

Arbitrage et conflits individuels de travail

De l'admissibilité des conventions d'arbitrage

MÉMOIRE

présenté

par

Joséphine Schwab

sous la direction du

Professeur Andrea Bonomi

Lausanne, le 14 mai 2020

Table des matières

Table des abréviations	III
INTRODUCTION.....	1
I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE.....	2
1 Distinction entre arbitrage interne et international	2
2 Notion de conflit individuel de travail.....	4
II. ARBITRABILITÉ DES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL	5
1 Arbitrabilité.....	5
1.1 Généralités	5
1.2 Droit applicable et bases légales	6
1.3 Critères d'arbitrabilité	7
1.3.1 En arbitrage interne : libre disponibilité des droits	7
1.3.2 En arbitrage international.....	7
1.3.2.1 Caractère patrimonial de la cause	7
1.3.2.2 Ordre public	8
2 Arbitrabilité des conflits individuels de travail.....	9
2.1 En arbitrage interne	9
2.1.1 Interdiction de renoncer	9
2.1.1.1 Principe	9
2.1.1.2 Créances protégées par l'interdiction.....	10
2.1.1.3 Indisponibilité limitée dans le temps.....	10
2.1.2 Impact sur l'arbitrabilité.....	11
2.2 En arbitrage international	13
2.3 Impact des dispositions du procès social sur l'arbitrabilité.....	14
2.3.1 Impact des fors	14
2.3.1.1 Fors prévus pour les conflits de travail	14
2.3.1.2 Impact sur l'arbitrabilité.....	15
2.3.2 Impact des dispositions en matière d'organisation judiciaire	18
2.3.2.1 Dispositions d'organisation judiciaire prévues pour les conflits de travail	18
2.3.2.2 Impact sur l'arbitrabilité.....	18
2.3.3 Impact des dispositions procédurales.....	19
2.3.3.1 Dispositions procédurales prévues pour les conflits de travail	19
2.3.3.2 Impact sur l'arbitrabilité.....	20
2.4 Utilisation de la clause passerelle (<i>opting out/opting in</i>)	21
2.5 Théorie des faits de double pertinence.....	22
III. VALIDITÉ DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE CONCLUES POUR LES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL	22
1 Validité des conventions d'arbitrage.....	22
1.1 Généralités	22
1.2 Droit applicable et bases légales	23
1.3 Contenu	24
1.4 Conditions de validité	25
1.4.1 Validité formelle	25
1.4.1.1 En arbitrage interne	25
1.4.1.2 En arbitrage international.....	25

1.4.2	Validité matérielle.....	26
2	Validité des conventions d'arbitrage conclues pour les conflits individuels de travail	27
2.1	Engagement excessif	27
2.1.1	Notion.....	27
2.1.2	Impact sur la validité.....	28
2.2	Arbitrages forcés	29
2.2.1	Notion.....	29
2.2.2	Conséquences au regard de l'affaire <i>Mutu et Pechstein contre Suisse</i>	30
2.3	Convention d'arbitrage par référence	33
2.3.1	Généralités	33
2.3.2	Avec renvoi spécifique.....	35
2.3.3	Avec renvoi global.....	35
	CONCLUSION	37
	Bibliographie	VI
	Publications officielles	XI
	Table de jurisprudence.....	XII

Remarque liminaire

Pour des raisons de lisibilité nous utiliserons dans le présent travail les désignations de fonctions ou de personnes au masculin, mais elles valent indifféremment pour les deux sexes.

Table des abréviations

§	paragraphe(s)
<i>a contrario</i>	locution latine signifiant « au contraire »
<i>ad hoc</i>	locution latine signifiant « pour cela »
ad.	à
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BK	<i>Berner Kommentar</i> (Commentaire bernois)
BO	Bulletin officiel
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
c.	contre
CaS	<i>Causa Sport – Die Sport Zeitschrift</i> (Revue sportive)
CC / ZGB	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) / <i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907</i>
CE	Conseil des États
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i> locution latine signifiant « comparer »
ch.	chiffre(s)
CIA	Concordat intercantonal suisse sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (RO 1969 1117)
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, entrée en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} janvier 2011 (RS 0.275.12)
CNY	Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958, entrée en vigueur pour la Suisse le 30 août 1965 (RS 0.277.12)
CO / OR	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220) / <i>Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht) vom 30. März 1911</i>
consid.	considérant(s)
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC / ZPO	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) / <i>Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008</i>
CR	Commentaire romand

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
<i>cum</i>	locution latine signifiant « avec »
éd.	édition
édit.	éditeurs
<i>Einl. vor</i>	<i>Einleitung vor</i> (Introduction à/aux)
etc.	<i>et caetera</i> locution latine signifiant « et autres »
FF	Feuille fédérale
FIFA	Fédération internationale de football association
<i>in</i>	locution latine signifiant « dans »
<i>in limine litis</i>	locution latine signifiant « au début du procès »
<i>infra</i>	locution latine signifiant « ci-dessous »
JdT	Journal des Tribunaux
LDIP / IPRG	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291) / <i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987</i>
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (RS 151.1)
let.	lettre
Lfors	Ancienne loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, abrogée le 1 ^{er} janvier 2011 (RO 200 2355)
LJT-VD	Loi vaudoise sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (RSVD 173.61)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (RS 822.11)
N / n ^o / n ^{os}	numéro(s)
<i>obiter dictum</i>	locution latine signifiant « Remarque incidente »
p. / pp.	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
<i>quid pro quo</i>	locution latine signifiant « une chose contre une autre »
RJB / ZBJV	Revue de la société des juristes bernois / <i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i>
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique de droit fédéral
RSVD	Recueil systématique vaudois
SAA	<i>Swiss Arbitration Academy</i>
SJ	Semaine Judiciaire
<i>supra</i>	locution latine signifiant « ci-dessus »
TAS	Tribunal arbitral du sport

Vor.

Vorbemerkungen (Remarques liminaires)

INTRODUCTION

L'arbitrage est un mode de règlement des conflits. Il implique que les parties conviennent, par le biais d'une convention d'arbitrage, de faire trancher un litige futur (clause compromissoire) ou déjà existant (compromis arbitral), qui les oppose, par des particuliers, en lieu et place des juridictions étatiques normalement compétentes, qui rendent une sentence dite arbitrale¹. Cette dernière est assimilée aux jugements des tribunaux étatiques². L'arbitrage est caractérisé par la liberté considérable octroyée aux parties : elles sont libres d'organiser entièrement l'arbitrage (arbitrage *ad hoc*) ou de faire intervenir un organisme spécialisé dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale (arbitrage institutionnel) et de choisir elles-mêmes des arbitres, qui sont détachés de tout for et qui disposent de connaissances spécifiques liées au litige, ce qui permet aux parties d'avoir une confiance accrue envers les juges³. En outre, la procédure est discrète, souple et rapide⁴.

Le domaine du droit du travail est caractérisé par une relation asymétrique entre l'employeur et le travailleur. Dans cette relation, le travailleur n'est généralement pas l'égal de l'employeur et est considéré comme la partie faible en raison de son état de dépendance économique et psychologique⁵. En droit suisse, il bénéficie ainsi d'une protection qui se traduit par des dispositions matérielles impératives mais également par des dispositions procédurales⁶. En effet, dans les domaines à caractère social, des règles spéciales sont instituées pour garantir un accès facilité à la justice à la partie faible⁷. Cela se reflète notamment dans l'organisation judiciaire et dans les règles de procédure civile et de droit international privé⁸. Des règles spéciales figurent également dans des conventions internationales⁹.

Dans les conflits collectifs, l'arbitrage est un mode fréquent de résolution des litiges¹⁰. En matière de conflits individuels de travail, il a également gagné du terrain, à l'image de l'augmentation des affaires concernant des sportifs professionnels ou des plateformes numériques comme Uber avec ses travailleurs¹¹. En dépit de nombreux avantages, l'impact de l'arbitrage peut aussi avoir ses revers. Par exemple, la clause arbitrale du service de transport

¹ ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.2.3 ; ATF 140 III 367, consid. 2.2.2 ; ATF 141 III 444, consid. 4.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 1-2 ; BUCHER / BONOMI, pp. 370-371 ; GÖKSU, pp. 3-6 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 5-6 ; PLOUDRET / BESSON, p. 3.

² ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.2.3 ; ATF 140 III 367, consid. 2.2.2 ; ATF 141 III 444, consid. 4.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 1-2 ; BUCHER / BONOMI, pp. 370-371 ; GÖKSU, pp. 3-6 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 5-6 ; PLOUDRET / BESSON, p. 3.

³ BERGER / KELLERHALS, pp. 1-2 ; BUCHER / BONOMI, pp. 370-371 ; GÖKSU, pp. 3-6 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 5-6.

⁴ AUBERT, p. 2 ; BUCHER / BONOMI, pp. 370-371 ; GÖKSU, pp. 3-6.

⁵ CR-CO-I-AUBERT, N 1 ad. art. 341 CO ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 1-2 ad. art. 341 CO ; CASEY-OBRIEST, pp. 1-2 ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 1 ad. art. 341 CO.

⁶ CASEY-OBRIEST, pp. 1-2 ; DIETSCHY, pp. 1-2.

⁷ DIETSCHY, pp. 1-2 ; HEINZMANN / MARADAN, p. 101.

⁸ DIETSCHY, pp. 1-2.

⁹ DIETSCHY, pp. 1-2.

¹⁰ ATF 136 III 467, consid. 4.2 ; BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 35 ; CASEY-OBRIEST, pp. 1-2 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 631 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 160-161.

¹¹ BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 35 ; CASEY-OBRIEST, pp. 1-2 ; CIRIGLIANO, p. 441 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 631 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 160-161.

Uber a pour effet que le chauffeur doit porter son litige en langue anglaise devant un tribunal arbitral se trouvant à Amsterdam¹². Ce cas, au cœur de l'actualité, montre que ce mode de résolution des litiges implique pour le travailleur de renoncer à des droits qui sont pourtant inhérents au contrat de travail et illustre la tension qui existe entre la liberté qu'offre l'arbitrage et la protection sociale du travailleur¹³. Dans ces conditions, il est important d'examiner la question de la place de l'arbitrage et de ses limites dans le contexte des conflits individuels de travail.

L'admissibilité de telles conventions d'arbitrage doit être traitée sous l'angle des dispositions générales relatives à l'arbitrabilité du litige et à la validité de la convention d'arbitrage qui sont les pierres angulaires de l'arbitrage¹⁴. Dans une première partie, nous examinerons l'arbitrabilité des conflits individuels de travail au regard des diverses dispositions matérielles et procédurales protectrices des travailleurs (II). Dans une seconde partie, nous présenterons des problématiques spécifiques liées à la validité des conventions d'arbitrage figurant dans les contrats individuels de travail ou conclues pour résoudre les conflits issus de tels contrats (III). Pour mieux contextualiser la problématique, nous commencerons par présenter ce qui distingue l'arbitrage interne de l'arbitrage international et définirons la notion de conflit individuel de travail (I).

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

1 Distinction entre arbitrage interne et international

Il existe une différence entre arbitrage interne et arbitrage international car différentes dispositions légales s'appliquent selon que les procédures sont purement internes ou contiennent un élément d'extranéité¹⁵. En matière d'arbitrage, la Suisse dispose d'un système dualiste, c'est-à-dire que des lois différentes régissent l'arbitrage interne et l'arbitrage international¹⁶. Ainsi, l'arbitrage interne est réglementé par la troisième partie du Code de procédure civile¹⁷ alors que l'arbitrage international est régi par le chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé¹⁸. L'ancienne répartition des compétences fédérales et cantonales est à l'origine de ce dualisme¹⁹. En effet, avant l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989 et du CPC en 2011, la procédure civile relevait de la compétence des cantons qui avaient réglé la question dans un Concordat intercantonal tant en matière d'arbitrage interne qu'international²⁰.

¹² <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=switzerland&lang=fr>, consulté le 14 avril 2020 ; CIRIGLIANO, p. 441 ; WYLER / HEINZER, pp. 1008-1009.

¹³ BEFFA, p. 1433 ; CIRIGLIANO, p. 443 ; FRÖHLICH, p. 42 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], pp. 631-632 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 161.

¹⁴ KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 5-6.

¹⁵ BERGER / KELLERHALS, p. 24 ; CASEY-OBRIST, pp. 9-10 ; GÖKSU, pp. 14-15 ; PLOUDRET / BESSON, p. 30.

¹⁶ BERGER / KELLERHALS, p. 24 ; CASEY-OBRIST, pp. 9-10 ; GÖKSU, pp. 14-15 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 2 ad. art. 353 CPC ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

¹⁷ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

¹⁸ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP ; RS 291) ; BERGER / KELLERHALS, p. 24 ; GÖKSU, pp. 14-15 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 20-23 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 48-49 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

¹⁹ PLOUDRET / BESSON, p. 24.

²⁰ Concordat intercantonal suisse sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA ; RO 1969 1117) ; BEFFA, p. 1434 ; BERGER / KELLERHALS, p. 24 ; GÖKSU, pp. 14-15 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 48-49 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 8 ad. art. 353 CPC.

Lors de l'adoption de la LDIP, un chapitre concernant l'arbitrage international a été intégré dans la loi, le CIA se bornant à régler l'arbitrage interne jusqu'à l'entrée en vigueur du CPC²¹.

Selon l'art. 176 al. 1 LDIP, l'arbitrage est international dès que le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse (i) et qu'au moins une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse (ii)²². *A contrario*, l'art. 353 al. 1 CPC prévoit que l'arbitrage est interne si le siège de l'arbitrage est en Suisse (i) et que le chapitre 12 de la LDIP est exclu (ii)²³. Le critère de distinction choisi par le législateur est ainsi purement formel en ce sens qu'il dépend du domicile ou de la résidence habituelle des parties concernées par le litige et liées par la convention d'arbitrage²⁴.

Le domicile ou la résidence habituelle des parties se déterminent à l'aune de l'art. 20 LDIP pour les personnes physiques et de l'art. 21 LDIP pour les personnes morales²⁵. Quant au moment déterminant pour les déterminer, il faut se référer à la conclusion de la convention d'arbitrage (art. 353 al. 1 CPC et 176 al. 1 LDIP)²⁶. Ainsi, un arbitrage peut être international alors même qu'il n'y aurait plus aucun lien d'extranéité au moment de la procédure²⁷. A cet égard, il est intéressant de signaler ici que le projet de révision du chapitre 12 de la LDIP prévoit de préciser qu'il faut effectivement se référer aux « parties à la convention d'arbitrage », c'est-à-dire au moment de sa signature, pour déterminer si les dispositions de la LDIP sont applicables²⁸.

Tant la LDIP que le CPC conditionnent leur application à l'existence d'un siège en Suisse. Le siège de la procédure d'arbitrage est généralement choisi par les parties ou, à défaut, par un tiers nommé par les parties (art. 355 al. 1 CPC et art. 176 al. 3 LDIP)²⁹. Dans l'hypothèse où, ni un siège, ni une personne habilitée à le faire n'a été désignée, seuls les arbitres peuvent le déterminer (art. 355 al. 1 CPC et art. 176 al. 3 LDIP)³⁰. Le système prévu par le CPC est, à ce

²¹ BERGER / KELLERHALS, p. 24 ; GÖKSU, pp. 14-15 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 48-49 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 8 ad. art. 353 CPC.

²² Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_540/2018 du 7 mai 2019, consid. 1.2 ; BESSON, p. 160 ; BUCHER / BONOMI, p. 371 ; CASEY-OBRIST, p. 14 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 3 ad. art. 176 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 15 ad. art. 353 CPC.

²³ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1 ; BESSON, p. 160 ; CASEY-OBRIST, p. 9 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 15 ad. art. 353 CPC.

²⁴ Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) (FF 1983 I 255), p. 445 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1 ; BERGER / KELLERHALS, p. 33 ; BESSON, p. 160 ; BUCHER / BONOMI, p. 371 ; CR-LDIP-UCHER, N 18 ad. art. 176 LDIP ; CASEY-OBRIST, p. 14 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 3 ad. art. 176 LDIP ; BSK-IPRG-PFIFNER / HOCHSTRASSER, N 33 ad. art. 176 LDIP ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

²⁵ BERGER / KELLERHALS, pp. 26-27 et pp. 33-34 ; CR-LDIP-UCHER, N 19 ad. art. 176 LDIP ; BSK-IPRG-PFIFNER / HOCHSTRASSER, N 34-35 ad. art. 176 LDIP.

²⁶ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_254/2013 du 19 novembre 2013, consid. 1.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1 ; CR-LDIP-UCHER, N 22-23 ad. art. 176 LDIP ; CASEY-OBRIST, p. 14 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 3 ad. art. 176 LDIP ; BSK-IPRG-PFIFNER / HOCHSTRASSER, N 36 ad. art. 176 LDIP ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

²⁷ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_254/2013 du 19 novembre 2013, consid. 1.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1 ; CR-LDIP-UCHER, N 22-23 ad. art. 176 LDIP ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 3 ad. art. 176 LDIP ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

²⁸ Message du 24 octobre 2018 sur la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 : arbitrage international) (FF 2018 7153), p. 7176.

²⁹ BUCHER / BONOMI, p. 371 ; CR-LDIP-UCHER, N 12-14 ad. art. 176 LDIP ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 7 ad. art. 176 LDIP ; BSK-IPRG-PFIFNER / HOCHSTRASSER, N 21 ad. art. 176 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 9-11 ad. art. 355 CPC.

³⁰ CR-LDIP-UCHER, N 12-14 ad. art. 176 LDIP ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 7 ad. art. 176 LDIP ; BSK-IPRG-PFIFNER / HOCHSTRASSER, N 21 ad. art. 176 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 10-11 ad. art. 355 CPC.

titre, plus élaboré que celui de la LDIP car en l'absence d'un choix des parties, le siège est au for de l'autorité judiciaire qui aurait été compétente pour statuer sur le litige à défaut d'une convention d'arbitrage (art. 355 al. 2 CPC)³¹.

Malgré le critère formel prévu par le législateur pour distinguer arbitrage interne et international, le système est relativement souple³². Aussi, la loi autorise les parties, moyennant une déclaration expresse, à se soumettre aux règles de l'arbitrage interne bien qu'une d'elle soit domiciliée à l'étranger (*opting in*)(art. 176 al. 2 LDIP) ou inversement à se soumettre aux règles de l'arbitrage international alors qu'elles sont toutes deux domiciliées en Suisse (*opting out*) (art. 353 al. 2 CPC)³³. Ce mécanisme est appelé la clause passerelle³⁴.

2 Notion de conflit individuel de travail

La notion de conflit individuel de travail comprend tous les conflits qui tombent dans le champ d'application des dispositions spécialement prévues par le CPC, la LDIP ou encore la Convention de Lugano³⁵.

Pour le CPC et la LDIP, le conflit individuel de travail trouve sa source dans le contrat individuel de travail qui est défini à l'art. 319 du Code des obligations³⁶. Celui-ci s'entend comme le contrat synallagmatique, conclu entre deux personnes déterminées, un employeur et un travailleur, en vertu duquel le travailleur s'engage à fournir une prestation de travail pour et sous la dépendance d'un employeur, ce pendant un certain temps et moyennant un salaire³⁷. On peut tirer de cette définition quatre éléments essentiels, à savoir : une prestation de travail (i), un rapport de subordination (ii), une durée - indéterminée ou déterminée – (iii) et une rémunération (iv)³⁸. Le travailleur est, à ce titre, forcément une personne physique en raison du caractère personnel du travail qu'il se charge d'accomplir (art. 321 CO) alors que l'employeur

³¹ CR-LDIP-UCHER, N 14 ad. art. 176 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 12-13 ad. art. 355 CPC.

³² A cet égard, cf. *infra* 2.4 en pp. 21-22.

³³ ATF 145 III 266, consid. 1.3 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_540/2018 du 7 mai 2019, consid. 1.3.1 ; BUCHER / BONOMI, p. 372 ; CR-LDIP-UCHER, N 34 ad. art. 176 LDIP ; CASEY-OBRIST, p. 153 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 15 ad. art. 176 LDIP ; POUURET / BESSON, pp. 49-50 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 1 ad. art. 353 CPC ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

³⁴ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_540/2018 du 7 mai 2019, consid. 1.3.1 ; BSK-IPRG-PFIFNER / HOCHSTRASSER, N 40 ad. art. 176 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 1 ad. art. 353 CPC.

³⁵ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano ; RS 0.275.12) ; Cette convention, parallèle à la Convention de Bruxelles, élargit l'espace judiciaire européen, aux pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ; CASEY-OBRIST, p. 39 ; FRÖHLICH, p. 4.

³⁶ Loi fédérale complétant le Code civil (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220) ; BUCHER / BONOMI, pp. 283-284 ; CASEY-OBRIST, p. 39 ; FRÖHLICH, p. 4 ; GUILLAUME, pp. 194-195 ; CR-CPC-HALDY, N 1 ad. art. 34 CPC.

³⁷ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_10/2017 du 19 juillet 2017, consid. 3.1 ; DIETSCHY, pp. 7-8 ; DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, N 8 ad. art. 319 CO ; GUILLAUME, p. 195 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 1 ad. art. 319 CO ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2010], N 1 ad. art. 319 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 319 CO ; WYLER / HEINZER, p. 22

³⁸ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_10/2017 du 19 juillet 2017, consid. 3.1 ; CR-CO-I-AUBERT, N 1 ad. art. 319 CO ; DIETSCHY, pp. 7-8 ; DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, N 8 ad. art. 319 CO ; GUILLAUME, p. 195 ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2010], N 1 ss ad. Art. 319 CO ; WYLER / HEINZER, p. 22.

peut être une personne physique ou morale³⁹. Dès lors, il existe un conflit individuel de travail au sens du CPC et de la LDIP lorsque l'objet du litige concerne les relations entre deux parties liées par un contrat individuel de travail⁴⁰. Peu importe en revanche que soient invoquées des dispositions du contrat individuel de travail, d'une convention collective ou d'une autre loi spéciale⁴¹.

S'agissant de la CL, la notion de contrat de travail, respectivement de conflit de travail, est autonome du droit des États liés⁴². Toutefois la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne y relative correspond à la notion du droit suisse⁴³. Il ressort de ce qui précède que la qualification est uniforme pour les conflits individuels de travail, qu'ils aient ou non un lien d'extranéité⁴⁴.

