

L'arbitrage, avenir du droit du travail ?

Jacques BARTHELEMY

Avocat conseil en droit social

Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier

RESUME. — Le droit du travail a pour finalité de corriger les effets de la subordination juridique, comme en témoigne le grand nombre de dispositions légales impératives et la place du principe de faveur irriguant les conflits de sources. L'auteur examine l'éventualité d'un autre droit du travail, pas moins protectif, mais qui reposerait sur une place plus importante laissée au contrat, spécialement à la convention collective. Cette conception plus contractuelle, moins réglementaire, irrigue de plus en plus le droit positif, au fur et à mesure de l'évolution des mentalités. Selon l'auteur, les procédures d'arbitrage ont un rôle éminent à jouer dans la conception puis la mise en œuvre d'un droit du travail donnant un rôle privilégié au contrat collectif et réduisant celui de la loi à fixer les principes comme l'y invite la constitution. Mais cela exige de la part des négociateurs, une compétence technique qui leur fait souvent défaut, et à propos de laquelle l'auteur offre des remarques conclusives.

Mots-clés : droit du travail, subordination, convention collective, contrat

CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES

1/ Dans les facultés de droit, on illustre l'ordre public social par la compétence exclusive du juge prud'homal et par l'interdiction des clauses compromissaires dans le contrat de travail. Bien que, par ailleurs, l'arbitrage soit possible en matière de conflits collectifs, rarissimes sont les conventions collectives ayant organisé une telle faculté. Au vu de ce double constat, une communication sur l'arbitrage en droit du travail manque singulièrement d'intérêt si on limite l'ambition à l'analyse du droit positif.

Cette double prohibition trouve sa source dans la manière dont a été déclinée la fonction protectrice du droit du travail. Partant du postulat de la qualité de « mineur social » du salarié, on n'a assigné à cette discipline comme finalité que de corriger les effets de la subordination juridique, ce dont attestent d'un côté un volume de dispositions légales impératives plus vaste que ce que recouvre la notion civiliste d'ordre public, d'un autre côté le principe de faveur irriguant les conflits de sources. Dans le contrat de travail, il

n'est que peu de place pour la volonté des parties, dès lors que celle du salarié est légalement suspecte.

2/ Un autre droit du travail est possible. Il repose sur une place plus importante laissée au contrat, spécialement à la convention collective. Celle-ci a, comme la loi, la capacité de construire des normes mais celles-ci sont potentiellement adaptables aux spécificités d'un contexte précis et (ou) d'un objectif déterminé, ce qui est de nature à concilier efficacité économique et aspirations sociales ; ceci n'altère en rien la fonction protectrice de ce droit dès lors que l'équilibre contractuel est possible dans l'accord collectif, surtout si on impose et on rend substantielles des règles de conduite de la négociation et si on rend fonctionnelle, au regard de la collectivité de travail concernée, la représentativité des acteurs sociaux.

Cette conception plus contractuelle, moins réglementaire, irrigue de plus en plus le droit positif, au fur et à mesure de l'évolution des mentalités. Cette mutation rend potentiellement productive une réflexion doctrinale sur l'intégration de l'arbitrage dans le traitement des litiges intéressant les rapports, tant individuels que collectifs, de travail. La raison principale de sa prohibition, c'est en effet le doute sur la réalité du consentement du salarié. C'est du reste parce que celui-ci retrouve sa liberté et sa capacité de compromettre que le compromis d'arbitrage après la rupture du contrat de travail est admise en jurisprudence.

3/ L'arbitrage peut être alors imaginé comme sinon l'avenir du droit du travail tout au moins un des matériaux d'un nouveau droit du travail d'essence plus contractuelle. Afin de dégager les voies, conditions et limites du recours à cette forme de règlement des contentieux, ces questions devront être traitées de manière singulière pour ce qui se rapporte au contrat de travail, au litige individuel d'un côté, au conflit collectif d'un autre côté.

- I -

1-1 On peut certes se contenter de se référer à la volonté du législateur pour justifier les solutions actuelles. Elles résultent pour une large part du code du travail. Cette remarque est importante dans la mesure où cette discipline est généralement considérée comme mineure parce que trop influencée par les rapports de force et un contexte passionnel qui conditionne la sociologie du travail. On peut aussi les expliquer par la confiance aveugle dans les mérites du paritarisme qui confère son identité à la prud'homie. Selon l'article L.121-3 (L.1221-5) du code du travail est nulle et de nul effet toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail. Et l'article L.511-1 alinéa 6 (L.1411-6) étend le champ de cette prohibition à toute convention dérogatoire, y compris, en la matière, si elle a été conclue après la naissance du différend.

