

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

Jessica Balmes *

Table des matières

INTRODUCTION	148
1. LES AMBIGUÏTES DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i> CONSACREE AUX ARTICLES 6 ET 8 DU REGLEMENT ROME I	150
1.1. LES AMBIGUÏTES SOULEVEES PAR LA FORMULATION DES REGLES DE CONFLIT SPECIALES RELATIVES AU CONTRAT DE CONSOMMATION ET DE TRAVAIL	151
1.1.1. <i>Les ambiguïtés découlant de la présentation des rattachements subjectifs et objectifs.</i>	152
1.1.2. <i>Les ambiguïtés générées par l'emploi de l'expression « dispositions impératives »</i>	155
1.1.3. <i>Les ambiguïtés résultant de la référence à l'article 3</i>	157
1.2. LES AMBIGUÏTES QUANT AUX EFFETS DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i>	160
1.2.1. <i>Les spécificités des effets de l'autonomie in favorem par rapport aux effets de l'autonomie conflictuelle</i>	160
1.2.2. <i>Les spécificités des effets de l'autonomie in favorem par rapport aux effets de l'autonomie matérielle</i>	164
1.3. AMBIGUÏTES QUANT A LA FONCTION DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i>	168
1.3.1. <i>De la difficulté de déterminer la lex contractus</i>	169
1.3.2. <i>De la fixation du régime substantiel du contrat influençant la solution du conflit de lois</i>	170
2. LES SOLUTIONS PROPOSEES POUR DISSIPER LES AMBIGUÏTES DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i>	172
2.1. LES ANALYSES DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i> AXEES AUTOUR DE LA NOTION DE LEX CONTRACTUS	173
2.1.1. <i>L'attribution du statut de lex contractus à la loi objectivement applicable</i>	174
2.1.2. <i>Les analyses refusant de trancher de manière ferme la question de la détermination de la lex contractus</i>	176
2.2. L'HYPOTHESE D'UNE AUTONOMIE CONFLICTUELLE TEMPEREE PAR UNE AUTONOMIE MATERIELLE	182
2.2.1. <i>Exclusion de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie restreinte</i>	182
2.2.2. <i>Remplacement de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie matérielle</i>	186

* Jessica Balmes est doctorante à l'École de droit de la Sorbonne et membre du comité de lecture de la Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

2.3.	DISSIPATION DE L' AMBIGUÏTE PAR LA MOBILISATION DE NOTIONS JUSQU'ICI INEMPLOYEES	189
2.3.1.	<i>Le recours à la notion d'ordre public conflictuel</i>	190
2.3.2.	<i>Analyse de la loi objectivement applicable en termes de lex limitatis</i>	192
CONCLUSION		194

Abstract

*In private international law, one of the first responses to protect the weaker party to the contract should be the full elimination of party autonomy. Nevertheless, articles 6 and 8 of the Rome I regulation, relating respectively to consumer and employment contracts enunciate a kind of party autonomy called “in favorem” in which the law chosen by parties may not have the result of depriving the consumer or the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the objectively applicable law. This mechanism in favour of the weaker party distorts party autonomy’s proper functioning to such an extent that it could be reasonable to think that party autonomy is reduced to the one that exists at a national level, called material or substantial autonomy. Some authors have already examined this mechanism and among other things, the issue of whether the appropriate *lex contractus* is the chosen law or the objectively applicable law, but none of them has sought to explain the specific function of the latter in international consumer and employment contracts.*

Résumé

*L’un des premiers réflexes en matière de protection des parties faibles au stade de la résolution du conflit de lois conduit à écarter totalement le principe d’autonomie de la volonté. Pourtant, les articles 6 et 8 du règlement Rome I relatifs respectivement aux contrats internationaux de consommation et de travail ménagent une place à ce principe en considération du fait que l’autonomie conflictuelle - celle dont les parties disposent en droit international privé et qui leur confère la faculté de désigner elles-mêmes la loi applicable à leur situation internationale - peut servir l’objectif de protection de la partie faible par l’instauration d’une forme particulière d’autonomie in favorem. Toutefois, la faveur ainsi accordée au salarié et au consommateur perturbe le fonctionnement classique du choix de loi à travers l’attachement qui en découle aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable, à tel point que l’on peut douter que le principe d’autonomie n’en ressorte pas affaibli et réduit à la seule autonomie dont disposent déjà les parties en droit interne, à savoir une autonomie matérielle ou substantielle. Les analyses jusqu’à présent élaborées de ce mécanisme, qui arbitrent entre la loi choisie et la loi objectivement applicable pour déterminer laquelle est véritablement la *lex contractus*, n’ont pas cherché pas à expliquer le rôle particulier attribué aux dispositions impératives de cette dernière en matière de contrat international de travail et de consommation.*