II. ARBITRABILITÉ DES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL

1 Arbitrabilité

1.1 Généralités

L'arbitrabilité est une notion fondamentale en arbitrage. Pour autant, elle n'est pas définie par la loi (art. 354 CPC et art. 177 LDIP *a contrario*). Le Tribunal fédéral la définit comme la détermination « [des] causes susceptibles d'être tranchées par la voie de l'arbitrage », c'est-à-dire la capacité d'un litige d'être soumis à la juridiction arbitrale⁴⁵. L'arbitrabilité constitue en ce sens la limite externe et impérative à l'autonomie des parties⁴⁶. En effet, l'arbitrabilité est une condition de validité au fond de la convention d'arbitrage à l'instar de la licéité dans d'autres contrats⁴⁷. Ainsi, si une convention d'arbitrage a pour objet des prétentions qui ne sont pas arbitrables, elle est nulle et il en résulte une incompétence des arbitres⁴⁸.

L'examen de l'arbitrabilité en tant que condition de validité de la convention d'arbitrage peut se poser à divers stades : lors de l'examen de la compétence de l'arbitre (art 359 al. 1 CPC et

³⁹ CR-CO-I-AUBERT, N 26 ad. art. 319 CO ; DIETSCHY, pp. 8-9 ; GUILLAUME, pp. 194-195 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 1 ad. art. 319 CO ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2010], N 13-20 ad. Art. 319 CO ; WYLER / HEINZER, pp. 59-60.

⁴⁰ BEFFA, p. 1434 ; CASEY-OBRIEST, p. 39 ; DIETSCHY, p. 9 ; FRÖHLICH, p. 4 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 36 ad. *Einl. vor* art. 319 ss CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 18-19.

⁴¹ CASEY-OBRIEST, p. 39 ; DIETSCHY, p. 9 ; FRÖHLICH, p. 4 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 18-19.

⁴² CR-CL-BONOMI, N 6-7 ad. art. 18 CL ; GUILLAUME, pp. 195-196.

⁴³ CR-CL-BONOMI, N 6-7 ad. art. 18 CL ; GUILLAUME, pp. 195-196.

⁴⁴ CR-CL-BONOMI, N 6-7 ad. art. 18 CL ; GUILLAUME, pp. 195-196.

⁴⁵ ATF 118 II 193, consid. 5c/aa ; ATF 118 II 353, consid. 3a ; ASCHAUER / GANTENBERG / GABRIEL, p. 207 ; BERGER / KELLERHALS, p. 61 ; BUCHER / BONOMI, p. 373 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, p. 120 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 101 ; PLOUDRET / BESSON, p. 298 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 2 ad. art. 354 CPC.

⁴⁶ BSK-ZPO-GIRSBERGER N 5 ad. art. 359 CPC ; GÖKSU, p. 121 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 101 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 2 ad. art. 177 LDIP.

⁴⁷ ATF 118 II 353, consid. 3a ; BERGER / KELLERHALS, p. 62 ; BUCHER / BONOMI, p. 373 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, p. 121 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 101 ; PLOUDRET / BESSON, p. 298 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 8 ad. art. 177 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 3 ad. art. 354 CPC.

⁴⁸ ATF 118 II 353, consid. 3a ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_370/2007 du 21 février 2008, consid. 5.2.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_7/2019 du 21 mars 2019, consid. 2.4 ; BERGER / KELLERHALS, p. 62 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1 ad. art. 177 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 101-102 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 5 ad. art. 177 LDIP ; PLOUDRET / BESSON, p. 298 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 8-9 ad. art. 177.

art. 186 al. 1 LDIP), lorsqu'un juge d'appui est saisi (art. 362 al. 3 CPC et art. 179 al. 3 LDIP), lorsqu'un juge est saisi au fond (*exceptio arbitri*) (art. 61 CPC et art. 179 al. 3 LDIP) ou d'un recours (art. 393 let. b CPC et art. 190 al. 2 let. b LDIP) ou encore au stade de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale (art. V al. 2 let. a de la Convention de New York⁴⁹). La question de savoir si l'arbitrabilité du litige doit être examinée d'office ou uniquement à la demande d'une des parties est controversée en doctrine⁵⁰. Selon certains auteurs, il convient d'appliquer à l'exception de l'incompétence liée à l'inarbitrabilité les règles valables dans les autres cas d'incompétence⁵¹. La loi prévoit à cet égard que les exceptions d'incompétence doivent être soulevées devant le tribunal arbitral « préalablement à toute discussion sur le fond » (art. 359 al. 2 CPC et art. 186 al. 2 LDIP). Si la partie ne le fait pas, elle ne peut plus la soulever ensuite comme grief de recours. Toutefois, la doctrine majoritaire estime que les art. 354 CPC et 177 LDIP constituent une exception aux art. 359 al. 2 CPC et 186 al. 2 LDIP car ces dispositions sont impératives⁵². Sous cet angle, la question de l'arbitrabilité d'un litige devrait ainsi faire l'objet d'un examen d'office⁵³.

1.2 Droit applicable et bases légales

Dans la plupart des cas, la loi applicable à l'arbitrabilité est la loi d'arbitrage du siège (*lex arbitri*)⁵⁴. Ainsi, lorsqu'un arbitrage international a son siège en Suisse, le tribunal arbitral examine la question de l'arbitrabilité sous l'angle unique de l'art. 177 al. 1 LDIP, qui est la *lex arbitri*⁵⁵. Il en va de même en cas d'arbitrage interne (art. 354 CPC) : l'arbitrabilité ou l'inarbitrabilité du litige n'est alors tranchée qu'à l'aune de l'art. 354 CPC⁵⁶. Lorsque c'est un tribunal étatique qui est saisi, comme juge d'appui (art. 362 al. 3 CPC et art. 179 al. 3 LDIP) ou qu'il statue sur une exception d'incompétence (*exceptio arbitri* ; art. 61 let. b CPC, art. 7 let. b LDIP) ou sur recours (art. 393 let. b CPC et art. 190 al. 2 let. b LDIP), c'est également la *lex arbitri* applicable qui s'impose pour l'examen de l'arbitrabilité et non le droit du for (*lex fori*)⁵⁷. Le droit applicable au fond (*lex causae*), le droit du pays d'exécution ou le droit interne des

⁴⁹ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue le 10 juin 1958 à New York et entrée en vigueur en Suisse le 30 août 1965 (CNY ; RS 0.277.12). Cette convention s'applique dans les États parties pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger.

⁵⁰ BERGER / KELLERHALS, pp. 86-87 ; GÖKSU, p. 138 ; BSK-IPRG-I-MABILLARD / BRINER, N 20 ad. art. 177 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 44-46 ad. art. 354 CPC.

⁵¹ ATF 119 II 271, consid. 5 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_370/2007 du 21 février 2008, consid. 5.2.2 ; ASCHAUER / GANTENBERG / GABRIEL, pp. 239-240 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 86-87.

⁵² BUCHER / BONOMI, p. 377 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 4 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, pp. 138-139 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 101 ; BSK-IPRG-KARRER, N 41 ad. art. 187 LDIP ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 20 ad. art. 177 LDIP ; BSK-IPRG-SCHOTT / COURVOISIER, N 89 ad. art. 186 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 32 ad. art. 177 LDIP et N 18 ad. art. 186 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 44-46 ad. art. 354 CPC.

⁵³ BUCHER / BONOMI, p. 377 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 4 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, pp. 138-139 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 101 et p. 563 ; BSK-IPRG-KARRER, N 41 ad. art. 187 LDIP ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 20 ad. art. 177 LDIP ; BSK-IPRG-SCHOTT / COURVOISIER, N 89 ad. art. 186 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 32 ad. art. 177 LDIP et N 18 ad. art. 186 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 44-46 ad. art. 354 CPC.

⁵⁴ ATF 118 II 193, consid. 5c/aa ; BUCHER / BONOMI, p. 373 ; BERGER / KELLERHALS, p. 63 ; GÖKSU, pp. 122-123 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 102 ; PLOUDRET / BESSON, p. 301.

⁵⁵ BERGER / KELLERHALS, p. 63 ; GÖKSU, p. 122 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 101 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 8 ad. art. 177 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 13-14 ad. art. 177 LDIP.

⁵⁶ BERGER / KELLERHALS, p. 63 ; GÖKSU, p. 123.

⁵⁷ BERGER / KELLERHALS, pp. 65-66 ; GÖKSU, pp. 123-124 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 102 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 303-306 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 18 ad. art. 61 CPC ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 7-8 ad. art. 7 LDIP et N 13-14 ad. art. 177 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 21-22 ad. art. 354 CPC.

parties, même s'ils sont plus stricts et peuvent compliquer la reconnaissance et l'exécution ultérieure de la sentence, n'ont aucune importance⁵⁸.

La seule exception concerne la reconnaissance et l'exécution d'une sentence étrangère. En effet, l'art. V al. 2 let. a CNY prévoit que l'État requis peut refuser d'office la reconnaissance et l'exécution de celle-ci lorsque l'objet du litige n'est pas arbitral selon son propre droit, c'est-à-dire en vertu de la *lex fori*⁵⁹.

1.3 Critères d'arbitrabilité

Les critères d'arbitrabilité diffèrent en droit suisse selon que l'arbitrage est interne ou international.

1.3.1 En arbitrage interne : libre disponibilité des droits

Aux termes de l'art. 354 CPC, sont arbitrales les litiges portant sur des prétentions qui relèvent de la « libre disposition des parties »⁶⁰. Selon la jurisprudence et la doctrine, un droit est à libre disposition lorsque son titulaire en a la maîtrise totale et qu'il peut y renoncer en tout ou en partie⁶¹. Est décisive à cet égard uniquement la nature juridique de la prétention en cause, indépendamment de sa patrimonialité⁶².

Le critère de libre disponibilité des droits est un critère de nature juridique qui doit être précisé par le biais d'une méthode conflictuelle⁶³. Cela implique par conséquent de se référer aux règles juridiques applicables à la prétention (*lex causae*), qui sera généralement le droit suisse en arbitrage interne⁶⁴. Par ailleurs, il convient de signaler que la nature impérative ou dispositive de la norme n'est pas déterminante pour apprécier le caractère disponible de la prétention⁶⁵.

1.3.2 En arbitrage international

1.3.2.1 Caractère patrimonial de la cause

A l'inverse de l'art. 354 CPC, l'art. 177 al. 1 LDIP introduit un critère matériel qui renvoie uniquement à la nature de la cause et non aux règles juridiques applicables⁶⁶. Peut ainsi faire l'objet d'un arbitrage international « toute cause de nature patrimoniale » (art. 177 al. 1 LDIP).

⁵⁸ ATF 118 II 353, consid. 3d ; BERGER / KELLERHALS, p. 63 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, pp. 123-124 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 8 ad. art. 177 LDIP.

⁵⁹ BERGER / KELLERHALS, p. 66 ; GÖKSU, p. 124 ; PLOUDRET / BESSON, p. 303 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 31 ad. art. 177 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 22 ad. art. 354 CPC.

⁶⁰ ATF 144 III 235, consid. 2.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 83-84 ; GÖKSU, pp. 125-126 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 102-103 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 4 ad. art. 354 CPC.

⁶¹ ATF 144 III 235, consid. 2.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 83-84 ; GÖKSU, pp. 125-126 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 102-103 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 7 ad. art. 354 CPC.

⁶² ATF 144 III 235, consid. 2.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 83-84 ; GÖKSU, pp. 125-126 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 102-103 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 7 ad. art. 354 CPC.

⁶³ DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1 ad. art. 177 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 102-103.

⁶⁴ BERGER / KELLERHALS, p. 85 ; BESSON, p. 163 ; CASEY-OBRIEST, p. 18 et p. 24 ; GÖKSU, p. 125 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 635 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 102-103 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 1a ad. art. 177 LDIP ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 19 ad. art. 354 CPC.

⁶⁵ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.2 ; GÖKSU, p. 135.

⁶⁶ FF 1983 I 255, p. 447 ; ATF 118 II 193, consid. 5c/aa ; ATF 118 II 353, consid. 3a ; BERGER / KELLERHALS, p. 69 ; BUCHER / BONOMI, p. 373 ; CASEY-OBRIEST, pp. 25-26 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1 ad. art. 177 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 104 ; PLOUDRET / BESSON, p. 307 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 24 ad. art. 177 LDIP.

Bien que la loi utilise ce critère à plusieurs reprises - notamment à l'art. 5 al. 1 LDIP qui autorise les élections de for « en matière patrimoniale » - elle reste toutefois muette sur ce qu'il faut entendre par ces termes⁶⁷. Selon la jurisprudence, sont de nature patrimoniale « toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci un intérêt pouvant être apprécié en argent »⁶⁸. A cet égard, le Tribunal fédéral souligne encore qu'il convient d'apporter une interprétation extensive à cette définition car le législateur souhaitait ouvrir largement l'accès à l'arbitrage international⁶⁹. Ainsi, en cas de doute, le tribunal présupera qu'il s'agit d'une cause de nature patrimoniale⁷⁰. En revanche, contrairement à ce qui est le cas en arbitrage interne, il importe peu que les prétentions soient à la libre disposition des parties, bien que généralement les prétentions de nature pécuniaire soient également à leur libre disposition⁷¹.

Le critère patrimonial a pour avantage d'avoir un résultat simple et uniforme qui évite d'avoir à recourir au droit au fond pour déterminer de l'arbitrabilité de la cause⁷².

1.3.2.2 Ordre public

L'art. 177 LDIP a un caractère exclusif mais non exhaustif⁷³. Il est exclusif de tout rattachement à une autre loi en ce sens qu'aucune autre limite à l'arbitrabilité, y compris de droit interne suisse, ne peut entrer en ligne de compte (art. 177 al. 1 LDIP *a contrario*)⁷⁴. Il n'est toutefois pas exhaustif car les dispositions de la LDIP laissent implicitement la place à une inarbitrabilité qui résulterait de l'ordre public⁷⁵. Ainsi, si le fait d'admettre l'arbitrabilité d'un litige est incompatible avec l'ordre public, cette dernière doit être niée et la cause doit être soumise à une autorité étatique⁷⁶.

Il n'existe pas d'avis unanime sur ce qu'il faut entendre par ordre public⁷⁷. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine majoritaire, dans un souci d'uniformité, estiment qu'il faut donner la même définition que celle visée à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP qui prévoit la possibilité d'un recours lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public⁷⁸. A cet égard, le Tribunal

⁶⁷ FF 1983 I 255, p. 447 ; BUCHER / BONOMI, p. 373 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1-2 ad. art. 177 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 104 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 9-10 ad. art. 177 LDIP.

⁶⁸ ATF 118 II 353, consid. 3b ; BERGER / KELLERHALS, pp. 69-70 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 2 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, pp. 132-133 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 9 ad. art. 177 LDIP ; POUURET / BESSON, p. 307 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 26 ad. art. 177 LDIP.

⁶⁹ FF 1983 I 255, p. 443 ; ATF 118 II 353, consid. 3a ; CASEY-OBRIST, pp. 25-26 ; GÖKSU, p. 133 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 104-105.

⁷⁰ ATF 118 II 353, consid. 3b ; CASEY-OBRIST, pp. 25-26 ; GÖKSU, p. 133.

⁷¹ ATF 118 III 353, consid. 3b ; BERGER / KELLERHALS, p. 70 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 3 ad. art. 177 LDIP ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 11 ad. art. 177 LDIP.

⁷² BUCHER / BONOMI, p. 373 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 1 ad. art. 177 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 104 ; POUURET / BESSON, p. 307.

⁷³ DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 6-7 ad. art. 177 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 16-17 ad. art. 177 LDIP.

⁷⁴ ATF 118 II 353, consid. 3c ; BUCHER / BONOMI, p. 374 ; GÖKSU, pp. 134-135 ; POUURET / BESSON, pp. 312-313 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 16-17 ad. art. 177 LDIP.

⁷⁵ ATF 118 II 353, consid. 3c ; BUCHER / BONOMI, p. 374 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 6-7 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, pp. 134-135 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 20 ad. art. 177 LDIP.

⁷⁶ ATF 118 II 353, consid. 3c ; GÖKSU, pp. 134-135 ; POUURET / BESSON, p. 310 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 20 ad. art. 177 LDIP.

⁷⁷ ATF 118 II 353, consid. 3c.

⁷⁸ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_654/2011 du 23 mai 2012, consid. 3.4 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_388/2012 du 18 mars 2013, consid. 3.3 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 89-90 ; CASEY-OBRIST,

fédéral a dit qu'il s'agissait d'un ordre public détaché de tout lien national et qui se réfère aux « valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique »⁷⁹. Il s'agit ainsi d'un ordre public « délocalisé », en ce sens qu'il vise les valeurs qui devraient être reconnues dans un État de droit à la lumière de la civilisation à laquelle appartient la Suisse⁸⁰. A titre d'exemples, le Tribunal fédéral cite notamment l'interdiction d'abus de droit ou l'obligation d'agir selon les règles de la bonne foi, la fidélité contractuelle ainsi que la protection des personnes civilement incapables⁸¹. Cela étant, la restriction de l'arbitrabilité en raison de l'ordre public reste théorique ; aucun arrêt du Tribunal fédéral n'a pour l'instant nié l'arbitrabilité d'un litige en raison de son incompatibilité avec l'ordre public et la Haute Cour a elle-même souligné que retenir la violation de l'ordre public était « chose rarissime »⁸².

En revanche, le Tribunal fédéral a expressément limité la possibilité d'invoquer la restriction à l'arbitrabilité si la prétention litigieuse touche à l'ordre public, par exemple s'il implique la nullité ou l'impossibilité de poursuivre l'exécution de la prétention matérielle⁸³. Dans un tel cas, cela n'empêche pas la cause d'être arbitrale et les règles d'ordre public seront appliquées par l'arbitre⁸⁴.

2 Arbitrabilité des conflits individuels de travail

2.1 En arbitrage interne

2.1.1 Interdiction de renoncer

2.1.1.1 Principe

En droit du travail, l'art. 341 al. 1 CO stipule que « 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 ». Cette interdiction vise à garantir pleinement l'application des dispositions impératives édictées afin de protéger le travailleur⁸⁵. Ainsi, est nulle *ex lege* toute renonciation à une créance résultant desdites dispositions impératives, indépendamment de savoir si les parties ont eu ou non l'intention de les contourner⁸⁶.

p. 139 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 645 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 13 ad. art. 177 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 20 ad. art. 177 LDIP.

⁷⁹ ATF 132 III 389, consid. 2.2.3 ; ATF 144 III 120, consid. 5.1.

⁸⁰ ATF 132 III 389, consid. 2.2.3 ; ATF 144 III 120, consid. 5.1 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 89-90 ; CR-LDIP-UCHER, N 118-119 ad. art. 190 LDIP ; CASEY-OBRIST, pp. 139-140 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 32 ad. art. 190 LDIP.

⁸¹ ATF 132 III 389, consid. 2.2.1 ; CR-LDIP-UCHER, N 122 ad. art. 190 LDIP ; CASEY-OBRIST, p. 139 ; GÖKSU, pp. 134-135 ; BSK-IPR-MABILLARD / BRINER, N 13 et 18c ad. art. 177 LDIP.

⁸² ATF 132 III 389, consid. 2.1 ; BERGER / KELLERHALS, p. 88 ; GÖKSU, pp. 134-135.

⁸³ ATF 118 II 353, consid. 3c ; BERGER / KELLERHALS, pp. 89-90 ; GÖKSU, pp. 134-135 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 310-311.

⁸⁴ ATF 118 II 353, consid. 3c ; BERGER / KELLERHALS, pp. 89-90 ; GÖKSU, pp. 134-135 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 310-311.

⁸⁵ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_452/2012 du 3 décembre 2012, consid. 2.3 ; CR-CO-I-AUBERT, N 1 ad. art. 341 CO ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 1-2 ad. art. 341 CO ; CASEY-OBRIST, p. 82 ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 1 ad. art. 341 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 341 CO.

⁸⁶ ATF 102 Ia 417, consid. 3c ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_452/2012 du 3 décembre 2012, consid. 2.3 ; CR-CO-I-AUBERT, N 7 ad. art. 341 CO ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 19 ad.

Cette interdiction n'est toutefois pas absolue. En effet, elle n'empêche pas une renonciation qui interviendrait dans le cadre d'un arrangement entre le travailleur et l'employeur pour autant qu'il comporte des concessions réciproques⁸⁷. Pour vérifier si cette exigence de réciprocité est réalisée, il faut alors procéder à une pesée des intérêts en vérifiant que les prétentions auxquelles les parties renoncent soient de valeur comparable⁸⁸.

2.1.1.2 Créances protégées par l'interdiction

Une interprétation extensive doit être apportée à la notion de créance visée par l'art. 341 al. 1 CO : elle vise tout droit que le travailleur peut faire valoir envers l'employeur qui découle du contrat de travail⁸⁹. L'art. 341 al. 1 CO concerne les créances découlant de dispositions tant impératives (art. 361 CO) que semi-impératives (art. 362 CO)⁹⁰. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive ; il faut également y ajouter « les normes prévoyant clairement à quelles conditions formelles et dans quelles limites matérielles des dérogations sont licites »⁹¹, comme l'art. 321 c al. 3 CO mais également l'égalité salariale (art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale⁹² et 3 de la Loi sur l'égalité⁹³), les normes impératives de droit public ou cantonales (Loi sur le travail⁹⁴) et les créances découlant d'une disposition impérative d'une convention collective⁹⁵.

2.1.1.3 Indisponibilité limitée dans le temps

L'interdiction de renonciation est limitée dans le temps⁹⁶. Elle s'applique pendant toute la durée des rapports de travail, soit dès la conclusion du contrat (et non au moment où celui-ci déploie effectivement ses effets) jusqu'à la fin du mois qui suit la fin des rapports de travail⁹⁷. Est déterminant, pour la fin des rapports de travail, « le moment à partir duquel cesse le lien de

art. 341 CO ; CASEY-OBRIST, p. 82 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 3 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, p. 345.

⁸⁷ ATF 110 II 168 = JdT 1985 I 28, consid. 3 ; ATF 118 II 58, consid. 2b ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_25/2014 du 7 avril 2014, consid. 6.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_96/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1 ; Arrêts (non-publiés) du Tribunal fédéral 4A_13/2018 et 4A_17/2018 du 23 octobre 2018, consid. 4.1.2 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 6 ad. art. 341 CO ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 18 ad. art. 341 CO.

