

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 2 novembre 2009

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : MM. F. Meylan et Creux
Greffier : M. Elsig

Art. 1 al. 1, 24 LFors; 341 al. 1 CO; 5 C-Arb; 60, 452 al. 1 ter CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **J._____ AG**, à Berne, défenderesse au fond et requérante à l'incident, contre le jugement incident rendu le 11 février 2009 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant la recourante d'avec **N._____**, à Lausanne, demandeur au fond et intimé à l'incident.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par jugement incident du 11 février 2009, dont la motivation a été envoyée le 24 juillet 2009 pour notification, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de déclinatoire déposée par la défenderesse J._____ AG (I), fixé les frais de justice de la procédure incidente de la défenderesse à 950 fr. et ceux du demandeur N._____ à 140 fr. (II) et alloué à celui-ci des dépens, par 1'340 fr. (III).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, dont il ressort ce qui suit :

"1. Par demande du 10 juin 2008, N._____, demandeur et intimé à l'incident, a ouvert action (réd. ; devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne) contre J._____ AG (ci-après : J._____ AG), défenderesse et requérante à l'incident, en prenant avec dépens les conclusions suivantes :

"I. La défenderesse J._____ AG est la débitrice du demandeur N._____ et lui doit immédiat paiement de la somme de fr. 50'000.- (cinquante mille francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 31 janvier 2006."

Par requête incidente du 15 septembre 2008, J._____ AG a conclu, avec dépens :

"I.- Le Tribunal d'arrondissement de Lausanne est incompétent pour statuer sur l'action introduite par N._____ contre J._____ AG par demande du 10 juin 2008.

II.- N._____ est éconduit d'instance."

Le 24 septembre 2008, N._____ a conclu au rejet de ces conclusions incidentes. Dans un procédé du 21 novembre 2008, il a confirmé ces conclusions.

2. La requérante est une société anonyme dont le siège est à [...] Berne ([...]) et ayant pour but l'organisation de services de surveillance ("Organisation von Bewachungsdiensten"). Inscrite depuis le [...] au registre du commerce de ce canton, elle a plusieurs succursales en Suisse, dont une à Lausanne.

L'intimé, né le [...] 1942, est domicilié à [...], à Lausanne. Il a commencé à travailler pour J._____ AG en 1967. Selon contrat de travail conclu pour une durée indéterminée le 21 mai 2001, il a été nommé directeur des succursales de Neuchâtel et Fribourg à partir du 1^{er} septembre 2001. L'article 10 de ce contrat prévoit que les litiges futurs

liés à son exécution seront tranchés de façon définitive exclusivement par un tribunal arbitral ayant son siège à Berne, le Concordat intercantonal du 27 mars 1969 sur l'arbitrage étant applicable.

Dès le 1er septembre 2004, l'intimé a pris une retraite anticipée à 50 %. Dans un nouveau contrat individuel de travail du 14 août 2004, les parties ont réglé les conséquences de la réduction par l'intimé de son temps de travail à 50%. L'article 1 alinéa 2 de ce contrat prévoit qu'il exercera pour la requérante une activité à raison de 30 % auprès de la direction générale, selon un cahier des charges particulier et des instructions données par la direction, et que le 20% restant sera consacré à l'Association E. _____ ; les lieux de travail (« Arbeitsorte ») sont Lausanne et Zollikofen ; le salaire annuel brut pour cette activité à 50 % est de Fr. 122'400.- ; l'article 8 de ce contrat contient une clause compromissaire similaire à celle figurant à l'article 10 du contrat du 21 mai 2001.

Le 26 octobre 2005, la requérante a résilié le contrat de travail pour le 31 janvier 2006. L'intimé a été en incapacité de travailler du 14 décembre 2005 au 27 juin 2006.

Interpellé, l'intimé a précisé en audience que ses prétentions au fond - en particulier celles relatives aux vacances non prises - découlaient exclusivement du contrat de travail conclu en 2004, et qu'il ne se prévalait pas de celui conclu en 2001.

