

L'arbitrage des conflits individuels de travail selon le projet de code de procédure civile suisse

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, Avocat

21 septembre 2006

Introduction

I. La situation actuelle

- A. L'article 5 CA*
- B. L'article 341 CO*
- C. L'article 343 aCO*
- D. Les dispositions cantonales*

II. Le projet de code de procédure civile suisse

- A. L'article 352 du projet*
 - 1. La disponibilité du droit
 - 2. La compétence exclusive d'un tribunal étatique
- B. Les compléments à apporter à l'article 352 du projet*

Conclusion

Introduction

Le Code des obligations a été révisé à diverses reprises depuis son adoption pour renforcer les droits du travailleur, réputé partie faible au contrat. A ces occasions, le législateur a pris soin d'assurer une consécration effective des droits de l'employé, en améliorant son statut procédural. Ingérant sur le droit cantonal de procédure, l'article 343 CO prévoit ainsi que les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs doivent être soumis à une procédure gratuite, simple et rapide, le juge établissant d'office les faits et appréciant librement les preuves. Cet article fixait également la compétence locale des tribunaux dans ce domaine jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFors au 1^{er} janvier 2001, qui unifie les règles de compétence à raison du lieu en matière civile interne. Désormais, les parties doivent agir alternativement au siège du défendeur ou devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Pour lui assurer une véritable protection, celui-ci ne peut renoncer par avance ou tacitement aux fors légaux. Ainsi et par exemple, une clause de prorogation de for insérée dans le contrat ne lie pas l'employé.

Plutôt que de saisir la justice civile, les parties - ou l'une d'elles -, pourraient être tentées de régler leur litige par la voie de l'arbitrage, en désignant à titre privé une ou plusieurs personnes chargées de trancher la contestation selon la procédure qu'elles auront convenue. Dans le régime actuel, c'est avant tout le droit cantonal et intercantonal qui détermine dans quelle mesure les litiges en matière de conflits individuels de travail sont arbitrables. Quant à l'application à titre impératif des règles fédérales de procédure édictées en matière de contrat de travail à l'arbitrage, elle fait l'objet d'une importante controverse.

Dans les pages qui suivent, nous allons faire le point sur la situation actuelle, en analysant les diverses dispositions ayant vocation à s'appliquer à l'arbitrage des conflits individuels de travail, pour ensuite nous pencher sur les solutions retenues par le projet de code de procédure civile suisse et enfin émettre quelques critiques.

I. La situation actuelle

A. L'article 5 CA

1. Selon l'article 5 du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CA), auquel tous les cantons ont adhéré, l'arbitrabilité des conflits individuels de travail suppose la *disponibilité* de l'objet du litige et l'*absence de compétence exclusive* d'une autorité étatique pour juger la cause.
2. Déterminer si ces deux conditions cumulatives sont remplies, suppose l'examen du droit fédéral et du droit cantonal¹. Le droit privé fédéral détermine le caractère disponible ou non disponible du droit litigieux, le droit cantonal indique si une

¹ Voir PIERRE JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, N° 51 ad art. 5 CA, p. 163.

autorité étatique dispose d'une compétence exclusive, à moins qu'il n'existe une règle de procédure fédérale.

3. Examinons comment ces deux questions sont traitées en matière de conflits individuels de travail

B. L'article 341 CO

4. L'article 341 al. 1 CO empêche le travailleur de renoncer durant le contrat et le mois qui suit sa fin aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. C'est en particulier le cas des prétentions qui découlent des dispositions énumérées aux articles 361 et 362 CO (salaire en cas d'empêchement du travailleur, indemnité en cas de résiliation abusive ou encore les conséquences de la résiliation injustifiée). Le salaire pour l'activité déjà effectuée revêt également un caractère impératif protégé par l'article 341 CO selon la doctrine majoritaire².
5. La prétention concernée n'est-elle dès lors pas disponible au sens de l'article 5 CA ? C'est l'avis de MEIER³ qui relève que la disponibilité d'un droit suppose la possibilité d'une remise de la dette, ou encore la possibilité d'acquiescer ou de transiger devant un tribunal⁴.
6. MEIER est l'un des seuls à se pencher sur l'article 341 al. 1 CO dans ce contexte. La plupart des auteurs sont muets sur ce point. Selon SUTER⁵, les prétentions résultant du contrat de travail seraient disponibles au sens de l'article 5 CA, dans la mesure où la renonciation à laquelle fait référence l'article 341 al. 1 CO serait celle intervenant hors procédure. Comme le relève MEIER⁶, ce point n'est pas déterminant puisque l'élément pertinent selon l'article 5 CA est le caractère disponible ou non du droit et non son traitement procédural.
7. MEIER⁷ relativise toutefois la portée de la controverse, dans la mesure où une renonciation est possible après le mois qui suit la fin des rapports de travail. Or les