⁸⁸ ATF 110 II 168 = JdT 1985 I 28, consid. 3 ; ATF 118 II 58, consid. 2b ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_25/2014 du 7 avril 2014, consid. 6.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_96/2017 du 14 décembre 2017, consid. 3.1 ; Arrêts (non-publiés) du Tribunal fédéral 4A_13/2018 et 4A_17/2018 du 23 octobre 2018, consid. 4.1.2 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 6 ad. art. 341 CO ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 18 ad. art. 341 CO.

⁸⁹ CR-CO-I-AUBERT, N 2 ad. art. 341 CO ; BESSON, p. 161 ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 5-8 ad. art. 341 CO ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 1 ad. art. 341 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, pp. 345-346.

⁹⁰ CR-CO-I-AUBERT, N 2 ad. art. 341 CO ; BESSON, p. 161 ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 5-8 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, p. 345.

⁹¹ ATF 124 III 469, consid. 3a.

⁹² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

⁹³ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg ; RS 151.1).

⁹⁴ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr ; 822.11).

⁹⁵ BESSON, p. 161 ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 5-8 ad. art. 341 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, p. 345.

⁹⁶ BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 10-11 ad. art. 341 CO ; CASEY-OBRIST, p. 106 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, p. 346.

⁹⁷ BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 10-11 ad. art. 341 CO ; CASEY-OBRIST, p. 106 ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 19 ad. art. 341 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, p. 346.

dépendance et de subordination du travailleur [face à son employeur] »⁹⁸. Ainsi, peu importe que le travailleur soit libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé ou que le congé soit injustifié⁹⁹. Quant au calcul du délai d'un mois, il se fait conformément à l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO, c'est-à-dire jusqu'au même jour du mois suivant¹⁰⁰.

Après l'échéance de ce délai, le travailleur peut librement renoncer aux créances visées à l'art. 341 CO, sous réserve des règles générales concernant la validité des contrats (art. 19 ss CO, art. 27 du Code civil¹⁰¹)¹⁰².

2.1.2 Impact sur l'arbitrabilité

C'est à l'aune de l'interdiction de renoncer que le Tribunal fédéral a analysé la question de l'arbitrabilité des conflits individuels¹⁰³. Au moment du premier arrêt rendu en la matière, la question de l'arbitrabilité était réglée à l'art. 5 CIA qui prévoyait que « l'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties [...] » ; c'était ainsi déjà la disponibilité de la prétention qui prévalait¹⁰⁴. Sous cet angle, le Tribunal fédéral a estimé que les créances visées à l'art. 341 al. 1 CO n'étaient pas à la libre disposition des parties, le travailleur ne pouvant y renoncer, il ne pouvait pas plus convenir d'avance qu'elles seraient soumises à l'arbitrage¹⁰⁵. Par conséquent, le Tribunal fédéral a conclu que toutes les prétentions couvertes par l'art. 341 al. 1 CO étaient inarbitrables, à tout le moins avant la fin du délai d'un mois¹⁰⁶.

Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine à plusieurs égards¹⁰⁷. Tout d'abord, certains auteurs affirmaient que l'art. 341 al. 1 CO avait uniquement pour but d'éviter que le travailleur renonce à des créances auxquelles il a droit et que soumettre ces dernières à un tribunal arbitral plutôt qu'à un tribunal étatique n'impliquait pas à une renonciation à faire valoir ces créances¹⁰⁸. Ces auteurs soulignaient, par ailleurs, que si le travailleur avait été contraint à conclure une convention d'arbitrage durant les rapports de travail, il lui appartenait de l'invalidier par le biais des art. 23 ss CO plutôt que d'invoquer l'inarbitrabilité¹⁰⁹. D'autres auteurs soutenaient, qu'en raison du délai d'un mois prévu par l'art. 341 al. 1 CO, les prétentions devaient être arbitrables car au moment où la clause compromissoire déploierait ses effets elles auraient acquis un caractère disponible¹¹⁰. Ils en déduisaient que seules devaient être inarbitrables les prétentions découlant des dispositions impératives de la loi ou d'une

⁹⁸ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4C_390/2005 du 2 mai 2006, consid. 2.1.

⁹⁹ BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 10-11 ad. art. 341 CO ; CASEY-OBRIST, pp. 106-107 ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 19 ad. art. 341 CO ; WYLER / HEINZER, p. 346.

¹⁰⁰ BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 12 ad. art. 341 CO ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 19 ad. art. 341 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. art. 341 CO.

¹⁰¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

¹⁰² BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 13 ad. art. 341 CO ; DIETSCHY, p. 125 ; GÖKSU, p. 131 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 164-165 ; WYLER / HEINZER, p. 346.

¹⁰³ ATF 136 III 467, consid. 4.5.

¹⁰⁴ ATF 136 III 467, consid. 4.1.

¹⁰⁵ ATF 136 III 467, consid. 4.5.

¹⁰⁶ ATF 136 III 467, consid. 4.5.

¹⁰⁷ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 4.2.

¹⁰⁸ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 4.2 ; BEFFA, p. 1441 ; CASEY-OBRIST, pp. 111-112 ; SCHWEIZER [RSPC], p. 357 ss ; Auteurs cités par JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*] en p. 635 ; Auteurs cités par WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*] en p. 164.

¹⁰⁹ BEFFA, p. 1443.

¹¹⁰ BOHNET, p. 164 ; Auteurs cités par BOHNET / ZEN-RUFFINEN en p. 40.

convention collective qui étaient soulevées par le travailleur pendant la durée des rapports ou dans le mois qui suit la fin des rapports¹¹¹.

Le critère prévu par l'art. 5 CIA a été repris par l'art. 354 CPC, si bien que la majorité de la doctrine considérait alors que l'arbitrabilité des prétentions du travailleur devait continuer à s'apprécier sous l'angle de la jurisprudence précitée¹¹². Cela paraissait d'ailleurs en filigrane dans l'arrêt susmentionné qui a été rendu peu avant l'entrée en vigueur du CPC¹¹³. Cette position a été confirmée dans un arrêt récent dans lequel le Tribunal fédéral a rappelé qu'un sens matériel doit être donné à l'art. 354 CPC¹¹⁴. Selon la Haute Cour, il convient uniquement d'examiner si les parties peuvent sans autre renoncer à la prétention litigieuse ou transiger à son sujet et non pas de déterminer si la disposition dont elle découle est impérative ou dispositive¹¹⁵. À l'égard des prétentions couvertes par l'art. 341 al. 1 CO, le Tribunal fédéral rappelle que cela implique, d'une part, une exclusion de toute renonciation par le travailleur pendant les relations de travail et, d'autre part, une limitation du contenu des transactions qui ne peuvent être admises que moyennant des concessions mutuelles¹¹⁶. Comme ces concessions doivent être de valeur comparable, elles ne peuvent dépendre que des circonstances concrètes qui ne peuvent être appréciées lors de la conclusion d'une clause compromissoire, avant la survenance du litige¹¹⁷. En ce sens, le caractère matériel qu'il convient d'attribuer à l'art. 354 CPC a pour effet d'élargir sur le plan procédural la portée de la protection du travailleur prévue par l'art. 341 CO¹¹⁸. Le Tribunal fédéral justifie son raisonnement par la nécessité d'étendre la protection du travailleur au même titre que celle offerte par le législateur¹¹⁹.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas penché sur la question de savoir à partir de quel moment une convention d'arbitrage relative à des prétentions protégées peut être valablement conclue. Toutefois, dans les deux arrêts précités, les tribunaux ont été saisis après un délai d'un mois suivant la fin effective des contrats de travail¹²⁰. Il faut probablement en déduire que le fait que les droits soient devenus disponibles au moment où les prétentions sont soulevées n'a pas d'effet guérisseur sur la clause compromissoire¹²¹. Cette approche paraît justifiée dans la mesure où admettre un effet guérisseur aurait pour conséquence de réduire à néant la protection accordée par l'art. 341 al. 1 CO et la jurisprudence précitée¹²². C'est ainsi uniquement à l'issue du délai d'un mois que les prétentions deviennent disponibles et que le travailleur peut licitement convenir de les soumettre à l'arbitrage¹²³.

¹¹¹ BEFFA, p. 1443 ; Auteurs cités par BOHNET / ZEN-RUFFINEN en p. 40.

¹¹² BERGER / KELLERHALS, p. 80 ; BESSON, p. 161 ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 30 ad. art. 341 CO ; BOHNET / ZEN-RUFFINEN, pp. 36-37 ; CASEY-OBRIEST, p. 58 ; DIETSCHY, pp. 124-125 ; FRÖHLICH, pp. 39-40 ; GÖKSU, pp. 130-131 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 639 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, p. 66 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 167-168.

¹¹³ ATF 136 III 467.

¹¹⁴ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.2.2 et 2.3.2.

¹¹⁵ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.2.2 et 2.3.2.

¹¹⁶ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.2.

¹¹⁷ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.2.

¹¹⁸ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.2 et 2.3.3.

¹¹⁹ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.3.

¹²⁰ ATF 136 III 467 ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323.

¹²¹ ATF 136 III 467 ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323.

¹²² CASEY-OBRIEST, pp. 108-109 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 165.

¹²³ ATF 136 III 467 ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323 ; BESSON, pp. 162-163 ; CASEY-OBRIEST, p. 107 ; DIETSCHY, p. 125 ; GÖKSU, pp. 130-131 ; LIENHARD [SAA], p. 49 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 164-165 ; WYLER / HEINZER, p. 1002.

Sachant que les prétentions couvertes par l'art. 341 al. 1 CO doivent être soumises à un tribunal étatique, cette jurisprudence peut poser problème dans l'hypothèse où un contrat de travail prévoirait que la totalité des prétentions qui pourraient être soulevées devrait être soumise à l'arbitrage¹²⁴. La jurisprudence fédérale aurait ainsi pour résultat une scission des voies de droit qui est insatisfaisante sur le plan pratique¹²⁵. Conscient de cette difficulté, le Tribunal fédéral y a répondu dans son dernier arrêt. S'appuyant sur l'art. 20 al. 2 CO, il a admis qu'à défaut de pouvoir établir que les parties avaient connaissance et souhaitaient cette scission des voies, toutes les prétentions doivent être considérées comme inarbitrables et la convention d'arbitrage doit être déclarée comme nulle dans son ensemble¹²⁶. En revanche, si la scission correspond à la volonté des parties et qu'elles s'en accommodent, elles doivent alors accepter ce risque¹²⁷.

Au vu de ce qui précède, il faut conclure que le conflit individuel en droit du travail est arbitrable au sens de l'art. 354 CPC lorsque les prétentions ne tombent pas sous le coup de l'art. 341 al. 1 CO, soit parce qu'elles ne visent pas des créances auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer, soit parce que la convention d'arbitrage a été conclue alors que les rapports de travail ont pris fin depuis plus d'un mois¹²⁸. Cela ne vaut toutefois, en raison du caractère conflictuel de l'art. 354 CPC, que lorsque la *lex causae* correspond au droit suisse¹²⁹.

2.2 En arbitrage international

En arbitrage international, le critère unique retenu est celui de la nature patrimoniale. Or, il est admis que le conflit individuel de travail est une cause de nature patrimoniale, si bien qu'il est sans aucun doute arbitrable au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP¹³⁰. Cela a d'ailleurs été explicitement souligné par le Tribunal fédéral¹³¹.

La seule hypothèse dans laquelle l'arbitrabilité pourrait être niée est celle d'un employeur qui fixerait un siège fictif à l'étranger sans y déployer une quelconque activité et dans l'unique dessein d'assurer la validité au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP de la convention d'arbitrage prévue par le contrat de travail le liant à son travailleur¹³². Ce mécanisme permettrait de contourner la protection qui est accordée au travailleur par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative

¹²⁴ BEFFA, p. 1442 ; CASEY-OBRIEST, p. 110 ; LIENHARD [SAA], p. 38 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 96 ad. *Einleitung vor art. 319 ss CO*.

¹²⁵ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.4 ; BEFFA, pp. 1441-1442 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 96 ad. *Einleitung vor art. 319 ss CO*.

¹²⁶ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.4 ; BERGER, p. 130 ; LIENHARD [PJA], pp. 773-774 ; RUDOLPH, pp. 816-817 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 4 ad. art. 354 CPC.

¹²⁷ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.4 ; BERGER, p. 130 ; LIENHARD [PJA], pp. 773-774 ; RUDOLPH, pp. 816-817 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 4 ad. art. 354 CPC.

¹²⁸ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.4 ; BERGER / KELLERHALS, p. 80 ; BESSON, p. 162 ; BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*, N 30 ad. art. 341 CO ; CASEY-OBRIEST p. 107 ; DIETSCHY, p. 125 ; GÖKSU, pp. 130-132 ; LIENHARD [SAA], p. 49 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 6a ad. art. 341 CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, p. 66 ; BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014], N 27 ad. art. 341 CO ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 164-165 ; WYLER / HEINZER, p. 1002.

¹²⁹ BESSON, p. 163 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 635.

¹³⁰ ATF 136 III 467, consid. 4.2 ; AUBERT, p. 7 ; BESSON, p. 163 ; BERGER / KELLERHALS, p. 80 ; BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 41 ; CASEY-OBRIEST, p. 132 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 643 ; BSK-MABILLARD / BRINER, N 10 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], p. 863 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, p. 69 ; CR-CPC-TSCHANZ, N 27 ad. art. 177 LDIP ; WYLER / HEINZER, p. 1004.

¹³¹ ATF 136 III 467, consid. 4.2.

¹³² BESSON, pp. 163-164 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 640 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 25 ad. art. 354 CPC ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 168 ; WYLER / HEINZER, pp. 1009-1010.

aux art. 354 CPC et 341 al. 1 CO et de rendre ainsi arbitrables des prétentions qui ne le seraient pas en arbitrage interne. Admettre l'arbitrabilité malgré une telle démarche contreviendrait à l'interdiction de fraude à la loi et d'abus de droit, principes qui relèvent tous deux de l'ordre public¹³³. Une telle solution serait en adéquation avec la jurisprudence récente du Tribunal fédéral qui interdit que l'on élude les règles qui visent la protection du travailleur en arbitrage interne¹³⁴.

2.3 Impact des dispositions du procès social sur l'arbitrabilité

La CL, la LDIP, le CPC ou les lois d'organisation judiciaires cantonales prévoient plusieurs dispositions spécifiques pour les litiges en matière de droit du travail. Le but de ces dispositions est de protéger les intérêts du travailleur, considéré comme la partie faible du contrat, et de lui faciliter l'accès à la justice¹³⁵. A l'inverse, les règles de l'arbitrage laissent le champ libre aux parties s'agissant de la procédure et de l'organisation de celle-ci quitte à priver le travailleur de toute protection¹³⁶. Dans ce contexte de tensions, se pose la question de savoir si les dispositions du procès social sont susceptibles de restreindre l'arbitrabilité d'un litige en matière de droit du travail.

2.3.1 Impact des fors

2.3.1.1 Fors prévus pour les conflits de travail

Lorsque le litige est interne, le for déterminant pour les conflits de droit du travail est réglé à l'art. 34 al. 1 CPC. Sa teneur est la suivante : « le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail » (art. 34 al. 1 CPC)¹³⁷. Ce for a un caractère semi-impératif en faveur du travailleur¹³⁸. En effet, l'art. 35 al. 1 let. d CPC prohibe l'élection de for qui serait convenue à l'avance ou qui résulterait d'une acceptation tacite (art. 18 CPC et art. 35 al. 1 let. d CPC)¹³⁹.

Lorsque le conflit est international, soit parce que les parties sont domiciliées dans des États différents ou lorsque le lieu habituel de travail se trouve à l'étranger, le for est alors déterminé par la CL ou la LDIP¹⁴⁰. La CL, qui s'applique lorsque le défendeur se trouve dans un État partie (art. 4 § 1, art. 19 § 1 et 20 CL), prévoit un for spécial qui dépend de la partie qui ouvre action¹⁴¹. Si c'est l'employeur qui ouvre action, il ne peut le faire qu'au domicile du travailleur

¹³³ BESSON, pp. 163-164 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 5 ad. art. 177 LDIP ; GÖKSU, p. 135 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 13 et 18c ad. art. 177 LDIP ; WYLER / HEINZER, pp. 1009-1010.

¹³⁴ ATF 144 III 253 = JdT 2018 II p. 323, consid. 2.3.3 ; ATF 145 III 266, consid. 1.3.3 ; Cf. *infra* 2.4 en pp. 21-22.

¹³⁵ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile (CPC) (FF 2006 6841), p. 6953 ; CR-CL-BONOMI, N 1-2 ad. art. 18 CL ; CR-LDIP-BONOMI, N 1 ad. art. 115 LDIP ; BUCHER / BONOMI, p. 283 ; CASEY-OBRIST, pp. 62-63 ; HEINZMANN / MARADAN, p. 101.

¹³⁶ HEINZMANN / MARADAN, p. 103 ; WYLER / HEINZER, pp. 1014-1015.

¹³⁷ CASEY-OBRIST, pp. 62-63 ; DIETSCHY, pp. 43-44 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, p. 30 ; WYLER / HEINZER, p. 940.

¹³⁸ CASEY-OBRIST, pp. 62-63 ; DIETSCHY, p. 51 ; FRÖHLICH, pp. 64-65 ; CR-CPC-HALDY, N 1 ad. art. 34 CPC ; CR-CPC-HALDY, N 2-3 ad. art. 35 CPC ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, p. 30 ; WYLER / HEINZER, p. 941.

¹³⁹ CASEY-OBRIST, pp. 62-63 ; DIETSCHY, p. 51 ; FRÖHLICH, pp. 64-65 ; CR-CPC-HALDY, N 1 ad. art. 34 CPC ; CR-CPC-HALDY, N 2-3 ad. art. 35 CPC ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, p. 30 ; WYLER / HEINZER, p. 941.

¹⁴⁰ CR-LDIP-BONOMI, N 4-5 ad. art. 115 LDIP ; CR-CL-BONOMI, N 8 ad. art. 18 CL ; GUILLAUME, p. 194 ; ZEIN, p. 714.

¹⁴¹ GUILLAUME, pp. 197-198 ; ZEIN, p. 714.

(art. 20 § 1 CL). En revanche, si c'est le travailleur qui ouvre action, il peut le faire à son gré au domicile de l'employeur, au lieu où il exerçait habituellement son travail ou encore au lieu où se trouvait l'établissement qui l'a embauché (art. 19 CL). Si la CL n'est pas applicable, parce que le défendeur n'a pas de domicile dans un État partie, ou lorsqu'il s'agit de déterminer le tribunal suisse spécialement compétent¹⁴², l'art. 115 LDIP s'applique¹⁴³. Cette disposition, analogue à la CL, prévoit que les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents (art. 115 al. 1 LDIP)¹⁴⁴. L'alinéa 2 ajoute que si c'est le travailleur qui ouvre action, il peut également ouvrir action à son domicile en Suisse.

Quant à la possibilité de faire une élection de for, la CL et la LDIP divergent¹⁴⁵. En effet, la CL prévoit qu'une élection de for, outre les conditions formelles, ne peut être conclue qu'après la survenance du litige (art. 21 § 1 CL) ou si elle permet au travailleur d'élargir l'éventail des fors indiqués dans la CL (art. 21 § 2 CL)¹⁴⁶. A l'inverse, la LDIP ne prévoit pas de restriction spéciale en matière de prorogation de for, si bien que le travailleur et l'employeur pourraient librement convenir d'un for (art. 115 LDIP *a contrario*)¹⁴⁷.

2.3.1.2 Impact sur l'arbitrabilité

Mise à part la libre disponibilité des droits, l'art. 5 CIA prévoyait une condition supplémentaire qui était celle que « la cause ne soit pas de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition de la loi ». Quant à la question des fors applicables, l'art. 24 al. 1 de l'ancienne loi sur les fors¹⁴⁸ désignait un for impératif identique à celui prévu par les art. 34 al. 1 et art. 35 al. 1 let. d CPC¹⁴⁹. Lors des discussions parlementaires relatives à l'introduction de la LFors, il avait été explicitement prévu que les fors prévus pour les conflits de droit du travail ne devaient avoir aucun impact sur l'arbitrabilité ou les modalités de l'arbitrage¹⁵⁰. Cette volonté du législateur a été confirmée par le Tribunal fédéral qui, conformément au principe « l'arbitre n'a pas de for », a souligné que lorsque les parties renoncent à la juridiction étatique par une convention d'arbitrage, ils renoncent également au for prévu par la loi, même s'il est impératif¹⁵¹. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que la réserve de l'art. 5 CIA ne visait que les cas où les causes étaient réservées impérativement aux autorités étatiques à raison de la matière et non à raison du lieu¹⁵². A l'heure actuelle, l'art. 354 CPC ne prévoit plus aucune

¹⁴² En effet, la CL n'a qu'une portée internationale en ce sens qu'elle ne détermine que l'Etat dont les autorités sont compétentes. Dès lors, il faut encore recourir à la LDIP pour désigner les autorités localement compétentes. A l'inverse, la LDIP a une portée internationale et interne si bien qu'elle se suffit à elle-même pour fonder la compétence des autorités suisses.

¹⁴³ BUCHER / BONOMI, p. 15 ; CR-LDIP-BONOMI, N 4-5 ad. art. 115 LDIP ; CR-CL-BONOMI, N 8 ad. art. 18 CL ; GUILLAUME, pp. 197-198 et p. 213 ; GUILLAUME [droit international privé], pp. 42-43.

¹⁴⁴ BUCHER / BONOMI, p. 15 ; CR-LDIP-BONOMI, N 4-5 ad. art. 115 LDIP ; CR-CL-BONOMI, N 8 ad. art. 18 CL ; GUILLAUME, pp. 197-198 et p. 213 ; GUILLAUME [droit international privé], pp. 42-43.

¹⁴⁵ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 35-36.

¹⁴⁶ CR-CL-BONOMI, N 6-7 ad. art. 21 CL ; GUILLAUME, p. 207 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 35-36 ; ZEIN, p. 714.

¹⁴⁷ CR-LDIP-BONOMI, N 17-19 ad. art. 115 LDIP ; GUILLAUME, pp. 216-217 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 35-36 ; WYLER / HEINZER, p. 971 ; ZEIN, p. 714.

