clause compromissoire¹⁴⁴. Or une convention d'arbitrage n'est évidemment pas une renonciation à une prétention au sens de l'art. 341 CO, la conclusion d'une convention compromissoire n'impliquant en soi pas de renonciation à une prétention mais une renonciation à la compétence des tribunaux étatiques (*cf. supra* II/C/2/c/bb). En revanche, comme le précise le Tribunal fédéral dans l'ATF 144 III 235¹⁴⁵, le critère de l'inarbitrabilité des prétentions non disponibles

¹³⁹ BOHNET, 2018, p. 8.

¹⁴⁰ CR CO-GUILLOD/STEFFEN, N 97 *ad* art. 19-20 CO.

¹⁴¹ KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 9 *ad* art. 354.

¹⁴² Entre autres, BK ZPO-PFISTERER, N 28 *ad* art. 354 ; FORNARA/COCCHI, N 9 *ad* art. 354 ; KomZPO-COURVOISIER/WENGER, N 9 *ad* art. 354 et les nombreuses références.

¹⁴³ ATF 136 III 467, c. 4.6.

¹⁴⁴ LIENHARD, Arbitrability, n. 541 ss, qui résume les diverses opinions sur ce thème.

¹⁴⁵ ATF 144 III 235, c. 2.3.3.

s'explique en particulier par les normes procédurales prescrites pour ce type de prétention, et qui sont nombreuses en matière de droit du travail.

B. Le compromis

Tout comme pour la clause compromissoire, un compromis conclu pendant la période d'interdiction sera entaché d'une nullité partielle ou complète, selon les prétentions litigieuses. La présomption envisagée par le Tribunal fédéral pour la clause compromissoire devrait être applicable *mutatis mutandis*.

L'employé peut accepter tacitement (*Einlassung*) la compétence d'un tribunal arbitral à l'expiration du délai d'un mois prévu par l'art. 341 CO, voire auparavant s'il s'agit des prétentions disponibles au sens de l'art. 354 CPC. Il sera alors considéré avoir conclu un compromis implicite¹⁴⁶.

VI. Conclusion

N'en déplaie à une partie de la doctrine¹⁴⁷, le cadre posé par le Tribunal fédéral en matière d'arbitrabilité des conflits de travail en matière interne est cohérent et s'inscrit dans le contexte légal actuel. L'art. 341 al. 1 CO fixe une limite à la disponibilité des prétentions résultant de normes impératives ou semi-impératives de la loi (art. 357, 361-362 CO), entraînant leur inarbitrabilité en vertu de l'art. 354 CPC avant l'échéance d'un délai d'un mois après la fin des rapports de travail.

La possibilité de conclure une convention d'arbitrage une fois ce délai échu demeure entière et permet donc aux parties d'envisager ce mode de résolution des conflits en toute connaissance de cause.

Les difficultés entraînées par l'existence de deux voies de droit, en cas de prétentions pour certaines disponibles et pour d'autres non, peuvent être résolues par l'examen de la volonté

¹⁴⁶ LIENHARD, Arbitrability, N 50. Il convient de distinguer cette situation de celle dans laquelle la convention d'arbitrage est remise en question, auquel cas, ainsi que le relèvent à juste titre WYLER/HEINZER (p. 1003), il faut se référer aux dispositions des art. 358 CPC et 178 al. LDIP, qui exigent la forme écrite de la convention d'arbitrage.

¹⁴⁷ BEFFA, p. 1441 ss ; KUKO ZPO-DASSER, N 15 *ad* art. 354 ; BRÜHWILER, p. 15 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 96 *ad* Intro. art. 319 ss CO ; BERGER, p. 170 s. ; FORNARA/COCCHI, N 18 *ad* art. 354 CPC.

hypothétique des parties si elles avaient eu connaissance de l'invalidité partielle de leur accord, comme le suggère le Tribunal fédéral¹⁴⁸.

VII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AMBAUEN IRMA, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG : Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten – Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, Zurich 2016.

AUBERT GABRIEL, art. 341 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Code des obligations I, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2012 (cité : CR CO I-AUBERT).

BEFFA LUCA, Arbitrabilité des conflits individuels de travail, *in* : AJP/PJA 11/2010, p. 1433 s.

BERGER BERNHARD, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 – 3. Teil : Schiedsgerichtsbarkeit, *in* : ZBJV/RJB 2012, p. 159 s.

BESSON SÉBASTIEN, Les limites au choix applicable à l'arbitrage et au fond en matière interne, *in* : RJN 2014, p. 15 ss.

BOHNET FRANÇOIS, Les conflits individuels de travail et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l'empire de la loi fédérale de procédure civile ?, *in* : Bohnet/Wessner (édit.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle 2005, p. 161 ss (cité : BOHNET, 2005).

BOHNET FRANÇOIS, Arbitrabilité des conflits de travail : le Tribunal fédéral renforce sa ligne – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_7/2018, disponible sur droitdutravail.ch (cité : BOHNET, 2018).

BOHNET FRANÇOIS/DIETSCHY PATRICIA, art. 341 CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : SHK-BOHNET/DIETSCHY).

BOHNET FRANÇOIS/ZEN-RUFFINEN ALEXANDRE, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail en matière sportive, en particulier dans les domaines du football, du hockey sur glace et du basketball, *in* : Mahon/Nguyen (édit.), L'activité et l'espace – Droit du sport et aménagement du territoire/Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, p. 35 ss.

BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar *ad* art. 319-343 OR, 3^e éd., Bâle 2014.

CASEY ANGELA, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, ASA Bull., Vol. 35/2017, p. 266 ss.

CASEY ANGELA, Fehlende Schiedsfähigkeit zwingender arbeitsrechtlicher Ansprüche im Binnenvhältnis – Anmerkungen zu BGE 4A_7/2018 vom 18. April 2018, ASA Bull., Vol. 36/2018.

¹⁴⁸ ATF 144 III 467, c. 2.3.4.

- COURVOISIER MAURICE/WENGER WERNER, art. 354 CPC, *in* : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : KomZPO-COURVOISIER/WENGER).
- DASSER FELIX, art. 354 CPC, *in* : Oberhammer et al. (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : KUKO ZPO-DASSER).
- DIETSCHY PATRICIA, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Bâle 2011.
- DOMEJ TANJA, art. 61 CPC, *in* : Oberhammer et al. (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : KUKO ZPO-DOMEJ).
- FISCHER ELIANE/LIATOWITSCH MANUEL, *Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, *in* : Schurr (édit.), *Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte – Band des 5. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2012*, Zurich 2013, p. 229 ss.
- FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO, art. 354, *in* : Trezzini et al. (édit.), *Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC)*, 2^e éd., Pregassona 2017.
- FRÖHLICH STEPHAN, *Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, SSA – Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, n° 75/2014, p. 31 ss.
- GEHRI MYRIAM, art. 61 CPC, *in* : Spühler/Tenchio/Infanger (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-GEHRI).
- GEISER THOMAS, *Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013*, AJP 2014, p. 111 ss.
- GLOOR WERNER, *Commentaire de l'ATF 137 III 303*, 1^{er} Cour de droit civil, arrêt du 28 avril 2011 (TF 4A_53/2011), *in* : ARV/DTA 2012, p. 25 ss.
- GÖKSU TARKAN, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 2014.
- GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, art. 19 et 20 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), *Code des obligations I*, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2012 (cité : CR CO-GUILLOD/STEFFEN).
- HURNI CHRISTOPH, art. 61 CPC, *in* : Güngerich (coord.), *ZPO, Vol. I : Art. 1-149 ZPO*, Berne 2014 (cité : BK ZPO-HURNI).
- JOLIDON PIERRE, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984.
- KOSTKIEWICZ KREN JOLANTA, *IPRG/LugÜ Kommentar – Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse*, 2^e éd., Zurich 2019.
- LEW JULIAN D. M./MISTELIS LOUKAS A./KRÖLL STEFAN M., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haye 2003.
- LIENHARD ANDREAS, *Arbitrability of Domestic Employment Law Disputes in Switzerland-An Analysis of the Swiss Supreme Court's Decision 136 III 467*, *in* : Girsberger/Müller (édit.), *Selected Papers on International Arbitration*, Berne 2018, p. 27 ss (cité : LIENHARD, *Arbitrability*).
- LIENHARD ANDREAS, *Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_7/2018 vom 18. April 2018, FC A. gegen B., Arbeitsvertrag*, *in* : AJP/PJA 2018, p. 772 s.
- MCGREGOR ELEANOR, *L'arbitrage en droit public suisse : Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissement*, Genève/Zurich 2015.
- MEIER KURT, *Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, *in* : Donatsch et al. (édit.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, Zurich 2000, p. 273.

- MÖHLER CHRISTINE, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Genève/Zurich/Bâle 2014.
- PFISTERER STEFANIE, art. 354 CPC, *in* : Güngerich (coord.), ZPO, Vol. III : Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Berne 2014 (cité : BK ZPO-PFISTERER).
- PLANINIC TANJA/ERK-KUBAT NADJA, art. 354 CPC, *in* : Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach (édit.), ZPO Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Zurich 2015 (cité : OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT).
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, art. 341 CO, *in* : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), Obligationenrecht I-Art. 1-529 OR, 6^e éd., Bâle 2015, (cité : BSK-PORTMANN/RUDOLPH).
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, art. 341 CO, Das Obligationenrecht – Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2^e éd., Berne 2014 (cité : BK-REHBINDER/STÖCKLI).
- SCHWEIZER PHILIPPE, art. 381 CPC, *in* : Bohnet/Haldy/Tappy/Jeandin, Code de procédure civile, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2019 (cité : CR CPC-SCHWEIZER).
- STACHER MARCO, art. 354 CPC *in* : Brunner/Gasser/Schwander (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2^e éd., Zurich 2016 (cité : Dike ZPO-STACHER).
- STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag : Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zurich 2014 (cité : ZK-STAEHELIN).
- STÖCKLI JEAN-FRITZ/CASEY-OBRIEST ANGELA, Die Optierung gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO und ihre Auswirkungen auf die Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, *in* : Fankhauser/Widmer Lüchinger/Kingler/Seiler (édit.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 643 ss.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève, 2012.
- TSCHANZ PIERRE-YVES, art. 177 LDIP, *in* : Bucher (édit.), Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)/Convention de Lugano (CL), Commentaire romand, Bâle 2011 (cité : CR LDIP-TSCHANZ).
- WEBER-STECHER URS, art. 353 CPC et art. 354 CPC, *in* : Spühler/Tenchio/Infanger (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-WEBER-STECHER).
- WILDHABER ISABELLE S./JOHNSON WILCKE ALEXANDRA, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, *in* : ARV/DTA 2010, p. 160 ss.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.