² REMY WYLER, *Droit du travail*, Berne 2002, p. 187 ss, 199; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} éd., Lausanne 2004, N° 1 ad art. 341 ; GABRIEL AUBERT, *Commentaire romand*, N° 4 ad art. 341 CO ; plus nuancé, REHBINDER/PORTMANN, *Commentaire bâlois*, N° 2/3 ad art. 341 CO. Les auteurs se fondent sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'heures supplémentaires (ATF 124 III 469 ; ATF 126 III 337).

³ KURT MEIER, *Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, in *Kassationsgericht des Kantons Zürich*, Zürich 2000, p. 273.

⁴ L'auteur renvoie à FRANK/STRÄULI/MESSMER/WIGET/WIGET, *ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^{ème} éd. Zurich 1997 et 2000, *Vorbemerkungen zu §§ 238-258*, N 18 et RÜEDE/HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2^e éd., Zurich 1993, p. 48. On peut encore citer JOLIDON (n 1), p. 153.

⁵ THOMAS SUTTER, *Zivilrechtspflege im Einzelarbeitsvertragsrecht*, BJM 1986, p. 129 ; voir également ERNST HASLER, *Die Zuständigkeit bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten im Kanton Zürich*, ArbR 1988, p. 56.

⁶ MEIER (n 3), p. 273.

⁷ MEIER (n 3), p. 274.

prétentions seraient pour la plupart soulevées après la fin des relations de travail, ce qui n'empêcherait ainsi pas l'arbitrabilité des prétentions invoquées, sous réserve des litiges de plus en plus fréquents qui interviennent en cours des relations de travail.

8. Quant à STREIFF/VON KAENEL⁸, ils relèvent que les compromis ne posent aucune difficulté après l'échéance du délai fixé à l'article 341 al. 1 CO, puisqu'on peut alors renoncer au for prévu par l'article 343 aCO. Ces auteurs ne traitent pas de l'article 341 al. 1 CO dans le contexte de la disponibilité du droit objet de l'arbitrage, mais l'examinent en regard des fors impératifs de l'article 343 aCO. La réflexion est trop étroite, mais elle soulève un point important : si un compromis convenu après le mois qui suit la fin des relations de travail se révèle admissible, qu'en est-il de la clause compromissoire qui porterait alors potentiellement sur des droits non encore disponibles ?
9. A notre sens, on peut fort bien soutenir que la clause n'est pas valable pour ce motif. On nous rétorquera peut-être que la clause compromissoire porte en réalité sur des droits qui, au moment où elle déploiera ses effets, auront acquis un caractère disponible. La question reste dès lors ouverte.
10. Ce qui précède démontre en tout cas qu'en matière de conflits individuels de travail, le caractère disponible du droit, première condition posée par l'article 5 CA, est sujet à controverse.

C. L'article 343 aCO

11. Lors de la révision de 1971⁹, le législateur a entendu assurer une protection procédurale minimale au travailleur. L'article 343 CO introduit à l'époque prévoit ainsi des fors en matière de contrat de travail (art. 343 al. 1 aCO), et des règles minimales de procédure à ses alinéas 2 à 4. Ces règles, applicables à l'origine lorsque la valeur litigieuse ne dépassait pas CHF 5'000.--, le sont aujourd'hui pour tous les litiges dont la valeur ne dépasse pas CHF 30'000.--¹⁰.
12. La portée de l'article 343 al. 1 aCO a également évolué. Les fors prévus par cet alinéa¹¹, à l'origine dispositifs, sont devenus partiellement impératifs depuis la révision du 18 mars 1988, puisqu'il ne pouvait y être renoncé qu'à l'échéance du délai de 30 jours de l'article 341 CO¹². STAHELIN/VISCHER étaient d'avis que la

⁸ STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., Zurich 1993, N° 8 ad. art. 343 CO.

⁹ Loi du 25 juin 1971, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972, FF 1967 II 249, 1971 I 1449.