¹⁴⁸ Ancienne loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, abrogée le 1^{er} janvier 2011 (LFors ; RO 200 2355).

¹⁴⁹ ATF 136 III 467, consid. 4.4.

¹⁵⁰ Bulletin officiel du Conseil des Etats (Loi fédérale sur les fors en matière civile), du 5 octobre 1999 (BO CE 1999), p. 893.

¹⁵¹ ATF 136 III 467, consid. 4.4.

¹⁵² ATF 136 III 467, consid. 4.4 ; à cet égard, cf. *infra* 2.3.2 en pp. 18-19.

autre condition que celle de la libre disponibilité, si bien que ce qui s'imposait lors de l'adoption de la LFors s'applique à plus forte raison au CPC¹⁵³. Le Conseil fédéral l'a d'ailleurs souligné dans le Message sur le projet du CPC en rappelant que « le caractère impératif d'un for n'a [...] aucune influence sur l'arbitrabilité d'un litige »¹⁵⁴. Par conséquent, l'impérativité d'un for prévu ne peut être constitutif d'une restriction à l'arbitrabilité du litige : du moment que les parties décident valablement de conclure une convention d'arbitrage, elles se soumettent à la troisième partie du CPC et s'affranchissent du système prévu pour la juridiction étatique¹⁵⁵.

La même solution doit être appliquée en arbitrage international, ceci pour deux raisons. En effet, le législateur a voulu donner une portée très large à l'art. 177 al. 1 LDIP¹⁵⁶. En outre, le chapitre 12 de la LDIP est en soi un ensemble de règles autonome qui constitue une réglementation exhaustive et exclusive¹⁵⁷. Ainsi, aucune restriction à l'art. 177 al. 1 LDIP ne devrait être admise, que celle-ci résulte elle-même de la LDIP ou d'autres textes, comme la CL¹⁵⁸. A cela s'ajoute que la LDIP ne prévoit pas la création d'un for impératif ou semi-impératif et ne comprend aucune disposition analogue à l'art. 35 al. 1 let. d CPC ou à l'art. 21 CL. Quant au for impératif prévu par la CL, il faut relever que l'art. 1 § 2 let. d de cette convention exclut son application à l'arbitrage si bien qu'aucune limitation à l'arbitrabilité ne peut être tirée de cette convention¹⁵⁹. Il ressort de ce qui précède que les fors impératifs prévus par la LDIP ou la CL ne sont pas susceptibles de restreindre l'arbitrabilité¹⁶⁰.

Certains auteurs estiment toutefois qu'il faut restreindre la portée de l'art. 177 LDIP, lorsqu'il s'agit de protéger une partie faible, comme celle d'un travailleur, et appliquer par analogie l'art. 5 al. 2 LDIP¹⁶¹. Cette disposition prévoit que si une élection de for a pour effet de rendre inopérantes des règles qui seraient normalement applicables, notamment en matière de contrat de travail, elle doit être considérée comme nulle¹⁶². Une partie de la doctrine souhaite dès lors l'application par analogie de l'art. 5 al. 2 LDIP en ce sens qu'une convention d'arbitrage qui vise à priver abusivement une partie de la protection que lui assurerait un for suisse doit être considérée comme nulle¹⁶³. Selon la doctrine dominante, cette disposition ne saurait toutefois s'appliquer par analogie à l'arbitrabilité pour deux raisons¹⁶⁴. Premièrement, le chapitre 12 de

¹⁵³ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.2.1 ; BEFFA, pp. 1437-1438 ; BOHNET / ZEN-RUFFINEN, pp. 38-39 ; GÖKSU, p. 136 ; MARADAN / HEINZMANN, p. 106 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 96 ad. *Einkl. vor art. 319 ss CO* ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 14 ad. art. 354 CPC.

¹⁵⁴ FF 2006 6841, p. 7001.

¹⁵⁵ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.3 ; BEFFA, pp. 1438-1439 ; GÖKSU, p. 136 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 638 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 97 ad. *Einkl. vor art. 319 ss CO* ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 14 ad. art. 354 CPC ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 166.

¹⁵⁶ FF 1983 I 255, p. 443 ; ATF 118 II 353, consid. 3a ; BERGER / KELLERHALS, pp. 71-72 ; CASEY-OBRIEST, p. 15 et p. 26 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 104-106 ; POUURET / BESSON, pp. 312-313.

¹⁵⁷ BERGER / KELLERHALS, pp. 71-72 ; BESSON, pp. 164-165 ; GÖKSU, p. 66-67 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 12 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], p. 853.

¹⁵⁸ FF 1983 I 255, p. 443 ; ATF 118 II 353, consid. 3a ; BERGER / KELLERHALS, pp. 71-72 ; CASEY-OBRIEST, p. 15 p. 26 ; GÖKSU, pp. 133-136.

¹⁵⁹ BERGER / KELLERHALS, pp. 71-72 ; CIRIGLIANO, p. 442 ; POUURET / BESSON, pp. 312-313.

¹⁶⁰ BERGER / KELLERHALS, pp. 71-72 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; POUURET / BESSON, pp. 312-313 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 14 ad. art. 354 CPC.

¹⁶¹ DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 5 ad. art. 177 LDIP ; WYLER / HEINZER, pp. 1008-1009.

¹⁶² CR-LDIP-UCHER, N 28-30 ad. art. 5 LDIP ; WYLER / HEINZER, pp. 1008-1009.

¹⁶³ DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 5 ad. art. 177 LDIP ; WYLER / HEINZER, pp. 1008-1009.

¹⁶⁴ BERGER / KELLERHALS, pp. 72-73 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; SCHWEIZER [Panorama II], p. 863.

la LDIP qui règle l'arbitrage international est détaché du reste de la loi¹⁶⁵. Par conséquent, les dispositions de la LDIP ne peuvent avoir aucun impact sur la procédure arbitrale¹⁶⁶. Deuxièmement, l'art. 5 al. 2 LDIP ne concerne que les conflits de compétence entre tribunaux étatiques soumis à une *lex fori* qui n'existe pas en arbitrage international¹⁶⁷. Le juge suisse est ainsi le seul destinataire de l'art. 5 al. 2 LDIP¹⁶⁸.

Enfin, concernant la question de l'ordre public, il paraît très peu probable que les dispositions impératives imposant un for fassent partie de l'ordre public au sens que le Tribunal fédéral lui accorde, ce dernier étant très restrictif en la matière¹⁶⁹. En effet, le fait que des dispositions procédurales soient impératives n'est certainement pas suffisant pour que l'on puisse en déduire qu'elles fassent partie du noyau dur des principes fondamentaux qui devraient être partagés par tout État de droit¹⁷⁰. Cela vaut d'autant plus à l'égard de la jurisprudence précitée à l'égard de l'arbitrage interne, qui bien que restrictive et soucieuse de la protection du travailleur, prévoit que les fors impératifs ne sont pas propres à nier l'arbitrabilité¹⁷¹. En ce sens, la jurisprudence relative à l'arbitrage interne peut être transposée à l'arbitrage international.

Au vu de ce qui précède, il faut conclure que les dispositions impératives en matière de compétence territoriale ne sauraient restreindre l'arbitrabilité des litiges de droit du travail¹⁷².

Certains auteurs critiquent cette scission totale entre tribunaux arbitraux et étatiques sous l'angle de la protection du travailleur et de l'homogénéité du système souhaitée par le Tribunal fédéral¹⁷³. En effet, dans son premier arrêt la Haute Cour elle-même précise qu'il paraît « [...] incohérent que la législation applicable au conflit individuel de travail interdise la clause d'élection de for [...] mais permette la clause compromissoire [...] »¹⁷⁴. Pourtant, il ressort de la jurisprudence et de la doctrine que les conflits individuels de travail, sous réserve de ce qui a été dit en lien avec les art. 341 al. 1 CO et 354 CPC, sont arbitrables. Dans cette perspective, il peut paraître ainsi incohérent d'admettre une convention d'arbitrage là où la loi proscriit une élection de for¹⁷⁵. Il suffirait alors d'introduire une clause d'arbitrage dans le contrat de travail pour réduire à néant la protection accordée par les art. 35 al.1 let. d CPC et 21 CL¹⁷⁶. Ainsi, *de lege ferenda*, ces auteurs souhaiteraient que le travailleur ne puisse renoncer à la juridiction étatique qu'après la naissance du litige à l'instar de ce que prévoit l'art. 35 al. 1 let. d CPC et 21 CL¹⁷⁷.

¹⁶⁵ BERGER / KELLERHALS, p. 81 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 12 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], pp. 852-853 et p. 863.

¹⁶⁶ BERGER / KELLERHALS, p. 29 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 12 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], pp. 852-853 et p. 863.

¹⁶⁷ BERGER / KELLERHALS, pp. 72-73 ; KARRER, p. 184 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 12 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], pp. 852-853 et p. 863.

¹⁶⁸ BERGER / KELLERHALS, pp. 72-73 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; KARRER, p. 184 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 12 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], pp. 852-853 et p. 863.

¹⁶⁹ BESSON, pp. 164-165 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [Arbitration], pp. 645-646.

¹⁷⁰ ATF 132 III 389, consid. 2.2.3 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [Arbitration], pp. 645-646.

¹⁷¹ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.3.

¹⁷² BOHNET / ZEN-RUFFINEN, pp. 38-39 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 72-73 ; BESSON, pp. 164-165 ; GÖKSU, pp. 136-137 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [Arbitration], pp. 645-646.

¹⁷³ BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 40 ; DIETSCHY, p. 124 ; GÖKSU, p. 136 ; KOLLER / SENNHAUSER, p. 454 ; MARADAN / HEINZMANN, p. 106 ; WYLER / HEINZER, p. 1008.

¹⁷⁴ ATF 136 III 467, consid. 4.6.

¹⁷⁵ ATF 136 III 467, consid. 4.6 ; CIRIGLIANO, p. 442.

¹⁷⁶ ATF 136 III 467, consid. 4.6 ; CIRIGLIANO, p. 442.

¹⁷⁷ BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 40 ; GÖKSU, p. 136 ; KOLLER / SENNHAUSER, p. 454 ; WYLER / HEINZER, p. 1008.

2.3.2 Impact des dispositions en matière d'organisation judiciaire

2.3.2.1 Dispositions d'organisation judiciaire prévues pour les conflits de travail

L'organisation judiciaire est de la compétence des cantons (art. 3 CPC). Ceux-ci sont libres de déterminer « [...] la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux [...] » (art. 4 al. 1 CPC). Les cantons peuvent ainsi librement choisir par quels tribunaux doivent être tranchées les causes en conflit de droit du travail, en particulier d'instituer des tribunaux spécialisés ainsi que de choisir de la composition du tribunal¹⁷⁸. La majeure partie des cantons ont opté pour des tribunaux spécialisés dits des prud'hommes dont la compétence varie en fonction de la valeur litigieuse et des lois cantonales d'organisation judiciaire¹⁷⁹. A titre d'exemple, la loi vaudoise sur la juridiction du travail¹⁸⁰ prévoit que les contestations de droit civil relatives au contrat de travail sont du ressort du tribunal de prud'hommes lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs (art. 1 et 2 al. 1 let. a LJT-VD)¹⁸¹. Quant à la composition de la cour, le président du tribunal de prud'hommes œuvre seul en tant qu'autorité de conciliation, sous réserve des litiges qui portent sur la LEg (art. 10 al. 2 LJT-VD et art. 200 CPC)¹⁸². Il est accompagné des juges assesseurs représentatifs des milieux d'employeurs et de travailleurs au stade du jugement (art. 10 al. 1 LJT-VD)¹⁸³.

Le tribunal matériellement compétent pour juger un litige avec des liens d'extranéité, dès lors que le for est localisé en Suisse en vertu de la LDIP ou la CL, se détermine à l'aune des lois d'organisation judiciaire cantonales¹⁸⁴. Ainsi, les règles exposées ci-dessus valent aussi lorsqu'un litige international a son for en Suisse¹⁸⁵.

2.3.2.2 Impact sur l'arbitrabilité

Sous l'empire du CIA, l'arbitrabilité d'un litige pouvait être limitée par des dispositions cantonales qui réservaient certaines causes à un tribunal déterminé (art. 5 CIA)¹⁸⁶. Ainsi, les conflits du droit du travail, s'ils étaient réservés à un tribunal des prud'hommes ne pouvaient faire l'objet d'un arbitrage, même si les prétentions invoquées étaient librement disponibles.

Depuis l'introduction du CPC, la question de savoir si l'arbitrabilité peut être restreinte par des dispositions d'organisation judiciaire cantonales reste ouverte¹⁸⁷. Selon la doctrine majoritaire, l'art. 354 CPC détermine exclusivement le caractère arbitral ou non des litiges en arbitrage

¹⁷⁸ DIETSCHY, pp. 27-28.

¹⁷⁹ DIETSCHY, pp. 28-29.

¹⁸⁰ Loi vaudoise sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (LJT-VD ; RSVD 173.61).

¹⁸¹ DIETSCHY, pp. 35 ss.

¹⁸² DIETSCHY, pp. 35 ss.

¹⁸³ DIETSCHY, pp. 35 ss.

¹⁸⁴ GUILLAUME [droit international privé], pp. 43-44.

¹⁸⁵ GUILLAUME [droit international privé], pp. 43-44.

¹⁸⁶ BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 36 ; POUDRET / BESSON, p. 312 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 637 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 165.

¹⁸⁷ BOHNET, p. 175 ; CASEY-OBRIEN, p. 70 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 637 ; BSK-OR-PORTMANN / RUDOLPH, N 98 ad. *Einl. vor art. 319 ss CO* ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 165.

interne¹⁸⁸. Ainsi, selon ces auteurs, admettre qu'une restriction à l'arbitrabilité puisse résulter des dispositions cantonales violerait le droit fédéral¹⁸⁹.

Il en va de même pour l'arbitrabilité au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP, *a fortiori* en raison de son caractère exclusif et de l'interprétation large qu'il convient de lui apporter¹⁹⁰. Quant à la compatibilité avec l'ordre public d'admettre l'arbitrabilité, les remarques faites sur les dispositions en matière de for s'appliquent par analogie¹⁹¹.

2.3.3 Impact des dispositions procédurales

2.3.3.1 Dispositions procédurales prévues pour les conflits de travail

Outre les règles en matière de fors, le CPC prévoit, en matière de conflits de travail, différentes dispositions permettant de faciliter le procès et ayant pour objectif de permettre au travailleur d'agir seul lorsque la valeur litigieuse de la cause n'excède pas 30'000 francs¹⁹². En pareil cas, les art. 113 al. 2 let. d et 114 let. c CPC prévoient par exemple qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires dans les procès où la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs¹⁹³. Dans ces causes, s'applique impérativement la procédure dite simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) qui réduit le formalisme de la procédure, en ce sens que le travailleur peut déposer un mémoire plus concis avec une exigence de motivation moindre (art. 244 CPC) ce qui implique une célérité de la procédure (art. 246 al. 1 CPC)¹⁹⁴. Quant à l'établissement des faits, la maxime inquisitoire sociale s'applique également lorsque la procédure est simplifiée (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC)¹⁹⁵. Ainsi, le tribunal a un devoir d'interpellation en ce qui concerne le caractère complet des allégations et offres de preuves¹⁹⁶. Il peut se fonder sur des faits pertinents et établis, même si les parties ne les ont pas invoqués¹⁹⁷.

Concernant les litiges internationaux, le juge applique toujours ses propres règles de procédure¹⁹⁸. Ainsi, un juge suisse applique les règles de procédure civile du droit suisse, c'est-à-dire le CPC devant les juridictions cantonales (art. 1 CPC) et la Loi sur le Tribunal fédéral¹⁹⁹

¹⁸⁸ BOHNET, p. 175 ; CASEY-OBRIEST, p. 70 ; DIETSCHY, p. 126 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 637 ; BSK-OR-PORTMANN / RUDOLPH, N 98 ad. *Einl. vor* Art. 319 ss CO ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 165.

¹⁸⁹ BOHNET, p. 175 ; DIETSCHY, p. 126 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 637 ; BSK-OR-PORTMANN / RUDOLPH, N 98 ad. *Einl. vor* art. 319 ss CO ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 165.

¹⁹⁰ FF 1983 I 255, p. 443 ; ATF 118 II 353, consid. 3a ; CASEY-OBRIEST, p. 26 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 105 ; POUURET / BESSON, p. 312 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 16-17 ad. art. 177 LDIP.

¹⁹¹ Cf. *supra* 2.3.1.2 en p. 17.

¹⁹² BSK-ZPO-MAZAN, N 1 ad. *Vor*. Art. 243-247 CPC ; CR-CPC-TAPPY, N 17 ad. art. 244 CPC ; WYLER / HEINZER, p. 1014.

¹⁹³ DIETSCHY, pp. 241-242 ; FRÖHLICH, pp. 173-174 ; BSK-ZPO-RÜEGG / RÜEGG, N 4 ad. art. 113 CPC ; BSK-ZPO-RÜEGG / RÜEGG, N 3 ad. art. 114 CPC ; CR-CPC-TAPPY, N 7 ad. art. 113 CPC ; CR-CPC-TAPPY, N 6 ad. art. 114 CPC ; WYLER / HEINZER, p. 1014.

¹⁹⁴ DIETSCHY, pp. 376-380 ; FRÖHLICH, pp. 35-36 ; CR-CPC-TAPPY, N 7a ad. art. 243 CPC ; CR-CPC-TAPPY, N 15 ad. art. 244 CPC ; CR-CPC-TAPPY, N 4 ad. art. 246 CPC ; WYLER / HEINZER, p. 1014.

¹⁹⁵ DIETSCHY, pp. 141-144 ; FRÖHLICH, pp. 7-8 ; CR-CPC-TAPPY, N 16 ad. art. 247 CPC ; WYLER / HEINZER, p. 1014.

¹⁹⁶ DIETSCHY, pp. 141-144 ; CR-CPC-TAPPY, N 7-9 ad. art. 247 CPC.

¹⁹⁷ DIETSCHY, pp. 141-144 ; CR-CPC-TAPPY, N 7-9 ad. art. 247 CPC.

¹⁹⁸ BUCHER / BONOMI, p. 53 ; GUILLAUME [droit international privé], pp. 42-43.

¹⁹⁹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110).

devant le Tribunal fédéral²⁰⁰. Cela signifie que les dispositions du CPC présentées ci-dessus sont également applicables aux litiges internationaux dès lors qu'un juge suisse est saisi.

2.3.3.2 Impact sur l'arbitrabilité

Bien qu'ayant tranché différentes questions relevant des tensions qu'il existe entre arbitrabilité et dispositions du procès social, le Tribunal fédéral n'a jamais été amené à se pencher sur la problématique desdites facilités procédurales²⁰¹. En effet, dans les deux affaires précitées²⁰², les valeurs litigieuses étaient supérieures à 30'000 francs, si bien que cette question ne se posait pas²⁰³.

Dans le cadre de la procédure de consultation relative à l'avant-projet du CPC, il avait été proposé d'exclure l'arbitrabilité des litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse était inférieure à 30'000 francs²⁰⁴. Cette proposition n'a toutefois pas été discutée par la suite. A cet égard, certains auteurs souhaiteraient, qu'en cas de conflit entre procès social et arbitrage, la priorité soit donnée aux règles de procédure spéciales²⁰⁵. Toutefois, selon la majorité des auteurs, la jurisprudence du Tribunal fédéral basée sur la volonté du législateur d'exclure un quelconque impact des fors impératifs du procès social sur l'arbitrabilité doit être appliquée par analogie aux facilitations procédurales²⁰⁶. Malgré le fait que l'impact sur l'arbitrabilité des facilitations procédurales n'a pas fait l'objet d'une discussion parlementaire approfondie, le Message du Conseil fédéral précise que les règles sur l'arbitrage sont « délibérément dissociées du reste de la procédure civile [...] [et devant être appliquées] comme un loi indépendante »²⁰⁷. A la lumière de ces éléments, il n'existe donc aucun conflit entre procès civil social et arbitrabilité²⁰⁸.

Les mêmes remarques peuvent être faites s'agissant de l'arbitrabilité au sens de l'art. 177 LDIP, le chapitre 12 de la LDIP étant également considéré comme une loi autonome²⁰⁹. A cet égard, certains auteurs souhaiteraient que l'arbitrabilité soit niée dans les cas qui devraient être soumis aux dispositions prévues par le CPC pour les procès du droit du travail²¹⁰. Ils justifient ce raisonnement par le caractère impératif des dispositions qui aurait ainsi pour effet qu'elles appartiennent à l'ordre public²¹¹. Toutefois, au vu de la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral vis-à-vis de la notion d'ordre public²¹², il semble difficile de défendre cette position²¹³.

²⁰⁰ BUCHER / BONOMI, p. 53 ; GUILLAUME [droit international privé], pp. 42-43.

²⁰¹ ATF 136 III 467 ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323.

²⁰² ATF 136 III 467 ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323.

²⁰³ ATF 136 III 467, consid. B ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. B.a.

²⁰⁴ Classement des réponses à la procédure de consultation de l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse de 2004, pp. 799-800.

²⁰⁵ HEINZMANN / MARADAN, pp. 108-109.

²⁰⁶ BOHNET, p. 167 ; BOHNET / ZEN-RUFFINEN, pp. 38-39 ; CASEY-OBRIEST, pp. 71-72 ; DIETSCHY, pp. 125-126 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 638-640 ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], pp. 167-168.

²⁰⁷ FF 2006 6841, p. 6999.

²⁰⁸ ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.3 ; CASEY-OBRIEST, pp. 71-72 ; BSK-OR-PORTMANN / RUDOLPH, N 97 ad. *Einl. Vor.* Art. 319 ss CO.

²⁰⁹ BERGER / KELLERHALS, p. 81 ; CASEY-OBRIEST, pp. 71-72 ; GÖKSU, pp. 66-67 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER, N 12 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [Panorama], p. 853.

²¹⁰ AUBERT, pp. 8-9 ; HEINZMANN / MARADAN, pp. 108-109 ; KOLLER / SENNHAUSER, pp. 453-454 ; WYLER / HEINZER, pp. 1014-1015.

²¹¹ AUBERT, pp. 8-9 ; KOLLER / SENNHAUSER, pp. 453-454 ; WYLER / HEINZER, pp. 1014-1015.

²¹² Cf. *supra* 1.3.2.2 en pp. 8-9 et 2.3.1.2 en p. 17.

