

**UNIVERSITÉ DE VALENCIENNES ET DU HAINAUT-CAMBRESIS**

Site des Tertiales

Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion

Mémoire de MASTER 2

Droit des Affaires Internationales et des Transports

**LA CLAUSE D'EXCEPTION DES ARTICLES 6§2 ET 8§4**  
**DE LA CONVENTION DE ROME**  
**ET DU REGLEMENT ROME 1**

Présenté par : **Floria MAUGIN**

N° Étudiant : 21201943

Sous la direction de : Monsieur Stéphane MICHEL

Année universitaire 2012-2013.



## **REMERCIEMENTS**

*Je tenais à remercier tout d'abord, Monsieur Stéphane Michel.*

*Directeur de ce mémoire, il m'a beaucoup aidé dans l'élaboration de celui-ci.*

*Je souhaite également remercier mes anciens camarades de la Faculté de Droit de l'Université Bordeaux IV qui m'ont apporté leur aide dans certaines de mes recherches.*

*Enfin, je témoigne toute ma gratitude à mes camarades de ce Master 2 ainsi qu'à toute l'équipe d'enseignants pour leur soutien tout au long de cette dernière année d'étude.*

## ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
Art.	Article
Bull.	Bulletin
CA	Cour d'Appel
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCBE	Conseil des Barreaux de l'Union Européenne
Chap.	Chapitre
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
COM.	Commission
Convention	Convention de Rome de 1980
CPC	Code de procédure civile
Ed.	Édition
Fasc.	Fascicule
GEDIP	Groupe Européen de Droit International Privé
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JCL. Commercial	Jurisclasseur Commercial
JCP G	La Semaine Juridique – Édition Générale
JCP social	La Semaine Juridique – Édition Sociale
JDI	Journal de Droit International
LPA	Les Petites Affiches
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>

PUF	Publications Universitaires de France
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue de droit des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Règlement	Règlement Rome 1 de 2008
Revue Lamy Dr. des aff.	Revue Lamy Droit des affaires
Sect.	Section
v.	voir

## SOMMAIRE

<b>Remerciements</b> .....	2
<b>Abréviations</b> .....	3
<b>Introduction</b> .....	5
<b>Chapitre 1 : La nécessité de la clause d'exception</b> .....	16
<b>Section 1 : L'utilité de la clause d'exception face aux rattachements rigides</b> .....	16
§1) Une manifestation positive du principe de proximité .....	16
§2) Une clause d'exception utilisée pour déterminer le rattachement applicable dans l'hypothèse de groupes de sociétés .....	24
<b>Section 2 : La mise en œuvre de la clause d'exception</b> .....	29
§1) Les conditions de forme de la clause d'exception .....	29
§2) Les conditions de fond de la clause d'exception .....	34
<b>Chapitre 2 : Les limites de la clause d'exception</b> .....	39
<b>Section 1 : La perte du caractère exceptionnel de la clause d'exception</b> .....	39
§1) Une application presque systématique de la lex fori .....	39

§2) Les relations entre l'utilisation par le juge de la clause d'exception et le principe de l'autonomie de la volonté des parties ..... 45

**Section 2 : Une controverse relative à la rédaction de l'article 8§4 du Règlement Rome 1** ..... 51

    §1) Une rédaction spécifique en matière de contrat de travail ..... 51

    §2) Une volonté de la Commission européenne de supprimer cette clause d'exception ..... 56

**Conclusion** ..... 63

**Bibliographie** ..... 65

## Introduction

1. Le nombre des déclarations de détachement des pays européens et pays tiers vers la France est passé de 1 443 en 2000, à 10 121 en 2006 et à 35 000 en 2009<sup>1</sup>. De la même façon, « au 31 décembre 2012, 1 611 054 de nos compatriotes étaient inscrits au registre mondial des Français établis hors de France, soit une hausse de 1,1% par rapport à l'année précédente. »<sup>2</sup>. Avec ce flux constant de travailleurs, les litiges du droit du travail international se multiplient.

2. En droit international privé, pour pouvoir résoudre les litiges, il faut se référer aux règles de conflit de juridictions qui permettent de désigner la juridiction qui sera compétente, puis on regarde les règles de conflit de lois qui permettent, quant à elle, de trouver la loi compétente pour régler le litige. Nous ne nous intéresserons qu'aux secondes car notre sujet ne concerne pas les conflits de juridictions. En effet, la clause d'exception est une règle de conflit de lois subsidiaire car elle ne peut jouer seulement si les lois désignées par les règles

---

1

AN, « Rapport d'information sur le détachement des travailleurs », n°3150, 8 fév. 2011, p.16.

2 <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/vivre-a-l-etranger/la-presence-francaise-a-l-etranger/>, 2013, « Statistiques sur les Français résidant à l'étranger au 31 décembre 2012 ».

de conflit ordinaires ne sont pas les lois les plus proches du rapport de droit en cause. Cette clause d'exception a pour inspiration le principe de proximité. Ce principe est un des principes fondamentaux du droit international privé des contrats et surtout en matière de contrat de travail international. Il permet d'écarter les rattachements rigides, à savoir la loi du lieu d'accomplissement habituel de travail et la loi du lieu de l'établissement d'embauche lorsque ceux-ci ne conduisent pas à appliquer la loi la plus proche du rapport de droit en cause. Ce principe est donc formulé à travers la clause d'exception qui se trouve à l'article 6§2 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'article 6 est rédigé comme suit : « 1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

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 s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ou

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, **à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.** »<sup>3</sup>. Cette clause d'exception est aussi présente de manière identique dans le Règlement n° 593-2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après dénommé Règlement Rome 1) à l'article 8§44. Cette clause d'exception est souvent qualifiée de règle de conflit ouverte en raison de sa fonction. Elle permet d'écarter les rattachements fixes lorsqu'il existe des liens plus étroits avec un autre pays. C'est un instrument de souplesse dans les règles de conflit de lois.

3. Il convient de se rappeler les règles antérieures à la Convention de Rome afin de mieux comprendre l'objectif poursuivi dans la clause d'exception mais aussi mieux comprendre le système tripartite qui existe aujourd'hui en matière de conflit de lois en France.

---

3 Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée) : art. 6.

4 AUDIT B., *Droit international privé*, Economica, 5e éd., 2008, n°834, p.698.

En effet, le premier système est le système jurisprudentiel français qui s'applique aux contrats de travail conclus avant le 1er avril 1991. Ce système coexiste avec un second système qui s'applique aux contrats de travail conclus entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009. C'est la Convention de Rome de 1980 qui s'applique ici. Enfin, une troisième système vient s'ajouter aux deux premiers. Celui-ci s'applique aux contrats de travail conclus à partir du 17 décembre 2009. Il découle du Règlement Rome 1 du 17 juin 2008. Ces trois systèmes sont assez proches puisque le Règlement Rome 1 est une codification à droit constant de la Convention de Rome qui est donc reprise quasiment à l'identique. Le système jurisprudentiel français est différent. La Convention de Rome est intervenue pour tenter de pallier à certains problèmes qui ressortaient de ce premier système.

4. Au départ, la jurisprudence française se référait à la loi choisie par les parties, à défaut, elle utilisait la méthode de localisation objective pour trouver la loi qui avait les liens les plus étroits avec le contrat : on se référait à de nombreux éléments objectifs pour trouver cette loi comme la nationalité des parties, le domicile, le lieu de conclusion du contrat,... Les juges recherchaient la volonté des parties également à travers divers éléments objectifs. On utilisait toute une série d'indices et notamment celui du lieu d'exécution habituelle de travail qui n'était alors qu'un élément parmi les autres. « Usant de la marge d'appréciation que leur conférait chacune des deux règles rappelées, soit dans la détermination de l'intention commune des parties, soit dans celle de l'ordre juridique avec lequel le contrat présentait les liens les plus étroits, ils étaient presque toujours parvenus à appliquer la loi qui était en fait la plus favorable au travailleur. »<sup>5</sup>. Au fil de la pratique, on s'est aperçu que dans la majorité des cas, la méthode de localisation objective conduisait à désigner la loi du lieu d'exécution habituelle de travail. Cependant, la jurisprudence refusait de considérer ce rattachement comme fixe, rigide. Elle préférait s'en remettre au groupement des deux éléments de rattachement nationalité/lieu de conclusion du contrat, considéré soit comme un rattachement plus fort, soit de l'intention des parties de relever de la loi française<sup>6</sup>. Ainsi la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 décembre 1960, a déclaré le Code civil français d'application immédiate, pour un travail de représentation effectué en France par un salarié français d'une société

---

5 LAGARDE P., « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in Mélanges en l'honneur de G. Lyon-Caen, *Dalloz*, 1993, p.83.

6 *Ibid.*



tchécoslovaque<sup>7</sup>. Dans un autre arrêt « Zanarelli » du 5 mars 1969, la Cour a refusé de désigner la loi française applicable à un contrat de travail entre un agent commercial italien et une société française. Le travail de représentant s'effectuait en Italie. La Cour a constaté que les parties n'avaient pas choisit de loi applicable au contrat puis, elle a estimé que le lien avec la France était insuffisant pour appliquer la loi française<sup>8</sup>.

5. Rien ne faisait pressentir que les juges appliqueraient un rattachement rigide au contrat. Cette idée apparaît dans les années 1970 dans une intervention de M. Jean Laroque, alors président de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Les juges de la Chambre, cependant, ont suivi cet esprit seulement pour le travail exécuté en France mais s'y opposait dans le cas contraire. A titre d'exemple, dans un arrêt « Monfort » du 25 mai 1977, les juges de la Chambre Sociale ont repris la méthode de localisation et en ont déduit que le travail était exécuté en France donc les dispositions d'ordre public de protection des travailleurs françaises sont applicables<sup>9</sup>. Aucune évocation du rattachement au lieu d'exécution habituel de travail n'est faite. C'est une décision à caractère unilatéraliste qui est renforcé par la recherche des juges de la volonté implicite des parties, selon eux, la loi française en découlait. Le rattachement rigide n'apparaît pas plus dans les arrêts suivants<sup>10</sup>. Le professeur Antoine Lyon-Caen a retenu, dans son analyse des arrêts « Monfort » et « Royal Air Maroc » qu'en comparant les deux arrêts, on en déduisait que le rattachement du contrat de travail était la loi du lieu d'exécution habituelle de travail. Cette interprétation a marqué les esprits et elle finit par devenir le droit positif. Ce rattachement a pu prospérer car on s'est rendu compte que contrairement aux contrats civils et commerciaux de la vie des affaires, le contrat de travail ne pouvait pas relever de la loi d'autonomie c'est-à-dire de la seule volonté des parties. On considérait que le choix résultait le plus souvent de la volonté unilatérale de l'employeur. Le principe fondamental de protection du salarié qui gouverne le droit du travail induisait le fait qu'on ne pouvait pas désigner la loi applicable sur la seule volonté des parties<sup>11</sup>. Ce

---

7 Cass. soc. ; 9 déc. 1960, pourvoi n°59-40.066 , bull. civ. IV, n° 1164.

8 Cité par LAGARDE P., *op. cit.*

9 Cass. soc. ; « Royal Air Maroc », 25 mai 1977, pourvoi n°75-40.810.

10 Cass. soc. ; 31 mars 1978, pourvoi n°76-41.190, bull. 1978 n°259, p.193.

11 DEPREZ J., « Évolutions récentes des solutions de conflits de lois en matière de contrat de travail international », in Mélanges en l'honneur de H. Blaise, *Economica*, 1995, p.165 et s.

rattachement fut considéré comme le « rattachement le plus naturel »<sup>12</sup>. La loi d'autonomie était amenée à jouer seulement lorsqu'elle s'avérait plus favorable pour le travailleur que la loi du lieu d'exécution habituelle de travail. Le contrat de travail, à partir de là, relève d'un rattachement fixe et objectif et non pas d'une loi choisie par les parties. On voit ici une certaine méfiance face à la loi d'autonomie d'inspiration libérale, inspiration qui ne collait pas bien avec la réalité économique et sociale et le déséquilibre des relations de travail. A côté du principe de protection du travailleur s'ajoute le principe de proximité avec le contrat.

5. Dans les années 1980, la Convention de Rome n'était pas encore entrée en vigueur en France mais la jurisprudence commençait déjà à se transformer. A partir de 1985, le rattachement rigide du lieu d'exécution du travail commence à montrer ses faiblesses. Dans un arrêt du 6 novembre 1985, un litige opposait un salarié français embauché par une entreprise française pour travailler au Ghana dans une de ses filiales<sup>13</sup>. Le licenciement était intervenu dans les conditions conformes à la loi ghanéenne. La Cour d'Appel avait appliqué la loi française et avait condamné la société ghanéenne à payer le complément d'indemnités de préavis prévues par la loi française. La Cour de cassation a cassé l'arrêt et a décidé d'appliquer la loi du Ghana, loi du lieu d'exécution habituelle de travail. Dans le même sens, le 7 mai 1987, la Chambre sociale a imposé la loi du Niger pour un licenciement d'un salarié français embauché par une société française pour travailler au Niger. Les salariés ont donc payé les conséquences néfastes de ce rattachement rigide. On imagine bien le salarié vivant en France mais travaillant au Niger, pays à faible niveau de vie, être licencié et n'obtenir que les indemnités prévues par la loi nigérienne, proportionnelles au niveau de vie du Niger et non de la France. De plus, de nombreux pays sont moins protecteurs des salariés que l'État français.

6. Parallèlement à ces événements jurisprudentiels français, la Convention de Rome de 1980 naissait. Ce texte a pris 10 ans à être élaboré. Cela s'est fait en deux étapes. Tout d'abord, les six États fondateurs de la Communauté économique européenne (CEE) ont élaboré un avant-projet entre 1970 et 1972<sup>14</sup>. Ce dernier a servi de base pour une nouvelle négociation

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Cass. soc. ; 6 nov. 1985, pourvoi n°83-42.317, bull. 1985 IV n° 504 p. 367.

<sup>14</sup> LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 1991, p.287.

avec le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni, devenus membres de la Communauté européenne. Il a fallu attendre onze années supplémentaires pour obtenir les sept ratifications exigées dans son article 29 pour son entrée en vigueur. Il s'agissait de l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Italie, le Luxembourg, la France et le Royaume-Uni. S'est ajoutée ensuite la Grèce. Le Danemark, puis le Luxembourg, suivi de l'Allemagne et enfin la Belgique avait déjà introduit des dispositions de la Convention dans leur législations nationales. La France avait également commencé à appliquer les dispositions de la Convention puisque le texte était sorti en 1980. Il n'y a donc pas eu de rupture brutale entre les deux systèmes de droit, les modifications furent progressives. « Cette convention réalise une unification souple du droit international privé des contrats au sein de la Communauté économique européenne. Elle prévient ainsi une cristallisation des règles de conflit dans les États membres, par voie de codification nationale ou de convention régionale. De plus, elle remédie partiellement au risque de *forum shopping* résultant de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, dont les nombreuses options de compétence juridictionnelle étaient jusqu'à présent, à défaut d'unification des règles de conflit de lois, autant d'options de législation. »<sup>15</sup>.

7. La Convention de Rome a un caractère universel qui est mentionné à l'article 2. Il pose que « La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant »<sup>16</sup>. Ceci renforce l'importance de cette remise en ordre du droit international privé des contrats. Le champ d'application du texte est mentionné positivement dans l'article 1§1 et de manière négative dans les §2 et 4 de l'art.1er de la Convention de Rome car ils posent des exceptions. Le texte s'applique aux litiges comportant des conflits de lois en matière contractuelle. Elle ne s'applique dans de nombreux cas comme pour les contrats de réassurances, les obligations contractuelles en matière de succession et de régimes matrimoniaux et elle ne s'applique pas aux obligations extracontractuelles. La Convention ne définit pas les obligations contractuelles ce qui conduit à ce que cette notion soit différente d'un État à l'autre. Elle ne règle pas non plus la question du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Il en découle que le refus du droit civil français à l'égard du demandeur de lui donner l'option entre les deux responsabilités ne vaudra que si la loi désignée par les règles de conflit de la Convention est la loi française. C'est la loi désignée qui

---

15 *Ibid.*

16 Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée) : art. 2.

dira si elle accepte ou non l'option entre les deux responsabilités. Cela permet aux États de garder les principes qui gouvernent leur droit des contrats.

8. Concernant la détermination de la loi applicable, la Convention de Rome a d'abord posé quelques règles générales applicables à tous les contrats innommés ou de conception récente. Ces règles ont un caractère dualiste car elles reposent sur le principe d'autonomie de la volonté des parties et à défaut de choix on recherche la loi applicable. Ce principe d'autonomie de la volonté des parties qui gouverne tout le droit international privé des contrats se trouve posé à l'article 3 de la Convention qui commence ainsi « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. »<sup>17</sup>. A défaut de choix de loi par les parties, la Convention de Rome donne comme rattachement du contrat la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec le contrat. Celle-ci est présumée être la loi du lieu de résidence habituelle de celui qui fournit la prestation caractéristique<sup>18</sup>. On retrouve ici le principe de proximité qui régit les règles de conflit de lois de la Convention. Enfin l'article 4§4 expose la clause d'exception applicable pour les contrats en général. Cette clause permet d'écarter les présomptions précédentes s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

9. La Convention de Rome a aussi différencier les règles pour certains contrats nommés, à savoir les contrats conclus par les consommateurs envisagés à l'article 5 et les contrats individuels de travail à l'article 6. Ces contrats doivent avoir des règles de conflit différentes des autres car ils mettent en jeu des relations déséquilibrées entre les parties. Il y a une partie dite « faible » (le consommateur ou le travailleur) et une partie dite « forte » (le vendeur ou l'employeur). Nous nous intéresserons qu'au contrat de travail, objet de notre étude. L'article 6 sur les contrats individuels de travail ressemble beaucoup à l'article 4 sur les contrats en général. Il est composé de deux paragraphes. Le §1 reprend le principe d'autonomie de la volonté des parties et pose que le contrat de travail est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix est cependant limité par le texte car il « ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait

---

17 Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée) : art. 3§1.