La prohibition vient aussi du code civil. L'article 2061 dispose ainsi que « la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ». La faculté d'y recourir, qui est donc l'exception, est fondamentalement liée à la capacité du contrat à faire seul la loi des parties au sens de l'article 1134 du code civil. Dès que déséquilibre contractuel il y a, la suspicion à l'égard du consentement ne peut que rendre suspecte une telle clause. C'est au fond ce qu'expose l'article L.511-1 6^e alinéa (L.1411-6) : « Les conseils de prud'homme sont seuls compétents pour connaître des différends (entre employeur et salarié). Toute convention dérogatoire est réputée non écrite ».

C'est l'état de subordination juridique (au plan des conditions de travail) par ailleurs identitaire du contrat de travail qui justifie donc cette double prohibition. C'est aussi ce qui fait admettre la validité du compromis d'arbitrage, dès lors que le salarié, le contrat de travail étant rompu, a la liberté et la capacité de compromettre, ceci au sens de l'article 2059 du code civil selon lequel « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » (en ce sens, CA Paris 14 décembre 1990, 1^{re} chambre, *C. Bhoyroo et autres c/ Bruno et autres*).

Avant l'une des lois inspirées du rapport Auroux (« faire des salariés les acteurs du changement » était le thème de l'une de ses deux parties), la validité du compromis d'arbitrage était expressément prévue. Sa suppression a ouvert un débat doctrinal (cf. A. Supiot « Les juridictions de travail », *Traité de droit du travail*, tome 9 p. 275) d'autant que les débats à l'Assemblée nationale relatifs à cette disposition ne permettent pas de dégager l'intention du législateur. On peut toutefois aisément soutenir que la levée de la suspicion à l'égard du consentement par les effets de la fin de vie du contrat de travail font qu'il n'est plus d'obstacle d'ordre public au recours à l'arbitrage.

De ces constatations, on peut tirer deux sortes d'enseignements :

- Le premier est relatif aux clauses des conventions collectives organisant, principalement en matière disciplinaire, un arsenal procédural. La validité de tels dispositifs n'est pas contestable lorsqu'ils ont pour objet la mise en place d'un conseil de discipline. La sanction disciplinaire prise au mépris de cette procédure ne peut qu'être annulée. La nullité est expressément prévue par l'article L.122-43 (L.1333-1 à 3) lorsque la sanction est irrégulière en la forme. Par contre, la décision du conseil de discipline ne peut avoir pour effet d'écarter l'intervention du juge prud'homal, seul compétent au demeurant pour annuler une sanction disciplinaire.

Il ne faut pas tirer hâtivement de ce constat l'inutilité d'une telle procédure conventionnelle : elle a le mérite de faire analyser les faits avant même que l'employeur ait pris sa décision dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, ce qui, en soi, est facteur de respect des droits et des libertés fondamentales, en particulier en favorisant les droits de la défense de manière plus complète que le simple entretien prévu par la loi. En outre, l'existence de telles procédures réduit fortement le risque de judiciarisation excessive des litiges relatifs au

travail et, à tout le moins, celui de contestation judiciaire de la décision de l'employeur.

- Le second concerne les espaces qui pourraient être ouverts à l'arbitrage. C'est l'attache culturelle aux vertus du paritarisme qui fait protéger le caractère d'ordre public de la compétence du conseil des prud'hommes. Celui-ci serait respecté si était mis en place, en ayant recours à la technique de dérogation qui irrigue de plus en plus le droit du travail, un arsenal procédural interne à l'entreprise fondant la technique de l'arbitrage sur l'échevinage, c'est-à-dire la présence, aux côtés d'arbitres experts désignés classiquement, de représentants en nombre égal de l'employeur et des syndicats. On peut même imaginer que les arbitres soient tous désignés parmi les représentants de la direction et des salariés, quitte à ce que soit exigée une compétence juridique de chacun d'eux.