²¹³ JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 646.

2.4 Utilisation de la clause passerelle (*opting out/opting in*)

L'art. 353 al. 2 CPC réserve la possibilité pour les parties, qui, en raison de leur domicile ou de leur siège en Suisse, seraient soumises aux dispositions applicables à l'arbitrage interne, de convenir, par une déclaration expresse, d'exclure l'application des règles sur l'arbitrage interne et de se soumettre aux règles d'arbitrage international²¹⁴.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons conclure, de manière générale, qu'en arbitrage interne l'arbitrabilité des prétentions découlant du contrat individuel de travail et auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer doit être niée et, qu'à l'inverse, elle doit être admise en arbitrage international²¹⁵. Le mécanisme de l'*opting out* permettrait en ce sens d'écarter la protection sociale qui est accordée au travailleur et de rendre arbitrables des prétentions qui ne le seraient pas sous l'angle de l'arbitrage interne²¹⁶.

La question de savoir si par ce mécanisme certaines dispositions du CPC peuvent être éludées par une clause passerelle a été passablement discutée en doctrine²¹⁷. Les auteurs qui y sont favorables soutiennent que l'art. 353 al. 2 CPC ne prévoit aucune restriction, sous réserve des conditions formelles, si bien que rien ne s'oppose à l'utilisation du mécanisme de l'*opting out*²¹⁸. D'autres soulignent encore à cet égard que tant les dispositions d'arbitrage interne que d'arbitrage international contiennent des dispositions impératives²¹⁹. Ainsi, si les conditions de l'art. 353 al. 2 CPC sont réalisées, les règles de la LDIP s'appliquent intégralement et il n'est pas nécessaire de réserver l'application de certaines règles impératives du CPC²²⁰. A l'opposé, d'autres auteurs estiment que l'ordre public et l'interdiction de fraude à la loi constituent une limite au mécanisme de l'*opting out* d'autant que le législateur a explicitement décidé de différencier la notion d'arbitrabilité en arbitrage interne et international²²¹.

C'est cette dernière opinion qui a été retenue par le Tribunal fédéral dans un *obiter dictum*²²². Se justifiant par la protection du travailleur dans le domaine de l'arbitrage interne, le Tribunal fédéral, a considéré qu'il était « inadmissible de contourner la limitation d'arbitrabilité prévue à l'art. 354 CO en lien avec l'art. 341 al.1 CO en se soumettant aux règles de l'arbitrage international par le mécanisme d'*opting out* prévu à l'art. 353 al. 2 CPC »²²³. Il a ensuite précisé,

²¹⁴ Cf. *infra* 1 en pp. 3-4 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_540/2018 du 7 mai 2019, consid. 1.3.1 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 37-38 ; BESSON, p. 166 ; BUCHER / BONOMI, p. 372 ; CR-LDIP-BUCHER, N 34 ad. art. 176 LDIP ; CASEY-OBRIST, p. 113 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 14-15 ad. art. 176 LDIP ; PLOUDRET / BESSON, p. 49 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 1 et 19 ad. art. 353 CPC ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 162.

²¹⁵ ATF 136 III 467, consid. 4.2 ; ATF 144 III 235 = JdT 2018 II 323, consid. 2.3.3 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 4.1 ; AUBERT, p. 7 ; BERGER / KELLERHALS, p. 80 ; CASEY-OBRIST, p. 132 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 643 ; BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER N 10 ad. art. 177 LDIP ; SCHWEIZER [*Panorama*], p. 863 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 27 ad. art. 177 LDIP ; WYLER / HEINZER, p. 1004.

²¹⁶ CASEY-OBRIST, p. 165.

²¹⁷ BESSON, p. 166 ; CASEY-OBRIST, pp. 164-167 ; FRÖHLICH, p. 48 ; GÖKSU, p. 125 ; LIENHARD [SAA], pp. 40-43 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 21 ad. art. 353 CPC ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 66-68 ; BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 17a ad. Art. 353 CPC ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 169.

²¹⁸ BESSON, p. 166 ; CASEY-OBRIST, p. 166 ; FRÖHLICH, p. 48 ; LIENHARD [SAA], p. 42-43 ; BSK-PORTMANN / RUDOLPH, N 99 ad. *Einl. vor* art. 319 ss CO ; WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*], p. 169.

²¹⁹ BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 17a ad. art. 353 CPC.

²²⁰ BSK-ZPO-WEBER-STECHER, N 17a ad. art. 353 CPC.

²²¹ BOHNET / ZEN-RUFFINEN, p. 37 ; GÖKSU, p. 125 ; KOLLER / SENNHAUSER, p. 452 ; LEUENBERGER, p. 129 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 66-68.

²²² ATF 144 III 253 = JdT 2018 II p. 323, consid. 2.3.3.

²²³ ATF 144 III 253 = JdT 2018 II p. 323, consid. 2.3.3.

dans un second arrêt, que même en cas d'*opting out*, l'arbitrabilité d'un litige à caractère interne devait être déterminée par l'art. 354 CPC et non l'art. 177 LDIP²²⁴. Cela signifie ainsi, qu'au-delà des conditions formelles imposées, la possibilité prévue par l'art. 353 al. 2 CPC ne peut être appliquée que pour les prétentions qui sont arbitrables au sens de l'art. 354 CPC *cum* 341 al. 1 CO²²⁵. Dans les deux arrêts, le Tribunal fédéral tempère toutefois cette interdiction de contourner l'arbitrabilité en la limitant aux rapports de travail « purement helvétique[s] », sans préciser toutefois ce qu'il entend par cela²²⁶. La question reste donc partiellement ouverte.

2.5 Théorie des faits de double pertinence

Il arrive que la qualification du contrat liant les parties ne soit pas claire. Cela soulève une complication supplémentaire en matière d'arbitrabilité dans l'hypothèse où une partie prétend à l'existence d'un contrat de travail et l'autre invoque un contrat de mandat par exemple²²⁷. On parle alors de faits de double pertinence car ceux-ci sont utiles à la fois pour trancher la compétence du tribunal et le sort de l'action²²⁸. Dans un tel cas, la jurisprudence fédérale veut que le juge examine sa compétence uniquement sur la base des allégués et de la vraisemblance, ce qui a pour conséquence que l'examen de sa compétence se fait uniquement au moment du jugement au fond et non *in limine litis*²²⁹.

Cette jurisprudence n'est toutefois pas applicable lorsque la compétence d'un tribunal arbitral en dépend et qu'une partie la conteste²³⁰. En effet, de manière explicite, le Tribunal fédéral a spécifié qu'il est exclu d'admettre qu'une partie soit contrainte de se soumettre à un arbitrage lorsque les prétentions litigieuses ne sont pas couvertes par la convention d'arbitrage²³¹. Cela a pour conséquence qu'en cas de doute sur la qualification du contrat et dont le sort pourrait rendre les prétentions inarbitrables, la question doit être tranchée *in limine litis* et sans ambiguïté par le tribunal arbitral²³².

III. VALIDITÉ DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE CONCLUES POUR LES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL

1 Validité des conventions d'arbitrage

1.1 Généralités

Outre la question de l'arbitrabilité des prétentions, la compétence arbitrale suppose l'existence d'une convention d'arbitrage. A défaut d'une définition légale, celle-ci est définie, par le Tribunal fédéral comme l'accord « par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou

²²⁴ ATF 145 III 266, consid. 1.3.3.

²²⁵ ATF 145 III 266, consid. 1.3.3 ; WYLER / HEINZER, p. 1002.

²²⁶ ATF 144 III 253 = JdT 2018 II p. 323, consid. 2.3.3 ; ATF 145 III 266, consid. 1.3.3 ; RUDOLPH, pp. 818-819.

²²⁷ FULD p. 837.

²²⁸ ATF 141 III 294, consid. 5.1 et 5.2 ; ATF 142 III 466, consid. 4.1 ; FULD, pp. 840-841.

²²⁹ ATF 141 III 294, consid. 5.2 ; ATF 142 III 466, consid. 4.1 ; FULD, pp. 840-841.

²³⁰ ATF 121 III 495, consid. 6d ; ATF 128 III 50, consid. 2bb ; ATF 131 III 153, consid. 5.1 ; ATF 141 III 294, consid. 5.3 ; ATF 143 III 462, consid. 2.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 5.3.2.2 ; FULD, pp. 845-846 ; WYLER / HEINZER, p. 1003.

²³¹ ATF 121 III 495, consid. 6d ; ATF 128 III 50, consid. 2bb ; ATF 131 III 153, consid. 5.1 ; ATF 141 III 294, consid. 5.3 ; ATF 143 III 462, consid. 2.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 5.3.2.2 ; FULD, pp. 845-846 ; WYLER / HEINZER, p. 1003.

²³² Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_515/2012 du 17 avril 2013, consid. 5.3.2.2 ; PORTMANN / HOLENSTEIN, p. 243 ; WYLER / HEINZER, p. 1003.

déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige(s) existant(s) (compromis arbitral) ou futur(s) (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé »²³³.

La validité de la convention d'arbitrage est une condition *sine qua non* de l'arbitrage. La convention doit alors nécessairement contenir certains éléments essentiels (1.2) et répondre à certaines conditions de nature formelle (1.3.2) et de nature matérielle (1.3.3)²³⁴. Ces règles s'appliquent indépendamment du type de convention d'arbitrage (compromis arbitral ou clause compromissoire). Par ailleurs, la convention d'arbitrage est autonome et indépendante du contrat principal, dans lequel elle peut se trouver²³⁵. En effet, la validité de la convention d'arbitrage est régie par des règles spécifiques qui sont différentes de celles s'appliquant à la validité du contrat²³⁶. Ainsi, l'invalidité du contrat principal n'entraîne pas obligatoirement celle de la convention d'arbitrage (art. 357 al. 2 CPC et art. 178 al. 3 LDIP)²³⁷.

A l'instar de l'examen de l'arbitrabilité, celui de la validité de la convention d'arbitrage peut se poser à divers stades. En effet, sa validité peut être examinée au stade de l'examen de la compétence de l'arbitre (art. 359 al. 1 CPC et art. 186 al. 1 LDIP), devant le juge d'appui (art. 362 al. 3 CPC et art. 179 al. 3 LDIP), celui saisi du fond (*exceptio arbitri*) (art. 61 CPC, art. 7 LDIP et art. II al. 3 CNY) ou devant celui saisi d'un recours (art. 393 let. b CPC et art. 190 al. 1 let. b LDIP). Par ailleurs, elle peut être soulevée lors de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale (art. V al. 1 let. a CNY). Toutefois, à l'inverse de l'arbitrabilité, la validité de la convention d'arbitrage ne fait pas l'objet d'un examen d'office²³⁸. Par conséquent, celle-ci n'est examinée que si l'invalidité est soulevée en tant qu'exception d'incompétence au sens des art. 359 al. 2 CPC et 186 al. 2 LDIP²³⁹.

1.2 Droit applicable et bases légales

La validité de la clause arbitrale se détermine à l'aune de la *lex arbitri*²⁴⁰. Ainsi, dans le cadre d'un arbitrage international avec un siège en Suisse, la validité de la convention d'arbitrage est tranchée selon les règles du chapitre 12 LDIP et en particulier de l'art. 178 LDIP²⁴¹. Alors que l'art. 178 al. 1 LDIP prévoit une règle permettant d'examiner directement la validité formelle de la convention d'arbitrage, l'art. 178 al. 2 LDIP prévoit une règle conflictuelle consacrant la *favor validitatis*, en ce sens que c'est la loi la plus favorable à la validité qui sera

²³³ ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.2.3 ; ATF 140 III 367, consid. 2.2.2 ; ATF 141 III 444, consid. 4.2.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2.

²³⁴ ATF 117 II 94 = JdT 1992 I p. 57, consid. 5b ; BERGER / KELLERHALS, p. 93 ; BUCHER / BONOMI, pp. 372-373.

²³⁵ ATF 119 II 380, consid. 4a ; BERGER / KELLERHALS, p. 235 ; BUCHER / BONOMI, pp. 372-373 ; KARRER, p. 180 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 90-91 ; PLOUDRET / BESSON, p. 134 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 8 ad. art. 357 CPC.

²³⁶ ATF 119 II 380, consid. 4a ; BERGER / KELLERHALS, p. 235 ; BUCHER / BONOMI, pp. 372-373 ; KARRER, p. 180 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 90-91 ; PLOUDRET / BESSON, p. 134 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 8 ad. art. 357 CPC.

²³⁷ ATF 119 II 380, consid. 4a ; BERGER / KELLERHALS, p. 235 ; BUCHER / BONOMI, pp. 372-373 ; KARRER, p. 180 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 90-91 ; CR-CP-SCHWEIZER, N 8 ss ad. art. 357 CPC.

²³⁸ BERGER / KELLERHALS, p. 246 ; GÖKSU, pp. 373-374 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 238.

²³⁹ BERGER / KELLERHALS, p. 246 ; BUCHER / BONOMI, p. 377 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 238.

²⁴⁰ BERGER / KELLERHALS, p. 106 ; GÖKSU, p. 146 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 7 ad. art. 7 LDIP.

²⁴¹ GÖKSU, pp. 146-147 ; BSK-IPRG-GRÄNICHEN, N 5 ad. art. 178 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 14 ad. art. 178 LDIP.

déterminante²⁴². Ainsi, la convention d'arbitrage est valable quant au fond si elle répond aux conditions du droit choisi par les parties²⁴³, à celui régissant l'objet du litige (*lex causae*) ou alors au droit suisse (art. 178 al. 2 LDIP)²⁴⁴. Quant à l'arbitrage interne, la validité de la convention d'arbitrage s'examine selon l'art. 357 CPC s'agissant de la validité matérielle et l'art. 358 CPC pour ce qui est de la validité formelle²⁴⁵. Contrairement à l'art. 178 al. 2 LDIP, le CPC ne prévoit aucune règle relative au droit applicable à la validité matérielle de la convention d'arbitrage²⁴⁶. En effet, le législateur est parti de l'idée que seul le droit suisse était applicable²⁴⁷.

Le juge d'appui (art. 362 al. 3 CPC et art. 179 al. 3 LDIP) ou le juge saisi d'un recours en annulation de la sentence (393 let. b CPC et art. 190 al. 2 let. b LDIP) doit également appliquer la *lex arbitri*²⁴⁸. Il en va de même pour le juge suisse saisi du fond lorsqu'il est amené à statuer sur une *exceptio arbitri*²⁴⁹. Cela vaut toutefois uniquement si le siège de l'arbitrage est en Suisse. En effet, lorsqu'un juge suisse doit traiter de la validité d'une convention d'arbitrage instituant un siège à l'étranger, c'est l'article II al. 3 de la CNY qui s'appliquera quant à la validité formelle et l'art. V al. 1 let. a CNY quant à la validité matérielle²⁵⁰. Cette dernière disposition prévoit une règle conflictuelle qui renvoie au droit choisi par les parties ou à la *lex arbitri*²⁵¹. Les art. II al. 3 et V al. 1 let. a CNY s'appliquent également s'agissant de la reconnaissance et l'exécution d'une sentence étrangère²⁵².

1.3 Contenu

On distingue les éléments essentiels des éléments facultatifs de la convention d'arbitrage, en ce sens que les éléments essentiels doivent y figurer pour qu'elle lie valablement les parties. Ces éléments ne sont pas définis par la loi mais par la jurisprudence et la doctrine. Celles-ci retiennent quatre points devant impérativement figurer dans la clause : la détermination des parties (i), la détermination du ou des litige(s) couvert(s) par la convention (ii), la volonté

²⁴² ATF 119 II 380, consid. 4a ; BERGER / KELLERHALS, p. 106 ; BUCHER / BONOMI, pp. 374-375 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 7 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, pp. 149-150 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 99 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 274-275 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 72-75 ad. art. 178 LDIP.

²⁴³ Par « droit choisi par les parties », il faut comprendre que la convention d'arbitrage étant un contrat autonome, les parties peuvent également choisir qu'un droit s'applique uniquement à la convention d'arbitrage, indépendamment de la *lex causae*.

²⁴⁴ BERGER / KELLERHALS, p. 106 ; BUCHER / BONOMI, p. 374 ; CASEY-OBRIST, p. 173 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 7 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, pp. 149-151 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 99 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 274-275 ; SCHWEIZER [Panorama], pp. 858-859 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 72-75 ad. art. 178 LDIP.

²⁴⁵ BERGER / KELLERHALS, p. 106 ; CASEY-OBRIST, p. 174 ; GÖKSU, pp. 146-147.

²⁴⁶ BERGER / KELLERHALS, p. 106 ; CASEY-OBRIST, p. 174 ; CR-CP-SCHWEIZER, N 4-5 ad. art. 357 CPC.

²⁴⁷ FF 2006 6841, p. 7001 ; CASEY-OBRIST, p. 174 ; CR-CP-SCHWEIZER, N 4-5 ad. art. 357 CPC.

²⁴⁸ BERGER / KELLERHALS, p. 114 ; GÖKSU, pp. 146-147 ; BSK-IPRG-GRÄNICHEN, N 5 ad. art. 178 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 18 ad. art. 61 CPC ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 7-8 ad. art. 7 LDIP et N 15 ad. art. 178 LDIP.

²⁴⁹ BERGER / KELLERHALS, pp. 108-110 ; GÖKSU, pp. 146-147.

²⁵⁰ BERGER / KELLERHALS, pp. 107-110 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 8 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, pp. 146-147 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 112-113 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 272-273 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 14 ad. art. 178 LDIP.

²⁵¹ BERGER / KELLERHALS, pp. 107-110 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 8 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, pp. 146-147 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 112-113 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 272-273 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 14 ad. art. 178 LDIP.

²⁵² BERGER / KELLERHALS, p. 114 ; GÖKSU, pp. 146-148 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 113-114 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 272-273.

d'arbitrer (iii) et le rattachement à un ordre juridique (iv)²⁵³. Quant aux éléments facultatifs, il faut citer notamment le nombre d'arbitres, la langue de l'arbitrage ou encore le choix d'un règlement d'arbitrage²⁵⁴.

1.4 Conditions de validité

1.4.1 Validité formelle

Tant la CNY, la LDIP que le CPC prévoient des conditions quant à la forme de la convention d'arbitrage. Ces exigences réalisent, d'une part, un but de sécurité - l'objet de l'arbitrage étant de modifier l'accès à la justice - d'autre part, un but de protection²⁵⁵. En effet, elles permettent d'éviter qu'une convention d'arbitrage ne soit conclue à la légère²⁵⁶. Si une convention d'arbitrage ne respecte pas la forme prévue par les art. 358 CPC ou 178 al. 1 LDIP, celle-ci est nulle et le tribunal arbitral doit décliner sa compétence, respectivement le juge étatique rejeter l'*exceptio arbitri*²⁵⁷.

La forme exigée doit couvrir tous les éléments essentiels de la convention d'arbitrage²⁵⁸.

1.4.1.1 En arbitrage interne

Aux termes de l'art. 358 CPC, la convention d'arbitrage doit être passée « en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte ». Bien que le texte de l'art. 358 CPC diffère dans sa formulation, il correspond en substance, selon la doctrine majoritaire qui s'appuie sur les travaux législatifs, aux art. 178 al. 1 LDIP et II al. 2 CNY²⁵⁹. C'est pourquoi les remarques faites à leurs égards ci-dessous²⁶⁰ sont également transposables à l'art. 358 CPC²⁶¹.

1.4.1.2 En arbitrage international

En matière d'arbitrage international avec siège en Suisse, l'art. 178 al. 1 LDIP prévoit que la convention d'arbitrage est valable si elle est passée « par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte ». Ainsi,

²⁵³ ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.1 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 93-94 ; CASEY-OBRIEST, pp. 174-176 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 2 ad. art. 178 LDIP ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 15 ad. Art. 357 CPC ; GÖKSU, pp. 151-152 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 125-126 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 88 ad. art. 178 LDIP.

²⁵⁴ ATF 129 III 275 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.1 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 100-103 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 2 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, pp. 158-159 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 95-96 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 128-129.

²⁵⁵ CASEY-OBRIEST, p. 178 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 3 ad. art. 358 CPC ; GÖKSU, p. 180 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 7 ad. art. 178 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 24-26 ad. art. 178 LDIP.

²⁵⁶ BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 3 ad. art. 358 CPC ; GÖKSU, p. 180 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 7 ad. art. art. 178 LDIP ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 24-26 ad. art. 178 LDIP.

²⁵⁷ BERGER / KELLERHALS, p. 210.

²⁵⁸ BERGER / KELLERHALS, p. 143 ; GÖKSU, pp. 183-184 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 9 ad. art. 358 CPC ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 9 ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 112.

²⁵⁹ FF 2006 6841, p. 7002 ; BERGER / KELLERHALS, p. 144 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 1 ad. art. 358 CPC ; GÖKSU, p. 180.

²⁶⁰ Cf. *infra* 1.4.1.2 en pp. 25-26.

²⁶¹ FF 2006 6841, p. 7002 ; BERGER / KELLERHALS, p. 144 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 1 ad. art. 358 CPC ; GÖKSU, p. 180.

le texte peut être incorporé dans n'importe quel support technologique²⁶². Il suffit qu'il existe une trace objectivement vérifiable de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire un texte qui établit avec certitude la volonté concordante et réciproque des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage²⁶³. Cela étant, il importe peu qu'il s'agisse d'un contrat « classique » signé, d'un échange de courriers ou d'e-mails, voire de SMS²⁶⁴. De même, il n'existe aucune exigence en matière de signature²⁶⁵. Toutefois, il faut que le texte puisse être sauvegardé ou imprimé et que la preuve de la réception du texte par son destinataire puisse être apportée²⁶⁶.

Les exigences de forme se recourent, malgré une formulation différente, avec celles de l'art. II al. 2 CNY applicable en cas d'arbitrage international avec siège à l'étranger ou au stade de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence étrangère²⁶⁷.

1.4.2 Validité matérielle

La loi n'énumère pas ce qui relève de la validité au fond de la convention d'arbitrage. Outre l'arbitrabilité du litige, la validité matérielle de la convention d'arbitrage comprend : l'existence d'une convention, c'est-à-dire sa conclusion et son contenu (éléments essentiels) (i), son interprétation (ii), sa portée (iii), ainsi que son régime (conditions et termes, exécution, transfert et extinction) (iv)²⁶⁸. En revanche, n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 357 CPC et 178 al. 2 LDIP les problématiques relatives à la capacité civile des parties et à la capacité de compromettre²⁶⁹.