INTRODUCTION

La solution du conflit de lois retenue en matière de contrats internationaux de travail et de consommation par le Règlement Rome I invite-elle à relativiser l'affirmation selon laquelle l'élection de droit est « une manifestation originale du principe d'autonomie de la volonté » distincte d'un « acte ordinaire de liberté contractuelle »¹ ? Ferait-elle encore mentir Pierre-Louis Lucas qui affirmait volontiers que « la signification du principe d'autonomie de la volonté est beaucoup plus considérable dans les relations internationales que dans les relations internes »² ?

Les articles 6 et 8 de ce règlement énoncent en effet que les parties à ce type de contrats sont libres de choisir la loi le régissant, sous réserve que ce choix ne prive ni le consommateur ni le salarié de la protection que leur accorde les dispositions impératives de la loi objectivement applicable, c'est-à-dire la loi applicable à défaut de choix effectué par les parties. Cette solution propre aux contrats internationaux de consommation et de travail semble remettre en cause la « simplicité presque déroutante »³ de la solution du conflit de lois retenue en matière contractuelle qui repose sur un principe d'autonomie décrit comme suivant « une approche faisant l'objet d'un large consensus au niveau international »⁴.

En application de ce principe, les parties à un contrat international disposent en effet de deux autonomies là où en droit interne, elles n'en disposent que d'une seule. Leur mise en œuvre suppose d'ailleurs de distinguer chronologiquement deux étapes différentes. Les parties jouissent en un premier temps d'une autonomie dite « conflictuelle »⁵ en ce sens qu'elle intervient au stade du conflit de lois en permettant aux parties de déterminer elles-mêmes la loi applicable à leur contrat international, le soumettant ainsi volontairement à un ordre juridique. En un second temps, elles peuvent exercer une autonomie dite « matérielle »⁶ car, une fois la loi régissant leur contrat déterminée, elles restent libres d'« aménager conventionnellement le

¹ D. Bureau, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif, contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Liber amicorum Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125 et s., spec. § 43, p. 151.

² P. Louis-Lucas, « La liberté contractuelle en droit international privé », in *Mélanges Jean Dabin*, 1963, p. 743 et s., spec. p. 748 - Mais l'auteur ne distingue pas cependant autonomie de la volonté de la volonté en droit international privé et liberté contractuelle en droit interne.

³ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, § 90, p. 97.

⁴ « Projet de principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *Document préliminaire n° 6 de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, I.16, p. VIII.

⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur P. Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 869 et s., spec. 870

⁶ *Ibid.*, spec. p. 869.

contenu de leur contrat dans la mesure admise par cet ordre juridique »⁷ et il ne s'agit de rien d'autre ici que d'une forme de liberté contractuelle telle que celle que les parties se voient reconnaître en droit interne.

Mais cette simplicité prétendue du principe d'autonomie en droit international privé

« n'est en réalité qu'apparente, car sitôt affirmé le principe de la liberté de choix par les parties, naissent immédiatement les incertitudes relatives aux modalités de ce choix ainsi qu'à la portée qu'il convient de lui accorder. Il suffit pour s'en convaincre de mesurer l'ampleur des controverses doctrinales et jurisprudentielles que le principe a suscitées, et qui d'ailleurs ne sont pas encore définitivement closes »⁸.

Une première conception, la conception la plus objective ou « objectivisme pur », réfute jusqu'à l'existence même d'une autonomie propre au droit international privé en refusant aux parties tout rôle direct dans la désignation de la loi applicable à leur contrat international. L'autonomie y est donc simplement restreinte ou étroite et surtout matérielle, c'est-à-dire réduite à celle dont les parties disposent en droit interne puisqu'elle s'exerce uniquement dans le cadre des limites prévues par la loi objectivement applicable.

À l'inverse, la conception la plus subjective ou « subjectivisme pur » suppose que les parties déterminent librement le contenu de leurs droits et obligations sans avoir de compte à rendre à une quelconque loi qui disciplinerait leur volonté. Cette hypothèse est celle du contrat sans loi, elle implique qu'en choisissant une loi, les parties règlent à la fois la question du contenu de leurs droits et obligations et du conflit de lois, de telle sorte que la norme législative est placée dans la volonté des parties et n'apparaît plus comme hiérarchiquement supérieure au contrat. J.-M. Jacquet appelle encore cette figure « l'incorporation conflictuelle »⁹.