18 Ibid., art. 4§2.

applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.»<sup>19</sup>. Cette disposition assure une protection minimale au travailleur. La loi applicable à défaut de choix est désignée par les règles posées au §2 de l'article 6. Le premier rattachement de principe est la loi d'exécution habituelle de travail en vertu du principe de proximité avec le rapport de droit, et ce, même si le détachement est temporaire<sup>20</sup>. L'article 6§2 b) envisage l'hypothèse dans laquelle le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays. Dans ce cas, on doit se rattacher à la loi du lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur. Une des principales critiques de cet article est le manque de définition des termes « détachement temporaire »<sup>21</sup> et « établissement ». La Convention laisse au juge le soin d'apprécier la durée à partir de laquelle le détachement n'est plus temporaire et devient de longue durée. Le détachement temporaire ne modifie pas la solution des conflits de lois selon cet article. Le même rattachement est utilisé quelque soit la durée du détachement. A propos de la notion d'établissement, la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après dénommée « CJUE ») a rendu une décision très récente le 15 décembre 2011 dans un arrêt « Navimer »<sup>22</sup>. Cet arrêt concerne un salarié qui avait conclu un contrat pour travailler en qualité de mécanicien sur un bateau. Il a été embauché à Anvers par la société Naviglobe mais sous la direction d'une filiale de cette société qui s'appelait Navimer. Son contrat de travail prévoyait la loi applicable au contrat à savoir la loi luxembourgeoise et au bout d'un an son contrat est rompu en 2002. Le salarié veut finalement se voir appliquer, pour le montant des indemnités de licenciement, la loi belge du lieu de conclusion du contrat au titre des dispositions impératives. Il entame une procédure devant les tribunaux belges mais se trouve débouté. Il se pourvoie devant le tribunal de Cassation belge. Le tribunal va alors poser des questions préjudicielle à la CJUE. La première question est celle de savoir comment définir le pays où l'on trouve l'établissement où l'on a embauché le salarié, et un deuxième volet concerne le fait de savoir si l'établissement doit avoir la personnalité juridique. La CJUE va d'abord préciser un point. Elle nous affirme que la Convention de Rome établit une hiérarchie des critères de rattachement pour déterminer la loi applicable au contrat. Elle rappelle ensuite que cette hiérarchie est liée par la protection plus favorable aux salariés. Il en ressort que si les juges peuvent déterminer un lieu habituel de travail de façon large, c'est la loi du lieu

---

19 *Ibid.*, art.6§1 *in fine*.

20 *Ibid.*, art. 6§2 a).

21 LACOSTE-MARY Valérie, *Droit social international*, Ellipses, 2006, p.27.

22 CJUE aff. C-384/10 ; 15 décembre 2011, RCDIP, 2012, p.648 ; note : PATAUT E.

d'exécution habituelle du travail qui devra s'appliquer en premier lieu. Si on ne trouve pas de lieu d'exécution habituelle de travail, on appliquera de façon subsidiaire la loi du pays dans lequel le salarié a été embauché. Par conséquent, la question de la loi du lieu d'embauche doit arriver subsidiairement. La Cour ajoute que ce critère doit s'interpréter de façon stricte. L'établissement n'a pas besoin d'avoir la personnalité juridique mais il doit avoir un caractère de stabilité. Ces précisions sur la notion d'établissement montre qu'il doit être vu de manière large et cela afin de prendre en compte le plus grand nombre de situation dans l'intérêt du salarié.

10. Enfin, la Convention de Rome a introduit un instrument inédit en droit français mais connu dans d'autres pays : la clause d'exception ou règle de conflit ouverte. Elle trouve sa place à l'article 6§2 *in fine*. Elle permet d'écarter les rattachements précédents au profit de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Cette clause va permettre d'éviter les conséquences défavorables au travailleur illustrées par le système jurisprudentiel français de l'époque. C'était l'avis de certains auteurs dès l'entrée en vigueur de la Convention de Rome le 1er avril 1991<sup>23</sup>. Cette clause d'exception a pour objectif le respect à la lettre du principe de proximité. Elle doit donc désigner la loi la plus proche du contrat et non la plus favorable au salarié<sup>24</sup>. Cette clause constitue le cœur de notre sujet.

11. La Convention de Rome a montré ses limites et il y a eu une volonté de modernisation et de transformation de ce texte. Le législateur européen a voulu créer un instrument communautaire dans le souci d'uniformisation et d'homogénéisation du droit international privé des contrats, au même titre que la Convention de Rome. En 2003, la Commission européenne a émis un Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation<sup>25</sup> afin d'interroger les milieux concernés sur les modifications à apporter à la

---

23 En ce sens : LAGARDE P., *op. cit.* ; DEPREZ J., « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Droit social*, 1995, p. 323 et s. ;

24 VIGNAL T., *Droit international privé*, Armand Collin, 2005, n°389, p.237.

25 COM(2002) 654 final, « LIVRE VERT sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation », 14 janv. 2003.

Convention au regard des problèmes rencontrés dans la pratique. A la suite de cela, en 2005, la Commission fait une « proposition de Règlement Rome 1 »<sup>26</sup> qui s'est avérée être très différente du texte final du Règlement communautaire. C'est le 17 juin 2008 qu'est adopté le Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, appelé aussi Règlement Rome 127. « Son objectif est de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité du résultat des litiges, sans pour autant supprimer toute flexibilité de la règle de conflit. Sur le fond, le nouveau règlement n'apportera pas de bouleversement profond des solutions de la convention de Rome. »<sup>28</sup>. En effet, les différences entre les deux textes sont moindres. Le Règlement Rome 1 est également un texte à caractère universel qui est posé, comme dans la Convention de Rome, à l'article 2 qui nous apprend que « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre. »<sup>29</sup>.

12. Le Règlement apporte quand même certaines nouveautés notamment en ajoutant aux deux contrats spéciaux (contrats individuels de travail et contrats de consommation) de la Convention, le contrat de transport à l'article 5 et le contrat d'assurance à l'article 7 du Règlement Rome 1. On voit ici la volonté d'envisager le plus grand nombre de situations et d'y apporter des règles adaptées, toujours dans le souci du respect des principes de proximité et de protection de la partie faible. L'article 8 concerne les contrats individuels de travail et se compose en quatre paragraphes qui reprennent les mêmes règles que l'article 6 de la Convention : le rattachement de principe est toujours la loi choisie par les parties, à défaut de choix c'est le lieu d'accomplissement habituel de travail qui s'applique ou bien la loi du lieu d'embauche du travailleur. La clause d'exception reste identique. Cependant, des modifications ont été apportées à l'article 4 du Règlement concernant la loi applicable à défaut de choix par les parties pour les contrats en général mais ces modifications n'ont pas été

---

26 COM (2005) 650 final, « Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », 15 déc. 2005.

27 Règlement (CE) n o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

28 CORNELOUP S., « La loi applicable aux obligations contractuelles . - Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I », *JCP G*, 29 oct. 2008, n°44.

29 Règlement (CE) n o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : art.2.

reprises à propos des contrats individuels de travail. Ceci suscite certains questionnements que nous étudierons par la suite.

13. La clause d'exception a été sauvegardée par le Règlement Rome 1 ce qui signifie certainement qu'elle a un intérêt certain. Cependant, c'est un instrument juridique qui fait face aussi à certaines critiques. On lui reproche notamment son imprécision quant à sa mise en œuvre. On critique également le fait que la clause peut introduire de l'imprévisibilité dans le règlement des conflits de lois ainsi que son esprit contraire à l'objectif de la Convention de Rome d'unifier et homogénéiser les règles de droit international privé des contrats.

14. On peut alors se demander quel est le régime juridique de cette clause d'exception et quels sont ses avantages et ses faiblesses. Au regard de ces premiers questionnement, peut-on considérer que cette clause est indispensable dans le règlement des conflits de lois en matière de contrat de travail ? Enfin, quel peut-être l'avenir de cette clause d'exception ?

L'intérêt ici est d'observer les effets de la clause d'exception en matière de contrat de travail et voir dans quelle mesure cette matière a besoin d'une certaine souplesse dans le règlement des conflits de lois. Le second intérêt est d'étudier l'impact de la clause d'exception sur les autres rattachements du contrat de travail ainsi que les rapports qu'elle entretient avec les principes généraux de droit international privé des contrats. Ceci va permettre, ensuite, de se rendre compte des améliorations apportées par la clause par rapport au système jurisprudentiel français antérieur mais aussi les limites que possède celle-ci.

Afin de répondre au mieux à ces interrogations et de mener au mieux cette étude de la clause d'exception des articles 6§2 et 8§4 de la Convention de Rome et du Règlement Rome 1, il convient d'observer, dans un premier chapitre, la nécessité de la clause d'exception. Dans un second chapitre, nous verrons les limites que comporte la clause.

\*\*\*\*\*



## **Chapitre 1 : La nécessité de la clause d'exception**

15. Pour contrecarrer la rigidité des rattachements ordinaires et notamment celui du lieu d'exécution habituelle du travail, la clause d'exception a été introduite dans la Convention de Rome de 1980 à l'article 6§2, puis dans le Règlement Rome 1 (n°593-2008) de 2008 à l'article 8§4. En permettant de rechercher la loi la plus proche du contrat, la clause d'exception est l'illustration concrète du principe de proximité. Elle permet également au salarié de défendre ses intérêts face à des groupes de sociétés. Il convient alors d'observer en premier lieu l'utilité de la clause d'exception face aux rattachements rigides (section 1).

Nous nous demanderons ensuite de quelle façon la clause d'exception doit elle être utilisée par les juges. Par conséquent, nous étudierons, en second lieu, la mise en œuvre de cette clause (section 2).

### **Section 1 : L'utilité de la clause d'exception face aux rattachements rigides**

16. La clause d'exception de l'article 6 et 8 *in fine* de la Convention de Rome et du Règlement Rome 1, est un instrument qui va venir introduire plus de souplesse dans le règlement des conflits de lois. Cette clause est le reflet d'une manifestation positive du principe de proximité (§1) puisqu'en recherchant la loi qui a les liens les plus étroits avec la relation de travail, on pourra s'adapter au mieux à celle-ci pour trouver la meilleure issue au litige. L'utilité de la clause d'exception réside aussi dans le fait qu'elle intervient pour déterminer le rattachement applicable dans les hypothèses de groupes de sociétés (§2).

#### §1) Une manifestation positive du principe de proximité

17. Selon M. Paul Lagarde, le principe de proximité se définit comme « un rapport de droit qui est régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits »<sup>30</sup>. Ce principe se trouve matérialisé dans la Convention de Rome de 1980 à l'article 6 *in fine* et dans le Règlement n°593-2008 à l'article 8 *in fine* par la clause d'exception. Cette dernière permet de rechercher la loi étatique la plus proche du contrat international si les rattachements rigides ne sont pas adéquats et cela dans un souci de protection du salarié. La clause d'exception offre donc la possibilité d'écarter la loi du lieu d'exécution habituelle de travail (A) ainsi que la loi choisie par les parties (B).<sup>31</sup>

#### *A) La possibilité d'écarter la loi du lieu d'exécution habituelle du travail*

---

30 CA Angers, 18 mai 1989, RCDIP, 14 sept. 1990, p.501, note : HEUZE V.

31 JAULT-SESEKE F., note sous : CJUE aff. C-29/10, 15 mars 2011, RCDIP, 2011, p447 : concernant la loi du lieu d'embauche, nous ne l'envisagerons pas ici car ce rattachement n'a qu'un rôle subsidiaire par rapport à la loi d'exécution habituelle de travail et car son rôle tend à être minimisé par les juges.

18. Il arrive que les parties au contrat de travail n'aient pas choisit la loi applicable au contrat de travail. L'article 6 §2 a) prévoit que « 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 s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ».

Ce rattachement au lieu habituel de travail est un rattachement classique en droit du travail et il est également repris à l'article 8§2 du Règlement n°593-2008.

La Convention de Rome nous dit que la loi applicable est celle du lieu d'exécution même si le détachement est temporaire sans donner véritablement de définition du détachement temporaire. Dans le Règlement n°593-2008 la question du détachement n'est pas réglée de façon formelle et claire. Une piste nous est donnée dans le considérant 36 qui montre une conception plutôt subjective du détachement. Le détachement serait considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de ses tâches à l'étranger.

19. Le contrat de travail dispose d'un système de rattachement spécifique. On ne parle pas du lieu de la prestation caractéristique comme pour les contrats en général régis par l'article 4 de la Convention de Rome. On parle du lieu de l'accomplissement habituel de travail qui correspond à la prestation caractéristique du contrat de travail. On écarte également la loi du lieu du domicile du travailleur. C'est le pays où le travailleur exécute habituellement son travail qui est présumé avoir les liens les plus étroits avec le contrat. Le règlement n°593-2008 dans son article 8 a cependant apportée une précision d'importance qui vise à élargir cette notion du lieu habituel de travail. Le texte nous dit que le lieu habituel c'est celui dans lequel le salarié exécute son travail ou à partir duquel le salarié exerce son activité.

20. La Cour de Justice de l'Union Européenne a eu à se prononcer dans un arrêt « Koelsch » du 15 mars 2011 sur l'interprétation du lieu habituel de travail<sup>32</sup>. Dans cet arrêt, un conducteur de poids lourd avait signé un contrat de travail au Luxembourg . Son activité était fixée en Allemagne (il venait chercher son camion et prenait ses directives à partir de

---

• 32 *Ibid.*

là) . Son entreprise a ensuite été mise en liquidation judiciaire. Il bénéficiait alors de son statut protecteur puisqu'il était représentant du personnel. Il fut licencié par la suite par la société luxembourgeoise. Il saisit les tribunaux mais il se voit débouté car il était considéré comme un salarié mobile donc c'est la loi du Luxembourg qui devait s'appliquer car c'est la loi du lieu d'embauche. Les tribunaux luxembourgeois vont alors saisir la CJUE et la Cour va décider que l'article 6 de la Convention de Rome doit être interprétée à la lumière des solutions qu'elle avait déjà donné au sujet du conflit de juridiction et d'autre part elle va s'appuyer sur la nouvelle réglementation du règlement n°593-2008. Le lieu à partir duquel le salarié exerce son activité sera considéré comme le lieu habituel de travail au sens de la Convention de Rome. La Cour nous dit que le pays à partir duquel le salarié exerce son activité est celui où il s'acquitte des obligations nées de son contrat de travail. La CJUE énonce qu'il faut caractériser l'activité du salarié et en fonction de cette activité dire si c'est bien là où se trouve le lieu principal de ses obligations contractuelles. En l'espèce les juges ont considéré qu'il y avait bien lieu habituel de travail puisqu'il rangeait son outil de travail dans un endroit et y recevait ses feuilles de route. En fonction de chaque activité des personnes il faut localiser l'endroit où est centralisé le travail (par exemple pour une hôtesse de l'air : son aéroport de rattachement, pour un agent commercial : son bureau). Cet arrêt a donc permis de préciser la notion de lieu habituel de travail et de l'appliquer de manière large. Il tend également à minimiser le critère de rattachement subsidiaire du lieu d'embauche qui ne doit s'appliquer que dans l'hypothèse où aucun lieu de travail habituel ne peut être déterminé et qu'aucune loi n'a été choisie par les parties.

21. La loi du lieu habituel de travail est le critère le plus utilisé lorsque les parties n'ont pas fait de choix de loi applicable au contrat de travail. Cependant, ce rattachement général et abstrait ne s'applique pas à toutes les situations. La clause d'exception de l'article 6§2 de la Convention, reprise à l'article 8§4 du Règlement n°593-2008, a donc été mise en place pour les cas où les critères généraux ne conviennent pas<sup>33</sup>. En effet, l'article 6 nous dit que les rattachements généraux s'appliquent « à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable. » C'est une souplesse considérable dans la Convention de Rome car le juge pourra écarter la loi du lieu d'exécution habituelle de travail par le jeu de cette

---

• 33 HENNION S., LE BARBIER-LE BRIS M., DEL SOL M., *Droit social européen et international*, PUF, 1e éd., 2010, p.226-227.

clause d'exception. On cherche ici à appliquer la loi la proche du contrat de travail. C'est ici une manifestation positive du principe de proximité mais il y a également la volonté de protéger le salarié d'une loi qui s'avèrerai défavorable pour lui ou inadaptée à sa situation<sup>34</sup>.

22. Dans un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de cassation du 23 mars 2005, la Cour a écarté la loi d'exécution habituel de travail par le jeu de la clause d'exception<sup>35</sup>. En l'espèce, une salariée française a été engagée par l'École française de Kinshasa au Zaïre (aujourd'hui République Démocratique du Congo). Les contrats précaires se sont succédés de 1993 à 1997. En 1997, la salariée voit son contrat non-renouvelé et saisit alors les juges français. Les parties n'avaient pas convenu d'une loi applicable au contrat de travail. La Cour d'appel va appliquer la loi française en raison des liens étroits présents entre la France et le contrat de travail (monnaie française, langue française, établissement français,...). La Cour d'Appel écarte donc la loi d'exécution habituelle de travail, la loi zaïroise, au profit de celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat c'est-à-dire la loi française, par le jeu de la clause d'exception. La société ayant embauché la salariée a formé un pourvoi devant la Cour de cassation soutenant que la Cour d'appel n'avait pas bien appliqué l'article 6 de la Convention de Rome. Elle aurait dû, selon elle, appliquer le critère de rattachement principal du droit civil en général et du Droit international privé en particulier, c'est-à-dire la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en vertu de la clause d'exception de l'article 6.

D'autres exemples jurisprudentiels illustrent cette tendance à écarter la loi du lieu d'exécution habituelle du travail par le jeu de la clause d'exception<sup>36</sup>. Plus récemment, dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 janvier 2012<sup>37</sup>, la Cour a refusé d'appliquer la loi du lieu d'exécution habituelle du travail par l'utilisation de la clause d'exception. Le salarié a été engagé par plusieurs filiales du même groupe dont la société-mère est française pour des contrats successifs à l'étranger. Le salarié saisit les juges français

---

• 34 BUREAU D., note sous : Cass. soc. 23 mars 2005, RDC, 2005, p.1181.