¹⁰ Révision du 18 mars 1988, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999, RO 1988, 1472 (passage à CHF 20'000.--) ; révision du 15 mars 2000, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001, RO 2001 1048.

¹¹ Domicile du défendeur ou lieu de l'exploitation ou du ménage pour lequel le travailleur a accompli son travail.

¹² Voir STREIFF/VON KAENEL (n 8), N° 2g/h ad art. 343 CO.

compétence locale pouvait résulter d'une acceptation tacite¹³, opinion toutefois contredite par REHBINDER¹⁴. L'article 343 al. 1 aCO a été abrogé par la LFors¹⁵. Son article 24 al. 1 retient la compétence du tribunal du domicile ou du siège du défendeur, ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. L'article 21 LFors précise que le travailleur ne peut renoncer à l'avance ou par acceptation tacite aux fors prévus par l'article 24. Pour ce motif, on parle de fors partiellement impératifs¹⁶.

13. On constate ainsi une évolution sensible de la protection du travailleur au fil des révisions, puisque l'on passe de fors dispositifs à des fors auxquels le travailleur ne peut renoncer à l'avance, puis finalement auxquels il ne peut renoncer ni à l'avance, ni par acceptation tacite.
14. L'article 343 al. 1 aCO et les articles 21 et 24 al. 1 LFors remettent-ils en cause l'arbitrabilité du conflit individuel de travail ? Non, puisqu'ils ne concernent que des modalités du procès, mais certains considèrent que ces dispositions s'imposent aux parties à un arbitrage¹⁷.
15. En matière de fors, sous l'empire de l'article 343 al. 1 aCO, STAEHELIN/VISCHER étaient d'avis que l'arbitre devait avoir son siège à l'un ou l'autre des lieux prescrits par la loi¹⁸. STREIFF/VON KAENEL soutenaient que la clause compromissoire devait prévoir un siège alternatif aux fors légaux¹⁹. Quant à RYTER, il considérait que l'arbitrage devait se dérouler à l'un des fors prévus par la loi, au choix de la partie qui saisissait la première les arbitres²⁰.
16. La jurisprudence était partagée. Pour le Tribunal cantonal vaudois, si une clause compromissoire fixant le siège de l'arbitrage à un autre lieu que les fors prévus par la loi était licite, le « for conventionnel » devait être considéré comme nul en application de l'article 20 al. 2 CO, les parties devant fixer un siège respectant les fors légaux ou, à défaut d'entente, avoir recours au mécanisme prévu à l'article 2 al. 2 et 3 CA²¹. Pour l'*Obergericht* zurichois en revanche, les fors légaux ne s'appliquent pas aux tribunaux arbitraux, si bien que lorsque le droit est disponible et que la cause n'est pas de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi, la clause arbitrale est valable sans autre²².

¹³ STAEHELIN/VISCHER, Commentaire zurichois, Zurich 1996, N° 20 ad art. 343 CO.

¹⁴ MANFRED REHBINDER, Commentaire bernois, Berne 1992, N° 9 ad art. 343 CO.

¹⁵ Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

¹⁶ Voir FF 1999 2603 ch. 163.

¹⁷ Voir par exemple STAEHELIN/VISCHER (n. 13), N° 4 ad art. 343 CO ; STREIFF/VON KAENEL (n. 8), N° 8 ad art. 343 CO ; FILIPO RYTER, Article 343 CO et procédure civile vaudoise en matière de conflit de travail, Thèse Lausanne 1990, p. 183.

¹⁸ STAEHELIN/VISCHER (n. 13), N° 4 ad art. 343 CO.

¹⁹ STREIFF/VON KAENEL (n. 8), N° 8 ad art. 343 CO.

²⁰ RYTER (n. 17), p. 183.

²¹ Bul. ASA 1998, p. 134ss.

²² ZR 89 (1999), N° 79, p. 169.

17. L'adoption de la LFors a-t-elle fait évoluer les opinions sur ce point ? L'article 1 al. 3 du projet de LFors prévoyait que « la présente loi n'affecte en rien la liberté des parties de convenir d'un tribunal arbitral pour autant qu'elles n'éluent pas, ce faisant, un for impératif »²³. Cet alinéa a été biffé lors du débat aux Chambres suite à l'intervention de CHRISTIANE BRUNNER, rapporteur de la commission du Conseil des Etats qui a relevé, en particulier, que « la loi sur les fors règle la compétence territoriale des tribunaux étatiques, et elle ne s'applique pas à l'arbitrage. Si une cause est arbitrable, les parties peuvent renoncer à la juridiction étatique en faveur d'un tribunal arbitral. En renonçant à la juridiction étatique, elles renoncent également au droit du for de ces tribunaux étatiques, en l'espèce la loi sur les fors (...). Cela vaut également pour les fors impératifs »²⁴. Ainsi, le législateur a apparemment souhaité poser le principe selon lequel les règles de fors et, si l'on suit le même raisonnement, les règles de procédure civile en général, ne concernent pas les tribunaux arbitraux. Les commentateurs de la LFors sont de cet avis pour la plupart²⁵.
18. Mais certains auteurs soutiennent que la disparition de l'article 1 al. 3 du projet de LFors ne signifie pas qu'une clause arbitrale puisse passer outre les fors de l'article 24 al. 1. Pour INFANGER²⁶, les raisons qui ont poussé le législateur à imposer certains fors subsistent lorsque le litige est arbitrable. WYLER²⁷ et AUBERT²⁸ imposent le respect des fors prévus à l'article 24 al. 1 LFors, sans plus de justification, alors que BRUNNER, dans la nouvelle édition de son commentaire²⁹, prône même la nullité de la clause d'arbitrage lorsqu'elle conduit à priver l'employé de manière abusive de l'un des fors prévus par l'article 24 LFors, malgré ses déclarations devant le Conseil des Etats.
19. S'il est exact, comme le relève POUURET³⁰, que les règles de fors ne concernent que les tribunaux étatiques, il n'en demeure pas moins que l'absence de règles expresses concernant l'arbitrage ne signifie pas encore que le législateur ait souhaité autoriser les parties à déroger aux fors, impératifs ou partiellement impératifs, qu'il a institués. Les hésitations demeurent ainsi. Elles s'expliquent par le fait que le but de protection poursuivi par l'article 21 LFors n'est pas pleinement rempli, si, parallèlement, l'arbitrabilité des conflits en matière sociale n'est pas

²³ FF 1999 2591ss, 2640.

²⁴ BOCE 1999, p. 893.

²⁵ DOMINIK GASSER, Commentaire bernois, N° 43/44 ad art. 1 LFors; FÉLIX DASSER, Commentaire zurichois, N° 3 ad art. 1 LFors ; FRANZ KELLERHALS, Bemerkungen zum Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen, in *Mélange Schüpbach*, p. 224 ; CLAUDIA MEYER, Commentaire bâlois, n° 20 ad art. 1 LFors ; Contra : DOMINIK INFANGER, Commentaire bâlois, N° 27 ad art. 2 LFors.

²⁶ INFANGER (n. 25), N° 27 ad art. 2 LFors.

²⁷ WYLER (n. 2), p. 468. Voir aussi MEIER (n. 3), p. 271.

²⁸ GABRIEL AUBERT, L'arbitrage en droit du travail, *Bul. ASA* 2000, p. 6 ; pour REHBINDER (n. 14), n° 9 ad art. 343, la clause d'arbitrage exclut l'application des fors légaux.

²⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (n. 2), N° 16 ad art. 343 CO.

³⁰ POUURET, L'arbitre n'a pas de for, in *Mélange Schüpbach*, Neuchâtel 2000, p. 232.

réglementée. A relever encore que, l'arbitre n'ayant pas de for³¹, il n'est, en particulier, pas tenu de siéger effectivement au lieu choisi comme siège de l'arbitrage, d'y tenir audience et d'y rendre sa sentence. Ainsi, si l'on veut que la procédure arbitrale respecte les buts assignés au for partiellement impératif de l'article 24 al. 1 LFors en matière de droit du travail, il conviendrait d'imposer à la fois un siège alternatif à l'un des deux fors légaux au choix du demandeur et un déroulement de la procédure en ce lieu. Dans cette hypothèse uniquement, le travailleur est assuré de pouvoir saisir les autorités de recours du même lieu et d'éviter de devoir se déplacer à un autre lieu pour les audiences³².