3. L'instruction a porté essentiellement sur les tâches accomplies par l'intimé et son lieu habituel de travail.

L'intimé a produit divers pièces qui permettent de constater qu'il avait un bureau auprès de la Direction régionale, au [...], à Lausanne, notamment un extrait de répertoire interne de la société, dont il résulte qu'il était atteignable à divers numéros de téléphone dont l'indicatif était toujours le "021" (région lausannoise), à l'exception d'un numéro de téléphone portable ; il ressort aussi de ces documents qu'il était en possession d'un badge d'accès lui permettant d'ouvrir les portes accédant à sa zone de travail à Lausanne et qu'il avait à sa disposition des armoires murales et deux corps de bureau. Il a également produit des décomptes de frais établissant que la requérante lui remboursait ses frais de déplacement depuis Lausanne lorsqu'il se rendait ailleurs, notamment à Zollikofen.

Il ressort en substance de l'audition des témoins que l'intimé disposait d'un bureau personnel équipé (meubles, téléphone, compte informatique, etc.) auprès de la succursale de Lausanne de la requérante, sis au troisième étage [...], et qu'il ne disposait d'aucun autre bureau à Zollikofen ou ailleurs. Son travail ne s'exerçait cependant pas exclusivement à Lausanne. Il devait se déplacer dans le cadre des tâches qu'il remplissait pour la requérante, notamment au sein de l'Association E. _____, en Suisse mais aussi à l'étranger, par exemple à Bruxelles ou dans d'autres villes européennes. Il travaillait en moyenne un jour par semaine dans son bureau de Lausanne ; il lui arrivait aussi de travailler à

son domicile lausannois. Il disposait d'un ordinateur portable et d'un téléphone mobile mis à disposition par la requérante. D'autres faits en relation avec ce point seront exposés dans la partie « en droit » (cf. cons. III c).

4. L'audience incidente s'est tenue le 15 décembre 2008 en présence d'un représentant de la requérante, de l'intimé et des conseils des parties. Il a été procédé à l'audition de six témoins. Le jugement incident, daté du 11 février 2009, a été notifié aux parties le même jour, sous la forme d'un dispositif. Par courrier du 20 février 2009, soit dans le délai légal, la requérante a requis la motivation du jugement."

En droit, le premier juge a retenu que l'intimé avait un badge et des clés lui permettant d'accéder à son bureau de Lausanne, qu'il y prenait ses rendez-vous, organisait ses voyages d'affaires et, de manière générale, y préparait les activités qu'il déployait ailleurs, soit pour une commission paritaire de la profession, soit pour la Commission d'examens pour la formation des agents de sécurité, dont il était le président, et pour la Conférence européenne de normalisation et celle des services de sécurité, dont il était le représentant pour la Suisse. Il a rejeté l'exception d'arbitrage et considéré que le lieu habituel de travail de l'intimé était à Lausanne, ce qui justifiait le rejet de l'exception d'incompétence à raison du lieu.

B. J. _____ AG a recouru contre ce jugement, en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que sa requête de déclinatoire est admise et l'intimé éconduit d'instance, des dépens de première instance lui étant alloués.

Dans son mémoire, la recourante a développé ses moyens et confirmé ses conclusions.

En droit :

1. L'art. 60 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966; RSV 270.11) ouvre la voie du recours en réforme et en nullité contre tout jugement sur déclinatoire, la nullité ne devant être prononcée que s'il n'est pas possible de remédier à l'informalité dans le cadre du recours en réforme, notamment en cas de violation du droit d'être entendu (JT 1999 III 2 et 106, c. 3a).

Le recours, uniquement en réforme, interjeté en temps utile, est ainsi recevable.

2. En matière de recours en réforme contre un jugement incident rendu par le Juge instructeur de la Cour civile, le pouvoir d'examen de la Chambre des recours correspond à celui qu'elle a en matière de jugement présidentiel rendu en procédure sommaire ou accélérée tel que défini à l'art. 452 CPC (JT 2003 III 16, c. 2a).