• 35 *Ibid.*

36 v. aussi CA Paris, 04 juil. 1996, Dalloz 1998, p.281, note : AUDIT B. ; CA Versailles 31 mars 2009, Droit Social, 2009, p.1263, note : CHAUMETTE P. ; Cass. soc. 14 mars 2006, RDC, 2006, p. 867, note : DEUMIER P.

37 Cass. Soc. 25 janv. 2012, JDI n°4, oct. 2012, note : SINAY-CYTERMANN A..

d'une demande en paiement de ses heures supplémentaires et de dommages-intérêts en raison de la perte de ses droits à la retraite. La Cour a estimé que le contrat présentait des liens plus étroits avec la France et donc que la loi française était applicable.

La clause d'exception offre donc la possibilité d'écarter la loi du lieu d'exécution habituelle de travail au profit de celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat. Nous allons pouvoir observer que cette clause joue également lorsque les parties ont choisit la loi applicable au contrat de travail. Cette dernière peut être écartée s'il apparaît qu'il existe des liens plus étroits avec une autre loi et cela, toujours dans un souci de proximité et avec la volonté de maintenir l'équilibre entre les parties au contrat de travail.

#### *B) La possibilité d'écarter la loi choisie par les parties*

23. Le principe général qui sous-tend le Droit international privé<sup>38</sup> et le droit civil<sup>39</sup> des contrats est celui de l'autonomie de la volonté. Les parties ont donc la possibilité de choisir la loi applicable au contrat. Concernant le contrat de travail international, cette possibilité est envisagée par l'article 6§1 de la Convention de Rome et l'article 8§1 du Règlement n°593-2008. Ce principe d'autonomie de la volonté aurait pu être critiqué concernant le contrat de travail international puisqu'il concerne une partie faible et une partie forte ce qui pourrait entraîner des déséquilibres. Ce raisonnement n'a pas été suivi mais des outils juridiques ont été mis en place pour protéger la partie faible au contrat.

24. Le choix de loi par les parties est existant mais cependant encadré puisqu'une limite a été posée dans la Convention et le Règlement n°593-2008 : «le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.»<sup>40</sup>. On voit ici la référence à l'Ordre Public Social de protection.

---

38 Article 3 de la Convention de Rome de 1980 et du Règlement 593-2008.

39 Article 1134 du Code civil français.

40 Article 6 de la Convention de Rome.

Le choix effectué par les parties doit être un choix certain c'est-à-dire explicite, mais il peut également être implicite. Dans les deux cas, le choix doit être certain, aucun doute ne doit subsister.

Le choix expresse peut se faire sous forme écrite comme le fait d'insérer une clause écrite dans le contrat ou bien utiliser une annexe ou document séparé du contrat. Le choix peut également être oral. Cette souplesse dans la forme du choix des parties montre une volonté de leur laisser une grande liberté. La liberté est aussi perceptible dans le moment où les parties peuvent choisir la loi applicable. L'article 3 de la Convention nous dit « les parties peuvent choisir à tout moment ». Mais cette liberté ne doit pas conduire les parties à choisir une loi non-étatique ou à écarter par une clause du contrat une loi particulière sans en élire une autre ( hypothèse du contrat sans loi en droit français).<sup>41</sup>

25. Le juge revient parfois sur un choix expresse<sup>42</sup>. La clause d'exception est un instrument qui peut avoir cette utilité que le choix soit expresse ou tacite. Selon le Professeur Paul LAGARDE, « Non seulement l'article 6 différencie le rattachement du contrat de travail en fonction des différents cas de figure révélés par la pratique [...], mais encore il affecte d'une clause d'exception chacun des rattachements retenus lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »<sup>43</sup>. En effet, le juge utilise parfois la clause d'exception pour écarter la loi choisie par les parties.

26. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 18 mai 1989<sup>44</sup> nous montrait la volonté de la jurisprudence française de pouvoir encadrer voir limiter la volonté des parties au contrat de travail. En l'espèce, un salarié français a été engagé par une société française en qualité de chef d'équipe pour un chantier situé en Arabie Saoudite. La société décide de licencier le salarié presque un an après le début du contrat qui devait à l'origine durer 105 jours maximum. Le contrat contenait une clause d'inapplicabilité du droit français. Le salarié licencié a saisi le Conseil des Prud'hommes d'Angers qui a alors requalifié le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et a condamné la société à payer des dommages-intérêts au

---

41 CA Angers, 18 mai 1989, RCDIP, 14 sept. 1990, p.501, note : HEUZE V..

42 v. par exemple : Prud'hommes de Bobigny ; 25 janv. 2007, Droit ouvrier, 2008.

43 LAGARDE P., « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in Mélanges en l'honneur de G. Lyon-Caen, *Dalloz*, 1993, p.92.

44 CA Angers, 18 mai 1989, RCDIP, 14 sept. 1990, p.501, note : HEUZE V.

salarié. La société française a donc fait appel de la décision en soutenant notamment que le droit français ne pouvait pas s'appliquer en raison de la clause du contrat. La Cour d'appel d'Angers a condamné et annulé cette clause car elle interdisait l'application du droit français mais elle n'en visait aucun autre. Cela revenait, pour la Cour, à une hypothèse de « contrat sans loi » et selon elle « le contrat ne peut être interprété sans référence à un droit national ». On voit ici la volonté des juges de montrer que les parties ne peuvent pas, sous le prétexte de l'autonomie de la volonté, s'affranchir des règles de droit. La Cour a du ensuite se prononcer sur la loi objectivement applicable au contrat de travail. Elle n'a pas choisit un rattachement rigide pour le faire mais la méthode de la localisation afin de trouver la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Cette méthode est la même que celle de la clause d'exception. Aux vues des éléments de l'espèce, la Cour d'appel a appliqué la loi française ( contrat conclu en France entre des parties de nationalité française, salaires en francs et partiellement versés en France). Cet arrêt nous montre les prémices du jeu de la clause d'exception et plus largement l'application de la Convention de Rome de 1980 aux contrats de travail internationaux par la jurisprudence française. Le principe de proximité vient donc pallier aux faiblesses des rattachements rigides notamment de la loi d'exécution habituelle du travail et ce, dans un souci de protection du travailleur. On entrevoit la possibilité d'aller à l'encontre de la volonté des parties grâce au principe de proximité qui va se matérialisé par la suite en clause d'exception dans la Convention de Rome.

27. Ce fut notamment le cas dans un arrêt du 29 septembre 2010 de la Chambre sociale de la Cour de cassation<sup>45</sup>. Dans cet arrêt, en l'espèce, plusieurs licenciements économiques ont été effectués par une société suisse dans sa filiale française à l'aéroport de Bâle-Mulhouse<sup>46</sup>. Les contrats de travail des salariés comportaient une clause déclarant la loi suisse comme applicable au contrat. La Cour d'appel de Colmar s'est prononcée sur ces licenciements et a appliqué les dispositions impératives de la loi française. La société suisse a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation contestant l'application de la loi française par la Cour d'appel et estimant qu'il revenait aux salariés de prouver la proximité du contrat avec une autre loi que celle désignée au contrat de travail. « Lorsqu'il existe un lieu d'exécution habituelle de travail, c'est en principe la loi de ce lieu mais elle s'efface devant la loi qui présente les liens les plus étroits, puisque l'article 6 de la Convention de Rome comporte une

---

45 Cass. soc. 12 juill. et 29 sept. 2010 , RCDIP, 31 mai 2011, p.71, note : JAULT-SESEKE F.

46 Cet aéroport se situe sur le territoire français.



clause d'exception »<sup>47</sup>. La Cour ne s'est pas prononcée directement sur le contournement de la loi choisie par les parties mais elle a précisé les conditions de la clause d'exception : « s'agissant de rechercher, par application de l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative aux obligations contractuelles, la loi qui aurait été applicable à défaut de choix exercé en application de l'article 3, c'est à celui qui prétend écarter la loi du lieu d'accomplissement habituel du travail de rapporter la preuve que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »<sup>48</sup>. Cela revient donc à ce que l'employeur prouve que la loi choisie au contrat est plus pertinente que la loi du lieu d'exécution. La Cour a rejeté les éléments présentés par l'employeur en faveur de la loi suisse. La Cour a donc approuvé la décision de la Cour d'appel : « la cour d'appel a pu retenir que les contrats de travail ne présentaient pas de liens étroits avec un pays autre que la France de sorte que les salariés devaient bénéficier de la protection des dispositions impératives de la loi française dont elle a fait ressortir le caractère plus favorable »<sup>49</sup>. La clause d'exception a donc permis, en recherchant les liens les plus étroits avec le contrat, d'écarter la loi choisie par les parties au profit de la loi d'exécution habituelle de travail, la loi française. Cet arrêt a aussi précisé les conditions d'application de la clause d'exception dans le cadre de la règle combinatoire de l'article 6 de la Convention. On voit la volonté de protéger les salariés puisque cette décision leur a permis de bénéficier des dispositions impératives de la loi française.

28. La fonction première de la clause d'exception est donc d'introduire plus de souplesse face aux rattachements rigides qui sont la loi du lieu d'exécution habituelle de travail et la loi choisie par les parties. Le principe de proximité permet donc d'aller à leur rencontre. Nous pouvons voir également que cette clause a une autre utilité de taille dans les cas des groupes de société, dans lesquels les déséquilibres entre employeurs (société-mères ou filiales) et salariés sont fréquents. La clause d'exception va permettre de protéger le salarié face à ses structures.

## §2) Une clause d'exception utilisée pour déterminer le rattachement applicable dans l'hypothèse de groupes de sociétés

---

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

29. Il existe des situations dans lesquelles le salarié est détaché à l'étranger dans une filiale d'une société-mère pour une longue période. On considère alors que le changement du lieu d'exécution entraîne le changement de la loi applicable au contrat de travail. On présume qu'au regard de la longueur du détachement, les liens avec l'employeur, société-mère, sont rompus et que la loi « de base » n'a plus à s'appliquer<sup>50</sup>. Il existe cependant des cas où des liens étroits avec l'employeur d'origine subsistent. La clause d'exception va permettre alors d'écarter la loi d'exécution du travail, par conséquent la loi du pays de la filiale en cas de mobilité intragroupe, au profit de la loi du pays de la société-mère en raison des liens plus étroits avec la relation de travail. Pour utiliser la clause, il faut prendre en compte l'unité du groupe de sociétés (A) mais aussi la continuité du lien unissant le salarié à la société-mère (B).

*A) La prise en compte de l'unité du groupe de sociétés*

30. En présence d'un cas de détachement de longue durée, la jurisprudence se réfère dans la majorité des cas au pays du lieu de détachement<sup>51</sup>, en tant que lieu d'exécution habituelle du travail. Cela peut porter préjudice au salarié détaché dans une filiale située dans un pays ayant une législation sociale défavorable par une société-mère française. Le salarié se voit appliquer la loi du pays de détachement défavorable. La clause d'exception va permettre de rechercher quelle loi a des liens plus étroits avec le contrat de travail et faire appliquer une autre loi que celle du lieu de détachement par exemple.

La question de la loi applicable en cas de mobilité internationale intragroupe s'est posée très rapidement. Lors des premières utilisations de la clause d'exception de l'article 6 de la Convention de Rome, l'hypothèse des groupes de sociétés posait déjà certains problèmes. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juin 1996 en est une illustration<sup>52</sup>. La clause

---

50 DEPREZ J., « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Droit social*, 1995, p. 327.

51 v. par exemple : Cass. soc. ; 30 juin 1993, pourvoi n°89-43.923, Bull. 1993 V N° 183, p. 124 .

52 CA Paris 7 juin 1996, RCDIP,1997, n°19, p.55, note : MOREAU M.-A..

d'exception a permis ici de faire appliquer la loi française en tant que loi du lieu d'exécution habituelle de travail et celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat afin de condamner solidairement la filiale et la société-mère au regard de la loi française plus favorable au salarié. En l'espèce, un salarié russe a conclu un contrat de travail avec la société-mère russe. Par la suite, il conclut un second contrat avec une filiale anglaise du même groupe qui l'envoie en France pour diriger la filiale. Enfin, un troisième contrat « d'envoi en mission à l'étranger » a été conclu entre le salarié et la société-mère juste avant son départ pour la France. Le salarié russe a travaillé 2 ans en France puis a été rappelé à Moscou sans faire l'objet d'un licenciement par la filiale anglaise. Aucune loi n'avait été choisie par les parties. Le salarié russe a alors refusé de retourner à Moscou et a demandé par lettre à la société-mère un licenciement sur la base de la législation française du travail. La société-mère n'a jamais répondu. Le salarié a alors saisi les juridictions françaises pour réclamer les dommages-intérêts découlant du licenciement abusif. La Cour a raisonné en deux temps en se prononçant tout d'abord sur la loi applicable au contrat conclu avec la filiale anglaise, puis la loi applicable au contrat conclu avec la société-mère.

Sur le premier contrat, la Cour rappelle le contenu de l'article 6 de la Convention de Rome et nous dit que la loi française est la loi applicable car c'est la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Sur le second contrat, la Cour d'appel relève que l'objet du contrat est l'envoi en mission du salarié en France, que le contrat avec la filiale était régi par la loi française. Elle en déduit que les parties n'ont pas voulu se soumettre à la loi russe. Elle applique ensuite l'article 6. La Cour termine en disant « En tout état de cause, ce contrat ne peut être dissocié de celui conclu précédemment entre M. B... et la filiale anglaise, soumis à la loi française, de sorte qu'il présente les liens les plus étroits avec la France, ce qui rend applicable la loi française en vertu de la disposition terminale de l'article 6 de la Convention de Rome ». La Cour d'appel s'est donc servie de la clause d'exception pour pouvoir prendre en compte la relation de travail dans sa globalité afin de condamner solidairement les deux employeurs du même groupe dont la société-mère.

31. L'utilisation de la clause d'exception dans cet arrêt est cependant critiquable<sup>53</sup>. En effet, la Cour d'appel de Paris a écarté la loi russe peut-être un peu hâtivement. L'article 3 de la Convention de Rome autorise le juge à rechercher la volonté implicite des parties quant à la

---

53 *Ibid.*

loi applicable. Les éléments de rattachement en faveur de la loi russe étaient bien présents : le contrat était rédigé en russe, à Moscou, entre des parties de nationalité russe et soumis à des clauses de durée tirées de la loi russe. La Cour a estimé que ces éléments étaient insuffisants pour dire que les parties aient entendu soumettre leur contrat à la loi russe. Ceci est une conclusion qui semble un peu rapide. Une fois cette affirmation posée, la Cour d'appel aurait pu simplement utiliser le critère de rattachement de l'article 6-2, à savoir, le lieu d'exécution habituelle de travail pour sélectionner la loi française comme loi applicable au contrat. Cette possibilité aurait permis de respecter l'existence de deux contrats distincts (employeurs distincts et fonctions différentes pour chaque contrat). Cela aurait permis de tirer les conséquences de deux licenciements et non un seul comme c'est le cas ici. L'utilisation de la clause d'exception est significatif d'une volonté de protéger le salarié d'une loi sociale plus défavorable<sup>54</sup>.

32. La prise en compte de l'unité du groupe de sociétés est importante du point de vue du salarié détaché. Cela lui permet que soient reconnus les liens étroits existant aussi bien avec les filiales qu'avec la société-mère. On a donc une relation de travail globalisée qui permet également d'appliquer une seule loi à tous les contrats et donc d'éviter un dépeçage de la relation contractuelle. L'unité du groupe de société ne suffit pas à protéger totalement le salarié dans sa relation avec la société-mère. Il faut également prouver la continuité du lien unissant le salarié à la société-mère.

#### *B) La continuité du lien unissant le salarié à la société mère*

33. « Un contrat de travail est la convention par laquelle une personne, le salarié, met son activité professionnelle à la disposition et sous la subordination d'une autre personne, l'employeur, qui lui verse en contrepartie un salaire »<sup>55</sup>. Le salarié est en position de subordination par rapport à l'employeur qui possède le pouvoir de direction. Le pouvoir de direction de l'employeur se traduit par la faculté pour l'employeur, dans le cadre de l'exécution

---

54 En ce sens voir : DEPREZ J., « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Droit social*, 1995, p. 323 et s.

55 GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21e éd., 2014, p. 214-215.

du contrat de travail, de fixer et modifier certaines des conditions d'exécution. Le pouvoir de direction de l'employeur est le corollaire du lien de subordination juridique. C'est pour cela qu'il est important de prouver la continuité du lien unissant le salarié à la société-mère afin de protéger la partie faible dans une relation contractuelle de travail.

34. La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est servit de la notion de pouvoir de direction, dans un arrêt en date du 25 janvier 2012<sup>56</sup>, afin d'appliquer la loi française à des contrats successifs conclus entre un salarié et des filiales étrangères, le salarié étant resté sous la subordination constante de la société-mère française. La clause d'exception a permis aux juges français d'appliquer la loi qui avait les liens les plus étroits avec le contrat de travail c'est-à-dire la loi française. En l'espèce, un salarié est d'abord engagé en 1983 pour 6 mois en qualité de commis de cuisine par la société Sodexo Scotland. Il a ensuite été envoyé sur une plate forme maritime. Par la suite, le salarié est engagé par une filiale du groupe Sodexo en qualité de cuisinier au Congo. Il a conclu plusieurs contrats de travail successifs avec les différentes sociétés du groupe pour exercer les fonctions de cuisinier, chef de cuisine, et de « camp boss » pour effectuer des services hôteliers sur des chantiers maritimes et terrestres à l'étranger jusqu'en 1992. Certains contrats étaient donc conclus après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980 en France. Le salarié a saisi les juridictions françaises contre deux filiales du groupe Sodexo pour des demandes de dommages-intérêts du fait de la perte de ses droits à la retraite ainsi que le paiement des heures supplémentaires. Les filiales du groupe ont formé un pourvoi en cassation car elles font grief à l'arrêt d'avoir appliqué la loi française.

35. Concernant les contrats de travail conclus après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la Cour nous dit tout d'abord que le salarié n'exécutait pas son travail habituellement en un même pays. Elle continue en disant que même s'il existait un contrat de travail écrit pour chaque mission, le salarié était resté sous la subordination de la société-mère du groupe Sodexo établie en France. Le pouvoir de direction était exercé soit directement au salarié, soit indirectement par le biais des filiales. Les lettres de détachement adressées au salarié provenaient de sociétés françaises. La Cour rappelle qu'il faut envisager la relation

---

56 Cass. Soc. 25 janv. 2012, JCP n°16, 16 avril 2012, note : DEVERS A..

contractuelle de façon globale pour trouver la loi applicable<sup>57</sup>. Elle conclut en appliquant la clause d'exception de l'article 6 *in fine* de la Convention : « que la continuité du lien contractuel avec la société mère du groupe Sodexo fait obstacle à l'application de la loi de chacun des pays où se trouvent les différents établissements qui l'ont embauché, dès lors qu'elle permet de caractériser des liens plus étroits avec la France, que ces liens sont confirmés par le paiement de la rémunération en francs, puis en euros, le paiement en devises étrangères ne s'observant que sur des périodes très limitées ; qu'elle a pu en déduire que les contrats de travail successifs présentaient des liens étroits avec la France et qu'elle a exactement décidé que la loi française était applicable au litige »<sup>58</sup>.

36. L'utilisation de la clause d'exception par la Chambre sociale de la Cour de cassation paraît satisfaisante puisqu'aucun choix de loi n'avait été fait par les parties au contrat de travail. De plus, on évite un dépeçage de la relation de travail en appliquant la loi française à tous les contrats de la relation de travail dans son ensemble. On peut aussi remarquer que le jeu de la clause d'exception a permis de faire échec à la stratégie de la société-mère qui avait enfermé le salarié dans une situation d'expatriations successives par le biais de ses filiales<sup>59</sup>. Cet arrêt met également l'accent sur le pouvoir de direction de la société-mère sur le salarié même en l'absence de contrat conclu entre les deux parties. On a une continuité de la relation de travail entre le salarié et la société-mère.

37. Dans les cas de groupe de sociétés, la clause d'exception met bien en avant l'objectif poursuivi par la Convention de Rome et le Règlement Rome 1 qui est la protection de la partie faible au contrat de travail et, en cela, rétablir l'équilibre de la relation de travail. Les groupes de sociétés sont souvent impliqués dans des litiges portant sur des conflits de loi en raison de l'aspect international que revêtent ces derniers. Ces groupes sont alors très puissants, ce qui creuse le déséquilibre dans la relation entre salariés et employeurs. Il est donc important de posséder un outil permettant de rechercher la proximité avec la relation de travail, la loi qui a les liens les plus étroits avec celle-ci, afin de pouvoir écarter des rattachements rigides qui conduiraient à appliquer une loi qui serait inadaptée et éloignée de la situation des salariés.

---

57 v. *infra*. B)

58 Cass. Soc. 25 janv. 2012, JCP n°16, 16 avril 2012, note : DEVERS A..

59 DEVERS A., *op. cit.* ; v. aussi, SINAY-CYTERMANN A., note sous : Cass. Soc. 25 janv. 2012, JDI n°4, oct. 2012.

Cet outil est bien la clause d'exception, qui a aussi comme effet de faire barrage aux politiques menées par les sociétés-mères françaises de groupes internationaux qui multiplient les détachements des salariés par le biais des filiales pour éviter l'application de la loi française.

Nous pouvons donc observer que la clause d'exception remplit son rôle face aux rattachements rigides puisqu'à plusieurs reprises le juge l'a utilisé. Cette utilisation est faite dans un souci de respecter le principe de proximité mais aussi protéger le salarié, partie faible au contrat de travail. On retrouve ici la volonté première des rédacteurs de la Convention de Rome de 1980 en introduisant cette clause. Les juges se servent de la clause d'exception pour ces raisons mais également car celle-ci leur donne beaucoup de liberté et notamment dans sa mise en œuvre.

## **Section 2 : La mise en œuvre de la clause d'exception**

38. La clause d'exception est souvent utilisée par les juges français pour régler les conflits de lois. Elle doit cependant rester la simple exception à un principe fermement établi. Pour que cette affirmation soit vraie et pour éviter toute dérive, il faut que les conditions de forme (§1) et les conditions de fond (§2) soient respectées. Il convient donc de les observer et de les analyser successivement.

### §1) Les conditions de forme de la clause d'exception

39. Les conditions de forme de la clause d'exception correspondent au régime procédural de la clause. Il convient donc de trouver quel est ce régime afin d'observer le rôle des différentes juridictions. Nous allons donc étudier en premier lieu, la procédure de la clause d'exception devant les juridictions du fond (A). Puis, en second lieu, nous verrons la procédure de la clause d'exception devant la Cour de cassation (B).

#### *A) La procédure de la clause d'exception devant les juridictions du fond*

40. Certains auteurs se sont penchés sur la question de savoir quel était le régime procédural de la clause d'exception devant les juges du fond. Selon les règles de procédure civiles internes, le juge ne doit relever d'office que les moyens de pur droit<sup>60</sup>. L'article 7 al.1 du Code de procédure civile dispose que : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. »

La règle de conflit possède, quant à elle, un régime procédural particulier en ce qu'elle doit être relevée d'office par le juge même si les parties ne l'ont pas évoqué, et cela en raison de la spécificité de l'élément d'extranéité. La clause d'exception est considérée comme le prolongement de la règle de conflit, ce qui peut amener à penser qu'elle possède un régime procédural identique<sup>61</sup>. Il va s'avérer cependant que le régime procédural de la clause d'exception est différent de celui de la règle de conflit de loi. « Les moyens que le juge doit relever d'office sont ceux - et uniquement ceux - qui pourraient être soulevés pour la première fois devant la Cour de cassation. Les moyens de pur droit sont ceux trouvant « leur assise naturelle dans aucun fait n'ayant à être réexaminé et apprécié de façon nouvelle ». Ils ne doivent reposer « sur d'autres faits que ceux qui ont été constatés et souverainement appréciés par les juges du fond » et ne doivent se déduire que de ces faits, « tels qu'ils ont été relevés dans le jugement ». Or d'une part la clause d'exception ne peut pas s'analyser comme un moyen de pur droit ; d'autre part rien ne justifie qu'elle bénéficie du régime procédural particulier accordé à la règle de conflit. »<sup>62</sup>.

La clause d'exception doit donc suivre le régime procédural de droit commun c'est-à-dire que si les parties invoquent les éléments conduisant à l'application de la clause, le juge étudiera son application, mais si ces éléments ne sont pas invoqués, le juge n'a pas le devoir de les prendre en compte. Si ce n'est pas un devoir, nous pouvons alors nous demander si cela pourrait être un pouvoir du juge de relever d'office les éléments de rattachement allégués mais non invoqués par les parties.

41. L'article 7 al.2 du Code de procédure civile nous dit « Parmi les éléments du débat, le

---

60 Art.12, al. 1, CPC.

61 KUYVEN L-F, « La détresse de la clause d'exception en matière contractuelle », *LPA*, 25 juill. 2007, p.3.

62 REMY-CORLAY P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP*, 2003, p.37.



juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. ». Cette affirmation signifie, avec l'utilisation du verbe « pouvoir » et non « devoir », que le juge pourrait prendre en compte les éléments allégués et non invoqués par les parties. Or, ce pouvoir n'est applicable à la clause d'exception en raison de sa nature. Plusieurs hypothèses sont à envisager .

Tout d'abord, si l'on considère que la clause d'exception n'est que la possibilité pour la partie qui l'invoque de renverser la présomption de proximité établie par le rattachement ordinaire, le juge n'appliquera que la règle de conflit ordinaire d'office et la clause d'exception ne sera utilisée qu'en dernier recours. Ce sera donc à la partie qui se prévaut de la clause d'exception de prouver que la loi applicable manque de proximité avec la relation de travail. Le juge ne prendra en compte que les éléments invoqués par la partie qui invoque la clause.

Ensuite, nous pouvons voir la clause d'exception comme une exception au principe de l'application du rattachement ordinaire. Elle sert à donner une solution particulière à un cas particulier et donc elle pourrait être appliquée d'office au titre de règle dérogatoire au principe.

Enfin, les deux hypothèses précédentes peuvent être remises en cause lorsque nous sommes en présence d'un accord procédural conclu entre les parties puisqu'il peut résulter du seul silence des parties et donc constituer un frein au pouvoir du juge.

« La clause d'exception n'étant appliquée en France qu'en matière contractuelle - matière où les droits sont généralement disponibles -, le fait que les parties n'invoquent pas la clause d'exception devrait conduire à exclure le pouvoir des juges d'appliquer d'office celle-ci. »<sup>63</sup>. L'accord procédural exclut la clause d'exception car il exclut la règle de conflit dans son ensemble.

42. Devant les juges du fond, il faut donc que les parties aient invoqué la clause d'exception au débat pour que les juges puissent prendre en compte les éléments de rattachement invoqués à son appui. Les juges n'ont aucunement l'obligation de relever d'office la clause d'exception puisque celle-ci est soumise au régime procédural de droit commun et non un statut procédural particulier comme la règle de conflit de loi. Les juges du fond ne possèdent pas non plus le pouvoir de relever cette clause d'office puisque celle-ci est utilisée que dans des domaines où les parties ont la libre disposition de leurs droits.

---

63 *Ibid.*

Même si la clause d'exception laisse une certaine liberté au juge qui n'a pas l'obligation de la relever d'office ni d'observer tous les éléments de rattachement invoqués et allégués par les parties, et qui apprécie par lui-même le principe de proximité, la Cour de cassation va quand même pouvoir contrôler l'application de la clause d'exception par les juges du fond et le respect des conditions de fond de l'utilisation de la clause.

#### *B) La procédure de la clause d'exception devant la Cour de cassation*

43. La clause d'exception repose sur l'appréciation de la proximité donc sur l'appréciation des faits. Elle obéit à un régime procédural de droit commun comme nous venons de le voir. Cela ne veut pas dire pour autant que la Cour de cassation n'effectue aucun contrôle de la clause d'exception. Ce contrôle est controversé mais aussi nécessaire. La Cour dispose de plusieurs moyens pour effectuer ce contrôle.

44. La clause d'exception a une fonction d'adaptation de la règle de conflit à une situation particulière. Cette fonction implique pour certains auteurs que la Cour de cassation ne devrait pas pouvoir contrôler l'utilisation de cette clause. De plus, la clause d'exception est basée sur une appréciation des faits donc une appréciation subjective de la part des juges du fond ; la clause ne peut également pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation<sup>64</sup>. Dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 mai 1999, la Cour a considéré que la détermination de la loi qui entretient les liens les plus étroits doit être invoquée par les parties et que le juge n'a pas le devoir de la relever d'office<sup>65</sup>. Pour tous ces arguments, pour quelques auteurs, la Cour devrait laisser la clause d'exception à l'appréciation souveraine des juges du fond.<sup>66</sup> Dans cet arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mars 2005<sup>67</sup> (précédemment cité), une salariée Française avait été engagée en 1993 par l'École française de Kinshasa. Plusieurs contrats de travail d'un an s'étaient succédé jusqu'à ce que l'École ne renouvelle pas son contrat en 1997. La cour d'appel avait désigné la loi

---

64 JAULT-SESEKE F., « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP*, 2005, p. 253.

65 Cass. soc. ; 18 mai 1999, pourvoi n°97-40.531, bull. 1999 V n°215, p.157.

66 REMY-CORLAY P., *op. cit.*

67 Cass. soc. 23 mars 2005, RDC, 2005, p.1181, note : BUREAU D.

française en raison des liens étroits qu'elle entretenait avec la situation (contrats conclus entre parties de nationalité française, langue française, salaire en francs français, le travail accompli dans un établissement français soumis à la réglementation française en vigueur dans les établissements d'enseignement, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller culturel de l'ambassade de France, lui-même placé sous l'autorité du ministre français de la Coopération). L'employeur se pourvoit en cassation et conteste la compétence de la loi française (violation de l'article 6 de la Convention de Rome) : contrat exécuté au Zaïre, pays présentant des liens étroits (lieu d'exécution de la prestation, conclusion du contrat, domiciles des parties,..). Après avoir rappelé la signification de la clause d'exception, la Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve la cour d'appel « d'avoir déduit des circonstances que les contrats présentaient des liens étroits avec la France et *exactement* décidé que la loi française était applicable au litige ». Dans cette affaire, la Cour approuve entièrement l'appréciation des juges du fond et en cela, leur laisse leur pleine souveraineté juridique. Mais le contrôle de la Cour de cassation est bien présent.

45. Le contrôle de la Cour de cassation est effectivement nécessaire et possible. En effet, « ce sont les conditions d'intervention de la clause d'exception et non l'appréciation des faits par le juge qui feront l'objet du contrôle ». <sup>68</sup> Ce contrôle de la Cour de cassation permet l'unification de ses solutions. Le contrôle peut faire penser à celui de l'ordre public international qu'exerce la Cour pour écarter une loi étrangère puisque c'est la jurisprudence de celle-ci qui a posé progressivement les conditions d'éviction de la loi étrangère pour contradiction à l'ordre public international. Le rôle de la Cour de cassation, par son contrôle du respect de l'ordre public international, est nécessaire et très important pour protéger l'ordre public international mais aussi national. Ce contrôle porte lui aussi sur l'appréciation d'une notion floue et variable dans le temps et dans l'espace qu'est l'ordre public international, mais il repose sur des faits objectifs qui permettent ce contrôle de l'ordre public international. Le contrôle de la Cour de cassation de l'application de la clause d'exception est important pour le respect du principe de proximité mais aussi pour garantir la protection du travailleur.

46. La Cour de cassation possède alors plusieurs outils pour effectuer son contrôle de l'utilisation de la clause d'exception par les juges du fond. Il y a tout d'abord la cassation pour

---

68 KUYVEN L-F, « La détresse de la clause d'exception en matière contractuelle », *LPA*, 25 juill. 2007, p.3.

défaut de base légale ou de motifs, puis il y a la cassation pour violation de la loi. Enfin, le Professeur Pauline Rémy-Corlay a envisagé une dernière possibilité qui est l'utilisation de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>69</sup>.

Concernant la cassation pour défaut de base légale, la Cour peut sanctionner les juges n'ayant pas réuni tous les éléments de fait nécessaires à justifier l'application d'une autre loi que la loi ordinaire ou bien le manque d'une condition de fond de l'application de la clause d'exception.

S'agissant de la cassation pour violation de la loi, la Cour va pouvoir sanctionner une décision du juge qui appliquerait la clause d'exception en dehors des textes et qui ne viendrait pas désigner la loi la plus proche du contrat. Il y aurait violation de la loi. De même si un juge se base sur des éléments substantiels pour écarter la loi normalement applicable sans respecter les conditions de fond de la clause. Le contrôle vient ici lutter contre les détournements de cette clause d'exception.

Il y a des cas où une partie demande au juge d'utiliser la clause d'exception et ce dernier lui refuse. Le Professeur Pauline Rémy-Corlay propose de donner à la Cour de cassation la possibilité d'utiliser l'erreur manifeste d'appréciation qui est normalement utilisée par le Conseil d'État pour sanctionner l'Administration. Le Conseil d'État contrôle qu'il n'y ai pas de disproportion manifeste entre la décision rendue et les faits. Cela pourrait permettre à la Cour de cassation de contrôler si la loi déterminée par le juge est bien la loi qui possède les liens les plus étroits avec le contrat et non la loi ordinaire.

Après avoir envisagé le régime procédural de la clause d'exception devant les juges du fond et la Cour de cassation, il convient de voir quelles sont les conditions de fond de la clause d'exception à respecter par les juges lors de son application.

## §2) Les conditions de fond de la clause d'exception

---

69 REMY-CORLAY P., *op. cit.*

47. La clause d'exception doit satisfaire à deux conditions de fond qui sont posées à la fin de l'article 6-2 b) de la Convention de Rome. En effet, le texte est rédigé ainsi : « à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ». L'expression « à moins que » signifie qu'il faut une insuffisance de l'élément de rattachement ordinaire (A) pour appliquer la clause. Si le rattachement rigide ne convient pas à la situation en présence alors on fait jouer la clause d'exception. Le texte nous dit également que pour pouvoir utiliser la clause, il faut également l'existence de liens plus étroits (B) entre le contrat de travail et une autre loi que celle normalement applicable.

#### *A) L'insuffisance de l'élément de rattachement ordinaire*

48. Pour pouvoir écarter la loi normalement compétente, il faut en premier lieu démontrer l'inadéquation de l'élément de rattachement ordinaire. Le juge devra établir que la loi désignée par la règle de conflit n'a de lien avec le contrat que « celui créé par le facteur de rattachement de principe »<sup>70</sup> c'est-à-dire la loi du lieu de l'accomplissement habituel de travail ou la loi du lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur. Cependant, il ne suffit pas que la loi d'un autre pays ait des attaches certaines avec la relation de travail, il faut que la loi normalement désignée n'ait plus de liens suffisants. L'élément de rattachement normalement applicable doit d'abord être isolé mais aussi avoir un caractère fortuit.

49. Deux façons peuvent traduire l'isolement de l'élément de rattachement ordinaire : un isolement dans l'espace et un isolement dans le temps.<sup>71</sup> L'isolement dans l'espace est le plus simple à appréhender par les juges qui doivent seulement démontrer que la loi désignée n'a pour tout lien avec le rapport de droit que celui découlant de l'élément de rattachement. C'est l'hypothèse la plus fréquente qui se présente au juge. L'isolement dans le temps est plus complexe. Selon le Professeur Rémy-Corlay, « lorsque le rapport juridique se déplace dans le temps c'est-à-dire dans les cas où le point de rattachement apparaît *a posteriori* comme inapproprié, parce que les critères de localisation du rapport juridique se sont déplacés dans

---

70 NORD N., « la protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *JCP Social* n°43, 24 oct. 2006, n°1832.

71 REMY-CORLAY P., *op. cit.*

l'espace par l'action du temps de telle sorte que le « siège » ou le « centre de gravité » du rapport juridique en question ne se localise plus dans l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for, le juge pourrait utiliser contre cette inadéquation de l'élément de rattachement une clause d'exception. »<sup>72</sup>.

L'élément de rattachement ordinaire doit également présenter un caractère fortuit. La règle de conflit a un double objectif : la répartition des compétences législatives et la réglementation juridique de la vie sociale internationale.<sup>73</sup> L'élément de rattachement ordinaire doit alors respecter ce double objectif de la règle de conflit. L'élément de rattachement ordinaire sera isolé lorsqu'il ne répondra plus à ce double but fixé par la règle de conflit. Il présentera alors un caractère fortuit. Le juge appliquera alors la clause d'exception.

Une fois que le juge a démontré que l'élément de rattachement ordinaire était inadéquat, il y a une seconde condition pour appliquer la clause d'exception. Cette condition est la démonstration qu'il existe des liens plus étroits avec une autre loi que celle normalement désignée. La combinaison de ces deux conditions permet une application neutre et efficace de la clause d'exception.

#### *B) L'existence de liens plus étroits*

50. Afin d'utiliser la clause d'exception, les juges doivent rechercher s'il existe des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé par le rattachement ordinaire. Cette deuxième condition permet d'éviter l'imprévisibilité du droit applicable mais aussi de garantir le respect de la neutralité de la clause d'exception<sup>74</sup>. Les juges utilisent la méthode de la localisation objective pour démontrer les liens plus étroits qui existent avec la cause. Cette méthode était déjà utilisée par les juges français avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980.

51. Dans un arrêt du 18 mai 1989 de la Cour d'appel d'Angers, les juges ont utilisé cette

---

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> NORD N., *op. cit.*

<sup>74</sup> REMY-CORLAY P., *op. cit.*

méthode<sup>75</sup>. La Cour d'appel a énoncé « Le contrat a été conclu en France entre une société française, ayant son siège en France et un ressortissant français domicilié en France pour un travail s'exécutant en Arabie Saoudite, les appointements étant libellés en francs français et partiellement versés en France. ». Après avoir relevé ces éléments par la méthode de localisation objective, la Cour a pu en déduire que « La conjonction de ces divers éléments, rattachant le contrat à la France, permet de déduire que la loi applicable aux conditions de sa rupture, indépendantes du lieu d'exécution, est la loi française. ». Dans cet arrêt, la Cour d'appel ne parle pas de clause d'exception puisque la Convention de Rome de 1980 est entrée en vigueur en France le 1er avril 1991 et qu'elle ne s'applique qu'aux contrats conclus postérieurement à cette date. Cependant on observe que cette méthode utilisée par la jurisprudence française antérieure est également utilisée pour mettre en œuvre la clause d'exception.

52. De nombreux arrêts montrent que les juridictions utilisent cette méthode pour appliquer la clause d'exception mais on voit également que cette condition des liens plus étroits sert aussi à invalider le raisonnement des juges qui ne serait pas assez approfondi. Ce fut le cas d'une certaine façon dans un arrêt du 16 mai 2007 de la Chambre sociale de la Cour de cassation<sup>76</sup>. En l'espèce, un salarié de nationalité anglaise a été embauché par une société anglaise pour travailler au Royaume-Uni de 1975 à 1994. En 1994, ce dernier a été affecté en France au sein de la filiale française de la société anglaise. En 2000, un nouveau détachement au Pays-Bas a eu lieu. En 2002, à l'issue de ce dernier détachement, le salarié a été licencié pour motif économique par la société anglaise. Il a alors saisi les juridictions françaises pour diverses demandes relatives au licenciement. La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 7 juin 2005 a décidé que la loi applicable au contrat de travail était la loi anglaise. Le salarié, souhaitant voir la loi française s'appliquer, a formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation va alors affirmé « alors que, subsidiairement, le rattachement de principe édicté par la Convention de Rome au profit de la loi du lieu d'exécution du contrat ne peut être écarté qu'en l'absence de toute pertinence de ce critère et à condition que l'ensemble des circonstances permette d'affirmer que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec la loi d'un autre pays ; que la cour d'appel, qui s'est bornée à retenir le seul critère du maintien d'un régime de retraite du Royaume-Uni à la demande du salarié pour retenir l'applicabilité de

---

75 CA Angers, 18 mai 1989, RCDIP, 14 sept. 1990, p.501, note : HEUZE V., *op. cit.*

76 Cass. soc. ; 16 mai 2007, pourvoi n°05-43.949.

la loi anglaise, sans vérifier si l'ensemble des circonstances autres que celle constatée par elle justifiait effectivement à l'application de cette loi, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 de la Convention de Rome ». Ici, la Cour de cassation met l'accent sur le fait que la Cour d'appel n'a pas recherché tous les éléments pour écarter la clause d'exception et appliquer la loi anglaise. La Cour finira cependant par énoncer que la loi anglaise est bien celle applicable au contrat après avoir observé tous les éléments nécessaires.

53. Les conditions de fond de la clause d'exception sont très importantes puisqu'elles permettent d'éviter les abus de la part des juges et notamment grâce au contrôle de la Cour de cassation. Nous avons cependant pu observer que la clause ne peut être soulevée d'office par les juges, elle n'interviendra seulement si les parties l'ont invoqué au débat. Cela peut constituer un frein dans la recherche de l'équilibre des relations de travail internationales, surtout pour la partie faible au contrat. La mise en œuvre de la clause d'exception doit répondre à certaines règles mais celles-ci ne sont pas des plus contraignantes comme nous venons de le voir. Les juridictions françaises ne l'utilisent pourtant pas beaucoup. La présomption est laissée à la règle de conflit, comme le veut la Convention de Rome ainsi que le Règlement Rome 1.

La clause d'exception a une grande utilité puisqu'elle permet d'avoir une alternative aux rattachements ordinaires lorsqu'ils ne sont pas adaptés à la situation en cause. Elle permet aussi de donner des solutions convenables en matière de groupes de sociétés permettant au salarié de faire valoir ses droits et de se voir appliquer la loi la plus proche de la relation de travail. Les conditions de mise en œuvre sont garantes de cette efficacité et de la neutralité de la clause d'exception qui doit être appliquée de manière exceptionnelle. On remarque cependant que ce caractère exceptionnel existe de moins en moins. En effet, la clause d'exception possède certaines limites et se trouve controversée sous certains aspects.

\*\*\*\*\*



## **Chapitre 2 : Les limites de la clause d'exception**

54. La clause d'exception, malgré sa nécessité indéniable, comporte certaines limites ayant entraîné des critiques nombreuses. Derrière le respect du principe de proximité se cache une volonté de la part du juge de protéger la partie faible au contrat de travail à travers l'utilisation de la clause d'exception. Cette volonté reste cependant implicite. De plus, on observe une application presque systématique de la loi du for saisi. Il en ressort une application croissante de cette clause qui devrait pourtant rester une exception. Il convient donc d'étudier, tout d'abord, la perte du caractère exceptionnel de la clause d'exception (section 1). La seconde limite de la clause concerne la rédaction de l'article 8§4 du Règlement Rome 1. Ce Règlement est la traduction de la Convention de Rome de 1980 dans l'ordre juridique européen. Les rédacteurs du Règlement ont repris en grande partie les dispositions de la Convention mais on observe cependant qu'il est fait une différence entre la clause d'exception pour les contrats de travail à l'article 8§4 et la clause d'exception pour les contrats en général à l'article 4§3 du Règlement. Nous verrons donc en second et dernier lieu, la controverse relative à la rédaction de l'article 8§4 du Règlement Rome 1 (section 2).

### **Section 1 : La perte du caractère exceptionnel de la clause d'exception**

55. La clause d'exception est un instrument juridique qui doit avoir un caractère exceptionnel. Elle ne doit pas s'appliquer automatiquement afin qu'elle puisse rester la garante de l'équilibre dans les relations de travail. On s'aperçoit cependant que ce caractère exceptionnel tend à disparaître. En effet, on observe que les juges se servent de cette clause pour faire une application presque systématique de la lex fori (§1). Les relations entre l'utilisation par le juge de la clause d'exception et le principe de l'autonomie de la volonté des parties (§2) reflètent également cette perte du caractère exceptionnel de la clause d'exception.

## §1) Une application presque systématique de la lex fori

56. Nous le savons désormais, le principe de proximité est le principe qui sous-tend la clause d'exception. Ce principe conduit très souvent à l'application de la loi du for dans lequel la question de droit est considérée. Nous verrons donc en premier lieu les rapports entre la clause d'exception et le principe de proximité (A). En second lieu, nous observerons que la clause d'exception répond également à une volonté d'une meilleure protection de la partie faible au contrat de travail (B).

### *A) Clause d'exception et principe de proximité*

57. En matière de contrat de travail, contrairement au contrat de consommation, le rattachement retenu est un rattachement de proximité et non de faveur<sup>77</sup>. On va rechercher le pays qui a les liens les plus étroits avec le contrat de travail afin de lui appliquer la loi de ce pays. La Convention de Rome distingue selon que le travailleur accomplit habituellement son travail dans un même pays ou dans plusieurs pays différents. Dans le premier cas, ce sera la loi du lieu d'exécution habituelle du travail qui s'appliquera, et dans le second, ce sera la loi du lieu d'embauche du travailleur. Cette règle de conflit posée à l'article 6 de la Convention de Rome et à l'article 8 du Règlement Rome 1 nous montre que le principe omniprésent ici est le principe de proximité.

58. La clause d'exception qui se trouve à la fin de ces deux articles est une illustration concrète de ce principe et permet au juge d'écarter les rattachements ordinaires si ces derniers ne désignent pas la loi la plus proche du rapport de droit en cause. Le principe de proximité doit donc être absolument respecté en matière de droit du travail international. Certains auteurs parlent même de « clause de proximité »<sup>78</sup> pour qualifier la clause d'exception. Cette clause introduit une grande souplesse dans la Convention de Rome, ce qui n'existait pas dans les jurisprudences antérieures. Ceci a d'ailleurs été critiqué dans les années 1980 car cela allait à l'encontre de l'objectif d'uniformisation et d'homogénéisation du droit poursuivi par la

---

77 LAGARDE P., « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in Mélanges en l'honneur de G. Lyon-Caen, *Dalloz*, 1993, p.83.

78 Voir par ex., MOREAU M.-A., note sous : CA Paris 7 juin 1996, *RCDIP*, 1997, n°19, p.55.

Convention de Rome. Cela était pourtant nécessaire en matière de droit du travail<sup>79</sup>. D'après le professeur Jean Deprez, « dans la mesure où le principe de proximité inspire les rattachements énoncés par la convention, il est logique que le juge puisse les écarter s'il découvre une proximité encore plus grande avec d'autres lieux. »<sup>80</sup>

59. Cette clause d'exception protégeant le principe de proximité n'est pas une invention de la part des rédacteurs de la Convention, elle existe dans certains ordres juridiques. Par exemple, l'article 15 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987 énonce «<sup>1</sup> Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

---

79 Voir le chapitre 1.

80 DEPREZ J., « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Droit social*, 1995, p. 323 et s.

<sup>2</sup> Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit. ». On observe également ici la volonté de protéger le principe de proximité puisqu'on doit, en vertu de cette loi, privilégier « la relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ». La différence marquante qui existe entre cette clause d'exception de la loi suisse et la clause d'exception de la Convention de Rome et du Règlement Rome 1 est la rédaction de celle-ci. En effet, dans les deux clauses, le principe de proximité est présent et doit être protégé mais dans la clause suisse, la clause porte bien son nom, elle doit rester une clause « d'exception ». Ce caractère exceptionnel est souligné par l'utilisation des mots « exceptionnellement », « manifeste », « lien très lâche » et « relation beaucoup plus étroite ». On voit que l'utilisation de cette clause est encadrée et limitée. La rédaction de la clause permet de restreindre son application par les juges. Dans la Convention de Rome, le caractère exceptionnel de la clause d'exception ne ressort pas de la rédaction. Aucun terme de l'article 6 *in fine* ne marque l'exception. Nous n'avons donc aucune limitation, aucun encadrement dans ce texte, contrairement au texte suisse.

60. Cette absence d'encadrement engendre une utilisation de la clause soumise à l'appréciation des juges. Ces derniers ne doivent l'appliquer qu'en vertu du respect du principe de proximité, si une situation se révèle être plus proche d'une autre loi que celle désignée par la règle de conflit ordinaire. Or, pour de nombreux auteurs, le respect du principe de proximité se combine le plus souvent avec le souci de protection du salarié. Ce phénomène résulte de plusieurs facteurs. Le premier provient de la nature de la situation qui est celle du droit du travail, qui confronte une partie faible, le salarié, à une partie forte, l'employeur. Il faut donc protéger cette partie faible afin de rétablir l'équilibre. Le second facteur est celui que nous venons d'énoncer selon lequel l'utilisation de la clause d'exception n'est pas encadrée ni limitée, ce qui ouvre tous pouvoirs au juge. Enfin, le troisième facteur est l'idée que le principe de proximité qui sous-tend la clause d'exception a été instauré afin même de protéger les intérêts du salarié face à l'employeur en lui donnant le bénéfice de la loi la plus proche du rapport de droit.

Un raisonnement « à l'aveugle » des juges est donc difficile au regard de ces trois éléments. On s'aperçoit rapidement qu'il y a le plus souvent une volonté de protéger le travailleur et pas seulement de s'en tenir au principe de proximité. Le juge va donc observer le contenu des lois en présence et non pas seulement leur localisation par rapport à la situation

en cause.

### *B) La volonté d'une meilleure protection de la partie faible au contrat de travail international*

61. S'en tenir au principe de proximité pour l'application de la clause d'exception pourrait avoir des conséquences préjudiciables au salarié. Le professeur Vincent Heuzé nous donne un très bon exemple en ce sens. Il nous expose le cas : « le contrat est exécuté en France, mais tous les autres éléments se trouvent « localisés » dans l'ordre séoudien. Si l'on veut bien être cohérent, on en déduira que le droit séoudien est, en vertu du principe de proximité, la *lex contractus*. A priori, il devra en résulter que ce sont les dispositions de cette loi qui détermineront l'éventuel montant minimal du salaire, les modalités de son paiement, la durée du travail, le pouvoir disciplinaire de l'employeur, et les conditions et les conséquences de la rupture du contrat. Seulement, on voit bien que cette solution produirait des effets désastreux : malheureux préposé, qui devrait faire face en France aux dépenses de la vie courante avec son salaire de misère, et qui serait bien en peine de ne pas se révolter contre son injuste condition, comparée à celle de ses collègues français, tunisiens ou sénégalais qui, bien qu'embauchés par le même employeur pour effectuer les mêmes tâches, profiteront du statut du droit français, le principe de proximité ne jouant pas à leur égard ; et malheureuses entreprises françaises qui, entravées par des frais de personnel très lourds, seront soumises, du fait de cette société séoudienne, à une bien rude concurrence sur leur propre marché national ! »<sup>81</sup>.

62. Les juges ont alors tendance à appliquer une loi plus favorable au salarié, en l'occurrence la loi française lorsque les juges français sont saisis. Ces derniers considèrent que celle-ci est plus favorable par rapport à de nombreuses autres lois en matière de droit du travail. La clause d'exception peut donc être utilisée lorsqu'une loi étrangère donnerait une protection insuffisante au travailleur. Le professeur Paul Lagarde affirmait, dès l'entrée en vigueur de la Convention de Rome en 1991, que la clause d'exception « permettra d'éviter les conséquences préjudiciables au travailleur, illustrées par la jurisprudence française de ces dernières années, d'un rattachement rigide du contrat à la loi du lieu d'exécution »<sup>82</sup>. En 1995, après les premières utilisations de la clause d'exception, c'est le professeur Jean Deprez qui

---

81 HEUZE V., note sous : CA Angers, 18 mai 1989, RCDIP, 14 sept. 1990, p.501.

82 LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », RCDIP, 1991, p.287.

nous disait à son tour qu'on ne peut « exclure que la dérogation soit utilisée pour assurer au travailleur le bénéfice d'une loi plus favorable »<sup>83</sup>. L'idée selon laquelle la clause d'exception garantirait une protection suffisante au salarié en désignant une loi plus favorable n'est donc pas née d'aujourd'hui. « La protection du salarié qui est une des finalités sinon « la » finalité du droit du travail a toujours compté parmi les données fondamentales à prendre en considération dans les solutions de conflits en cette matière »<sup>84</sup>. La clause d'exception poursuit donc cette finalité au même titre que la règle de conflit. Il ne serait pas logique d'interpréter la clause de façon neutre. La finalité de protection du salarié est présente dès l'article 6§1 de la Convention qui dispose que « [...] le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article. ».

63. La protection du salarié fait alors apparaître un caractère de faveur de la clause d'exception qui pourrait être critiquable puisque celui-ci ne peut être ni objectif ni rationnel, ce qui va à l'encontre d'une volonté de construire un droit international privé emprunt d'objectivité et de justesse. La volonté de protection du travailleur incite les juges à penser en fonction du contenu des lois concernées. Deux façons de procéder s'offrent au juge pour traduire cette faveur : soit ne pas utiliser la clause d'exception bien que les conditions soient remplies car elle désignerait une loi moins favorable au salarié, soit appliquer la clause de manière artificielle (alors que les conditions ne sont pas remplies), ce qui permettrait d'appliquer la loi la plus favorable au travailleur<sup>85</sup>. Concernant la seconde possibilité, le juge « force » en quelque sorte le raisonnement afin que l'on considère que les conditions liées au principe de proximité sont satisfaites.

64. Dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mars 2005, on peut observer que la jurisprudence française semble opter pour cette deuxième possibilité de

---

83 DEPRESZ J., « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Droit social*, 1995, p. 326.

84 *Ibid.*

85 NORD N., « la protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *JCP Social n°43*, 24 oct. 2006, n°1832.

manière implicite<sup>86</sup>. Rappelons que les deux lois en cause étaient la loi zairoise et la loi française. Les juges ont retenu la loi française en se basant sur plusieurs éléments : salaire en francs français, travail accompli dans un établissement français d'enseignement soumis à la loi française, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller de l'Ambassade de France placé sous l'autorité du ministre français de la Coopération. L'employeur invoquait la violation de l'article 6 de la Convention de Rome lors de son pourvoi en cassation au motif que la loi zairoise devrait s'appliquer au titre de la loi du lieu d'exécution du travail. D'autres éléments en faveur de la loi du Zaïre auraient pu être pris en compte : c'est le lieu de conclusion du contrat, du domicile des parties, c'est également la loi imposée par l'autorité de tutelle et par l'agence pour l'enseignement français à l'étranger et la loi visée par le droit zairois. Ces éléments n'ont pas suffi aux juges français. On peut voir que la condition de la présence de liens plus étroits avec un autre pays que le lieu d'exécution habituel de travail a bien été recherché par les juges mais pas la condition de l'inadéquation de l'élément de rattachement habituel. Ce dernier n'était pas isolé et ne présentait pas un caractère fortuit<sup>87</sup>. La Chambre sociale a approuvé le raisonnement des juges d'appel d'avoir désigné la loi française comme loi applicable au contrat. On peut alors se demander si il n'y a pas ici la volonté d'appliquer une loi plus favorable au salarié de manière implicite. Le professeur M. Bureau a d'ailleurs relevé, dans la note effectuée sur cet arrêt, que les juges se sont référés notamment à la langue du contrat de travail pour désigner la loi française alors même que la langue officielle de la République Démocratique du Congo ( anciennement le Zaïre) est le français<sup>88</sup>. Cette affaire montre l'utilisation artificielle par les juges de la clause d'exception à des fins de protection du salarié. Cette position de la jurisprudence française se retrouve dans d'autres arrêts<sup>89</sup>.

Cette approche de la clause d'exception comporte cependant certaines limites. Tout d'abord, invoquer le principe de proximité de manière artificielle n'est pas suffisant. Il faudrait peut-être invoquer le souhait de protection du travailleur de manière explicite au lieu de se cacher derrière l'impératif de proximité. En second lieu, le fait pour le juge de se référer au contenu des lois n'a pas été voulu par les rédacteurs de la Convention de Rome qui visaient

---

86 Cass. soc. 23 mars 2005, RDC, 2005, p.1181, *op. cit.* ; voir les faits de l'espèce chap.1, sect. 1, §1, A).

87 Voir chap. 1, sect. 2, §2.

88 BUREAU D., note sous : Cass. soc. 23 mars 2005, RDC, 2005, p.1181, *op. cit.*

89 Voir en ce sens : Cass. soc. 14 mars 2006, RDC, 2006, p. 867, note : DEUMIER P., *op. cit.* ; CA Paris 7 juin 1996, RCDIP,1997, n°19, p.55, note : MOREAU M-A, *op. cit.*

une approche objective et rationnelle de la clause. Enfin, cette utilisation de la clause d'exception conduit à une application croissante de celle-ci et donc à la perte de son caractère exceptionnel.

L'application de la loi française, si l'on se place du point de vue de l'ordre juridique français, de façon quasi-systématique combinée à la perte du caractère exceptionnel de la clause peut entraîner une certaine insécurité juridique et frappant notamment le principe de l'autonomie de la volonté des parties au contrat de travail.

## §2) Les relations entre l'utilisation par le juge de la clause d'exception et le principe de l'autonomie de la volonté des parties

65. La clause d'exception est, comme nous avons pu l'observer dans les développements précédents, une sorte de « soupape de sécurité » que les juges utilisent pour écarter des rattachements rigides qui ne seraient pas adaptés, qui ne conviendraient pas, au rapport de droit en cause. De ce fait, cette clause peut constituer une forme de remise en cause du principe d'autonomie de la volonté des parties (A). Il constitue le principe général qui gouverne le droit international privé des contrats dans sa totalité. Nous pouvons également observer les marges de manœuvres laissées au juge (B) dans l'utilisation de cette clause d'exception.

### *A) Une remise en cause du principe d'autonomie de la volonté*

66. Comme le suggère le professeur Jean Depré dans son article, il convient de se rappeler la situation jurisprudentielle française qui existait avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980 afin d'observer d'où provient cette possible remise en cause du principe d'autonomie de la volonté à travers l'existence de la clause d'exception<sup>90</sup>. On se rend compte que les règles de conflit de lois françaises en matière de droit du travail commençaient à se

---

90 DEPREZ J., « Évolutions récentes des solutions de conflits de lois en matière de contrat de travail international », in Mélanges en l'honneur de H. Blaise, *Economica*, 1995, p.165 et s.



transformer pour venir prendre en compte les nouvelles dispositions de la Convention, pourtant non encore entrées en vigueur. L'idée qui prédominait alors était que le contrat de travail ne pouvait pas être soumis au principe de la loi d'autonomie. Ce principe prédominait déjà concernant les contrats civils et commerciaux. En raison de l'objectif fondamental de protection du travailleur, on ne pouvait concevoir que les droits de ce dernier (fixés par la loi applicable au contrat) ne soient établis que par la seule volonté des parties qui était en réalité le plus souvent le seul libre-choix de l'employeur. La jurisprudence s'était donc tournée vers le rattachement de la loi du lieu d'exécution habituelle de travail, supposé être le rattachement le plus naturel au contrat de travail. Les parties pouvaient choisir une loi applicable au contrat mais elle ne s'appliquait que dans le cas où elle serait plus favorable au travailleur que la loi du lieu d'exécution habituelle de travail. Selon le professeur Jean Depré, « la philosophie de ces solutions procédait d'une méfiance justifiée à l'égard du principe d'autonomie en vigueur dans le droit international privé des contrats, pur produit de la conception libérale du contrat dont on sait combien elle est illusoire dans la réalité économique et sociale, et tout particulièrement en matière de relation de travail, faute d'égalité des parties et de véritable négociation du contrat dans la plupart des cas. »<sup>91</sup>.

67. La règle de conflit combinatoire n'apportait pourtant pas une protection efficace du salarié. La doctrine avait évoqué le cas des travailleurs envoyés à l'étranger dans des États très peu protecteurs des salariés. Les employeurs pouvaient introduire une clause de choix de loi en leur faveur ce qui conduisait, dans tous les cas, quelque soit la loi applicable au contrat ( loi du lieu d'exécution habituelle de travail ou loi choisie par les parties), à appliquer une loi défavorable au salarié. Nous voyons bien ici les insuffisances que revêt le rattachement au lieu d'exécution habituelle de travail.

68. Dans la Convention de Rome, on pourrait croire que le principe d'autonomie de la volonté a repris une place prépondérante dans le règlement des conflits de lois en matière de contrat. En effet, il ressort de l'article 3 de la Convention que le libre choix de la loi applicable au contrat par les parties vaut pour tous les contrats sans exception. Cependant, pour le contrat de travail, l'article 6§1 de la Convention limite le choix des parties. Il dispose que « choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut

---

91 *Ibid.*

de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article. ».

69. La clause d'exception constitue également une limite posée au libre-choix des parties et au principe d'autonomie en ce sens qu'elle permet de trouver une alternative aux rattachements rigides que sont la loi d'autonomie et son correctif la loi du lieu d'exécution habituelle de travail. Cette souplesse de la Convention en matière de contrat de travail fait l'objet de critiques par rapport au danger d'insécurité juridique qu'elle reflète. Le droit doit pouvoir être connu et lisible par tous. La clause d'exception peut venir entraver le droit à la certitude du droit. Les parties ont besoin de prévoir à l'avance quel sera le droit qui régira leurs rapports. L'employeur peut ne pas choisir de droit applicable avec le salarié si la loi du lieu d'exécution habituelle de travail leur convient. Si la clause d'exception vient alors à jouer et à désigner une autre loi applicable, toute prévisibilité du droit disparaît, ce qui constitue une sorte d'insécurité juridique pour les parties<sup>92</sup>. Il convient cependant de garder à l'esprit que le sentiment d'insécurité juridique du fait de l'imprévisibilité du droit est préjudiciable surtout à l'employeur car, dans la majorité des cas, le salarié ne prévoit pas quel droit sera applicable en cas de litige. La clause d'exception, du point de vue du salarié, est plutôt un instrument juridique permettant de défendre ses droits, au plus proche du litige. La notion de sécurité juridique est très vague et floue et nous convenons qu'il faut être vigilant face à elle. Nous admettons cependant qu'il puisse exister une faiblesse de la clause ressentie par l'employeur mais pas forcément par le travailleur.

70. Ce sentiment d'insécurité juridique est perceptible également à cause de la grande liberté laissée au juge dans l'utilisation de la clause d'exception. Le juge applique presque systématiquement la *lex fori* donc la loi française en France mais il peut également en décider autrement sur simple appréciation de sa part de liens plus étroits avec un autre pays. Cette liberté des juges est également critiquée car elle incite les juges à appliquer la clause d'exception dans une volonté de protection du salarié et non pas de respect pur du principe de proximité. Elle contribue à la perte du caractère exceptionnel de la clause. Il convient donc d'étudier les marges de manœuvre qui sont laissées au juge pour l'application

---

92 KUYVEN L-F, « La détresse de la clause d'exception en matière contractuelle », *LPA*, 25 juill. 2007, p.3.

## B) Les marges de manœuvre laissées au juge

71. La clause d'exception de l'article 6§2 et de l'article 8§4 de la Convention de Rome et du Règlement Rome 1 est, comme nous avons pu le voir précédemment, normalement soumise à des conditions de fond pour pouvoir être mise en œuvre: le rattachement ordinaire doit être insuffisant et la présence de liens plus étroits avec un autre pays que celui désigné par les règles de conflits ordinaires doit être démontrée<sup>93</sup>. En pratique, les juges font parfois l'impasse sur ces conditions de fond, notamment celle de l'insuffisance du rattachement ordinaire. L'appréciation des juges du fond est souveraine et souvent soutenue par la Cour de cassation lors de son contrôle. Cette grande liberté laissée au juge est source d'insécurité juridique pour les parties.

72. De plus, l'attitude des juges concernant la clause d'exception diffère selon les États et les différents systèmes juridiques. A titre d'exemple, les juridictions des Pays-Bas et de l'Allemagne sont plus fermes que les juridictions françaises. Un arrêt du *Hoge Raad*<sup>94</sup> du 25 septembre 1992 en témoigne<sup>95</sup>. Cela concernait la clause d'exception pour les contrats en général et non celle spécifique au contrat de travail. Ici la Cour n'a pas appliqué la loi française en tant que loi qui a les liens les plus étroits avec le contrat de vente car la loi néerlandaise qui était la loi du vendeur n'avait pas perdu toute sa valeur de rattachement. Ce contrat avait été négocié puis signé en France et le lieu de réception des marchandises était la France. Ces éléments n'étaient pas suffisants pour appliquer la clause d'exception selon la loi néerlandaise. On voit bien ici l'application plus restrictive de la clause d'exception. Au Royaume-Uni, l'utilisation de la clause est, au contraire, plus souple. La doctrine anglaise estime que « que la présomption de l'article 4 § 2 est moins forte lorsque le lieu d'exécution de la prestation caractéristique est situé dans un pays différent de celui du siège de la partie qui la doit »<sup>96</sup>. Cette diversité de positions jurisprudentielles dans les différents États entraîne une grande instabilité du droit. Ceci va à l'encontre de l'objectif d'harmonisation et d'uniformisation du droit international privé poursuivi par la Convention de Rome et le Règlement Rome 1. La divergence des juges en Europe vient également du fait que les

---

93 Voir chap. 1, sect. 2, §2.

94 Cour suprême néerlandaise.

95 Cité par REMY-CORLAY P., *RCDIP*, 2003, p.37, *op. cit.*

96 LAGARDE P., note sous : Cass. 1ère civ. 22 mai 2007, *RCDIP*, 15 sept. 2007, p.592.

institutions européennes n'ont donné aucun cadre à cette clause d'exception. On a longtemps attendu une interprétation et une ligne directrice de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) sur la question.

73. Le 6 octobre 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE : ancienne CJUE) a rendu un arrêt « Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contre Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV » aussi surnommé arrêt « ICF » à propos de la clause d'exception des contrats en général<sup>97</sup>. En l'espèce, un contrat d'affrètement avait été conclu en 1998 entre la société ICF et les sociétés Balkenende et MIC afin de transporter des marchandises par voie ferroviaire entre Amsterdam et Francfort-sur-le-Main. Aucun contrat écrit n'avait été signé entre les parties. La société MIC ne s'est pas acquittée d'une des factures adressées par ICF. En 2002, ICF décide de mettre en demeure MIC de s'acquitter de cette facture datant de 1998. Le 24 décembre 2002, ICF forme un recours devant le juge néerlandais pour condamner Balkenende et MIC à régler leur dette envers elle. Les juges de premier degré ont désigné la loi néerlandaise comme loi applicable au litige en ce qu'elle présentait des liens plus étroits avec le contrat que la loi belge (invoquée par ICF car une clause désignait la loi belge comme loi applicable, avait été introduite dans un projet de contrat écrit que MIC et Balkenende n'ont jamais signé). Le contrat d'affrètement a également été requalifié en contrat de transport. ICF forme alors un pourvoi en cassation. Le *Hoge Raad* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJCE cinq questions préjudicielles à la Cour concernant cette affaire. Les questions étaient les suivantes : « 1) L'article 4, paragraphe 4, de la convention [...] doit-il être interprété en ce sens que cette disposition concerne uniquement l'affrètement pour un voyage et que d'autres types d'affrètements ne relèvent pas du champ d'application de cette disposition?

2) S'il est répondu par l'affirmative à la [première question], l'article 4, paragraphe 4, de la convention [...] doit-il être interprété en ce sens que, dans la mesure où d'autres types d'affrètements concernent aussi le transport de marchandises, le contrat en cause relatif à ce transport tombe dans le champ d'application de cette disposition et que le droit applicable est pour le reste déterminé par l'article 4, paragraphe 2, de la convention [...]?

3) S'il est répondu par l'affirmative à la [deuxième question], auquel des deux systèmes juridiques indiqués faut-il se référer pour apprécier l'exception de prescription soulevée à

---

97 CJCE aff. C-133/08 ; 6 oct. 2009.

l'égard de la demande fondée sur le contrat?

4) Si la partie principale du contrat concerne le transport de marchandises, faut-il écarter la ventilation visée dans la [deuxième question] et le droit applicable à toutes les parties du contrat doit-il être déterminé au moyen de l'article 4, paragraphe 4, de la convention [...]?

5) L'exception visée à l'article 4, paragraphe 5, seconde phrase, de la convention [...] doit-elle être interprétée en ce sens que les présomptions de l'article 4, paragraphes 2 [à] 4, doivent uniquement être écartées s'il ressort de l'ensemble des circonstances que les critères de rattachement qui y sont visés n'ont pas de véritable valeur de rattachement ou bien faut-il les écarter aussi s'il ressort de ces circonstances que l'on est en présence d'un rattachement plus important avec un autre pays? »<sup>98</sup>. Nous nous pencherons seulement sur la dernière question préjudicielle puisqu'elle concerne la clause d'exception. Sur ce point, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les conditions de mise en œuvre de la clause et implicitement sur les marges de manœuvres laissées aux juges quant à son application.

74. La CJCE conclut sur la clause d'exception en affirmant « L'article 4, paragraphe 5, de la même convention doit être interprété en ce sens que, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié. »<sup>99</sup>. Cette conclusion paraît à première vue, avec le mot « clairement », indiquer que la clause doit être utilisée de manière exceptionnelle<sup>100</sup>. Cependant, il est ensuite dommage de constater que la Cour n'a pas donné plus d'indications quant à son application. Elle laisse le champ libre aux juges et ne donne aucun cadre ni aucune limites dans la mise en œuvre de la clause d'exception. C'est une solution un peu superficielle à notre sens. Cet arrêt ne concerne pas l'article 6 de la Convention de Rome mais on peut légitimement penser que la solution vaut également pour les contrats spécifiques soumis à cette même clause d'exception.

Face à ce problème d'insécurité juridique que peut représenter la clause d'exception, le

---

98 *Ibid.*, §19.

99 *Ibid.*

100 En ce sens : JAULT-SESEKE F., « Contrat de travail », *Rép. Intern.*, Septembre 2011, n°92 à 96.

Règlement Rome 1 a tenté d'apporter des solutions. L'idée est alors née de retirer cette clause d'exception, source d'imprévisibilité du droit. On s'est aperçu qu'il y avait une différence de rédaction entre la clause d'exception générale et celle concernant le contrat de travail. Nous allons donc observer la controverse qui existe à propos de la rédaction de l'article 8§4 du Règlement Rome 1.

## **Section 2 : Une controverse relative à la rédaction de l'article 8§4 du Règlement Rome 1**

75. Le Règlement Rome 1 a repris les dispositions de la Convention de Rome en matière de contrat de travail. On s'aperçoit cependant que concernant les contrats en général, le Règlement renforce le caractère exceptionnel de la clause d'exception par sa rédaction. Cette rédaction n'a pas été reprise en matière de contrat de travail. On a une rédaction spécifique en matière de contrat de travail (§1). L'utilisation de la clause d'exception étant controversée, la Commission européenne a proposé d'en venir à sa suppression (§2).

### §1) Une rédaction spécifique en matière de contrat de travail

76. L'article 4§3 du Règlement Rome 1 dispose que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. ». Concernant le contrat de travail, contrairement à la Convention de Rome, le Règlement ne reprend pas à la lettre la clause d'exception s'appliquant aux contrats en général. En effet, l'article 8§4 du Règlement dispose « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique. ». On remarque qu'en matière de contrat de travail, les liens n'ont pas à être « manifestement plus étroits » mais seulement « plus étroits ». Pour certains, cette rédaction n'a aucune incidence (A), mais pour d'autres, cette rédaction a des conséquences (B).

#### *A) Une rédaction sans incidence*

77. Le Règlement n°593-2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome 1 », du 17 juin 2008 est un texte européen mais il possède une portée universelle au même titre que la Convention de Rome de 1980. De ce fait, ce texte s'applique même dans les cas où la loi désignée n'est pas une loi issue d'un État membre à l'Union Européenne. Le Règlement Rome 1 s'applique aux contrats conclus à partir du 17 décembre 2009. C'est donc encore un texte récent qui n'a, par conséquent, pas encore fait l'objet de nombreuses jurisprudences. La doctrine se questionne mais elle tâtonne encore en attendant de pouvoir faire le premier bilan de l'application de ce texte. Le Règlement Rome 1 est une codification à droit quasi constant de la Convention de Rome au niveau communautaire<sup>101</sup>. L'objectif est d'harmoniser et d'uniformiser les différentes législations en matière de droit international privé des contrats.

78. Concernant le contrat de travail, les modifications ont été, en effet, mineures. L'article 8 du Règlement a pris la place de l'article 6 de la Convention de Rome. Le texte reprend les mêmes rattachements que la Convention de Rome mais il se découpe en quatre paragraphes contrairement à l'article 6 de la Convention qui possède deux paragraphes. Le §1 reprend la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au contrat sans priver le salarié de la protection assurée par les dispositions impératives de la loi qui serait désignée à défaut de choix par les parties. Le §2 reprend quant à lui le rattachement au lieu d'accomplissement habituel de travail mais une modification a été apportée : « À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. ». Cet ajout « à partir duquel » vient élargir la notion de lieu de travail. Elle va permettre de jouer dans les cas où les salariés sont rattachés à une base par exemple, comme les travailleurs à bord des avions. Le §3 évoque le rattachement au lieu d'embauche du salarié sans définir la notion d'établissement, ce qui n'était pas le cas non plus dans la Convention. On peut d'ailleurs regretter que le Règlement n'est pas fait cet effort de définition. Enfin le §4 de l'article 8 évoque la clause d'exception et reprend à la lettre les termes de la Convention de Rome : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique. ».

---

101 DEVERS A., « Article 8 – contrats individuels de travail », *Revue Lamy Dr. des aff.*, 2008, p.29.

79. La question est de savoir si la Commission européenne a volontairement fait une différence entre la clause d'exception pour les contrats en général et celle qui concerne le contrat de travail. Pour certains auteurs, la différence de rédaction de la clause d'exception n'a aucune incidence en matière de conflit de lois. Ainsi, le professeur Alain Devers, dans son article consacré à l'analyse de l'article 8 du Règlement Rome 1 conclut sur le §4 en nous disant que « cette clause d'exception est identique à celle qui figurait dans la Convention de Rome. », aucune autre analyse n'en est faite ce qui nous montre qu'il ne pense pas qu'il doive falloir s'y attarder<sup>102</sup>. Cyril Nourissat parle lui aussi de « clause d'exception bien connue » sans relever de différence avec la clause d'exception générale<sup>103</sup>. Le professeur Hélène Gaudemet-Tallon évoque le fait que ce serait peut-être « un simple oubli »<sup>104</sup>. Également, Fabienne Jault-Seseke écrit « Il n'est pas certain qu'il faille nécessairement s'attarder sur cette divergence littérale. »<sup>105</sup>. Nous notons que les auteurs restent encore réservés en raison du caractère trop récent du texte et de l'absence d'interprétation de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

80. En admettant que cette divergence de rédaction n'entraîne aucune conséquence, nous pouvons alors déplorer l'absence de précisions concernant la clause d'exception en matière de contrats de travail. En effet, l'absence de modifications par rapport à la Convention de Rome induit forcément que les faiblesses de la clause d'exception ne soient pas solutionnées puisque la règle spéciale prime sur la règle générale donc il ne sera pas possible de s'appuyer sur la clause d'exception générale en cas de litige. La clause d'exception reste donc floue quant à sa mise en œuvre par les juges et aucune précision n'est apportée sur le caractère exceptionnel de la clause ou bien de l'objectif de protection du salarié.

On voit cependant mal comment les rédacteurs du texte auraient simplement oublié de

---

102 *Ibid.*

103 NOURISSAT C., « Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux », *Deffrénois*, 15 nov. 2011, n°19, p.2017.

104 GAUDEMET-TALON H., « Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome 1 » du 17 juin 2008 », *JCl. Commercial*, 1er fév. 2009, fasc. 338, n°84.

105 JAULT-SESEKE F., « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome 1) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail », *RDT*, 2008, p. 619.



modifier également l'article 8 du Règlement d'une part car cela impliquerait une certaine inattention ou un manque d'application des rédacteurs, et d'autre part, car, avant la création du Règlement Rome 1, un livre vert avait été mis en place pour interroger les opérateurs économiques et toutes les personnes qui le souhaitaient sur les modifications à apporter au texte de la Convention de Rome de 1980. Nous pensons donc que la question a donc été travaillée et réfléchi. Cette divergence de rédaction entraîne sans doute des conséquences dans la résolution des conflits de lois en droit international privé des contrats.

### *B) Une rédaction ayant des conséquences*

81. Comme nous avons pu l'observer, il est difficile d'envisager que la divergence de rédaction entre la clause d'exception de l'article 4 et celle de l'article 8 n'entraîne aucune conséquences. La doctrine, bien que réservée sur la question, relève que cette différence est sans doute une volonté des rédacteurs, le Parlement et le Conseil Européens, du Règlement Rome 1. Le professeur Hélène Gaudemet-Tallon, après avoir évoqué qu'il s'agit peut-être d'un simple oubli, envisage le fait que peut-être il « était dans l'intention des rédacteurs du règlement de laisser jouer un peu plus facilement la clause d'exception lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail dans la mesure où la jurisprudence antérieure montrait que la clause d'exception jouait en général en faveur du salarié »<sup>106</sup>. Le professeur Fabienne Jault-Seseke suppose elle aussi, « qu'il n'est pas exclu que le législateur communautaire ait ainsi entendu accorder au juge des litiges du travail une marge d'appréciation plus grande, afin d'assurer la protection de la partie faible »<sup>107</sup>. En effet, en ne reprenant pas l'expression « manifestement plus étroits » dans la clause d'exception de l'article 8§4 du Règlement, le législateur européen a certainement voulu laisser une plus grande souplesse en matière de contrat de travail qu'en matière de contrats en général. Pour les contrats en général, les liens doivent être manifestement plus étroits. Selon la Commission, « la clé de voûte de l'instrument étant la liberté de choix, il est opportun que les règles applicables à défaut de choix soient les plus précises et prévisibles possibles afin de permettre aux parties de savoir si elles souhaitent ou non exercer cette liberté »<sup>108</sup>. On voit ici la volonté de limiter l'utilisation de la clause

---

106 GAUDEMET-TALLON H., *op. cit.*

107 JAULT-SESEKE F., *op. cit.*

108 COM (2005) 650 final, exposé des motifs, pt 4.2.

d'exception et de lui redonner son caractère exceptionnel. « Les rattachements rigides ne devraient donc être écartés que s'ils sont dépourvus de pertinence »<sup>109</sup>.

82. Une telle divergence signifie qu'en matière de contrat de travail, on admet l'imprévisibilité du droit et cela dans un souci de protection du salarié. On accepte cette grande souplesse de la clause d'exception pour pouvoir appliquer la loi la plus proche du rapport de droit en cause dans l'intérêt du salarié. Mais ceci n'a toujours pas été exprimé clairement de la part des législateurs et ce, même dans ce nouveau texte du Règlement Rome 1. Cela revient à ce que la clause d'exception pour les contrats de travail soit une sorte de dérogation à la clause d'exception des contrats en général. Il en ressort que les juges devront appliquer la clause différemment selon la nature du contrat en cause. Cela ajoute une nouvelle différence dans les règles de conflit donc encore des difficultés et de l'insécurité juridique pour les parties. De ce fait, la jurisprudence devra certainement interpréter la clause de l'article 8§4 pour faire en sorte qu'elle soit utilisée dans les mêmes conditions que celle de l'article 4§5 du Règlement Rome 1.

83. Le fait d'avoir repris à la lettre la clause d'exception de l'article 6§2 de la Convention de Rome a également pour conséquence de laisser en l'état les faiblesses que nous avons relevé précédemment mais seulement concernant le contrat de travail puisque que la clause d'exception générale a été précisée. Au final, on retrouve deux instruments différents alors qu'au départ, dans la Convention de Rome, la clause de l'article 6 était le prolongement de la clause de l'article 4 mais appliquée aux contrats de travail. Cette rédaction de l'article 8§4 du Règlement Rome 1 a aussi un avantage : elle prend en compte la nature particulière des contrats de travail. On a une partie faible et une partie forte au contrat, en laissant au juge cette grande liberté dans l'utilisation de la clause, le juge pourra protéger la partie faible et rétablir l'équilibre dans la relation de travail lors d'un conflit de lois. Les changements concernant les contrats de travail sont moindres en définitive<sup>110</sup>.

Nous resterons cependant prudents, au même titre que la doctrine, car la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur cette divergence littérale en raison du caractère très

---

109 JAULT-SESEKE F., note sous : CJCE aff. C-133/08 , 6 oct. 2009, Recueil Dalloz, p. 236.

110 BOSKOVIC O., « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, 2008, p.2175.

récent du texte. En tout état de cause, que l'on admette que la différence de rédaction de la clause d'exception ait des conséquences ou non, nous regrettons le manque de précision sur la mise en œuvre de la clause. Sur ce point, les juges gardent la même liberté que celle découlant de la Convention de Rome. Face à cette imprévisibilité et insécurité juridique, la Commission avait proposé, avant la mise en place du Règlement Rome 1, de supprimer cette clause d'exception au profit des rattachements rigides. Mais cela est-il vraiment la solution en matière de contrat de travail et même pour les contrats en général ?

## §2) Une volonté de la Commission européenne de supprimer la clause d'exception

84. Avant la création du Règlement Rome 1, la Commission a publié une proposition de Règlement en date du 15 décembre 2005<sup>111</sup>. Pour la Commission européenne, la clause d'exception est synonyme d'insécurité juridique pour les opérateurs économiques, icompris en matière de contrat de travail. En effet, elle peut aller à l'encontre de la volonté des parties et elle donne au juge une grande marge de manœuvre. La Commission a donc diffusé un Livre vert sur la question (A) afin de connaître l'avis des intéressés sur la suppression de cette clause notamment. Nous pourrions voir ensuite que cette solution serait défavorable à l'équilibre des relations de travail internationales (B).

### *A) La diffusion d'un Livre vert sur la question*

85. Bien avant l'adoption du Règlement Rome 1 le 17 juin 2008, la Commission européenne a diffusé un Livre vert sur « la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation » le 14 janvier 2003<sup>112</sup>. Elle reprend en partie les propositions faites par le Groupe Européen de Droit International Privé (GEDIP) qui avait eu à se prononcer sur les

---

111 COM (2005) 650 final, « Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », 15 déc. 2005.

112 COM(2002) 654 final, « LIVRE VERT sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation », 14 janv. 2003.

modifications à apporter à la Convention de Rome<sup>113</sup>. Ce Livre vert avait pour but d'interroger les milieux concernés par la transformation ou la modernisation de la Convention de Rome afin de faire ressortir les difficultés rencontrées dans la pratique de ce texte. Ce Livre vert concernait donc toute la Convention et pas seulement les dispositions relatives au contrat de travail. Il pose de nombreuses questions sur l'ensemble des articles de la Convention.

86. Concernant les contrats en général et l'article 4 de la Convention, le Livre vert interroge sur « la force de la présomption générale de l'article 4§2 », c'est-à-dire la présomption envisagée en cas de défaut de choix de loi applicable au contrat par les parties<sup>114</sup>. La Commission fait alors observer que cette présomption peut être écartée par la clause d'exception de l'article 4§5. Elle met ensuite en exergue les difficultés rencontrées dans l'application de ce texte. Elle énonce que « Dans l'esprit de nombreux commentateurs de la Convention, la clause d'exception de l'article 4 § 5 ne devait être employée qu'à bon escient et utilisée que rarement, son application fréquente conduisant à réintroduire l'imprévisibilité quant à la loi applicable, imprévisibilité que les présomption de l'article 4 avaient précisément pour but de réduire. Ainsi l'analyse de la jurisprudence révèle que, dans plusieurs décisions, le juge a appliqué la clause *ab initio*, cherchant tout de suite la loi correspondant le mieux au critère de proximité, sans passer préalablement par la présomption du § 2. »<sup>115</sup>. Des solutions envisageables sont proposées par la suite. Tout d'abord, le juge devrait faire jouer la présomption de l'article 4§2 en premier lieu, et seulement si la loi désignée s'avère inadéquate et ne convenant pas à la situation en cause, alors la clause d'exception pourrait être utilisée. Pour aller dans ce sens, la Commission européenne propose de revoir la rédaction de l'article 4. Deux possibilités sont envisagées : soit supprimer le §1 pour faire ressortir le caractère exceptionnel du §5 (clause d'exception), soit modifier le §5 pour le préciser. Enfin la question posée n°10 est la suivante : « D'après vous, convient-il de préciser la rédaction de l'article 4 pour obliger le juge à appliquer d'abord la présomption du § 2 pour n'écarter la loi ainsi obtenue que si elle est manifestement inadaptée pour régir le cas d'espèce ? Dans l'affirmative, quelle rédaction vous semble-t-elle la plus adaptée ? »<sup>116</sup>.

---

113 <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-11t.html>, 21-23 sept. 2001, Compte-rendu de la onzième réunion du Groupe européen de droit international privé (GEDIP).

114 COM(2002) 654 final, *op. cit.*, p.27.

115 *Ibid.*, p. 28.

116 *Ibid.*

87. On pourrait légitimement s'attendre à ce que les mêmes difficultés soient observées avec la clause d'exception de l'article 6§2 concernant le contrat de travail. Or ce ne fut pas le cas et d'autres interrogations ont été soulevées pour le contrat de travail international. En effet, la Commission européenne interroge surtout sur la définition du détachement temporaire qu'il faudrait préciser. La clause d'exception est évoquée au sujet du télétravail international. Elle nous expose que « S'agissant enfin du télétravail international, on peut s'interroger sur la pertinence du rattachement au lieu d'exécution habituelle du contrat de travail, le rattachement au lieu de concentration des intérêts de l'entreprise ou de réception du travail pouvant être, dans certaines circonstances, plus protecteur pour le salarié. Le dernier paragraphe de l'article 6 semble autoriser un tel rattachement, mais selon certains il conviendrait de préciser ici la notion de "liens les plus étroits" pour viser expressément la situation du télétravail international. »<sup>117</sup>. La Commission pose seulement la question de savoir si d'autres modifications devraient être envisagées pour l'article 6 de la Convention de Rome mais ne vise aucunement la clause d'exception en particulier.

88. Des réponses ont été apportées à ce Livre vert et notamment celles du Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (CCBE) qui représente les avocats d'Europe<sup>118</sup>. A la question n°10 que nous venons d'évoquer, le CCBE estime qu'il conviendrait de modifier la rédaction de la clause d'exception afin de la préciser et de lui redonner son caractère exceptionnel. Pour lui, la proposition du GEDIP serait la plus satisfaisante : « Le droit désigné par les paragraphes 1 et 2 ne devrait pas s'appliquer, et ce à titre exceptionnel, s'il apparaît clairement au vu de la situation dans son ensemble que le contrat n'a pas de rapport significatif avec ce droit et est lié beaucoup plus étroitement avec le droit d'un autre pays.»<sup>119</sup>. Concernant le contrat de travail, le CCBE affirme qu'en dehors de la notion de détachement temporaire qu'il faut définir, aucune modification ne doit être apportée à l'article 6 car le Règlement Rome 1

---

117 *Ibid.*, p.40

118

[http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/conseil\\_barreaux\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/conseil_barreaux_fr.pdf), sept. 2003, « Réponse du CCBE au Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation ».

119 *Ibid.*, p.6.

« doit avant tout être un outil maniable et efficace »<sup>120</sup>.

Malgré ces préconisations, la Commission européenne dans sa proposition de Règlement du 15 décembre 2005 a vu les choses différemment<sup>121</sup>. S'agissant de la clause d'exception de l'article 4§5, la Commission propose que « La règle de la Convention, à savoir l'application de la loi de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique, est conservée mais les modifications proposées visent à renforcer la sécurité juridique grâce à la transformation de simples présomptions en règles fixes, d'une part, et la suppression de la clause d'exception de l'autre. »<sup>122</sup>. Elle propose de rayer du texte la clause d'exception source d'insécurité juridique selon elle et qui ferait obstacle à la liberté de choix des parties. Cela n'a d'ailleurs pas échappé aux auteurs<sup>123</sup>. Cette solution n'a pas été reprise pour le contrat de travail car elle s'avérerait défavorable à l'équilibre des relations de travail internationales.

#### *B) Une solution défavorable à l'équilibre des relations de travail internationales*

89. La volonté de la Commission européenne de supprimer la clause d'exception générale a été abandonnée. L'article 4 et l'article 8 du Règlement ont conservé leur clause d'exception. La suppression de la clause d'exception en matière de contrat aurait été défavorable à l'équilibre des relations de travail internationales. En effet, comme nous avons pu l'observer, la clause d'exception est un instrument juridique permettant d'introduire de la souplesse face aux rattachements rigides. La supprimer conduirait à revenir sur les faiblesses que la clause est venue solutionner. Nous savons que la clause d'exception a été mise en place dans le but de respecter le principe de proximité et de pouvoir écarter le rattachement au lieu d'exécution

---

120 *Ibid.*, p.9.

121 COM (2005) 650 final, « Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », 15 déc. 2005.

122 *Ibid.*, p.6.