20. Passons à l'examen des autres règles procédurales prescrites à l'article 343 CO. Ses alinéas 2 à 4 prévoient que la procédure doit être simple, rapide et gratuite lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs, le juge établissant d'office les faits et appréciant librement les preuves dans cette hypothèse. La plupart des auteurs s'étant penchés sur la question - et c'est avant tout ceux qui imposaient le respect de l'article 343 al. 1 aCO aux procédures arbitrales - considèrent que les exigences de l'article 343 al. 2 à 4 CO doivent être respectées à l'occasion d'une procédure arbitrale envisagée par les parties³³. Si l'on considère toutefois que les fors prévus pour les tribunaux étatiques n'ont aucune incidence sur une procédure arbitrale, il faut également considérer que les autres règles de procédure impératives ne s'appliquent pas en matière d'arbitrage. Aussi bien, on pourrait considérer qu'en excluant apparemment toute incidence des règles de fors sur une procédure arbitrale, le législateur a donné sa préférence au courant dogmatique qui distingue clairement les règles de procédure imposées aux tribunaux ordinaires de celles qui s'appliquent à l'arbitrage.
21. La doctrine reconnaît un caractère impératif à l'article 343 al. 2 à 4 CO³⁴. A nouveau, et en partant de l'idée que cette disposition ne s'applique pas directement à l'arbitrage, le but protecteur de la loi n'est pas assuré s'il n'existe pas de règles parallèles dans ce domaine. Il faut bien admettre en effet qu'une clause compromissoire typique, prévoyant la nomination d'un tribunal arbitral composé de trois membres, ne permet généralement pas le respect des conditions fixées dans cette disposition, en particulier celle concernant la gratuité de la procédure³⁵. Seul un tribunal institutionnel organisé et financé par les partenaires sociaux serait envisageable à cet égard.

³¹ POUURET (n. 30), p. 228.

³² POUURET (n. 30), p. 235, arrive à cette conclusion, en contestant toutefois qu'il faille transposer d'une manière automatique à l'arbitrage la protection des règles de fors impératives ou semi-impératives, dans la mesure où leur but diffère d'un domaine à l'autre.

³³ GABRIEL AUBERT (n. 28), p. 6 ; WYLER (n. 2), p. 468 ; MEIER (n. 3), p. 271 ; STAEHELIN/VISCHER (n. 13), N° 4 ad art. 343 CO ; STREIFF/VON KAENEL (n. 8), N° 8 ad art. 343 CO ; HASLER (n. 5), p. 59 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (n. 2), N° 16 ad art. 343 CO. Contra : REHBINDER (n. 14), N° 9 ad art. 343 CO ; EDWIN SCHWEINGRUBER, Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations, Berne 1974, p. 250-251.

³⁴ AUBERT (n. 28), p. 6 ; MEIER (n. 3), p. 271 ; STAEHELIN/VISCHER (n. 13), N° 38 ad art. 343 CO.

³⁵ Voir sur ce point MEIER (n. 3), p. 271-272.

22. L'article 343 al. 2 à 4 CO ne s'appliquant que pour les procédures dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.--, cela signifie, à supposer que l'on suive les auteurs considérant cet article applicable aux procédures arbitrales, qu'une clause arbitrale pourrait être partiellement nulle³⁶, suivant la valeur litigieuse du litige en cause. Pour échapper à la clause, le travailleur devrait, le cas échéant, limiter ses prétentions.
23. On constate ainsi que les avis divergent fortement sur l'incidence des articles 343 CO et 22 al. 1, 24 al. 1 LFors sur les procédures arbitrales en matière de conflits individuels de travail.
24. A notre avis, il est peu cohérent de protéger la partie faible au contrat en soumettant la résolution du litige à des règles de procédure spécifiques, tout en admettant la validité d'une clause compromissoire incluse dans le contrat de travail et de fait imposée à l'employé. En revanche, on ne voit pas pour quelle raison un travailleur ne pourrait pas soumettre le litige à un tribunal arbitral appliquant des règles différentes de celles prévues à l'article 343 al. 2 à 4 CO lorsqu'il en convient après la survenance du litige. C'est un argument qui milite en faveur d'une règle spécifique traitant de l'arbitrabilité des conflits individuels en matière de travail. Une telle disposition mettrait un terme aux débats sans fin sur l'application par analogie des règles établies pour les tribunaux ordinaires.

D. Les dispositions cantonales

25. Si aucune disposition fédérale n'exclut expressément l'arbitrage en matière de conflits individuels de travail, divers cantons ont en revanche supprimé ou restreint les possibilités d'arbitrage dans ce domaine, en faisant application de la réserve de l'article 5 CA. AUBERT³⁷ relève ainsi que Bâle, Genève, Lucerne et Soleure excluent le recours à l'arbitrage lorsque le litige est de la compétence des tribunaux du travail, alors que Berne et Jura ne connaissent aucune règle limitative. En Argovie et à Saint-Gall, les clauses compromissoires sont exclues, de même qu'à Neuchâtel et Fribourg, qui les admettent toutefois lorsqu'elles sont ancrées dans une convention collective de travail. C'est même la seule hypothèse où l'arbitrage est admis dans les cantons de Vaud et du Valais³⁸. A Zurich, la situation est relativement étrange, puisque seuls les compromis arbitraux sont admis lorsque la cause est de la compétence des tribunaux de travail, mais ceux-ci n'existent que dans deux districts (Zürich/Dietikon et Winterthur)³⁹.
26. En bref, les solutions cantonales sont très variées, et elles ont pour certaines fait l'objet de controverses⁴⁰.

³⁶ Art. 20 al. 2 CO, par analogie.

³⁷ AUBERT (N. 28), p. 3.

³⁸ Voir les références in AUBERT (N. 28), p. 4.

³⁹ Voir MEIER (n. 3), p. 269.

⁴⁰ Voir, par exemple, pour Zurich, HASLER (n. 5), p. 57 ss.

II. Le projet de code de procédure civile suisse du 28 juin 2006

A. L'article 352 du projet

1. La disponibilité du droit

27. Aux termes de l'article 352 du projet, « l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties » Le rapport de la commission d'experts à l'appui de l'avant-projet⁴¹ mentionnait que l'article 348 de l'avant-projet (en substance, art. 352 du projet) reprenait la première condition posée par l'article 5 CA, étant précisé que la notion de droit disponible s'apprécie à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence sur la base du droit. Le message indique sur ce point, et à titre d'exemple, que le caractère impératif d'un for n'a aucune influence sur la disponibilité d'un droit et donc sur l'arbitrabilité⁴².
28. La disponibilité du droit relevant du droit matériel, rien ne devrait changer dans le domaine qui nous intéresse. Ainsi, nos réflexions consacrées à l'article 341 al. 1 CO resteront d'actualité sous le nouveau droit, à moins qu'une disposition du code de procédure civile suisse fixe enfin de manière précise l'arbitrabilité des conflits individuels de travail et supprime par la même occasion toute controverse concernant la disponibilité des droits litigieux dans ce domaine.

2. La compétence exclusive d'un tribunal étatique

29. Le projet ne reprend pas la seconde condition posée par l'article 5 CA, à savoir l'absence de compétence exclusive d'un tribunal étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi. Le message est muet sur ce point. Le rapport à l'appui de l'avant-projet relevait quant à lui que le libellé de l'article 5 CA était en partie redondant et en partie incompréhensible, et qu'il n'avait que semé la confusion par le passé. Il précisait encore que « l'exclusion de l'arbitrabilité peut ressortir directement de la loi ou découler de son interprétation »⁴³.
30. Plus que la deuxième moitié de la phrase constituant l'article 5 CA, c'est le rapport qui nous paraissait difficilement compréhensible. Le silence du message est encore plus troublant. En aucun cas, la seconde condition posée par l'article 5 CA n'est redondante. La compétence exclusive d'un tribunal étatique ne se confond pas avec le caractère indisponible du droit invoqué en justice. Quant à savoir si la loi peut encore imposer la compétence exclusive d'un tribunal étatique dans le nouveau régime, on peut raisonnablement penser que le Conseil fédéral n'a pas

⁴¹ Pour une analyse de l'arbitrabilité des conflits individuels de travail selon l'avant-projet, voir François Bohnet, 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 Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle 2005, p. 161 ss.

⁴² Tiré à part du message, p. 161 ; FF 2006 7001.

⁴³ Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, p. 168.

souhaité l'exclure malgré la suppression de toute réserve à l'article 352 du projet. L'avant-projet - dont l'article 348, comme mentionné ci-dessus, correspondait à l'article 352 du projet - limitait d'ailleurs à son article 195 al. 2 la possibilité d'arbitrer les litiges en matière de baux d'habitation⁴⁴, restriction qui a toutefois disparue du projet, sans aucune explication. En d'autres termes, l'arbitrabilité pourrait toujours être exclue par une disposition impérative de la loi, mais l'article consacré à l'objet de l'arbitrage ne l'indique plus, parce que savoir si un tribunal est exclusivement compétent en vertu d'une disposition impérative de la loi n'est pas aisé et découle souvent de l'interprétation du droit matériel.

