

**Commentaire de la proposition de modification des articles 6 et 9 de la
convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux
obligations contractuelles**
Paul LAGARDE

Le Groupe européen de droit international privé a poursuivi lors de sa onzième réunion tenue à Lund du 21 au 23 septembre 2001 l'examen de la convention de Rome du 19 juin 1980, commencé lors de la réunion de Rome de septembre 2000.

Il s'est attaché particulièrement aux articles 6 et 9, pour lesquels il propose certaines modifications. Il a renvoyé à une prochaine réunion l'examen des autres articles.

Article 6. – Contrat de travail

Le Groupe n'a pas remis en cause le paragraphe premier (principe d'autonomie de la volonté tempéré par le respect des dispositions impératives protectrices de la loi objectivement applicable).

Il a revu le paragraphe 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 États 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'État 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'État de détachement énumérées par l'article 3 de la directive s'appliqueront donc de plein droit (dans les limites fixées par la Cour de justice des communautés européennes) (1) en cas de détachement effectué dans un État membre, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, par une entreprise établie dans un autre État membre.

Si l'entreprise d'origine du travailleur détaché dans un État membre est établie dans un État tiers, c'est la convention de Rome qui est applicable et le contrat de travail est en principe régi par la loi de l'État d'origine, où le travailleur est censé accomplir habituellement son travail. Les règles impératives de l'État 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 État membre ou dans un État tiers a été prévue par l'article 1er, paragraphe 4 de la directive, aux termes duquel « Les entreprises établies dans un État non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un État membre ». Cette disposition conduira le plus souvent à faire prévaloir les dispositions impératives de l'État de détachement – en tout cas celles qui sont énumérées par la directive – sur celles de l'État 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 paragraphe 3 ainsi rédigé :

« Est réservée l'application des dispositions impératives de l'État 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, paragraphe 2, a) de la convention a donné lieu à des difficultés d'interprétation dans les États membres.

a) Faut-il comprendre le détachement temporaire par opposition au détachement de longue durée ou au détachement 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, le juge appréciant après coup la durée effective du détachement ? Le Groupe a retenu la première approche. Il 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 ». Il a écarté la seconde approche qui aurait obligé à fixer un délai au delà duquel le détachement aurait cessé d'être temporaire. Il est apparu au cours des discussions qu'un tel délai (un an, deux ans ?) aurait été forcément arbitraire et aurait pu se prêter à des manipulations de la part du contractant le plus fort.

b) Lorsque le détachement se fait à l'intérieur d'un groupe de sociétés et que le travailleur est envoyé auprès d'une autre société du groupe, avec laquelle est conclu un contrat de travail local (2), doit-on considérer qu'il s'agit d'un nouveau contrat soumis à sa loi propre, qui sera en principe celle du nouveau lieu d'exécution du travail ? Ne peut-on au contraire considérer qu'il s'agit d'un détachement qui, s'il est prévu pour une durée limitée, n'entraîne pas changement de la loi applicable ? Le Groupe n'a pas voulu exclure cette dernière possibilité, sans cependant vouloir l'imposer. Tout dépend en effet des situations. La notion de groupe de sociétés est elle-même très souple, les sociétés qui le composent peuvent jouir d'une autonomie variable et il se peut que le transfert du travailleur d'une société à l'autre du groupe corresponde véritablement à un nouveau contrat. Mais il est fréquent aussi qu'un travailleur soit embauché par le « management » d'un groupe de sociétés et affecté dans un premier temps à une société de ce groupe, avant d'être transféré plus tard, par décision de ce même management, auprès d'une autre société du même groupe. La conclusion d'un contrat de travail de droit local sera le plus souvent imposée par la législation locale, ne fût-ce que pour l'obtention d'un titre de séjour ou d'une autorisation de travail, mais elle n'affecte pas le lien du travailleur avec le groupe. Il paraît équitable en ce cas de ne pas s'arrêter à l'apparence du nouveau contrat et de ne pas priver le travailleur des garanties législatives dont il pouvait disposer dans le pays d'origine.

Le Groupe a cherché à répondre à ces deux séries de questions en proposant la nouvelle rédaction suivante de l'article 6, paragraphe 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. Le lieu d'accomplissement habituel du travail n'est pas réputé changer lorsque le travailleur est détaché pour une période limitée dans un autre pays. La conclusion d'un contrat de travail avec un employeur appartenant au même groupe que l'employeur originaire n'exclut pas qu'il y ait détachement ».

Article 9. – Forme des actes

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

1. La première est la suppression du paragraphe 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 (article 9, §§ 1 à 4), sous réserve des dispositions impératives de la loi de résidence habituelle (3) du consommateur, et non plus globalement à cette dernière loi.

2. La seconde modification proposée est beaucoup plus importante. Elle 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 volonté.

Le Groupe avait d'abord songé à poser la règle selon laquelle, dans le cas d'un contrat conclu par voie électronique, le lieu d'émission de la déclaration de volonté est réputé, dans le cas où il ne peut être effectivement déterminé, celui de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration. La présomption est raisonnable, mais elle a l'inconvénient de faire apparaître une règle de conflit spécifique à la forme du contrat conclu par voie électronique. Il se peut en effet qu'une déclaration de volonté émise électroniquement soit doublée par une télécopie ou un télex. Les mêmes règles doivent s'appliquer, quel que soit le support utilisé.

Dans cet esprit, le Groupe a estimé qu'il n'y aurait aucun inconvénient à élargir dans tous les cas le caractère alternatif de la règle de conflit de l'article 9 en ajoutant la loi de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration de volonté à la loi la régissant au fond et à la loi du lieu de son émission. Il suffira donc que la déclaration satisfasse aux conditions de forme de l'une de ces trois lois pour être valable en la forme. Cette nouvelle règle est favorable à la validité formelle du contrat, mais elle ne nuira pas au consommateur, puisque la référence à l'article 9 dans l'article 5 révisé n'exclut pas l'application des règles plus protectrices du consommateur contenues dans la loi de l'État de sa résidence habituelle.

La rédaction proposée par le Groupe fusionne les deux premiers paragraphes de l'article 9 actuel et entraîne par voie de conséquence une modification de l'actuel paragraphe 4 qui devient le paragraphe 3, ainsi que de l'actuel paragraphe 6, qui devient le paragraphe 4 :

« 1. Un contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de [la présente convention], de la loi du pays où se trouve l'une ou l'autre des parties au moment de sa conclusion ou de la loi du pays de la résidence habituelle de l'une d'elles au même moment.

2. [Reprendre le, paragraphe 3 actuel]

3. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de [la présente convention], de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu ou de la loi du pays de la résidence habituelle de l'auteur de cet acte.

4. Nonobstant les dispositions des trois premiers paragraphes du présent article ... »
[Reprendre la suite du paragraphe 6 actuel, sans autre changement]

1. 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, p. 55, note M.-A. MOREAU.

3. V. le [compte rendu de la réunion de Rome](#).