La Chambre des recours revoit en conséquence librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC). Les parties ne peuvent toutefois articuler des faits nouveaux, sous réserve de ceux qui résultent du dossier et qui auraient dû être retenus ou de ceux pouvant résulter d'une instruction complémentaire selon l'art. 456a CPC (art. 452 al. 1 ter CPC).

Ainsi, le Tribunal cantonal revoit la cause en fait et en droit sur la base du dossier, sans réadministration des preuves déjà administrées en première instance (JT 2003 III 3). Il développe donc son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant au dossier et l'avoir, le cas échéant, corrigé ou complété (ibidem).

En l'espèce, l'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées. Il n'y a pas lieu de le

compléter ni de procéder à une instruction complémentaire, la cour de céans étant à même de statuer en réforme.

3. La recourante soutient que la clause compromissoire prévoyant la compétence d'un tribunal arbitral ayant siège à Berne est valable et que l'art. 24 LFors (loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile; RS 272) ne rend pas cette clause inopérante.

La LFors ne régit que la compétence à raison du lieu (art. 1 al. 1 LFors) pour les tribunaux étatiques. A son article 1 alinéa 3, le projet du Conseil fédéral sur la LFors prévoyait que "la présente loi n'affecte en rien la liberté des parties de convenir d'un tribunal arbitral pour autant qu'elles n'éludent pas, ce faisant, un for impératif". Lors des débats devant les Chambres fédérales, cette disposition a été retirée (Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, 2001, n. 16 ad art. 1^{er} LFors, p. 117). La doctrine majoritaire en a conclu que les conventions d'arbitrage étaient valables nonobstant les fors impératifs de la LFors. Il en découle que le siège du tribunal arbitral ne doit pas obligatoirement être prévu au lieu d'un for impératif et que les parties peuvent au contraire le choisir librement (Dasser, Kommentar GestG, Mülller/Wirth Hrsg, 2001, n. 75 ad art. 1^{er} LFors, p. 55; Meyer, Basler Kommentar, 2001, n. 20 ad art. 1 LFors, p. 36; Gasser, Kommentar GestG, Kellerhals/von Werdt/Güngerich Hrsg, 2001, n. 43 ad art. 1^{er} LFors, p. 12; Kellerhals, "Bemerkungen zum Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen", in Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, 2000, p. 224; Poudret, "l'arbitre n'a pas de for", in Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, pp. 227 ss; contra Infanger, Basler Kommentar, 2001, n. 27 ad art. 2 LFors, pp. 46-47 et références, qui se fonde sur le but de l'art. 2 LFors et relève son grave affaiblissement par la solution majoritaire). Tel est en particulier le cas en matière de bail commercial, même sous l'empire de la LFors (Kellerhals, op. cit., p. 224, note infrapaginale 46 et référence à Higi, Zürcher Kommentar, n. 69 ad art. 274a CO), dès lors que l'article 274c CO (Code

des obligations du 30 mars 1911; RS 220) admet l'arbitrage pour les baux commerciaux (Lachat, Le bail à loyer 2^{ème} éd., 2008, p. 135).

Ces considérations, fondées sur les travaux parlementaires, s'appliquent également à la règle de l'art. 24 LFors en matière de droit du travail (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6^{ème} éd., 2006, n. 8 ad art. 343 CO, p. 922; Balz Gross, Kommentar GestG, Müller/Wirth Hrsg, 2001, n. 8 ad art. 24 LFors, note infrapaginale 4, p. 594). Les avis contraires de la doctrine relative à l'art. 343 al. 1 CO (Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 1996, n. 4 ad art. 343 CO, p. A 822 et références; Aubert, L'arbitrage en droit du travail, Bulletin ASA 1/2000, pp 5 et 6 et références), repris par Wyler (Le droit du travail, 2^{ème} éd., 2008, p. 626 et référence) - sur lequel s'est fondé le premier juge - ne sont plus d'actualité, vu la claire volonté du législateur de la LFors.

Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner si la clause compromissoire en cause viole l'art. 24 LFors. Toutefois, cela ne signifie pas encore que le recours doive être admis.

b) En effet, l'art. 5 C-Arb (Concordat du 27 août 1969 sur l'arbitrage; RSV 278.91), qui régit l'arbitrage interne dans tous les cantons de Suisse (Streiff/von Kaenel, op. cit., n. 8 ad art. 343 CO, p. 922), dispose que l'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi.

Or, l'art. 341 al. 1 CO dispose 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. La doctrine est partagée sur le point de savoir si cette disposition ôte aux parties la libre disposition d'un droit au sens de l'art. 5 C-Arb, ce qui exclurait le choix de la voie arbitrale pendant les rapports de travail et le mois qui suit la fin de ceux-ci.

Rehbinder le nie pour le motif que l'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas au travailleur une renonciation par transaction et que le procès est soumis à la maxime de disposition dans laquelle les parties, à la différence du droit de la filiation, déterminent librement l'objet du litige. La procédure arbitrale n'a en outre pas à respecter les principes de l'art. 343 CO, cette question relevant exclusivement de la compétence cantonale (Rehbinder, *Berner Kommentar*, 1992, n. 10 et 22 ad art. 343 CO, pp. 306-307 et 317); Jolidon considère que, dès lors que l'arbitrage interne est du ressort du droit cantonal, les litiges en matière de contrat de travail sont arbitrables (Jolidon, *Commentaire du concordat suisse de l'arbitrage*, 2004, p. 165).

Portmann est du même avis en relevant qu'en matière internationale, l'arbitrage en matière du droit du travail est autorisé et en précisant que la procédure arbitrale doit respecter les principes de l'art. 343 CO (Portmann, *Basler Kommentar*, 4^{ème} éd., 2007, n. 21 et 22 ad art. 343 CO, p. 2062).

Staehelin doute de l'arbitrabilité des litiges en matière de droit du travail, en relevant que, si la libre disposition du droit n'est pas enlevée, elle est néanmoins restreinte notamment par l'art. 341 al. 1 CO. Il l'admet pour autant que les principes posés par l'art. 343 CO s'appliquent à la procédure arbitrale, afin de ne pas priver cette disposition de toute substance (Staehelin/Vischer, *op. cit.*, n. 4 ad art. 343 CO, p. A 822). C'est également l'avis d'Aubert, qui limite toutefois, dans le *Commentaire romand*, cette application à la gratuité de la procédure pour les litiges dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. (*op. cit.*, pp. 5-6; *Commentaire romand*, 2003, n. 6 ad art. 343 CO, p. 1809).

Streiff et von Kaenel nient l'arbitrabilité des litiges relatifs à des dispositions impératives de la loi pendant le délai de l'art. 341 al. 1 CO. Ils considèrent que cette règle enlève au travailleur la libre disposition de ces droits, et que la possibilité d'y renoncer par transaction n'est pas déterminante, dès lors que celle-ci n'est licite qu'en présence de concessions de l'autre partie. En revanche, pour les prétentions qui ne sont pas protégées par une disposition impérative et dès la fin de la

période de protection de l'art. 341 al. 1 CO, la voie de l'arbitrage est possible pour autant que le droit cantonal le permette (Streiff/von Kaenel, op. cit., n. 8 ad art. 343 CO, p. 922 et références).

Vischer est d'avis qu'il convient de traiter de manière identique les clauses de prorogation de for et les clauses arbitrales, savoir la nullité de celles conclues à l'avance, et l'admissibilité de l'accord conclu après la naissance du différent (art. 21 LFors; Vischer, *der Arbeitsvertrag*, 3^{ème} éd., Schweizerisches Privatrecht VII/4, 2005, p. 387).