Certains auteurs ont théorisé une ligne médiane entre ces deux conceptions par la voie d'une « objectivisation du subjectivisme »¹⁰ ou d'un « subjectivisme modéré »¹¹. C'est aujourd'hui cette figure qui est largement reprise comme solution du conflit de lois en matière contractuelle lorsqu'est reconnue aux parties, une autonomie conflictuelle leur permettant de choisir elles-mêmes la loi qu'elles veulent voir régir leur situation internationale, à laquelle

⁷ D. Bureau, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif, contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Liber amicorum Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125 et s., spec. § 45, p. 153.

⁸ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, § 90, p. 97.

⁹ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Trav. Com. Fr. DIP.*, 1993-1995, Pedone, 1996, p. 23 et s., spec. p. 26-28.

¹⁰ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, § 71, p. 69.

¹¹ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, Montchrétien, 2014, § 736, p. 521.

s'ajoute une « autonomie matérielle » au sens d'une liberté contractuelle s'exerçant dans les seules limites prévues par la loi qu'elles ont elles-mêmes choisie.

Alors que l'article 3 du Règlement Rome I consacre cette figure du principe d'autonomie, les articles 6 et 8 réglant spécialement le conflit de lois en matière de contrats internationaux de consommation et de travail, en réservant aux parties faibles la protection accordée par la loi objectivement applicable dans l'exercice du choix de loi, peuvent apparaître comme imposant un « régime plus restrictif d'autonomie »¹². Force est de constater qu'il n'est alors pas aisé de trancher la question de l'étendue de cette autonomie de protection, dite « *in favorem* » et de déterminer si l'élection de droit parvient toujours à se distinguer d'un acte ordinaire de liberté contractuelle. Cette question revêt un enjeu important dans la mesure où du respect des modalités de la faculté de choix qui leur est accordée dépendra l'efficacité juridique de ce choix et de leur opération. La réponse à cette question devra passer par un examen des solutions déjà proposées et de leur pertinence avant de pouvoir nous faire notre propre idée quant au mécanisme institué par les articles 6 et 8 du Règlement Rome I.

La première partie sera consacrée exclusivement à l'analyse des articles consacrant l'autonomie *in favorem* et des ambiguïtés qui transparaissent à la seule lecture de ceux-ci. La seconde partie sera consacrée à l'étude des différentes analyses doctrinales qui ont pu être développées pour lever ces ambiguïtés.

1. LES AMBIGUÏTES DE L'AUTONOMIE *IN FAVOREM* CONSACREE AUX ARTICLES 6 ET 8 DU REGLEMENT ROME I

Le règlement Rome I et la Convention de Rome avant lui consacrent une forme particulière d'autonomie à laquelle est associée la locution latine *in favorem*, souvent traduite par « en faveur »¹³ sans plus de précision quant à son utilisation dans un contexte international. Gérard Cornu¹⁴ définit lui la *favor* comme une « préférence a priori donnée à l'un des deux intérêts en présence » tandis qu'il attribue à la locution « en faveur de » le rôle de désigner « le bénéficiaire direct d'une opération ».

Dans le mécanisme de l'autonomie *in favorem*, le bénéficiaire peut aisément être identifié comme étant la partie réputée faible du contrat. En effet, alors que la conclusion d'une

¹² P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe : sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393-411, spec. p. 407.

¹³ H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^e éd., 1998, p.189.

¹⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p.452.

opération contractuelle suppose en principe que les parties se trouvent sur un pied d'égalité, tel n'est pas le cas si l'une des parties se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'autre. En droit interne, sont généralement inclus dans cette catégorie, le consommateur ou le travailleur justifiant par-là que le droit adopte des législations permettant de les protéger lorsqu'ils contractent en tant que parties faibles. En érigeant un principe d'autonomie *in favorem*, les articles 5 et 6 de la Convention de Rome et 6 et 8 du Règlement Rome I ont respectivement transposé cette nécessité de protection du consommateur et du travailleur à la sphère internationale¹⁵.

Le considérant n° 23 du règlement Rome I dispose d'ailleurs que « s'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales ». C'est ce qui a justifié la mise en place de règles dites spéciales en ce qu'elles accordent une faculté de choix de loi aux parties, enserrée toutefois dans une limite puisque ce choix ne peut aller jusqu'à priver le consommateur ou le salarié de la protection que lui aurait assuré la loi objectivement applicable.