Dès lors que le droit suisse est applicable, la convention d'arbitrage est traitée comme tout contrat bilatéral de droit privé et les règles de la partie générale du CO sont appliquées par analogie, avec certaines particularités inhérentes à la convention d'arbitrage²⁷⁰. On peut citer, à titre d'exemples, les règles concernant la relativité des obligations, la formation du contrat (art. 1 à 10 CO), le contenu du contrat (art. 19 à 22 CO et 27 CC) et les vices du consentement (art. 23-31 CO)²⁷¹. Cela étant, nous nous limiterons dans les titres ci-dessous à préciser les règles

²⁶² BERGER / KELLERHALS, p. 139 et p. 144 ; CASEY-OBRIEST, pp. 178-179 ; GÖKSU, pp. 180-183 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 11 ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 114-115 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 161-162 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 4-5 ad. art. 358 CPC ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 28-29 ad. art. 178 LDIP.

²⁶³ BERGER / KELLERHALS, p. 139 et p. 144 ; CASEY-OBRIEST, pp. 178-179 ; GÖKSU, pp. 180-183 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 11 ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 114-115 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 161-162 ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 4-5 ad. art. 358 CPC ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 28-29 ad. art. 178 LDIP.

²⁶⁴ BERGER / KELLERHALS, p. 139 et p. 144 ; CASEY-OBRIEST, p. 179 ; GÖKSU, pp. 180-183 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 11 ad. art. 178 LDIP ; CR-CPC-SCHWEIZER, N 4-5 ad. art. 358 CPC ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 28-29 ad. art. 178 LDIP.

²⁶⁵ BERGER / KELLERHALS, pp. 139-140 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 1 et 5 ad. art. 358 CPC ; GÖKSU, p. 183 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 15 ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 114-115 ; PLOUDRET / BESSON, pp. 161-162 ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 27 ad. art. 178 LDIP.

²⁶⁶ BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 13 ad. art. 178 LDIP ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 28-29 ad. art. 178 LDIP.

²⁶⁷ ATF 121 III 38, consid. 2c ; BUCHER / BONOMI, p. 375 ; GÖKSU, p. 180 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 19 ad. art. 178 LDIP.

²⁶⁸ BERGER / KELLERHALS, pp. 131-132 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 9 ad. art. 178 LDIP ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 649 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 125 ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 56-57 ad. art. 178 LDIP.

²⁶⁹ BERGER / KELLERHALS, pp. 131-132 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 125 ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 56-57 ad. art. 178 LDIP.

²⁷⁰ ATF 116 Ia 56 = JdT 1990 I 563, consid. 3b ; BERGER / KELLERHALS, pp. 160 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 125-126 ; CR-LDIP-TSCHENZ, N 84-85 ad. art. 178 LDIP.

²⁷¹ ATF 130 III 66 = SJ 2004 p. 233, consid. 3.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_376/2008 du 5 décembre 2008, consid. 7.3.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 131-132 et 211 ; GÖKSU, pp. 151-152 et pp. 175-176 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI

pertinentes pour l'analyse de la validité des conventions d'arbitrage dans le cadre des conflits individuels de travail.

La partie générale du CO et la jurisprudence y afférente permettent d'analyser la validité matérielle de la convention d'arbitrage à la lumière du droit suisse. Toutefois, dans le cas de l'arbitrage international, il faut garder à l'esprit que même si une convention devait être considérée comme nulle selon le droit suisse, par exemple en cas de vice du consentement, elle pourrait s'avérer valable selon le droit choisi par les parties pour la convention d'arbitrage ou selon la *lex causae* (pour autant qu'il ne s'agisse pas du droit suisse)²⁷².

2 Validité des conventions d'arbitrage conclues pour les conflits individuels de travail

De manière générale, une convention d'arbitrage peut en principe être librement conclue pour résoudre les conflits individuels de travail²⁷³. Il existe néanmoins quelques spécificités susceptibles d'affecter la validité d'une telle convention sous l'angle du droit suisse. Ces questions concernent avant tout la validité d'une clause compromissoire figurant dans un contrat de travail ou un document y relatif ; à l'opposé, un compromis arbitral pose généralement moins de problème étant donné qu'il se conclut alors que le litige existe déjà et que les parties sont déjà conscientes des enjeux du litige et de leurs moyens de droit.

Nous proposons d'examiner ci-dessous trois spécificités, soit l'engagement excessif (2.1), les arbitrages forcés (2.2) et la convention d'arbitrage par référence (2.3).

2.1 Engagement excessif

2.1.1 Notion

La liberté contractuelle joue un rôle fondamental en droit des contrats et en influence l'ensemble du régime²⁷⁴. Elle est le prolongement du principe constitutionnel de l'autonomie des parties qui découle lui-même de la liberté économique (art. 27 al. 1 Cst.)²⁷⁵. Afin d'assurer la protection des parties, le législateur a toutefois introduit certains garde-fous qui peuvent également avoir un impact sur la validité d'une convention d'arbitrage. On peut citer notamment les règles relatives aux vices du consentement (art. 23 ss CO), à la forme (art. 11 CO) ainsi que celles qui touchent l'objet même du contrat (art. 19 ss CO)²⁷⁶.

L'art. 27 CC complète les autres règles qui limitent la liberté contractuelle en ce sens qu'elle protège la personnalité contre des engagements excessifs²⁷⁷. Ainsi, la protection de la liberté individuelle prévue à l'art. 27 CC implique qu'une partie soit protégée des engagements qui portent atteinte, de par leur objet, leur portée ou leur durée, au noyau de la sphère strictement

[2010], p. 126, p. 129 et pp. 133-134 ; POUURET / BESSON, pp. 277-278 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 84-86 ad. art. 178 LDIP ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 52-52b ad. art. 178 LDIP.

²⁷² BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 52-52b ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 124-125.

²⁷³ ATF 136 III 467, consid. 4.5 ; CASEY-OBRIEST, p. 180.

²⁷⁴ ATF 129 III 35 = JdT 2003 I 127, consid. 6.1 ; CR-CC-MARCHAND, N 1 ad. art. 27 CC ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 135-136.

²⁷⁵ ATF 129 III 276 = JdT 2003 I 346, consid. 3.1 ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 135-136.

²⁷⁶ BSK-ZGB-I-HUGUENIN / REITZE, N 1-2 ad. art. 27 CC ; CR-CC-MARCHAND, N 1 ad. art. 27 CC ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 137-138.

²⁷⁷ BSK-ZGB-I-HUGUENIN / REITZE, N 1-2 ad. art. 27 CC ; CR-CC-MARCHAND, N 1 ad. art. 27 CC ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 137-138.

personnelle (art. 27 al. 1 CC), ou qui portent une atteinte excessive à la liberté (art. 27 al. 2 CC)²⁷⁸. Ce caractère excessif s'analyse au regard de l'intensité de l'engagement, de l'ampleur de la restriction à la liberté, du caractère indéterminé de l'obligation lors de sa naissance, de sa durée, de son objet, de l'ensemble des contraintes et de l'expérience du cocontractant²⁷⁹. Une partie de la doctrine admet même qu'il faudrait prendre en compte la situation juridique et morale existante au moment où l'art. 27 CC est invoqué si l'évolution de la situation entre la naissance de l'obligation et l'invoque de l'art. 27 CC bénéficie à celui qui l'invoque²⁸⁰. Quoi qu'il en soit, c'est généralement sur une combinaison de plusieurs de ces critères que repose le caractère excessif²⁸¹.

La protection accordée par l'art. 27 al. 2 CC est rattachée à l'immoralité au sens de l'art. 20 al. 1 CO²⁸². Un contrat qui viole ce principe doit être considéré comme nul²⁸³. Toutefois, la protection ne protège que la partie victime de l'atteinte, ce qui signifie qu'elle seule peut refuser l'exécution du contrat²⁸⁴.

2.1.2 Impact sur la validité

La problématique de la validité d'une convention d'arbitrage en lien avec l'engagement excessif n'a été traitée qu'une fois dans un arrêt du Tribunal fédéral qui n'a été que peu commenté par la doctrine. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'une convention d'arbitrage pouvait être excessive au sens de l'art. 27 al. 2 CC si les parties soumettaient à la juridiction arbitrale tout litige futur, sans aucun lien avec un quelconque contrat ou une quelconque relation et sans aucune limitation objective²⁸⁵. Il faut en déduire qu'une convention d'arbitrage viole l'art. 27 al. 2 CC si les litiges qu'elle couvre ne sont pas suffisamment déterminés ou déterminables²⁸⁶. En effet, le choix de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits implique que les parties sont entièrement libres de choisir la procédure sans aucune restriction²⁸⁷. La mise en place d'une juridiction privée avec des arbitres rémunérés peut générer des frais considérables²⁸⁸. A cela s'ajoute que l'art. 380 CPC et la jurisprudence relative à l'arbitrage international²⁸⁹ excluent l'assistance judiciaire (qui comprend l'exonération d'avance de frais ainsi que des frais judiciaires et de la commission d'office d'un conseil juridique lorsque les circonstances l'exigent (art. 118 CPC)). C'est pourquoi, les parties ne

²⁷⁸ BSK-ZGB-I-HUGUENIN / REITZE, N 1-2 ad. art. 27 CC ; CR-CC-MARCHAND, N 12 ad. art. 27 CC ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 137-138.

²⁷⁹ ATF 102 II 211, consid. 6 ; Arrêt (non-publié) Tribunal fédéral 4A_312/2017 du 21 novembre 2017, consid. 3.1 ; CR-CC-MARCHAND, N 14 ad. art. 27 CC ; BSK-ZGB-I-HUGUENIN / REITZE, N 10 ad. art. 27 CC.

²⁸⁰ CR-CC-MARCHAND, N 14 ad. art. 27 CC.

²⁸¹ CR-CC-MARCHAND, N 15 ad. art. 27 CC ; BSK-ZGB-I-HUGUENIN / REITZE, N 10 ad. art. 27 CC.

²⁸² TERCIER / PICHONNAZ, pp. 137-138.

²⁸³ ATF 129 III 209 = JdT 2003 I p. 623, consid. 2 ; CR-CC-I-MARCHAND, N 18 ad. art. 27 CC ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 137-138.

²⁸⁴ ATF 129 III 209 = JdT 2003 I p. 623, consid. 2 ; CR-CC-I-MARCHAND, N 18 ad. art. 27 CC ; TERCIER / PICHONNAZ, pp. 137-138.

²⁸⁵ ATF 77 I 194 = JdT 1952 I 186, consid. 3 ; GÖKSU [Pechstein], pp. 359-360 ; CR-CC-MARCHAND, N 68 ad. art. 27 CC.

²⁸⁶ BERGER / KELLERHALS, pp. 97-98 ; GÖKSU [Pechstein], pp. 359-360 ; STACHER, p. 41.

²⁸⁷ ATF 116 Ia 56 = JdT 1990 I 563, consid. 3a ; ATF 128 III 50, consid. 2cc/c ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 162-163 ; BESSON, pp. 163-164.

²⁸⁸ ATF 116 Ia 56 = JdT 1990 I 563, consid. 3a ; ATF 128 III 50, consid. 2cc/c ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; BESSON, pp. 163-164 ; CIRIGLIANO, p. 443 ; MARADAN / HEINZMANN, p. 105.

²⁸⁹ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_178/2014 du 11 juin 2014, consid. 4.

devraient pouvoir renoncer aux juridictions étatiques que si elles sont en mesure de déterminer la nature et l'importance du litige qui est susceptible de survenir entre elles²⁹⁰.

Cela étant, la doctrine analyse les conventions d'arbitrages générales, comme celles ayant pour objet « tous les rapports entre les parties », de manière assez souple. Elle admet leur validité au regard de l'art. 27 CC pour plusieurs raisons. Premièrement, les auteurs constatent que les tribunaux arbitraux sont tenus d'être indépendants et impartiaux (art. 363 CPC et art. 179 al. 2 LDIP), comme les juges étatiques²⁹¹ : les parties ne renoncent ainsi pas un tribunal indépendant et impartial²⁹². Secondement, bien que le droit suisse de l'arbitrage exclue l'assistance judiciaire, la doctrine estime que lorsqu'une partie n'est pas en mesure financièrement de faire valoir ses droits, elle peut résilier la convention d'arbitrage²⁹³. Ainsi, l'existence économique ou l'accès à la justice ne sont pas mis en danger par une convention d'arbitrage²⁹⁴.

Dans le contexte des conflits individuels de travail, certes, l'importance du litige est souvent imprévisible dans la mesure où la convention d'arbitrage concerne des litiges hypothétiques futurs dont l'étendue et l'importance sont inconnues. Toutefois, la convention d'arbitrage se rapporte, comme exposé précédemment, aux conflits découlant d'un contrat individuel de travail²⁹⁵. Le rapport et l'origine des prétentions qui pourraient survenir par la suite sont ainsi connues et sont limitées au rapport du travail²⁹⁶. Dans ces circonstances, la doctrine estime que la clause compromissoire ne constitue pas un engagement excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC²⁹⁷.

2.2 Arbitrages forcés

2.2.1 Notion

En concluant une convention d'arbitrage, les parties conviennent « d'exclure la juridiction normalement compétente au profit de la juridiction privée que constitue un tribunal arbitral »²⁹⁸. Elles renoncent ainsi aux garanties de procédure judiciaire des art. 29 ss Cst. et 6 CEDH²⁹⁹ qui postulent que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera [des] contestations sur ses droits et obligations à caractère civil [...]. Le jugement doit être rendu publiquement [...] » (art. 6 § 1 CEDH). Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a estimé que ces dispositions ne s'opposaient

²⁹⁰ BERGER / KELLERHALS, pp. 97-98 ; CASEY-OBRIEST, pp. 167-177 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 18 ad. art. 357 CPC.

²⁹¹ STACHER, p. 41.

²⁹² BSK-ZGB-HUGUENIN / REITZE, N 6 ad. art. 27 CC ; STACHER, p. 41.

²⁹³ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_178/2014 du 11 juin 2014, consid. 4 ; BEFFA / ROBERT-TISSOT, pp. 234-235 ; BERGER / KELLERHALS, p. 220 ; CASEY-OBRIEST, p. 197 ; GÖKSU, p. 230 et p. 575 ; BSK-IPRG-GRÄNICH, N 52 et 85 ad. art. 178 LDIP ; HEINZMANN / MARADAN, p. 105 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 158 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 73-74 ; STACHER, p. 41 ; WYLER / HEINZER, p. 1013.

²⁹⁴ BERGER / KELLERHALS, pp. 97-98 ; GÖKSU [Pechstein], p. 359 ; STACHER, pp. 41-42.

²⁹⁵ BEFFA, p. 1434 ; CASEY-OBRIEST, p. 39 ; DIETSCHY, p. 9 ; FRÖHLICH, p. 4 ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 36 ad. *Einl. vor* art. 319 ss CO ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, pp. 18-19.

²⁹⁶ CASEY-OBRIEST, pp. 176-177.

²⁹⁷ BERGER / KELLERHALS, pp. 97-98 ; CASEY-OBRIEST, pp. 176-177 ; GÖKSU, p. 155 ; BK-ZPO-PFISTERER, N 22 ad. art. 357 CPC.

²⁹⁸ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; CASEY-OBRIEST, p. 193 ; GÖKSU, pp. 151-152 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 5.

²⁹⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH ; RS 0.101).

pas à la soumission d'un litige à un tribunal arbitral³⁰⁰. Elle a souligné en particulier que « le droit d'accès à un tribunal n'implique pas nécessairement le droit de pouvoir saisir une juridiction de type classique »³⁰¹. Toutefois, la renonciation au droit des parties à un tribunal doit être libre, licite et sans équivoque³⁰². A défaut, la Cour EDH qualifie l'arbitrage de « forcé » en ce sens que les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral³⁰³. Dans de tels cas, la Cour EDH estime que les garanties prévues par l'art. 6 § 1 CEDH s'appliquent à la procédure d'arbitrage³⁰⁴. Cela signifie en particulier que les garanties d'indépendance et d'impartialité du tribunal arbitral doivent être offertes³⁰⁵. Cela concerne également les garanties d'un procès équitable, de la publicité des débats et des décisions ainsi que la durée raisonnable de la procédure³⁰⁶. En outre, le respect de l'art. 6 § 1 CEDH peut impliquer la mise en place d'une assistance judiciaire lorsque celle-ci est indispensable à un accès effectif au juge, soit parce que la loi le prescrit, soit parce qu'elle est nécessaire en raison de la complexité de la procédure ou de l'affaire³⁰⁷.

La notion d'arbitrage forcé est particulièrement importante en droit du travail notamment pour les sportifs professionnels qui, en raison du monopole des associations sportives nationales et internationales, n'ont fréquemment pas d'autre échappatoire. Cette problématique est connue du Tribunal fédéral qui reconnaît que l'athlète qui ne souhaite pas « pratiquer son sport « dans son jardin » [...] [est] contraint d'opter *nolens volens* [pour l'arbitrage] »³⁰⁸. La question des arbitrages forcés en rapport avec le droit du travail a été abordée spécifiquement dans un arrêt de la Cour EDH *Mutu et Pechstein contre Suisse* du 2 octobre 2018. Cet arrêt, en l'absence de renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre (art. 44 § 2 CEDH), est devenu définitif le 4 février 2019. Ses tenants et aboutissants sont présentés ci-dessous.

2.2.2 Conséquences au regard de l'affaire *Mutu et Pechstein contre Suisse*

L'arrêt rendu par la Cour EDH concerne deux affaires impliquant des athlètes professionnels. La première concerne Monsieur Mutu, joueur de football professionnel, à propos de prétentions formulées par le club Chelsea suite à une résiliation avec effet immédiat du contrat de travail en raison d'un contrôle antidopage positif³⁰⁹. Le joueur a été condamné par la Chambre de

³⁰⁰ Arrêt CEDH du 28 octobre 2010 *Suda c. République Tchèque* requête n° 1643/06, § 48-49 ; Arrêt CEDH du 1^{er} mars 2016 *Tabbane c. Suisse*, requête n° 41069/12 § 25-26 ; Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, Arrêt CEDH *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n°s 40575/10 et 67474/10, § 94 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_238/2011 du 4 janvier 2012, consid. 3.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_246/2014 du 15 juillet 2015, consid. 7.2.2 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 2 ad. art. 176 LDIP.

³⁰¹ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, Arrêt CEDH *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n°s 40575/10 et 67474/10, § 94.

³⁰² Arrêt CEDH du 28 octobre 2010 *Suda c. République Tchèque* requête n° 1643/06, § 48-49 ; Arrêt CEDH du 1^{er} mars 2016 *Tabbane c. Suisse* Requête n° 41069/12 § 27 ; Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, Arrêt CEDH *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n°s 40575/10 et 67474/10, § 95-96 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_238/2011 du 4 janvier 2012, consid. 3.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_246/2014 du 15 juillet 2015, consid. 7.2.2 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 2 ad. art. 176 LDIP.

³⁰³ Arrêt CEDH du 1^{er} mars 2016 *Tabbane c. Suisse*, § 25-27 ; Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n°s 40575/10 et 67474/10, § 95-96.

³⁰⁴ Arrêt CEDH du 28 octobre 2010 *Suda c. République Tchèque* requête n° 1643/06, § 48-49 ; Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n°s 40575/10 et 67474/10, § 95.

³⁰⁵ BIGLER, *Commentaire CEDH*, N 62 ss ad. art. 6 CEDH.

³⁰⁶ BIGLER, *Commentaire CEDH*, N 62 ss ad. art. 6 CEDH.

³⁰⁷ BIGLER, *Commentaire CEDH*, N 107 ss ad. art. 6 CEDH ; WYLER / HEINZER, p. 1014.

³⁰⁸ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.2 ; BEFFA / ROBERT-TISSOT, pp. 233-234 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 149 ad. art. 178 LDIP.

³⁰⁹ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_458/2009 du 10 juin 2010.

règlement des litiges de la FIFA à verser au club plusieurs millions d'euros³¹⁰. Cette décision a fait l'objet d'un recours auprès du TAS et du Tribunal fédéral qui ont tous deux rejeté le recours³¹¹. La seconde affaire se rapporte à Madame Pechstein, patineuse de vitesse professionnelle, qui a été suspendue par l'Union internationale de patinage pour une période de deux ans suite à des tests antidopage³¹². La décision a été confirmée par le TAS³¹³. Le Tribunal fédéral a dans cette affaire également rejeté le recours³¹⁴. Les athlètes ont tous deux recouru à la Cour EDH³¹⁵.

Dans son arrêt, la Cour EDH, commence par analyser si les requérants ont renoncé librement, licitement et sans équivoque aux garanties offertes par l'art. 6 § 1 CEDH³¹⁶. La réponse à cette question constitue le pivot pour déterminer si les garanties offertes par la CEDH doivent s'appliquer indirectement au tribunal arbitral. A cet égard, la Cour EDH souligne que la situation des sportifs professionnels n'est pas comparable à celles d'hommes d'affaires et des sociétés commerciales qui « [sont] libres d'établir ou non des relations commerciales avec les partenaires de leur choix sans que cela [n'affecte] leur liberté et leur capacité de mener, avec d'autres partenaires, des projets relevant de leurs domaines d'activité respectifs »³¹⁷.

Dans le cas de Monsieur Mutu, la Cour conclut que, bien qu'il ait opté librement pour la juridiction d'un tribunal arbitral, le sportif n'avait pas renoncé « sans équivoque », c'est-à-dire en toute connaissance de cause, au droit à ce que la cause soit tranchée par un tribunal indépendant et impartial³¹⁸. La Cour, dans la lignée de ses autres décisions, retient que si l'indépendance et l'impartialité sont contestées, comme c'était le cas de Monsieur Mutu, on ne saurait retenir une renonciation « sans équivoque » aux garanties judiciaires³¹⁹. Ce faisant, la Cour EDH retient une notion large de l'arbitrage forcé³²⁰. En effet, il semblerait qu'il suffise qu'une requête de récusation d'un arbitre soit déposée pour que l'arbitrage soit qualifié de forcé³²¹.

Quant à Madame Pechstein, la Cour souligne que « le seul choix offert à la requérante [étant] soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau »³²², le refus de la clause d'arbitrage aurait apporté

³¹⁰ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_458/2009 du 10 juin 2010.