L'obstacle tiré de la suspicion à l'égard du consentement pourrait de même être contourné par la mise en place d'une procédure conventionnelle permettant au travailleur de prendre sa décision en toute connaissance de cause et en toute liberté. C'est pour favoriser l'expression du consentement qu'ont été imposés un entretien préalable et un délai de rétractation s'agissant de la rupture d'un commun accord. Le fait que les dispositions de la loi du 25 juin 2008 en la matière soient la transposition de celles de l'ANI du 11 janvier 2008 est à cet égard intéressant. Une clause compromissaire pourrait être alors acceptable si le principe en est admis conventionnellement et si l'accord collectif fondateur définit une procédure de mise en œuvre inspirée du souci de favoriser l'expression de la volonté du travailleur.

Par la supplétivité, c'est-à-dire la technique de dérogation mais aussi la subsidiarité, concrétisée par le renversement de la hiérarchie des normes qui vaut en matière de durée du travail, le contrat collectif prend de plus en plus d'autonomies à l'égard du tissu législatif et réglementaire. Ces techniques, à tout le moins la première, permettraient d'introduire le compromis d'arbitrage dans le droit du travail sans bafouer les principes tant travaillistes que civilistes sur lesquels est fondé le monopole du conseil de prud'homme. Ceci d'autant que depuis la loi du 20 août 2008, un accord ne peut valablement être conclu que par des organisations syndicales représentatives ayant en outre une audience suffisante pour engager la collectivité du personnel concerné. L'accord collectif pourrait au demeurant délimiter les cas où l'arbitrage s'impose. Cela permettrait par exemple d'éviter que des litiges relatifs à l'exécution du contrat ne débouchent sur une rupture de celui-ci. À tout le moins, un tel accord peut encadrer procéduralement les conditions de recours au compromis d'arbitrage.

Tout au plus se pose une question concernant la source conventionnelle compétente. La tendance actuelle est de mettre à parité convention de branche et accord d'entreprise. Ainsi, la loi du 4 mai 2004 a-t-elle prévu que, dans tous les domaines où la convention collective de branche étendue peut déroger à la loi, l'accord d'entreprise peut s'y hasarder. Il en résulte que, dans ces domaines,

l'accord d'entreprise peut déroger à la convention collective de branche qui a déjà dérogé à la loi. Par ailleurs, la règle de l'avantage le plus favorable ne régit plus qu'exceptionnellement les rapports entre les deux niveaux de négociation.

Pour autant, on peut soutenir que, en raison de sa qualification plus affirmée de loi professionnelle et malgré sa nature contractuelle prioritaire, la convention de branche est mieux à même de promouvoir le recours à une clause compromissoire. Ceci d'autant qu'on serait sur le terrain de la dérogation et que l'accord de branche dérogatoire doit être étendu, ce qui en fait un quasi-règlement. En effet, il ne peut produire effet, y compris dans les entreprises dont l'employeur est syndiqué, qu'à la date de publication de l'arrêté d'extension du ministre du travail.

- II -

Les litiges collectifs du travail ne relèvent pas de la compétence du juge prud'homal. Avant d'aller plus loin, il convient de souligner qu'il en est de deux sortes : ceux qui sont relatifs à l'application de droits existants, tant conventionnels que légaux ou réglementaires et ceux qui portent sur des revendications incitant à l'amélioration de ces droits.

2-1 Les premiers relèvent classiquement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, en l'occurrence de droit commun puisqu'aucun texte réglementaire n'en dispose autrement. Eu égard au monopole de la juridiction prud'homale, il est essentiel de bien distinguer les litiges qui intéressent tous les salariés d'une collectivité donnée mais qui se rapportent néanmoins à des droits individualisables, lesquels ressortent de ce fait du champ des prud'hommes et ceux qui concernent la collectivité en tant que telle qui ressortent de l'autorité du TGI.

C'est le cas des litiges intéressant le sens et la portée des textes conventionnels. Comme pour tout contrat, les parties peuvent interpréter les textes. Ceci étant, la convention collective est non seulement un contrat mais aussi, du fait de sa fonction normative, une loi professionnelle. La jurisprudence en tire comme conséquence que, même si le texte est clair, le juge de fond n'est pas tenu par l'interprétation des parties. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'un de ses rapports annuels, invitait toutefois le législateur à innover et à distinguer l'interprétation à l'unanimité des signataires qui s'imposerait au juge et celle à la majorité qui aurait valeur d'avenant, donc n'ayant d'effet que pour le futur. Le législateur n'a pas à ce jour réagi à cette invitation, d'autant plus forte aujourd'hui que se construit peu à peu un droit plus contractuel et moins réglementaire. Des nuances pourraient être faites, inspirées de ce que si tout accord collectif a une nature duale, la qualification de contrat, toujours prépondérante, l'est plus ou moins suivant le niveau de l'accord et le degré d'intervention du ministre du travail.