Toutefois, à la simple lecture des articles 6 et 8 du règlement Rome I, de nombreuses ambiguïtés se font jour quant à la forme que revêt l'autonomie *in favorem*, ambiguïtés qui concernent tant la formulation employée (1.1.) que les effets de cette autonomie (1.2.) ou encore sa fonction (1.3.) et qu'il faut parvenir à bien cerner avant de pouvoir tenter de les faire disparaître.

1.1. Les ambiguïtés soulevées par la formulation des règles de conflit spéciales relatives au contrat de consommation et de travail

La doctrine¹⁶ s'accorde pour dire que le principe d'autonomie peut jouer en droit des contrats internationaux, le rôle d'un facteur de rattachement traditionnellement dévolu à un élément du contrat « révélateur d'un lien, objectivement constatable, entre un rapport juridique

¹⁵ La démarche avait déjà été enclenchée au seul niveau du droit international privé de source française avec l'adoption, en matière de contrats de travail internationaux, d'une règle de conflit « rendant applicable la loi du lieu d'exécution du travail, à laquelle les dérogations sont admises *in favorem laboratoris* ». Cette règle, élaborée à l'occasion d'une décision rendue par la Cour de cassation le 31 mai 1972, *Dlle Thuillier*, n'établissait pas encore si ces dérogations à la loi du lieu d'exécution du travail pouvaient intervenir en faveur d'une loi étrangère, l'adoption d'une telle solution rendant de ce fait la règle de conflit française en tous points similaire à celle retenue par les instruments conventionnels.

¹⁶ Voy. notamment J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, spec. p. 70 ; J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727-745, spec. 729.

et un certain ordre juridique »¹⁷. Ce rattachement présente une singularité car il repose sur la simple expression d'une volonté des parties de voir leur contrat régi par une certaine loi et donne ainsi un rôle considérable à un élément subjectif mais aussi « immatériel et de nature imprévisible »¹⁸.

Le règlement Rome I et avant lui la Convention de Rome érigent justement l'autonomie de la volonté en facteur de rattachement dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence d'un conflit de lois¹⁹. Mais il ne s'agit ici que de la règle générale et il est important de se demander si, de cette fonction conflictuelle donnée à la volonté des parties, découle systématiquement la nature conflictuelle de l'autonomie dont elles bénéficient notamment dans le cadre des règles dites spéciales en matière de contrats de consommation et de travail (1.1.3.).

Ce travail nécessitera au préalable de s'intéresser à des éléments que l'on retrouve à la fois dans la règle générale et dans la règle de conflit spéciale sous des formes différentes (1.1.1.) pour s'intéresser ensuite à des éléments de formulation propres à la seule règle de conflit spéciale (1.1.2.).

1.1.1. Les ambiguïtés découlant de la présentation des rattachements subjectifs et objectifs

Le droit commun relatif aux contrats internationaux mis en place par le Règlement Rome I suit une approche dualiste. En effet, le « schéma conflictuel de base »²⁰ de cet instrument conventionnel se caractérise par un facteur de rattachement objectif, totalement indépendant de la volonté des parties et un rattachement subjectif consacrant un principe d'autonomie de la volonté. Malgré le fait que ces facteurs de rattachement se voient consacrer un article chacun, il ne faut pas douter que de leur combinaison résulte une véritable règle de conflit de loi dualiste²¹.

¹⁷ J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727-745, spec. 729.

¹⁸ *Ibid.* p. 730.

¹⁹ Voy. la formulation exacte du texte de l'article 1^{er} du Règlement Rome I du 17 juin 2008 : « Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale ».

²⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd, Paris : Dalloz, 2013, p.551.

²¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e ed, Paris : Dalloz, 2013, spec. p. 551 - Cette affirmation peut être nuancée par le fait que la présentation duale des règles de conflit masque en réalité une règle de conflit objective unique qui serait simplement dépourvue d'impérativité, le facteur de rattachement subjectif autorisant seulement les parties à déroger d'un commun accord au facteur objectif.

Il a pu être avancé que cette règle de conflit duale classique n'était pas de nature à assurer la protection que requièrent les parties contractantes réputées faibles, ce qui pouvait laisser penser que cette structure avait été abandonnée s'agissant des contrats de travail et de consommation. Il faut ainsi remarquer certaines différences qui se manifestent à travers la présentation des facteurs de rattachement puis à travers les liens qui les unissent.