³¹¹ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_458/2009 du 10 juin 2010.

³¹² Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_612/2009 du 10 février 2010.

³¹³ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_612/2009 du 10 février 2010.

³¹⁴ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_612/2009 du 10 février 2010.

³¹⁵ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10.

³¹⁶ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 103 ss.

³¹⁷ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 107-108.

³¹⁸ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 116-123.

³¹⁹ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 121-122.

³²⁰ HIRSCH, pp. 5-6.

³²¹ HIRSCH, pp. 5-6.

³²² Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 113.

une restriction à sa vie professionnelle³²³. On ne peut donc affirmer qu'elle ait accepté la clause de manière libre et non équivoque³²⁴.

Dans les deux affaires, la Cour EDH retient que sa jurisprudence relative aux arbitrages dits forcés aurait dû être appliquée et les garanties de l'art. 6 § 1 CEDH offertes³²⁵. La Cour conclut toutefois que l'indépendance et l'impartialité des arbitres ne peuvent être remises en cause malgré la liste fermée d'arbitres du TAS ou de l'influence que les organisations sportives peuvent avoir sur la nomination³²⁶. En revanche, à l'unanimité, la Cour EDH a retenu la violation de l'art. 6 § 1 CEDH en raison de l'absence d'une audience publique³²⁷.

Cet arrêt a le mérite de préciser l'application de l'art. 6 § 1 CEDH dans le cadre des arbitrages forcés. Sa portée pour le domaine du sport professionnel est considérable car il tranche les questions de l'indépendance et de l'impartialité du TAS, toutes deux confirmées à nouveau par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent³²⁸. Il exige aussi la tenue d'audiences publiques lorsque l'arbitrage est forcé³²⁹. L'arrêt pose néanmoins un problème quant à la validité des conventions d'arbitrage. En effet, selon l'art. 1 CO applicable à la validité des contrats, la convention d'arbitrage vient à chef lorsque les parties conviennent de manière réciproque et concordante de faire trancher un litige, existant ou futur, par un tribunal arbitral en lieu et place des juridictions normalement compétentes ; le consentement des parties constitue en ce sens la base fondamentale de l'arbitrage³³⁰. En admettant la possibilité d'un arbitrage forcé, la Cour EDH s'est prononcée en faveur de la validité d'un arbitrage non-consensuel. La même solution avait été préconisée par le Tribunal fédéral dans un *obiter dictum* d'un précédent arrêt concernant un joueur de tennis professionnel qui avait été suspendu suite à une violation des règles antidopage³³¹. Le Tribunal fédéral avait certes admis que la convention d'arbitrage se retrouvait dès le départ affectée en raison du consentement obligatoire donné par l'une des parties, mais il avait toutefois adopté une approche qu'il qualifiait lui-même de libérale et de bienveillante par rapport à la conclusion de la convention d'arbitrage³³².

Cette approche non-consensuelle peut se justifier par deux motifs. Premièrement, il existe un intérêt pratique et approprié à ce que les conflits relevant du sport professionnel, d'autant plus lorsqu'ils comportent une dimension internationale, soient soumis à une juridiction spécialisée³³³. Cela vaut d'autant plus que comme souligné déjà auparavant, le TAS, tribunal

³²³ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 113-115.

³²⁴ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 113-115.

³²⁵ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 95, 115 et 123.

³²⁶ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 157-158 et 165-166.

³²⁷ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 183.

³²⁸ ATF 144 III 120, consid. 3.4.

³²⁹ HIRSCH, p. 17.

³³⁰ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 131-132 ; BOVAY / ZEITER, pp. 39-40 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 2 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, pp. 151-152 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 5 ; POUDRET / BESSON, p. 3 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], p. 2 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 115 ad. art. 178 LDIP.

³³¹ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3.

³³² ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3.

³³³ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 98 ; ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.2 ; BEFFA / ROBERT-TISSOT, pp. 233-234 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 66-68.

arbitral dont il était question dans l'arrêt *Mutu et Pechstein contre Suisse*, est considéré par la Cour EDH comme un « tribunal établi par la loi », qu'il offre des garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes et qu'il dispose en outre d'une directive sur l'assistance judiciaire³³⁴. L'application complète de l'art. 6 § 1 CEDH en cas d'arbitrage forcé peut donc être garantie. En d'autres termes, étant donné que le TAS constitue une véritable alternative aux tribunaux étatiques et qu'il doit respecter l'art. 6 § 1 CEDH, les organisations peuvent forcer les sportifs à choisir la solution arbitrale³³⁵. Secondement, l'arbitrage non-consensuel est admissible en raison de la possibilité pour les parties de recourir à l'encontre de la sentence arbitrale, dont la renonciation répond à des conditions et une jurisprudence extrêmement stricte³³⁶. En effet, celle-ci, à l'inverse de la renonciation aux tribunaux étatiques, ne respecte pas l'exigence de *quid pro quo*³³⁷.

Un arbitrage forcé présuppose ainsi, d'une part, la réalisation de l'exigence du *quid pro quo*, en ce sens que la procédure arbitrale est au moins aussi efficace qu'une procédure judiciaire et, d'autre part, l'existence d'un mécanisme permettant un accès effectif au tribunal et l'application des garanties de procédure judiciaire, comme un système d'assistance judiciaire permettant de se défendre³³⁸. Ce qui est valable dans le cas du TAS paraît difficile à réaliser lorsque la convention d'arbitrage institue par exemple un arbitrage *ad hoc* ou un arbitrage institutionnel dépourvu d'un système d'assistance judiciaire³³⁹. Dans ce cas, l'exigence du *quid pro quo* n'est pas réalisée et l'application complète de l'art. 6 § 1 CEDH ne peut pas être pleinement garantie³⁴⁰. Cela revient à contraindre la partie à renoncer à un tribunal étatique sans contrepartie³⁴¹. Dans une pareille hypothèse, la solution non-consensuelle ne devrait pas être retenue et la convention d'arbitrage ne devrait être valable faute d'un consentement libre³⁴².

2.3 Convention d'arbitrage par référence

2.3.1 Généralités

Une convention d'arbitrage par référence est une clause arbitrale, généralement une clause compromissoire, contenue dans un document distinct du contrat conclu entre les parties auquel

³³⁴ Arrêt CEDH *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 149, 159 et 182 ; ATF 144 III 120, consid. 3.4 ; BEFFA / ROBERT-TISSOT, pp. 234-235 ; BESSON, p. 167 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], p. 5.

³³⁵ BEFFA / ROBERT TISSOT, pp. 233-234 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 66-68 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], pp. 3-4.

³³⁶ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 98 ; ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.2 ; BEFFA / ROBERT TISSOT, pp. 234-235 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 66-68 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], pp. 3-4.

³³⁷ Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire *CEDH Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 98 ; ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.2 ; BEFFA / ROBERT TISSOT, pp. 234-235 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 66-68 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], pp. 3-4.

³³⁸ BEFFA / ROBERT-TISSOT, pp. 234-235 ; BESSON, p. 167 ; RIGOZZI-ROBERT-TISSOT, pp. 73-74 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], pp. 3-5.

³³⁹ RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 73-74 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], p. 5.

³⁴⁰ RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 73-74 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], p. 5.

³⁴¹ RIGOZZI / ROBERT-TISSOT, pp. 73-74 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], p. 5.

³⁴² BERGER / KELLERHALS, pp. 210-211 ; BOVAY / ZEITER, pp. 39-40 ; GÖKSU, pp. 192-193 ; BSK-IPRG-GRÄNICHEN, N 52 et 62 ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], p. 5 ; RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter], p. 5.

celui-ci renvoie, soit spécifiquement soit globalement³⁴³. Il peut s'agir de conditions générales, d'un contrat-type ou d'un règlement.

Sous l'angle du droit du travail, la problématique du renvoi n'est pas négligeable. En effet, de plus en plus, les contrats de travail sont succincts et se bornent à renvoyer à des règlements d'entreprise ou à des conventions collectives de travail³⁴⁴. En outre, la numérisation fait apparaître des contrats conclus entre des plateformes numériques et leurs travailleurs comprenant des conditions générales³⁴⁵. Il est ainsi important de déterminer quand un renvoi emporte le consentement du travailleur à la clause d'arbitrage.

S'agissant de la forme, les art. 358 CPC et 178 al. 1 LDIP disposent que la clause d'arbitrage doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen qui permet d'en établir la preuve. Le Tribunal fédéral exige à cet égard uniquement que la volonté d'incorporer le document contenant la convention d'arbitrage soit établie par un texte, ce qui est généralement le cas lors de convention d'arbitrage par référence³⁴⁶. Ainsi, la problématique du renvoi concerne avant tout la question du consentement et de l'interprétation de la volonté des parties quant à la conclusion d'une convention d'arbitrage³⁴⁷. Il faut alors, selon chaque cas d'espèce, décider si le renvoi global contenu dans un contrat de travail à un document incorporant une clause d'arbitrage peut être comprise comme le consentement de son destinataire à cette clause³⁴⁸.

L'interprétation de la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage suit les règles générales d'interprétation des contrats³⁴⁹. Ainsi, selon l'art. 18 al. 1 CO, il faut commencer par rechercher la volonté réelle des parties (interprétation subjective)³⁵⁰. Si celle-ci ne peut être démontrée, il faut établir la volonté présumée des parties en interprétant leurs manifestations de volonté selon le principe de la confiance, c'est-à-dire en se basant sur ce qu'aurait compris un destinataire raisonnable et honnête placé dans les mêmes circonstances (interprétation

³⁴³ CASEY-OBRIST, pp. 180-181 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 27 ad. art 357 CPC ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 145 ad. art. 178 LDIP.

³⁴⁴ CASEY-OBRIST, p. 185 ; DIETSCHY, p. 123 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 640 et 648 ; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, N 2 ad. Art. 320 CO ; BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH, N 18 ad. Art. 320 CO ; WYLER / HEINZER, pp. 1010-1011.

³⁴⁵ CASEY-OBRIST, p. 185 ; CIRIGLIANO, p. 440 ; DIETSCHY, p. 123 ; WYLER / HEINZER, pp. 1010-1011.

³⁴⁶ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4P.230/2000 du 7 février 2001, consid. 2a ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4P.126/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2c ; BERGER / KELLERHALS, pp. 152-153 ; CASEY-OBRIST, p. 180 ; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, N 6 ad. art. 178 LDIP ; GÖKSU, p. 166 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 18 ad. art. 178 LDIP ; CR-CPC-TSCHANZ, N 42-43 ad. art. 178 LDIP.

³⁴⁷ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4P.230/2000 du 7 février 2001, consid. 2a ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4P.126/2001 du 18 décembre 2001, consid. 2c ; BERGER / KELLERHALS, pp. 152-153 ; CASEY-OBRIST, p. 180 ; GÖKSU, p. 166 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 18 ad. art. 178 LDIP ; CR-CPC-TSCHANZ, N 42-43 et 145 ad. art. 178 LDIP.

³⁴⁸ BERGER / KELLERHALS, pp. 152-153 ; CASEY-OBRIST, p. 182 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128.

³⁴⁹ ATF 116 Ia 56 = JdT 1990 I 563, consid. 3b ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; ATF 130 III 66 = SJ 2004 p. 233, consid. 3.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_376/2008 du 5 décembre 2008, consid. 7.3.1 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, p. 160 ; CASEY-OBRIST, pp. 180-181 ; GÖKSU, pp. 175-176 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 133-134 ; POUURET / BESSON, p. 278 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 118 ad. art. 178 LDIP.

³⁵⁰ ATF 116 Ia 56 = JdT 1990 I 563, consid. 3b ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; ATF 130 III 66 = SJ 2004 p. 233, consid. 3.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, p. 160 ; CASEY-OBRIST, p. 180 ; GÖKSU, pp. 175-176 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 133-134 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 119 ad. art. 178 LDIP.

objective)³⁵¹. Le Tribunal fédéral estime toutefois que ces règles générales doivent être adaptées pour tenir compte « de la nature particulière de la convention d'arbitrage »³⁵². En cas de doute, le Tribunal fédéral estime qu'il convient d'avoir une interprétation restrictive en raison des effets de l'arbitrage (renonciation aux juridictions étatiques, coût élevé, voies de recours restreintes)³⁵³.

2.3.2 Avec renvoi spécifique

Le renvoi est spécifique lorsque le contrat renvoie explicitement à la convention d'arbitrage contenue dans un autre document³⁵⁴. Sous réserve des règles générales du droit des contrats, le renvoi spécifique ne pose pas de problème particulier dans la mesure où toute personne raisonnable et de bonne foi placée dans les mêmes circonstances interpréterait l'acceptation par le cocontractant du renvoi comme s'étendant à la clause arbitrale que le document incorporé contient³⁵⁵.

2.3.3 Avec renvoi global

Le renvoi est global lorsque le contrat de travail se borne à renvoyer à un document contenant entre autres une clause d'arbitrage³⁵⁶. Dans un tel cas, la question du consentement à la clause arbitrale contenue dans un document distinct doit être analysée à l'aune du principe de la confiance et de la jurisprudence relative aux conditions générales³⁵⁷. Cette dernière prévoit qu'indépendamment de savoir si la partie a lu les conditions générales ou non, le cocontractant peut partir du principe que l'autre partie accepte les clauses, sous réserve de celles auxquelles il ne pouvait raisonnablement espérer que l'autre partie adhère, appelées les clauses insolites³⁵⁸. Le caractère insolite d'une clause s'analyse objectivement et subjectivement³⁵⁹. Objectivement, la clause a « un contenu qui déroge de la nature de l'affaire »³⁶⁰ en ce sens qu'elle s'écarte manifestement de son cadre légal³⁶¹. Subjectivement, seule la partie faible ou inexpérimentée qui est considérée comme inférieure au cocontractant pour des raisons économiques ou sociales peut se prévaloir de la règle de l'insolite³⁶². Si une telle clause est contenue dans des conditions

³⁵¹ ATF 116 Ia 56 = JdT 1990 I 563, consid. 3b ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3 ; ATF 130 III 66 = SJ 2004 p. 233, consid. 3.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_676/2014 du 3 juin 2015, consid. 3.2.2 ; BERGER / KELLERHALS, p. 160 ; CASEY-OBRIST, p. 180 ; GÖKSU, pp. 175-176 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 133-134 ; CR-LDIP-TSCHANZ, N 119 ad. art. 178 LDIP.

³⁵² ATF 116 Ia 56, JdT 1990 I 563, consid. 3b ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3.

³⁵³ ATF 116 Ia 56, JdT 1990 I 563, consid. 3b ; ATF 129 III 675 = JdT 2004 I 66, consid. 2.3.

³⁵⁴ BERGER / KELLERHALS, pp. 151-152 ; CASEY-OBRIST, p. 181 ; BSK-IPRG-GRÄNICHER, N 58 ad. art. 178 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128 ; CR-CPC-TSCHANZ, N 145 ad. art. 178 LDIP.

³⁵⁵ ATF 110 II 54, consid. 3c/aa ; BERGER / KELLERHALS, p. 152 ; CASEY-OBRIST, p. 181 ; GÖKSU, p. 168 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128.

³⁵⁶ CASEY-OBRIST, p. 181 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128.

³⁵⁷ ATF 110 II 54, consid. 3c/aa ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4C_282/2003 du 15 décembre 2003, consid. 3.1 ; BERGER / KELLERHALS, p. 153 ; DIETSCHY, p. 123 ; GÖKSU, pp. 165-168 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128 ; WYLER / HEINZER, p. 1010.

³⁵⁸ ATF 108 II 416, consid. 1b ; ATF 109 II 213 = JdT 1984 I 202, consid. 2a ; ATF 119 II 443, consid. 1a ; ATF 135 III 225 = JdT 2009 I 475, consid. 1.3 ; BERGER / KELLERHALS, pp. 152-153 ; CR-CO-I-MORIN, N 176-177 ad. art. 1 CO.

³⁵⁹ GÖKSU, pp. 166-167 ; CR-CO-I-MORIN, N 176 ad. art. 1 CO.

³⁶⁰ ATF 135 III 225 = JdT 2009 I 475, consid. 1.3 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_601/2015 du 19 avril 2016, consid. 2.2.3.

³⁶¹ CR-CO-I-MORIN, N 176 ad. art. 1 CO.

³⁶² BERGER / KELLERHALS, p. 153 ; GÖKSU, p. 167 ; BSK-ZPO-GIRSBERGER, N 28 ad. art. 357 CPC ; CR-CO-I-MORIN, N 176-177 ad. art. 1 CO.

générales, elle est alors simplement considérée comme non écrite, sous réserve que l'attention du cocontractant ait été spécialement attirée sur son contenu³⁶³.

Dans l'analyse spécifique du caractère insolite des conventions d'arbitrage incorporées globalement, le Tribunal fédéral se montre strict car les parties renoncent à plusieurs garanties constitutionnelles (art. 29 ss Cst.)³⁶⁴. Il renvoie ainsi à la jurisprudence valant pour les élections de for contenues dans des conditions générales pour lesquelles le Tribunal fédéral part du principe qu'elles sont inefficaces, sous réserve d'une mise en évidence à un endroit bien visible, la renonciation au juge de son propre domicile impliquant une déclaration expresse, claire et sans équivoque³⁶⁵. Le renvoi à cette jurisprudence apparaît justifié pour les conventions d'arbitrage par le biais desquelles les parties renoncent à davantage que le for du domicile³⁶⁶. L'efficacité dépend toutefois toujours des circonstances concrètes, comme le Tribunal fédéral le souligne : il faut dans chaque cas « rechercher si le partenaire contractuel du renonçant pouvait admettre, de bonne foi, qu'en acceptant de passer le contrat, son cocontractant a également donné son accord à la clause de prorogation de for qui y est contenue »³⁶⁷. Ainsi, le consentement à la convention d'arbitrage sera sans doute admis lorsque les parties sont rompues aux affaires, d'autant plus dans un contexte international³⁶⁸.

Sous l'angle des conflits individuels de travail se pose dès lors la question de savoir si une clause arbitrale peut être qualifiée d'insolite et par conséquent inefficace³⁶⁹. La réponse à cette problématique dépend des rapports de travail concrets, du poste occupé par le travailleur, de même que son expérience dans le domaine en question³⁷⁰. En effet, elle n'est certainement pas la même s'il s'agit d'un simple travailleur ou d'un cadre actif dans une entreprise internationale³⁷¹. Dans la première hypothèse, le travailleur est dans une relation de dépendance économique, inexpérimenté et œuvre dans une branche où l'arbitrage est peu commun. Par conséquent, il faudrait raisonnablement conclure qu'une clause arbitrale pourrait être qualifiée d'insolite tant objectivement que subjectivement et que le renvoi n'emporterait ainsi pas l'adhésion du travailleur à une convention d'arbitrage, à moins que son attention ait été explicitement attirée³⁷². Cela vaut d'autant plus au vu de la jurisprudence sévère du Tribunal fédéral lorsqu'il s'agit de renoncer au for ordinaire et aux garanties qui s'y attachent³⁷³. Il en irait différemment pour un cadre au niveau international ou dans le domaine du sport professionnel³⁷⁴. Dans le contexte du sport professionnel, les conventions d'arbitrage sont inhérentes à la branche (*branchentypisch*) comme dans le contexte commercial³⁷⁵. Comme le

³⁶³ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_601/2015 du 19 avril 2016, consid. 2.2.3.

³⁶⁴ Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4C_282/2003 du 15 décembre 2003, consid. 3.1.

³⁶⁵ ATF 109 Ia 55, consid. 3a ; ATF 118 Ia 294, consid. 2a ; ATF 128 I 273, consid. 2.3.

³⁶⁶ DIETSCHY, p. 123 ; GÖKSU, pp. 168-169.

³⁶⁷ ATF 109 Ia 55, consid. 3a ; ATF 118 Ia 294, consid. 2a.

³⁶⁸ ATF 110 II 54, consid. 3c/aa ; BERGER / KELLERHALS, pp. 152-153 ; DIETSCHY, p. 123 ; GÖKSU, pp. 167-169 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128.

³⁶⁹ CASEY-OBRIST, pp. 185-186

³⁷⁰ CASEY-OBRIST, pp. 185-186.

³⁷¹ CASEY-OBRIST, p. 186 ; DIETSCHY, p. 123 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 127-128 ; WYLER / HEINZER, p. 1010.

³⁷² CASEY-OBRIST, pp. 185-186 ; DIETSCHY, p. 123 ; WYLER / HEINZER, p. 1011.

³⁷³ ATF 109 Ia 55, consid. 3a ; ATF 118 Ia 294, consid. 2a ; ATF 128 I 273, consid. 2.3 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4C_282/2003 du 15 décembre 2003, consid. 3.1.

³⁷⁴ CASEY-OBRIST, pp. 185-196 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 648.

³⁷⁵ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3 ; ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.2.2 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 648.

souligne la jurisprudence fédérale, les conventions d'arbitrage permettent la liquidation rapide des litiges, d'autant quand les tribunaux arbitraux sont spécialisés³⁷⁶. Dès lors, dans ce type d'affaires, une clause arbitrale n'apparaît pas comme objectivement insolite. Subjectivement, au vu de l'expérience d'un sportif professionnel et de ses connaissances en la matière, il apparaît difficile d'argumenter le caractère insolite³⁷⁷. Le Tribunal fédéral examine d'ailleurs la question de la validité d'une convention d'arbitrage par renvoi global dans le domaine du sport de manière libérale et bienveillante³⁷⁸. La même argumentation pourrait probablement être tenue s'agissant d'un directeur actif sur le plan international³⁷⁹. En effet, en raison de son expérience sur le marché et de la fréquence des clauses arbitrales dans le domaine en question, une clause arbitrale n'apparaîtrait pas nécessairement insolite et lierait de ce fait cet employé³⁸⁰.

CONCLUSION

L'admissibilité des conventions d'arbitrage pour les conflits individuels de travail est une problématique délicate qui soulève nombre de questions.

Cela s'explique principalement par les approches différentes en arbitrage interne et international. En arbitrage interne, la protection du travailleur reste au centre du dispositif retenu : l'arbitrabilité des conflits individuels a été considérablement restreinte et la possibilité de recourir à l'*opting out* est exclue dans les causes exclusivement helvétiques. A l'inverse, en arbitrage international, la démarche est plus libérale et l'arbitrabilité des conflits est largement admise. Pour cela, il faut toutefois, selon la jurisprudence, qu'il existe un lien objectif d'extranéité ou alors que les conditions d'application du chapitre 12 de la LDIP soient pleinement réalisées : c'est seulement dans ce cas qu'il est admissible que le travailleur renonce à l'accès aux tribunaux étatiques.

A l'ère de la globalisation et de la numérisation, les frontières entre États sont de plus en plus floues et les limites entre droit interne et international deviennent ténues. Il suffit souvent de cliquer sur une touche d'ordinateur pour conclure un contrat de travail transnational. Il n'est pas ici question de faire le procès de la numérisation qui présente de nombreux avantages tant pour les employeurs que pour les travailleurs, ne serait-ce qu'en termes de flexibilité et d'autonomie. En revanche, il faut éviter que l'approche libérale en arbitrage international soit utilisée à dessein par des entreprises pour se soustraire à la protection légale offerte au travailleur et précariser les relations de travail.

Ce risque n'a pas échappé à l'Union syndicale suisse lors de la procédure de consultation relative à la modification du chapitre 12 de la LDIP³⁸¹. Le syndicat a proposé au demeurant que la jurisprudence en arbitrage interne soit transposée en arbitrage international³⁸². Dans son

³⁷⁶ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3 ; ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.2.2 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 648.

³⁷⁷ CASEY-OBRIST, pp. 185-185 ; KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010], pp. 128-129.

³⁷⁸ ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3 ; ATF 138 III 29 = JdT 2013 II p. 144, consid. 2.2.2 ; Arrêt (non-publié) du Tribunal fédéral 4A_460/2008 du 9 janvier 2009, consid. 6.2 ; JOHNSON WILCKE / WILDHABER [*Arbitration*], p. 648.

³⁷⁹ CASEY-OBRIST, pp. 185-185 ; GÖKSU, pp. 167-168.

³⁸⁰ CASEY-OBRIST, pp. 185-185 ; GÖKSU, pp. 167-168.

³⁸¹ Modification de la loi sur le droit international privé (arbitrage international), rapport sur les résultats de la procédure de consultation, p. 15.

³⁸² Modification de la loi sur le droit international privé (arbitrage international), rapport sur les résultats de la procédure de consultation, p. 15.

message³⁸³, le Conseil fédéral a proposé de maintenir le régime actuel. Il a cependant précisé que les conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail feraient l'objet d'un rapport d'ici 2022³⁸⁴.

S'il est vrai que la globalisation peut constituer une menace pour les droits du travailleur, il faut avoir à l'esprit que les règles générales liées à la validité des conventions d'arbitrage permettent, dans une certaine mesure, de tempérer ces risques. Il suffit de rappeler qu'une convention d'arbitrage peut être qualifiée d'insolite – et donc être inopposable – si le travailleur n'est pas familiarisé avec l'arbitrage. Il en va de même des considérations faites sur l'engagement excessif et l'arbitrage forcé pour s'assurer que l'accès fondamental à la justice est garanti dans tous les cas.

Pour l'heure, tant le législateur que l'exécutif ne semblent pas vouloir apporter de modifications au régime actuel. Dans son rapport donnant sur les postulats Reynard et Derder³⁸⁵, le Conseil fédéral reconnaît le problème. S'il admet que les solutions de la LDIP ont fait leurs preuves pour des spécialistes et cadres travaillant à l'international, « les développements récents liés à la numérisation ont créé de nouvelles catégories de travailleurs, où le besoin de protection peut être avéré et pour lesquelles le cadre libéral de la LDIP peut conduire à des solutions inappropriées »³⁸⁶.

Comme souvent en matière de numérisation, le droit risque d'être en retard sur la réalité économique et sociale. L'accroissement des formes de travail intermittent et atypique, propres par exemple à l'économie des plateformes en ligne, est aujourd'hui une réalité qui demande des réponses claires. Il y a fort à parier que le débat sera tranché par les tribunaux, et finalement par le Tribunal fédéral, dans un proche avenir.

³⁸³ FF 2018 7153, p. 7169.

³⁸⁴ FF 2018 7153, p. 7169 ; Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques – Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017, p. 107.

³⁸⁵ Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques – Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017.

³⁸⁶ Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques – Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017, p. 64.

Bibliographie

- ASCHAUER Christian / GANTENBERG Ulrike / GABRIEL Simon, in : TORGLER Hellwig/MOHS Florian/SCHÄFER Friederike/WONG Valentina Venus (édit.), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland - Österreich – Schweiz*, 2^{ème} éd., Schulthess, Zurich 2017 (cité : ASCHAUER / GANTENBERG / GABRIEL).
- AUBERT Gabriel, in : WERRO Franz / THÉVENOZ Luc, *Commentaire romand – Code des obligations I, art. 1 – 529 CO*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012 (cité : CR-CO-I-AUBERT).
- AUBERT Gabriel, *L'arbitrage en droit du travail*, in : Bulletin ASA 2000, pp. 2-30 (cité : AUBERT).
- BEFFA Luca / ROBERT-TISSOT Fabrice, in : HIRSCH Laurent / IMHOOS Christophe (édit.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Schulthess Zurich 2018 (cité : BEFFA / ROBERT-TISSOT).
- BEFFA Luca, *Arbitrabilité des conflits individuels de travail : critique de l'arrêt 4A_71/2010 du 28 juin 2010 et questions ouvertes*, in : PJA 11/2010 p. 1433 (cité : BEFFA).
- BERGER Bernhard / KELLERHALS Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3^{ème} éd., Stämpfli Berne 2015 (cité : BERGER / KELLERHALS).
- BERGER Bernhard, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozess im Jahr 2018 – 3. Teil : Schiedsgerichtsbarkeit*, in : RJB 156/2020 p. 126, Stämpfli 2020 (cité : BERGER).
- BESSON Sébastien, *Sports arbitration : which lessons for employment disputes ?*, in : GEISINGER Elliott/ TRABALDO-DE MESTRAL Elena (édit.), *Sports arbitration : A Coach for Others Players*, JurisNet Huntington New York 2015 (cité : BESSON).
- BIGLER Olivier, in : GONIN Luc / BIGLER Olivier, *Convention européenne des droits de l'homme CEDH, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Stämpfli Berne 2018 (cité : BIGLER, *Commentaire CEDH*).
- BOHNET François / DIETSCHY Patricia, in : DUNAND Jean-Philippe / MAHON Pascal (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 1^{ère} éd., Stämpfli Berne 2013 (cité : BOHNET / DIETSCHY, *Commentaire du contrat de travail*).
- 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 Pascal / NGUYEN Minh Son (édit.), *L'activité et l'espace - Droit du sport et aménagement du territoire, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2011 (cité : BOHNET / ZEN-RUFFINEN).
- BOHNET François, *Les conflits individuels de travail et 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 François / WESSNER Pierre (édit.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing Lichtenhahn Collection Neuchâteloise Bâle / Genève / Munich 2005 (cité : BOHNET).

- BONOMI** Andrea, in : **BUCHER** Andreas (édit.), *Commentaire romand – Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2011 (cité : CR-LDIP-BONOMI / CR-CL-BONOMI).
- BOVAY** Benoît / **ZEITER** Lionel, *Les garanties fondamentales de procédure en droit suisse de l'arbitrage*, in : JdT 2002 I p. 36 (cité : BOVAY / ZEITER).
- BUCHER** Andreas / **BONOMI** Andrea, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cité : BUCHER / BONOMI).
- BUCHER** Andreas, in : **BUCHER** Andreas (édit.), *Commentaire romand – Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2011 (cité : CR-LDIP-BUCHER).
- CASEY-OBRIST** Angela, *Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren*, Helbing Lichtenhahn Collection Neuchâteloise Bâle 2016 (cité : CASEY-OBRIST).
- CIRIGLIANO** Luca, *Numérisation et droit du travail, Une analyse de lege lata et ferenda d'aspects choisis*, in : PJA 4/2018 p. 438 (cité : CIRIGLIANO).
- DIETSCHY** Patricia, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2010 (cité : DIETSCHY).
- DUNAND** Jean-Philippe, in : **DUNAND** Jean-Philippe / **MAHON** Pascal (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 1^{ère} éd., Stämpfli Berne 2013 (cité : DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*).
- DUTOIT** Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2016 (cité : DUTOIT, *Commentaire LDIP*).
- FRÖHLICH** Stephan, *Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Stämpfli Berne 2014 (cité : FRÖHLICH).
- FULD** Stéphanie, *Les faits de double pertinence en général et en droit du travail*, in : **WYLER** Rémy (édit.), *Panorama II en droit du travail, recueil d'études réalisées par des praticiens*, 1^{ère} éd. Stämpfli Berne 2012 (cité : FULD).
- GIRSBERGER** Daniel, in : **SPÜHLER** Karl / **TENCHIO** Luca / **INFANGER** Dominik (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2017 (cité : BSK-ZPO-GIRSBERGER).
- GÖKSU** Tarkan, *Das „Pechstein-Urteil“ des Landgerichts München : Falsche Anwendung des schweizerischen Rechts*, in : CaS, 2014, p. 356 (cité : GÖKSU [Pechstein]).
- GÖKSU** Tarkan, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Dike Zurich / St-Gall 2014 (cité : GÖKSU).
- GRÄNICHER** Dieter, in : **HONSELL** Heinrich / **VOGT** Nedim Peter / **SCHNYDER** Anton K. / **BERTI** Stephen V. (édit.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cité : BSK-IPRG-GRÄNICHER).

- GUILLAUME** Florence, *Droit international privé (partie générale et procédure civile internationale)*, 4^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (cité : GUILLAUME [droit international privé]).
- GUILLAUME** Florence, *Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques*, in : DUNAND Jean-Philippe / MAHON Pascal (édit.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genève / Zurich / Bâle 2019 (cité : GUILLAUME).
- HALDY** Jacques, in : BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis (édit.), *Commentaire romand – Code de procédure civile*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (cité : CR-CPC-HALDY).
- HEINZMANN** Michel / **MARADAN** Léonard, *Procès civil social et arbitrabilité des litiges en droit du travail*, in : *Quid iuris ? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law*, Growth Publisher Law Berne 2015 (cité : HEINZMANN / MARADAN).
- HIRSCH** Laurent, *Commentaire de l'arrêt Mutu et Pechstein*, in : Jusletter 11 mars 2019 (cité : HIRSCH).
- HUGUENIN** Claire / **REITZE** Christophe Peter, in : GEISER Thomas / FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I – Art. 1- 456 ZGB*, 6^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (cité : BSK-ZGB-I-HUGUENIN / REITZE).
- JOHNSON WILCKE** Alexandra / **WILDHABER** Isabelle, *Arbitrating Labor Disputes in Switzerland*, in : *Journal of International Arbitration* 27/6, Kluwer Law International 2010 (cité : JOHNSON WILCKE / WILDHABER [Arbitration]).
- KARRER** Pierre A., in : HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K. / BERTI Stephen V. (édit.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cité : BSK-IPRG-KARRER).
- KARRER** Pierre A., *La convention d'arbitrage en droit suisse - Forme validité, portée*, in : BOHNET François / WESSNER Pierre (édit.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing Lichtenhahn Collection Neuchâteloise Bâle / Genève / Munich 2005 (cité : KARRER).
- KAUFMANN-KOHLER** Gabrielle / **RIGOZZI** Antonio, *Arbitrage international : Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^{ème} éd., Editions Weblaw Berne 2010 (cité : KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2010]).
- KAUFMANN-KOHLER** Gabrielle / **RIGOZZI** Antonio, *International Arbitration : Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press Corby Northants 2015 (cité : KAUFMANN-KOHLER / RIGOZZI [2015]).
- KOLLER** Thomas / **SENNHAUSER** Norbert, *Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010*, in : RJB 148/2012 p. 405 (cité : KOLLER / SENNHAUSER).
- LEUENBERGER** Christoph, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 – 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis*, in : RJB 148/2012, p. 123 (cité : LEUENBERGER).

- LIENHARD** Andreas, *Arbitrability of Domestic Employment Law Disputes in Switzerland – An analysis of the Swiss Supreme Court’s Decision 136 III 467*, in : GIRSBERGER Daniel / MÜLLER Christoph, *Selected Papers on International Arbitration*, Volume 4, Stämpfli, 2018 (cité : LIENHARD [SAA]).
- LIENHARD** Andreas, *Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_7/2018 vom 18. April 2018, FC A. gegen B., Arbeitsvertrag*, in : PJA 6/2018 p. 772 (cité : LIENHARD [PJA]).
- MABILLARD** Ramon / **BRINER** Robert, in : HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / SCHNYDER Anton K. / BERTI Stephen V. (édit.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cité : BSK-IPRG-MABILLARD / BRINER).
- MARCHAND** Sylvain, in : PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédicte (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2010 (cité : CR-CC-I-MARCHAND).
- MORIN** Ariane, in : WERRO Franz / THÉVENOZ Luc, *Commentaire romand – Code des obligations I, art. 1 – 529 CO*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012 (cité : CR-CO-I-MORIN).
- PIFFNER** Daniel C. / **HOCHSTRASSER** Daniel, in : HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / SCHNYDER Anton K./BERTI Stephen V. (édit.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cité : BSK-IPRG-PIFFNER / HOCHSTRASSER).
- PFISTERER** Stefanie, in : BOOG Christopher / BUHR Axel / GABRIEL Simon / LAZOPOULOS Michael / MARUGG Daniel / PFISTERER Stefanie / Stacher Marco / STARK-TRABER Sonja / WEHRLI Daniel, *Berner Kommentar, Band III – Binnenschiedsgerichtbarkeit-Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 353-300 ZPO und Art. 407 ZPO*, Stämpfli Berne 2014 (cité : BK-ZPO-PFISTERER).
- PORTMANN** Wolfgang / **HOLENSTEIN** Andreas, *Aktuelle Entwicklungen in der verfahrensrechtlichen Rechtsprechung mit Bedeutung für das Arbeitsrecht*, in : HUMMER Bettina / WYLER Rémy (édit.), *Piliers du droit social - Mélanges en l’honneur de Jacques-André Schneider*, Stämpfli Berne 2019 (cité : PORTMANN / HOLENSTEIN).
- PORTMANN** Wolfgang / **RUDOLPH** Roger, in : WIDMER LÜCHINGER Corinne / OSER David (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-529 OR*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2019 (cité : BSK-OR-I-PORTMANN / RUDOLPH).
- POUDRET** Jean-François / **BESSON** Sébastien, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Schulthess Zurich / Bâle / Genève 2002 (cité : POUDRET / BESSON).
- REHBINDER** Manfred / **STÖCKLI** Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV : Obligationenrecht, 2. Abteilung : Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband : Der Arbeitsvertrag, art. 319-362 OR, 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319 – 330b OR*, Stämpfli Berne 2010 (cité : BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2010]).

- REHBINDER** Manfred / **STÖCKLI** Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, der Arbeitsvertrag, art. 331-335 OR und 361-362 OR*, 2^{ème} éd., Stämpfli Berne 2014 (cité : BK-OR-REHBINDER / STÖCKLI [2014]).
- RIGOZZI** Antonio / **ROBERT-TISSOT** Fabrice, “Consent” in *Sports arbitration : Its Multiple Aspects*, in : GEISINGER Elliott/ TRABALDO-DE MESTRAL Elena (édit.), *Sports arbitration : A Coach for Others Players*, JurisNet Huntington New York 2015 (cité : RIGOZZI / ROBERT-TISSOT).
- RIGOZZI** Antonio / **ROBERT-TISSOT** Fabrice, *La pertinence du « consentement » dans l’arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport*, in : Jusletter du 16 juillet 2012 (cité : RIGOZZI / ROBERT-TISSOT [Jusletter]).
- RUDOLPH** Roger, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018 – Arbeitsrecht*, in : RJB 155/2019 p. 813 (cité : RUDOLPH).
- RÜEGG** Viktor / **RÜEGG** Michael, in : SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2017 (cité : BSK-ZPO-RÜEGG / RÜEGG).
- SCHOTT** Markus / **COURVOISIER** Maurice, in : HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / SCHNYDER Anton K. / BERTI Stephen V. (édit.), *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 (cité : BSK-IPRG-SCHOTT / COURVOISIER).
- SCHWEIZER** Philippe, *Arbitrabilité et droit du travail en matière interne, état des lieux provisoire*, in : RSPC 4/2010, p. 365 ss (cité : SCHWEIZER [RSPC]).
- SCHWEIZER Philippe**, *Droit du travail – Droit international privé et fors, arbitrage*, in : WYLER Rémy (édit.), *Panorama en droit du travail, recueil d’études réalisées par des praticiens*, Sämpfli Berne 2009 (cité : SCHWEIZER [Panorama]).
- SCHWEIZER** Philippe, in : BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis (édit.), *Commentaire romand – Code de procédure civile*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (cité : CR-CPC-SCHWEIZER).
- STACHER** Marco, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Dike Verlag Zurich / St-Gall 2015 (cité : STACHER).
- STREIFF** Ullin / **VON KAENEL** Adrian / **RUDOLPH** Roger, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^{ème} éd., Schulthess Zurich 2012 (cité : STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH).
- TAPPY** Denis, in : BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis (édit.), *Commentaire romand – Code de procédure civile*, 2^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (cité : CR-CPC-TAPPY).
- TERCIER** Pierre / **PICHONNAZ** Pascal, *Le droit des obligations*, 6^{ème} éd., Schulthess Genève / Zürich / Bâle 2019 (cité : TERCIER / PICHONNAZ).

TSCHANZ Pierre-Yves, in : **BUCHER** Andreas (édit.), *Commentaire romand – Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2011 (cité : CR-LDIP-TSCHANZ).

WEBER-STECHER Urs, in : **SPÜHLER** Karl / **TENCHIO** Luca / **INFANGER** Dominik (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2017 (cité : BSK-ZPO-WEBER-STECHER).

WILDHABER Isabelle S. / **JOHNSON WILCKE** Alexandra, *Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit*, in : *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung*, Schulthess Zurich 2010 (cité : WILDHABER / JOHNSON WILCKE [*Arbeitsrecht*]).

WYLER Rémy / **HEINZER** Boris, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Stämpfli Berne 2019 (cité : WYLER / HEINZER).

ZEIN Bassem, *Travail par les plateformes : quelles relations contractuelles ?*, in : PJA 6/2018 p. 711 (cité : ZEIN).

Publications officielles

Bulletin officiel du Conseil des Etats (Loi fédérale sur les fors en matière civile), du 5 octobre 1999.

Classement des réponses à la procédure de consultation de l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse de 2004.

Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques – Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017.

Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) (FF 1983 I 255).

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile (CPC) (FF 2006 6841).

Message du 24 octobre 2018 sur la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 : arbitrage international) (FF 2018 7153).

Modification de la loi sur le droit international privé (arbitrage international), rapport sur les résultats de la procédure de consultation du 8 août 2018.

Table de jurisprudence

Jurisprudence fédérale

<i>Arrêts publiés au Recueil officiel</i>	<i>Traduction au JdT</i>	<i>Traduction à la SJ</i>
ATF 77 I 194	JdT 1952 I 186	
ATF 102 Ia 417		
ATF 102 II 211		
ATF 108 II 416		
ATF 109 Ia 55		
ATF 109 II 213	JdT 1984 I 202	
ATF 110 II 54		
ATF 110 II 168	JdT 1985 I 28	
ATF 116 Ia 56	JdT 1990 I 563	
ATF 117 II 94	JdT 1992 I p. 57	
ATF 118 Ia 294		
ATF 118 II 58		
ATF 118 II 193		
ATF 118 II 353		
ATF 119 II 380		
ATF 119 II 443		
ATF 121 III 38		
ATF 121 III 495		
ATF 124 III 469		
ATF 128 I 273		
ATF 128 III 50		
ATF 129 III 35	JdT 2003 I 127	
ATF 129 III 209	JdT 2003 I 623	
ATF 129 III 276	JdT 2003 I 346	
ATF 129 III 675	JdT 2004 I 66	
ATF 130 III 66		SJ 2004 p. 233
ATF 131 III 153		
ATF 132 III 389		
ATF 133 III 235		
ATF 135 III 225	JdT 2009 I 475	
ATF 136 III 467		
ATF 138 III 29	JdT 2013 II p. 144	

ATF 140 III 367
ATF 141 III 294
ATF 141 III 444
ATF 142 III 466
ATF 143 III 462
ATF 144 III 120
ATF 144 III 235
ATF 145 III 266

JdT 2018 II 323

Arrêts non-publiés au Recueil officiel

Arrêt 4P.230/2000 du 7 février 2001
Arrêt 4P.126/2001 du 18 décembre 2001
Arrêt 4C_282/2003 du 15 décembre 2003
Arrêt 4C_390/2005 du 2 mai 2006
Arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008
Arrêt 4A_376/2008 du 5 décembre 2008
Arrêt 4A_460/2008 du 9 janvier 2009
Arrêt 4A_654/2011 du 23 mai 2012
Arrêt 4A_612/2009 du 10 février 2010
Arrêt 4A_458/2009 du 10 juin 2010
Arrêt 4A_238/2011 du 4 janvier 2012
Arrêt 4A_452/2012 du 3 décembre 2012
Arrêt 4A_388/2012 du 18 mars 2013
Arrêt 4A_515/2012 du 17 avril 2013
Arrêt 4A_254/2013 du 19 novembre 2013
Arrêt 4A_25/2014 du 7 avril 2014
Arrêt 4A_178/2014 du 11 juin 2014
Arrêt 4A_676/2014 du 3 juin 2015
Arrêt 4A_246/2014 du 15 juillet 2015
Arrêt 4A_200/2015 du 3 septembre 2015
Arrêt 4A_601/2015 du 19 avril 2016
Arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017
Arrêt 4A_10/2017 du 19 juillet 2017
Arrêt 4A_312/2017 du 21 novembre 2017
Arrêt 4A_96/2017 du 14 décembre 2017

Arrêt 4A_13/2018 et 4A_17/2018 du 23 octobre 2018

Arrêt 4A_7/2019 du 21 mars 2019

Arrêt 4A_540/2018 du 7 mai 2019

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

Arrêt CEDH du 28 octobre 2010 Suda contre République Tchèque, requête n° 1643/06.

Arrêt CEDH du 1^{er} mars 2016 Tabbane contre Suisse, requête n° 41069/12.

Arrêt CEDH du 2 octobre 2018, affaire Mutu et Pechstein contre Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10.