123 v. en ce sens : JAULT-SESEKE F., note sous : CJCE aff. C-133/08 , 6 oct. 2009, Recueil Dalloz, 2010, p. 236 ; CORBION L., POILLOTPERUZZETTO S., « Les modifications apportées par la proposition de Règlement Rome 1 », *Revue Lamy Dr. des aff.*, 2006, p.4. ; CORNELOUP S., « La loi applicable aux obligations contractuelles . - Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I », *JCP G*, 29 oct. 2008, n°44.

habituelle de travail ou la loi du lieu d'embauche et parfois même la loi choisie par les parties. La clause joue lorsque ces rattachements ne conviennent pas, qu'ils ne désignent pas la loi la plus proche du litige et implicitement lorsque la protection du travailleur est insuffisante. Sans cette clause, il n'y aurait aucune alternative à ces rattachements rigides<sup>124</sup>. De plus, la clause permet au salarié de se défendre contre les groupes de sociétés. C'est un instrument qui permet de condamner non seulement la filiale qui a embauché le travailleur mais aussi la société-mère solidairement et d'appliquer la même loi afin d'éviter un dépeçage de la relation de travail. La suppression de cette clause entraînerait également l'impossibilité pour un salarié embauché dans différentes filiales mais sous la direction de la société-mère de faire valoir ses droits face à toutes ces entités<sup>125</sup>. Cet instrument juridique a été mis en place dans l'intérêt du salarié. La protection du salarié est le principe qui gouverne le droit du travail en général, supprimer cette clause irait en quelque sorte à l'encontre de ce principe mais aussi à l'encontre du principe de proximité, également principe fondamental du droit du travail international. De ce fait, la disparition de la clause d'exception serait contraire à la volonté des rédacteurs de la Convention de Rome de 1980.

90. La clause d'exception est aussi un instrument juridique qui laisse de la liberté au juge pour sa mise en œuvre. Cet aspect peut paraître négatif d'un certain côté mais cela leur permet de s'approcher au mieux de la situation de travail en cause lorsqu'il y a besoin d'écarter les rattachements ordinaires. Supprimer la clause laisserait les juges dans une position fermée et rigide. Ils ne feraient qu'appliquer les rattachements rigides sans pouvoir y déroger. Leur pouvoir d'interprétation et d'appréciation des faits serait limité. Ceci s'avérerait dangereux pour les relations de travail internationales qui sont plus complexes que les relations de travail internes et qui demandent une plus grande attention car plus d'éléments divers doivent être pris en compte. Cette souplesse de la clause d'exception est indispensable pour que les juges puissent apprécier au mieux et apporter une alternative face aux abus des employeurs.

---

124 Voir chap. 1, sect. 1, §1.

125 Voir chap. 1, sect. 1, §2.

C'est pour toutes ces raisons que le Parlement, le Conseil Européens et les milieux concernés n'ont pas souhaité supprimer cette clause en matière de contrats de travail internationaux. Cette solution a été envisagée seulement pour la clause d'exception pour les contrats en général mais même ici la Commission est revenue sur son idée lors de la rédaction du Règlement Rome 1. Si la clause d'exception pour les contrats en général aurait été supprimée, cela aurait incité les employeurs à conclure d'autres contrats que le contrat de travail qui aurait été plus risqué que les autres contrats. Par exemple, des contrats de prestation de service pourraient venir camoufler des contrats de travail. Les premiers n'étant pas soumis à la clause d'exception (dans l'hypothèse de sa suppression), l'imprévisibilité du droit serait moins présente et les employeurs pourraient choisir la loi qui les arrange en sachant que la loi applicable à défaut de choix est la loi du lieu de résidence habituelle du prestataire de service et qu'aucune dispositions ne pourrait revenir sur ce rattachement. La clause permet aussi de rétablir l'équilibre lorsque le choix de loi a été la volonté unilatérale de l'employeur et non des deux parties au contrat.

91. Il faut également noter que la clause d'exception a été reprise pour les contrats de transport à l'article 5§3 du Règlement Rome 1 ainsi que pour les contrats d'assurance à l'article 7§2 *in fine*. Ce sont les deux grandes nouveautés du Règlement. On peut donc voir ici que si la clause d'exception a été reprise c'est qu'elle a un intérêt certain pour les contrats déséquilibrés qui confrontent une partie faible à une partie forte. La supprimer pour les contrats en général serait incohérent puisqu'il y est fait référence pour tous les autres contrats nommés envisagés séparément dans le Règlement Rome 1.

92. Pour toutes ces raisons, supprimer la clause d'exception auraient des conséquences néfastes sur le droit du travail international et sur l'équilibre des relations de travail internationales. A notre sens, la solution contre l'insécurité juridique et l'imprévisibilité du droit serait plutôt de préciser, encadrer et limiter l'utilisation de la clause d'exception. Le Règlement Rome 1 aurait été l'opportunité de revoir la rédaction de la clause d'exception de l'article 6§2 de la Convention devenu article 8§4 du Règlement. Cela n'a pas été fait, nous attendons donc l'interprétation de la jurisprudence pour voir si la clause d'exception sera plus encadrée ou au contraire plus élargie. A notre sens, à l'heure de la mondialisation des échanges



et de l'élargissement constant de l'Union Européenne, une touche de flexibilité apportée par la clause d'exception n'est pas négligeable puisque les situations de travail sont de plus en plus variées et complexes. Il faut donc pouvoir s'adapter à chaque cas tout en respectant les principes généraux du droit international privé des contrats. C'est ce que semble faire au mieux la clause d'exception des articles 6 et 8 in fine de la Convention de Rome de 1980 et du Règlement Rome 1 de 2008.

\*\*\*\*\*

## Conclusion

93. Alors que certains auteurs, à l'orée de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, se bornaient à minimiser la portée du jeu de la clause d'exception, nous voyons aujourd'hui que c'est un instrument juridique indispensable en droit du travail international. Selon G. et A. Lyon-Caen, « là est peut-être la principale innovation de la convention et sa principale différence avec le système jurisprudentiel français. »<sup>126</sup>. Si l'on devait dresser un bilan après environ 20 années d'application de la Convention de Rome, on s'aperçoit que l'utilisation de la clause d'exception est encore très variable. Tout d'abord, variable en raison des différences de systèmes juridiques en fonction des pays. Mais aussi, variable car les juges ne gardent pas la même ligne jurisprudentielle puisque la clause d'exception doit vraiment s'appliquer au cas par cas. Parfois, les juges s'en tiennent au texte à la lettre et il arrive qu'une loi moins favorable au salarié soit désignée en vertu du principe de proximité<sup>127</sup>. Et dans d'autres cas, les juges utilisent la clause *in favorem*<sup>128</sup> même si ce n'est qu'à demi-mot<sup>129</sup>. La clause d'exception reste peu utilisée car le rattachement à la loi du lieu d'accomplissement habituel de travail est souvent le plus satisfaisant. On voit aussi, de plus en plus, que les parties désignent une loi applicable au contrat de travail afin de s'assurer une meilleure sécurité juridique.

94. On peut également tirer un bilan sur les changements apportés par la clause d'exception au système jurisprudentiel français. La clause a rempli son objectif selon nous de contrecarrer la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle de travail. La protection du salarié est de mieux en mieux assurée même si ce n'est pas explicitement l'objectif de la clause. En effet, les salariés bénéficient, dans la majorité des cas, de la loi la plus favorable même si cela vaut encore surtout pour les salariés français travaillant à

---

126 LYON-CAEN G. et A., *Droit social international et européen*, 8e éd., 1993, n°32, p. 28.

127 CORNELOUP S., *Application de la loi chinoise à un contrat de travail*, Cass. Soc. 28 mars 2012, RCDIP, 2012, p.587.

128 En faveur du salarié.

129 v. par exemple :Cass. soc. 23 mars 2005, RDC, 2005, p.1181, *op. cit.* ; voir les faits de l'espèce chap.1, sect. 1, §1, A).

l'étranger. Ils subissent de moins en moins les conséquences négatives du rattachement rigide au lieu d'exécution habituelle de travail, ce qui était autrefois reproché au système jurisprudentiel français d'avant la Convention de Rome.

95. Une piste d'évolution pourrait intervenir si la rédaction de la clause était précisée et si la Cour de Justice européenne pouvait fixer les conditions précises de l'utilisation de la clause d'exception en matière de contrat de travail par les juges. Cela permettrait de redonner à la clause son caractère d'exception et de minimiser les risques d'insécurité juridique pour les parties. Une autre piste serait de « mettre à jour » le caractère *in favorem* de la clause d'exception. Cela pourrait conduire à appliquer non seulement la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat de travail mais aussi la loi qui a les liens les plus significatifs avec le contrat. « Simplement, lorsque des liens objectifs existent entre le contrat et l'État en question, le fait que sa loi soit plus protectrice du travailleur que la loi désignée par le critère normal, doit faire pencher la clause d'exception en faveur de la première. »<sup>130</sup>.

\*\*\*\*\*

## BIBLIOGRAPHIE

### Textes institutionnels :

- Code Civil, 113ème édition, DALLOZ, 2014 , art. 1134.
- Code de procédure pénale, 105ème édition, DALLOZ, 2014, art. 12.
- COM (2005) 650 final, « Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », 15 déc. 2005.
- AN, « Rapport d'information sur le détachement des travailleurs », n°3150, 8 fév. 2011, p.16.
- Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée) : art. 1, 2, 3, 4, 5 et 6.
- COM(2002) 654 final, « LIVRE VERT sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation », 14 janv. 2003.
- Règlement (CE) n o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8.

### Ouvrages généraux :

- AUDIT B., *Droit international privé*, Economica, 5e éd., 2008, n°834, p.698.
- GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21e éd., 2014, p. 214-215.
- HENNION S., LE BARBIER-LE BRIS M., DEL SOL M., *Droit social européen et international*, PUF, 1e éd., 2010, p.226-227.
- LACOSTE-MARY Valérie, *Droit social international*, Ellipses, 2006, p.27.
- LYON-CAEN G. et A., *Droit social international et européen*, 8e éd., 1993, n°32, p. 28.
- VIGNAL T., *Droit international privé*, Armand Collin, 2005, n°389, p.237.

## Chroniques et articles de doctrine :

- BOSKOVIC O., « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I(1) », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2175.
- CORBION L., POILLOTPERUZZETTO S., « Les modifications apportées par la proposition de Règlement Rome 1 », *Revue Lamy Dr. des aff.*, 2006, p.4.
- CORNELOUP S., « La loi applicable aux obligations contractuelles . - Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I », *JCP G*, 29 oct. 2008, n°44.
- DEPREZ J., « Évolutions récentes des solutions de conflits de lois en matière de contrat de travail international », in Mélanges en l'honneur de H. Blaise, *Economica*, 1995, p.165 et s.
- DEPREZ J., « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Droit social*, 1995, p. 323 et s.
- DEVERS A., « Article 8 – contrats individuels de travail », *Revue Lamy Dr. des aff.*, 2008, p.29.
- GAUDEMET-TALON H., «Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome 1 » du 17 juin 2008 », *JCl. Commercial*, 1er fév. 2009, fasc. 338, n°84.
- JAULT-SESEKE F., « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP*, 2005, p. 253.
- JAULT-SESEKE F., « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome 1) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail », *RDT*, 2008, p. 619.
- JAULT-SESEKE F., « Contrat de travail », *Rép. Intern.*, Septembre 2011, n°92 à 96.
- KUYVEN L-F, « La détresse de la clause d'exception en matière contractuelle », *LPA*, 25 juill. 2007, p.3.
- LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 1991, p.287.
- LAGARDE P., « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in Mélanges en l'honneur de G. Lyon-Caen, *Dalloz*, 1993, p.83.

- NORD N., « La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *JCP Social n°43*, 24 oct. 2006, n°1832.
- NOURISSAT C., « Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux », *Defrénois*, 15 nov. 2011, n°19, p.2017.
- REMY-CORLAY P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP*, 2003, p.37.
- SINAY-CYTERMANN P., « la protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, 2005, Dalloz, p.737.

#### Notes de jurisprudence :

- AUDIT B., note sous : CA Paris 04 juil. 1996, Dalloz, 1998, p.281.
- BUREAU D., note sous : Cass. soc. 23 mars 2005, RDC, 2005, p.1181.
- CHAUMETTE P., note sous : CA Versailles 31 mars 2009, Droit Social, 2009, p.1263.
- CORNELOUP S., *Application de la loi chinoise à un contrat de travail*, Cass. Soc. 28 mars 2012, RCDIP, 2012, p.587.
- DEUMIER P., note sous : Cass. soc. 14 mars 2006, RDC, 2006, p. 867.
- DEVERS A., *Groupe de sociétés et détermination de la loi applicable au contrat*, Cass. Soc. 25 janv. 2012, JCP n°16, 16 avril 2012.
- HEUZE V., note sous : CA Angers, 18 mai 1989, RCDIP, 14 sept. 1990, p.501.
- JAULT-SESEKE F., note sous : Cass. soc., 23 mars 2005, LPA, 03 avril 2006, p.6.
- JAULT-SESEKE F., note sous : CJCE aff. C-133/08 , 6 oct. 2009, Recueil Dalloz, 2010, p. 236.
- JAULT-SESEKE F., note sous : Cass. soc. 12 juill. et 29 sept. 2010 , RCDIP, 31 mai 2011, p.71.
- JAULT-SESEKE F., note sous : CJUE aff. C-29/10, 15 mars 2011, RCDIP, 2011, p447.
- LAGARDE P., note sous : Cass. 1ère civ. 22 mai 2007, RCDIP, 15 sept. 2007, p.592.
- MOREAU M.-A., *De la loi applicable au contrat de travail d'un salarié temporairement détaché à l'étranger*, CA Paris 7 juin 1996, RCDIP, 1997, n°19, p.55.
- PATAUT E., *De la loi applicable au licenciement d'un marin*, CJUE aff. C-384/10 ; 15

décembre 2011, RCDIP, 2012, p.648.

- SINAY-CYTERMANN A., note sous : Cass. Soc. 25 janv. 2012, JDI n°4, oct. 2012.

#### Jurisprudence :

- Cass. soc. ; 9 déc. 1960, pourvoi n°59-40.066 , bull. civ. IV, n° 1164.
- Cass. soc. ; 25 mai 1977, pourvoi n°75-40.810.
- Cass. soc. ; 31 mars 1978, pourvoi n°76-41.190, bull. 1978 n°259, p.193.
- Cass. soc. ; 6 nov. 1985, pourvoi n°83-42.317, bull. 1985 IV n° 504 p. 367.
- Cass. soc. ; 30 juin 1993, pourvoi n°89-43.923, bull. 1993 V n° 183, p. 124.
- Cass. soc. ; 18 mai 1999, pourvoi n°97-40.531, bull. 1999 V n°215, p.157.
- Cass. soc. ; 23 mars 2005, pourvoi n°03-42.609.
- Cass. soc. ; 16 mai 2007, pourvoi n°05-43.949.
- CJCE aff. C-133/08 ; 6 oct. 2009.
- Prud'hommes de Bobigny ; 25 janv. 2007, Droit ouvrier, 2008.

#### Sources internet :

- <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/vivre-a-l-etranger/la-presence-francaise-a-l-etranger/>, 2013, « Statistiques sur les Français résidant à l'étranger au 31 décembre 2012 ».
- <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-11t.html>, 21-23 sept. 2001, « Compte-rendu de la onzième réunion du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) ».
- [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/conseil\\_barre\\_aux\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/conseil_barre_aux_fr.pdf) , sept. 2003, « Réponse du CCBE au Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation ».

## TABLE DES MATIERES

<b>Remerciements</b> .....	2
<b>Abréviations</b> .....	3
<b>Introduction</b> .....	5
<b>Chapitre 1 : La nécessité de la clause d'exception</b> .....	16
<b>Section 1 : L'utilité de la clause d'exception face aux rattachements rigides</b> ...	16
§1) Une manifestation positive du principe de proximité .....	16
A) La possibilité d'écarter la loi du lieu d'exécution du travail .....	17
B) La possibilité d'écarter la loi choisie par les parties .....	20
§2) Une clause d'exception utilisée pour déterminer le rattachement applicable dans l'hypothèse de groupes de sociétés .....	24
A) La prise en compte de l'unité du groupe de sociétés .....	24
B) La continuité du lien unissant le salarié à la société-mère .....	26
<b>Section 2 : La mise en œuvre de la clause d'exception</b> .....	29
§1) Les conditions de forme de la clause d'exception .....	29
A) La procédure de la clause d'exception devant les juridictions du fond .....	30
B) La procédure de la clause d'exception devant la Cour de cassation .....	32
§2) Les conditions de fond de la clause d'exception .....	34
A) L'insuffisance de l'élément de rattachement ordinaire .....	35
B) L'existence de liens plus étroits .....	36
<b>Chapitre 2 : Les limites de la clause d'exception</b> .....	39
<b>Section 1 : La perte du caractère exceptionnel de la clause d'exception</b> .....	39
§1) Une application presque systématique de la lex fori .....	39
A) Clause d'exception et principe de proximité .....	40
B) La volonté d'une meilleure protection de la partie faible au contrat de travail international .....	42
§2) Les relations entre l'utilisation par le juge de la clause d'exception et le principe de l'autonomie de la volonté des parties .....	45



A) Une remise en cause du principe d'autonomie de la volonté .....	46
B) Les marges de manœuvre laissées au juge .....	48
<b>Section 2 : Une controverse relative à la rédaction de l'article 8§4 du Règlement</b>	
<b>Rome 1</b> .....	51
§1) Une rédaction spécifique en matière de contrat de travail .....	51
A) Une rédaction sans incidence .....	52
B) Une rédaction ayant des conséquences .....	54
§2) Une volonté de la Commission européenne de supprimer cette clause d'exception .....	56
A) La diffusion d'un Livre vert sur la question .....	56
B) Une solution défavorable à l'équilibre des relations de travail internationales .....	59
<b>Conclusion</b> .....	63
<b>Bibliographie</b> .....	65