L'interprétation n'est pas l'arbitrage certes. Toutefois et s'agissant des conventions collectives, la technique s'y apparente puisque le sens des textes est confié potentiellement à d'autres exégètes que le juge de droit commun. Il n'est pas à cet égard inutile de rappeler que les procédures d'interprétation comptent parmi les clauses obligatoires des conventions collectives susceptibles d'extension. Même si ce sont les parties elles-mêmes qui exercent cette mission, rien n'interdit que les procédures conventionnelles soient conçues pour favoriser l'intervention d'experts ayant les caractéristiques d'arbitres. La qualité de l'acte d'interprétation invite même à y recourir. Point n'est besoin ici de modifier les textes. L'imagination créatrice des concepteurs du tissu conventionnel suffit. Il convient toutefois de déplorer que l'inventivité n'est que rarement au rendez-vous en ce domaine, les acteurs sociaux reproduisant inlassablement des modèles qui, pour l'essentiel, visent à délayer la loi !

2-2 Les seconds nécessitent un arsenal adapté dès lors que, par définition, les conflits collectifs visent, par le rapport de force à obtenir de la part des employeurs, une amélioration du statut en vigueur. Ce droit individuel qui s'exerce collectivement est d'essence constitutionnelle. De ce fait, ses limites ne peuvent se concevoir que par l'atteinte à un autre droit fondamental, en l'occurrence le droit de propriété qui se décline au travers de l'intérêt de l'entreprise. La jurisprudence interprète strictement la manière de concilier ces deux libertés publiques, ce qui rend vaine toute tentative de règlement de l'exercice du droit de grève. Cela invite plutôt à organiser conventionnellement le dialogue social de manière à prévenir les conflits. Là encore, des stratégies efficaces pourraient être inspirées du nouveau droit de la représentativité issu de la loi du 20 août 2008.

Le caractère constitutionnel du droit de grève explique que le législateur ait eu le souci de développer les procédures permettant de mettre un terme au conflit collectif. Indépendamment de la médiation se traduisant par l'intervention de personnes agissant au nom de l'État, les conventions collectives ont un rôle déterminant à jouer. Celles susceptibles d'extension doivent (clause obligatoire) contenir une procédure de conciliation dont l'efficacité dépendra pour une large part de la qualité des instruments mis en œuvre. En cas d'échec de cette conciliation, il est possible de recourir à l'arbitrage.

L'arbitrage est une des clauses facultatives des conventions collectives, énumérées de surcroît de manière indicative. Les clauses autres qu'impératives semblent *a priori* n'avoir pas grand intérêt. En effet, les parties à la convention collective, comme à tout contrat, ont toute latitude pour définir leur loi commune sous réserve du respect de l'ordre public. Au cas précis, les signataires d'une convention collective peuvent s'intéresser ou non à tout sujet entrant dans l'objet des conventions collectives, à savoir les conditions de travail, de rémunération, d'emploi et les garanties sociales. Il n'était donc pas indispensable de préciser que des clauses d'arbitrage peuvent être insérées dans

des conventions collectives, sauf à mettre en évidence l'intérêt d'y recourir en cas de conflit collectif.

La loi du 11 février 1950 qui, selon les termes de P.H Teitgen, alors ministre du travail, faisait de la convention collective une loi professionnelle, instaurait par son article 9 la possibilité du recours à l'arbitrage. Elle se contentait d'imposer, avant que ne soit mise en œuvre cette procédure, l'établissement d'un procès-verbal de non-conciliation, mentionnant l'objet du conflit et les points soumis à celui-ci. Mais aussi l'établissement d'une liste d'arbitres dressée d'un commun accord entre les parties entre lesquels seront choisis le ou les arbitres devant intervenir pour tel conflit particulier. Était par ailleurs créée une commission supérieure d'arbitrage concernant les recours pour excès de pouvoir ou violations de la loi formés par les parties contre les sentences arbitrales.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que tout ceci n'a pas été utilisé. La plupart des conventions collectives n'organisent pas le recours à l'arbitrage ce qui invite à la mise en œuvre de la médiation légale. Pire, les quelques conventions collectives qui l'avaient fait ont supprimé les procédures s'y rapportant.

C'est que l'existence de clauses d'arbitrage avait souvent perverti la négociation. Chacun campait sur une position rigide, sachant que l'arbitre ou le collègue arbitral allait « couper la poire en deux ». Ceci s'est notamment manifesté en matière de salaires. Il n'est pas inutile de rappeler que la négociation sur les salaires – *minima* dans la profession, réels dans l'entreprise – est un impératif légal chaque année.

De telles pratiques ne condamnent pas l'arbitrage mais l'arsenal procédural conçu conventionnellement le mettant en œuvre, qu'il s'agisse de celui relatif au règlement du conflit collectif déjà né ou surtout au déroulement de la négociation. Celle-ci doit être irriguée par la bonne foi. Indépendamment d'exigences issues du code civil applicables à la négociation de tout contrat, la convention OIT impose, en matière de négociation sociale, un comportement de bonne foi. Cela devrait inciter les parties à mettre en place des règles de conduite de la négociation ayant pour objet d'assurer l'équilibre des pouvoirs entre les parties, de favoriser un comportement de bonne foi des négociateurs, de concrétiser une exécution loyale de la convention. Le législateur, qui ne s'y est intéressé qu'à la marge, devrait rendre impérative la négociation d'un accord de méthode traitant des moyens de réaliser ce triple objectif et rendre substantielles les règles d'un tel accord. Il s'agit là d'une exigence d'autant plus fondamentale, notamment au regard du caractère constitutionnel du droit des travailleurs à construire leurs conditions de travail par l'intervention de leurs délégués, que le nouveau droit du travail qui se dessine confère plus d'autonomie à l'accord collectif, particulièrement en réduisant le champ du principe de faveur dans les conflits de sources et même en renversant, comme c'est le cas pour ce qui touche à la durée du travail, leur hiérarchie.

EN CONCLUSION

Les procédures d'arbitrage ont un rôle éminent à jouer dans la conception puis la mise en œuvre d'un droit du travail donnant un rôle privilégié au contrat collectif et réduisant celui de la loi à fixer les principes comme l'y invite la constitution.

Mais cela exige, de la part des négociateurs, une compétence technique qui leur fait souvent défaut. Pire, les acteurs sociaux ont comme religion commune que les juristes n'ont rien à faire dans les négociations sociales. Sans doute ont-ils raison si, dans une approche technicienne, ceux-ci se contentent de dire le droit et de faire du juridisme. Le droit du travail, par sa double vocation à protéger le travailleur et à optimiser le fonctionnement de l'entreprise, est le terrain privilégié de l'approche organisationnelle du droit. En pareil cas, la présence du juriste aux négociations est factrice à la fois de sécurité et de créativité.

Le législateur, qui s'est inquiété de la compétence des élus du comité d'entreprise en matière économique, devrait, dans cette perspective, organiser, pour tout délégué syndical nouvellement désigné, un stage de formation à la négociation collective. Une nouvelle fois, le droit positif nouveau y invite : le remplacement de la représentativité de droit par une représentativité fonctionnelle mais aussi l'exigence, pour pouvoir être valablement désigné, d'avoir personnellement une audience au moins égale à 10 % lors d'élections professionnelles, doivent être mis à profit à cet effet.

Une dernière remarque s'impose en conclusion qui, à elle seule, justifierait une communication spécifique. Le droit du travail est indissociable de celui de la sécurité sociale. Ceci est surtout vrai pour la protection sociale complémentaire qui, comme le droit du travail, est un droit du contrat. Les mutations du travail engendrées par les progrès des TIC accentueront cette indissociabilité. En particulier au travers du concept de flexicurité qui se décline notamment par la portabilité de droits, laquelle exige le recours à la mutualisation, donc à l'assurance. Dans ce domaine-là, l'arbitrage est possible et il pourrait avoir un rôle décisif dans la réalisation d'un objectif de sécurisation juridique, d'autant plus nécessaire ici que la compétence technique requise emprunte à plusieurs disciplines, juridiques ou non.

fhamma@jacques-barthelemy-associes.com