Les avis de Rehbinder et de Jolidon n'apparaissent pas convaincants. En effet, la validité de la renonciation du travailleur à des prétentions découlant d'une disposition impérative de la loi est subordonnée à l'existence d'une contrepartie de la part de l'employeur (ATF 118 II 58, c. 2b; ATF 110 II 168, c. 3b, JT 1985 I 28); il n'y a donc pas libre disposition de ces droits et, au surplus l'on ne saurait faire dépendre la validité d'une clause arbitrale d'une appréciation anticipée de l'issue du litige. Quant à la maxime de disposition applicable au procès en matière de conflit de travail, elle n'est pas déterminante, dès lors que la majeure partie des procès intervient après l'échéance du délai de l'art. 341 al. 1 CO et que, puisque les actions partielles sont en principe licites (cf. Poudret/Haldy/Tappy, *Procédure civile vaudoise*, 3^{ème} éd., 2002, n. 2 ad art. 76 CPC, p. 139 et références), on ne saurait, si un procès intervenait en cours de contrat, en déduire une renonciation du travailleur à d'autres prétentions.

Les avis de Portmann, Staehelin et Aubert doivent être appréciés avec retenue, car ils n'évoquent pas le changement important entraîné par l'entrée en vigueur de la LFors qui a entraîné l'abrogation l'art. 343 al. 1 aCO prévoyant un for impératif. Tant l'avis de Staehelin que celui-d'Aubert dans son article paru dans le Bulletin ASA, insistent sur le respect des droits conférés au travailleur par l'art. 343 aCO, en particulier s'agissant du for. Portmann est quant à lui muet sur ce changement. Or, comme on l'a vu au considérant a) ci-dessus, le législateur a exclu l'application du for impératif de l'art. 24 LFors aux conventions d'arbitrage.

L'entrée en vigueur de la LFors a ainsi supprimé toute protection du travailleur pour les litiges dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 francs. Cet amoindrissement des droits du travailleur affaiblit la solution préconisée par ces auteurs.

On ne saurait suivre l'avis de Vischer, dès lors qu'il n'est pas fondé sur l'art. 341 al. 1 CO en ce qui concerne les prétentions découlant du contrat de travail qui ne sont pas protégées par une disposition impérative de la loi ou d'une convention collective de travail et que le droit vaudois ne prévoit pas une telle restriction pour ces prétentions lorsque leur valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 3 al. 1 LJT a contrario).

L'avis de Streiff et de von Kaenel recueille l'approbation de la cour de céans. Il y a lieu d'admettre en effet que les prétentions découlant d'un contrat de travail couvertes par une disposition impérative de la loi et pour lesquelles l'art. 341 al. 1 CO institue une protection particulière, ne sont pas à la libre disposition du travailleur au sens de l'art. 5 C-Arb, de sorte qu'une clause arbitrale conclue avant le mois suivant la fin des rapports de travail est nulle en ce qui concerne ces prétentions.

En l'espèce, l'intimé réclame au fond la rémunération d'heures supplémentaires, prétention couverte par l'art. 341 al. 1 CO (ATF 105 II 39, JT 1979 I 608) et le paiement de vacances non prises, qui est régi par l'art. 329d CO disposition impérative (al. 2 et 3, art. 361 CO) et relativement impérative (al. 1; art. 362 CO). La clause arbitrale litigieuse, signée pendant le délai de protection de l'art. 341 al. 1 CO est en conséquence sans effets en ce qui concerne ces prétentions.

Le recours doit ainsi être rejeté.

4. Pour le surplus, c'est avec raison que le premier juge a admis le for du lieu de sa juridiction. Ses développements sur ce point, complets et convaincants, peuvent être confirmés par adoption de motifs (art. 471 al. 3 CPC).

5. En conclusion, le recours doit être rejeté en application de l'art. 465 al. 1 CPC et le jugement incident confirmé.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 400 fr. (art. 232 et 235 TFJC; tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; RSV 270.11.5).

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 465 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais de deuxième instance de la recourante J. _____ AG sont arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs).
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 2 novembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Gilles Robert-Nicoud (pour J. _____ AG),
- Me Olivier Subilia (pour N. _____).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 50'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :