

Compte rendu de la réunion du « groupe Rome I » tenue à Milan les 7 et 8 juillet 2001

par Paul LAGARDE

Etaients présents : J. BASEDOW, M. BOGDAN, M. FALLON, Ch. KOHLER, P. LAGARDE, R. MORSE et F. POCAR.

Le groupe a poursuivi sa relecture de la convention de Rome et particulièrement des articles 6 et 9, pour lesquels il propose certaines modifications. Il n'a pu que parcourir rapidement les autres articles et identifier des problèmes à résoudre plus tard.

Article 6. - Contrat de travail

Le groupe n'a pas remis en cause le § 1^{er} (principe d'autonomie de la volonté tempéré par le respect des dispositions impératives protectrices de la loi objectivement applicable).

Il a revu le § 2, spécialement la règle adoptée en cas de détachement, à la lumière, d'une part, de la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, d'autre part, des difficultés rencontrées par les tribunaux des Etats membres.

1. Il existe une contradiction entre la directive, qui prescrit, dans le cas de détachement pour une période limitée, l'application de certaines dispositions impératives de l'Etat membre du détachement, et l'article 6 de la convention de Rome, qui considère qu'un détachement temporaire n'entraîne par lui-même aucun changement de la loi applicable au contrat de travail.

Cette contradiction se résout au bénéfice de la directive, dans le domaine d'application qui est le sien, en raison de l'article 20 de la convention de Rome, qui réserve la priorité du droit communautaire. Les règles impératives de l'Etat de détachement énumérées par l'article 3 de la directive s'appliqueront donc de plein droit¹ en cas de détachement effectué dans un Etat membre, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, par une entreprise établie dans un autre Etat membre.

Si l'entreprise d'origine du travailleur détaché dans un Etat membre est établie dans un Etat tiers, c'est la convention de Rome qui est applicable et le contrat de travail est en principe régi par la loi de l'Etat d'origine, où le travailleur est censé accomplir habituellement son travail. Les règles impératives de l'Etat membre du détachement ne pourront s'appliquer que par le biais de l'article 7 de la convention, si elles sont considérées comme des lois de police. La distorsion de concurrence qui pourrait en résulter, selon que l'entreprise d'origine est établie dans un Etat membre ou dans un Etat tiers a été prévue par l'article 1^{er} § 4 de la directive, aux termes duquel « Les entreprises établies dans un Etat non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un Etat membre ». Cette disposition conduira le plus souvent à faire prévaloir les dispositions impératives de l'Etat de détachement – en tout cas celles qui sont énumérées par la directive – sur celles de l'Etat d'origine, sans qu'il soit besoin de modifier sur ce point le texte de la convention de Rome.

Le groupe s'est donc contenté sur ce point d'ajouter pour mémoire à l'article 6 de la convention un § 3 ainsi rédigé :

« Est réservée l'application des dispositions impératives de l'Etat du détachement, prévue par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ».

2. La notion de détachement temporaire utilisée par l'article 6, § 2, a), de la convention a donné lieu à des difficultés d'interprétation dans les Etats membres.

a) Faut-il comprendre le détachement temporaire par opposition au détachement de longue durée ou au rattachement définitif ? En d'autres termes, le caractère temporaire du détachement doit-il être apprécié ex ante, en ce sens que serait temporaire un détachement prévu pour une durée déterminée ou pour une mission délimitée, par opposition à un détachement pour une durée indéterminée ? Doit-il au contraire être apprécié ex post, je juge appréciant après coup la durée effective du détachement ? Le groupe a utilisé les deux approches. Il a retenu en principe la première et a repris la terminologie de la directive du 16 décembre 1996, qui utilise, pour qualifier le détachement, l'expression « pour une période limitée » au lieu de l'adjectif « temporaire ». Mais il n'a pas écarté l'appréciation ex post et a fixé une durée au delà de laquelle le détachement ne devrait plus être considéré comme temporaire. Il a ainsi pensé que, sauf preuve contraire, la soumission du contrat de travail à la loi d'origine n'était plus justifiée, dans le silence des parties, au delà d'une année.

Cette règle laisse encore une grande souplesse, accrue par l'existence de la clause d'exception figurant à la fin de l'article 6 et sur laquelle le groupe ne propose pas de revenir. Ainsi, le contrat d'un travailleur détaché par une entreprise américaine en France sera-t-il soumis en principe au bout d'un an à la loi française. Mais la souplesse trouvera à s'appliquer dans l'hypothèse suivante. Un salarié a été envoyé à l'étranger pour une mission ponctuelle prévue pour quelques mois. Si l'exécution de sa mission (par exemple, montage ou démontage d'une usine) prend plus de temps que prévu et dure 13 ou 14 mois, il est logique de maintenir le contrat sous la loi d'origine. On pourra aussi, par exemple, trouver raisonnable de maintenir sous l'empire de la loi belge le contrat d'un ingénieur belge détaché au Rwanda pour une durée supérieure à un an.

b) Lorsque le détachement se fait à l'intérieur d'un groupe de sociétés et que le travailleur est détaché auprès d'une autre société du groupe, avec laquelle est conclu un contrat de travail local², s'agit-il encore d'un détachement temporaire et le nouveau contrat est-il toujours régi par la loi qui régissait le contrat avant le détachement ? Le groupe a pensé pouvoir répondre par l'affirmative à ces questions, en prenant en considération la fréquence des détachements au sein d'un groupe et la conclusion de contrats de travail locaux, imposée le plus souvent par les législations locales. Il lui a paru équitable de ne pas priver le travailleur des garanties législatives

¹ Dans les limites fixées par la Cour de justice des communautés européennes, v. CJ, 15 mars 2001, aff. C-165/98, *Mazzoleni*.

² V., par exemple, Cour d'appel de Paris, 7 juin 1996, *Revue critique de droit international privé* 1997. 55, note M. -A. Moreau.

dont il pouvait disposer dans le pays d'origine, dès lors qu'un lien subsiste, même si ce n'est qu'une relation de travail et non plus un contrat, avec l'employeur d'origine.

Le groupe a cherché à répondre à ces deux séries de questions en proposant la nouvelle rédaction suivante de l'article 6 § 2 a :

« 2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

a) Par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même en cas de détachement pour une période limitée dans un autre pays. Un détachement qui aura duré effectivement plus d'une année est présumé, sauf preuve contraire, n'avoir pas été fait pour une période limitée. La qualification de détachement n'est pas exclue par la conclusion d'un contrat de travail avec un autre employeur, pour autant que subsiste une relation de travail avec le premier employeur ».

Article 9. – Forme

Le groupe propose deux modifications à l'article 9 de la convention.

1. La première est la suppression du § 5 concernant la forme des contrats de consommation. Il s'agit là d'un amendement de coordination plus que d'une modification de fond. Dès lors que l'article 5, dans la rédaction proposée par le groupe (et à la différence de sa rédaction actuelle), fait une référence expresse à l'article 9, pour préciser que la loi applicable en vertu de l'article 9 ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle, il est illogique de maintenir à l'article 9 une disposition soumettant la forme des contrats de consommation à la loi de ladite résidence habituelle. Sur le fond, la modification a pour effet que la forme du contrat de consommation sera soumise à la règle de conflit générale (§§ 1 à 4 de l'article 9), sous réserve des dispositions impératives de la loi de résidence habituelle du consommateur, et non plus globalement à cette dernière loi.

2. La seconde modification proposée tient au développement du commerce électronique. L'article 9 a été pensé à une période où les contrats internationaux, même conclus à distance, l'étaient par des contractants localisables sur un point de la planète. Il conserve toute sa valeur pour ce type de situations, encore très fréquentes. Mais, lorsque le contrat est conclu par une simple pression sur la souris d'un ordinateur, il est sans doute possible de déterminer l'ordinateur émetteur, mais il ne l'est pas de localiser dans l'espace cet ordinateur au moment de l'émission. Il faut donc, tant du moins que l'on continue d'utiliser pour la forme des actes la méthode du conflit de lois, déterminer une localisation subsidiaire de la personne qui émet une déclaration de volontés. Le groupe propose en ce cas de réputer cette personne localisée dans l'Etat de sa résidence habituelle.

Cette règle nouvelle ferait l'objet d'un nouveau § 7 (qui deviendrait le § 6 du fait de la suppression du § 5), ainsi rédigé, ajouté à l'article 9 actuel :

« 7. Pour l'application des paragraphes précédents, dans le cas où le lieu où se trouvait la personne qui a émis une déclaration de volonté ne peut être déterminé, ce lieu est réputé être celui de la résidence habituelle de cette personne ».

Autres articles.

Article 4

On a signalé un arrêt de la Cour de cassation de France du 15 mai 2001 ayant jugé que dans les contrats de distribution la loi applicable est celle du concédant, car « la fourniture du produit est la prestation caractéristique du contrat de distribution ». Cet arrêt pose la question de savoir s'il conviendrait, dans un souci de sécurité juridique, de donner une liste, contrat par contrat, de la prestation caractéristique. L'idée n'est pas retenue, pour la raison que dans un même type de contrat, selon les espèces, la prestation caractéristique peut être celle de l'une ou de l'autre partie (par exemple, dans la cession de créance, la prestation caractéristique est normalement celle du cédant, mais ce sera parfois celle du cessionnaire s'il s'agit d'un banquier acceptant cette cession dans l'exercice de sa profession).

Article 7

Le groupe s'est demandé si, à l'instar de la directive et au moins pour le contrat de travail, il ne conviendrait pas de donner une liste de dispositions impératives à qualifier de lois de police. La suggestion est écartée et l'article 7 maintenu, avec l'adjonction du § 3 approuvé à Rome, applicable à toutes les lois de police, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent.

Article 10

La faculté de réserve portant sur l'article 10 § 1^{er} ne pourra subsister dans le règlement appelé à remplacer la convention. Il faudra donc choisir entre la suppression de la réserve (solution préférable) et la suppression de la disposition.

Article 11

Le groupe est d'avis de laisser le texte tel qu'il est. Il en découle que la preuve que l'incapable et son cocontractant se trouvaient dans un même pays est à la charge du cocontractant, qui cherche à éluder les conséquences de l'incapacité. Cette règle répond au problème du contrat conclu électroniquement.

Article 12

Il faudra combler la lacune du texte en vigueur sur la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance, peut-être en faveur de la loi de la résidence habituelle du cédant, comme cela est de plus en plus proposé en doctrine, pour tenir compte des cessions de créances multiples. Il faudra prendre connaissance au préalable du résultat des travaux en cours à l'UNCITRAL et à La Haye.

Articles 20 et 21 à revoir dans la perspective du reformatage de la convention en règlement.