31. Le problème a été pris par le mauvais bout. Ce sont les dispositions du droit matériel qui excluent ou limitent le recours à l'arbitrage - et non le principe posé dans la deuxième partie de l'article 5 CA - qui sont d'application délicate. Supprimer, dans la disposition qui détermine l'objet de l'arbitrage, la référence à la deuxième condition posée par la loi ne fait qu'ajouter une difficulté supplémentaire. Ce choix n'est manifestement pas judicieux. Si cette disposition devait être maintenue, les commentaires qui lui seraient consacrés débuteraient très probablement par une citation de l'article 5 CA pour en fixer la portée. A moins d'une rédaction clairement erronée, il est fortement déconseillé à notre sens de modifier le texte d'une disposition à l'occasion d'une révision législative, si l'on entend maintenir sa portée telle quelle. En bref, l'article 352 du projet ne change rien selon nous à la possibilité pour le législateur de réserver la résolution de certains litiges à la compétence exclusive des tribunaux étatiques.
32. Il convient de relever que la troisième partie du projet, consacrée à l'arbitrage, ne contient aucune liste des domaines dans lesquels celui-ci serait exclu en vertu de la compétence exclusive d'une autorité étatique. Il nous faut dès lors examiner les deux premières parties du projet, consacrées à la procédure civile au sens étroit du terme.
33. A priori, les règles qui nous intéressent devraient figurer au titre II du projet, consacré à la compétence des tribunaux et à la récusation. Son chapitre premier, qui traite de la compétence à raison de la matière, serait l'emplacement le plus approprié. Or on n'y trouve aucune règle sur la compétence exclusive des tribunaux. En particulier, l'article 5 du projet, qui dresse la liste des litiges devant être jugés en instance unique, est sans incidence sur le caractère arbitral des domaines en cause, comme on l'admet en droit actuel⁴⁵.
34. Le chapitre 2, consacré à la compétence à raison du lieu, ne contient aucune réserve concernant l'arbitrabilité. L'article 1 al. 3 de l'avant-projet de LFors ayant été biffé par les Chambres fédérales, il n'est pas surprenant qu'aucune référence à l'arbitrage ne figure dans les dispositions sur la compétence à raison du lieu du projet de code de procédure civile suisse.
35. Faute de dispositions concernant l'arbitrabilité dans les articles consacrés à la compétence des tribunaux, il convient de consulter la deuxième partie du projet,

⁴⁴ « Dans les litiges relatifs aux baux à loyer d'habitations, seule l'autorité de conciliation peut agir comme tribunal arbitral ».

⁴⁵ RÜEDE/HADENFELDT (n 4), p. 53 ; JOLIDON (n 1), p. 164.

dont quelques dispositions traitent de la procédure en matière de droit du travail. L'article 343 CO, dont l'alinéa premier a déjà été abrogé lors de l'adoption de la LFors, le sera entièrement par le code de procédure civile suisse. Les diverses règles de procédure inscrites à l'article 343 CO sont reprises dans le projet. Ainsi, lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.--, la procédure simplifiée s'applique, les faits sont établis d'office (maxime inquisitoire sociale) et la procédure est gratuite (art. 239 al. 1, 243, 112 let. c du projet).

36. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, l'article 343 CO ne limite pas à notre sens l'arbitrabilité des litiges en matière de conflits individuels de travail et ne s'applique pas à la procédure arbitrale. Le but protecteur de cette disposition suppose toutefois l'existence de règles spécifiques concernant l'arbitrage dans le domaine des conflits individuels de travail. Le projet reprend les règles procédurales de l'article 343 CO, mais ne traite nullement de l'arbitrabilité des conflits individuels de travail. En l'état actuel du projet, le caractère pleinement arbitral de ces litiges, sans aucune contrainte quant aux modalités de la procédure, devrait être admis. Cela va clairement à l'encontre de la procédure simplifiée envisagée pour les causes relevant du « droit civil social », pourtant mis en avant dans le message⁴⁶.
37. Les cantons pourront-ils encore, sous l'empire du code de procédure civile suisse, exclure l'arbitrabilité en attribuant une compétence exclusive à leurs tribunaux dans un domaine donné ? L'article 122 de la nouvelle Constitution, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2007 avec la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral⁴⁷, laisse aux cantons la compétence de légiférer en matière d'organisation judiciaire. Le message précise ainsi que le projet ne touche pas à l'organisation judiciaire⁴⁸. L'article 122 Cst. féd. réserve toutefois les dispositions contraires de la loi.
38. Attribuer une compétence exclusive à une autorité étatique relève-t-il de l'organisation judiciaire ou de la procédure civile au sens étroit ? A notre sens, une telle exclusion dépend des dispositions consacrées à l'arbitrage lui-même, qui entre dans les règles de procédure civile au sens où l'entend l'article 122 Cst. féd. Les domaines dans lesquels l'arbitrage est exclu devraient donc figurer idéalement dans la troisième partie de la loi fédérale de procédure civile. Ils pourraient également être mentionnés dans les deux premières parties de cette loi, mais nous ne pensons pas en revanche que de telles attributions exclusives puissent être considérées comme des règles d'organisation judiciaire au sens propre du terme.
39. A notre sens, les limites posées par certains cantons à l'arbitrage en matière de conflits individuels de travail n'auront plus de portée à l'entrée en vigueur du code de procédure civile suisse. Si les cantons pourront continuer à organiser leurs tribunaux, ce sera en revanche le droit fédéral qui déterminera de manière

⁴⁶ Tiré à part du message, p. 3 et 24 ; FF 2006 6843, 6863. On ne trouve plus en revanche dans le message le concept de « procès civil social » qui était pourtant considéré par la commission d'expert comme l'un des piliers de l'avant-projet (tiré à part du message, p. 17 ; FF 2006 6857).

⁴⁷ Voir l'arrêté fédéral du 24 septembre 2002 sur l'entrée en vigueur partielle de la réforme de la justice, RO 2002 3147.

⁴⁸ Tiré à part du message, p. 16 ; FF 2006 6856.

exclusive le caractère arbitral ou non des litiges en matière interne. C'est une raison de plus de réglementer cette question dans le code de procédure civile suisse.

B. Les compléments à apporter à l'article 352 du projet

40. Dans sa mouture actuelle, l'article 352 du projet est insuffisant. Il ne réserve pas expressément les cas dans lesquels la loi donne une compétence exclusive à un tribunal étatique. Il n'indique pas davantage quand une telle compétence existe et dans quel cadre.
41. La solution la plus raisonnable consisterait selon nous à mentionner à la suite de l'article 352 PCS une liste fixant les conditions de l'arbitrabilité dans des domaines spécifiques. Dans les matières à connotation sociale, qu'il s'agisse de conflits individuels de travail, de droit du bail ou encore de droit de la consommation, c'est la clause compromissoire qui peut porter atteinte aux dispositions protectrices du procès social, parce qu'elle est souvent imposée à une partie. En revanche, rien ne s'oppose à notre sens à laisser toute liberté aux parties de soumettre leur litige à une juridiction arbitrale, une fois celui-ci survenu. Cela devrait valoir en particulier pour les litiges en matière de droit du travail, de baux d'habitations et à ferme et de consommation courante dans le sens entendu à l'article 22 al. 2 LFors.
42. L'article 352 du projet devrait par conséquent être complété par un article 352b précisant :
43. « Ne peuvent être soumises d'avance à l'arbitrage :
 - a) les contestations en matière de conflits individuels de travail ;
 - b) les contestations en matière de baux d'habitations et de baux à ferme ;
 - c) les contestations en matière de consommation courante ».

Conclusion

A l'heure actuelle, l'arbitrabilité des conflits individuels de travail n'est pas réglée de manière uniforme en Suisse et ses modalités font l'objet de controverses. L'unification de la procédure civile suisse fournit enfin l'occasion de régler cette question de manière satisfaisante, en prenant garde à la protection nécessaire des travailleurs. Hélas, le projet n'envisage pas même cette problématique, ou du moins y répond d'une manière inappropriée.

La solution que nous proposons est simple mais non simpliste. Elle permettrait de régler aisément la question de l'arbitrabilité dans les domaines sociaux mentionnés ci-avant, en particulier en matière de conflits individuels de travail, sans pour autant vider de leur contenu les règles de procédure visant à assurer la protection des travailleurs.