Un ordre de présentation inversé. Traditionnellement en présence d'une règle de conflit dualiste, « le principe d'autonomie est placé en tête ; vient ensuite le rattachement objectif présenté comme subsidiaire, en ce sens qu'il est supposé n'intervenir que si les parties en ont décidé autrement, par un choix exprès ou manifesté de façon assez certaine »²². Le règlement Rome I en est une illustration car il reconnaît la primauté au principe d'autonomie en le consacrant à l'article 3 tandis que les différents facteurs de rattachement objectifs en fonction des catégories de contrats se rencontrent à l'article suivant (art 4). La consécration première de l'autonomie de la volonté tend à manifester l'importance du pouvoir des parties quant à la détermination de la loi applicable. On se souviendra à cet égard que Henri Batiffol²³, commentant l'arrêt *Fourrures Renel*, y voyait là une présentation dangereuse donnant à penser que la dérive vers un subjectivisme pur ou une autonomie intégrale était proche.

Dans le cadre de l'article 6 relatif aux contrats de consommation, le principe d'autonomie n'est plus placé en tête. Le facteur objectif est énoncé dès le premier paragraphe tandis que la faculté de choix des parties n'apparaît qu'à la lecture du deuxième paragraphe. De là à considérer que cette présentation traduirait le « domaine plus restrictif » assigné à l'autonomie de la volonté dans les contrats impliquant des parties faibles, nous ne le pensons pas. Pour preuve, l'article 8 relatif aux contrats de travail reprend à son compte la présentation traditionnelle avec primauté accordée au facteur de rattachement de la volonté.

Pascal de Vareilles-Sommières insiste d'ailleurs sur le fait que « l'ordre de présentation, dans la règle de conflit, du rattachement subjectif et du rattachement objectif » n'est qu'une « donnée formelle²⁴ » qui ne doit pas « dérouter ». Quel que soit le rattachement auquel revient la primauté, la présentation traduit toujours l'idée d'une règle de conflit objective que le facteur de rattachement subjectif rend supplétive en autorisant les parties à y déroger d'un commun

²² P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015 p.869 et s., spec. p. 877

²³ Note H. Batiffol, *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 708 et s.

²⁴ P de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 869 et s., spec. p.876.

accord. Pour autant, si l'ordre de présentation de ces rattachements n'a aucune véritable incidence, il en va autrement des relations entretenues par ceux-ci.

La dépendance des facteurs de rattachement. En principe, dans la règle de conflit caractérisée par son dualisme, les deux critères de rattachement objectif et subjectif sont distincts et indépendants en ce sens que l'un n'influe pas sur l'autre. Le seul lien existant entre eux résulte du caractère subsidiaire du rattachement objectif qui a seule vocation à intervenir lorsque les parties n'ont pas usé de la faculté de choix de loi qui leur était conférée par le facteur de rattachement subjectif. À l'inverse, c'est donc ce dernier qui se voit reconnaître une fonction de rattachement principal.

À tout le moins pourrait-on considérer que les deux rattachements sont liés par le fait que la volonté des parties peut rendre « supplétive » le facteur de rattachement objectif mais nous considérons qu'il s'agit en réalité d'une caractéristique de la règle de conflit de loi objective qui peut exister indépendamment d'un facteur de rattachement subjectif autonome prévoyant une faculté de choix de loi des parties. En effet, c'est bien cette dernière qui accorde l'autonomie aux parties en leur indiquant qu'elle « se pose comme susceptible de dérogation volontaire de leur part »²⁵.

Relevons que dans les articles 6 et 8 du Règlement Rome I, le schéma inverse nous est présenté. Le rattachement subjectif et le rattachement objectif sont en effet « liés et dépendants »²⁶ en ce sens que « la mesure de l'admissibilité de la loi choisie est donnée par la loi applicable à défaut de choix »²⁷. Cette conséquence découle du fait que les deux articles prévoient que le choix de loi par les parties ne peut priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles on ne peut déroger par accord de la loi objectivement applicable. Puisque cette dernière donne la mesure dans laquelle l'autonomie de la volonté peut s'exercer, il est permis de dire que c'est bien au facteur de rattachement objectif qu'est dévolue la fonction de rattachement principal.

²⁵ *Ibid.* p. 878.

²⁶ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 171.

²⁷ P. M Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève : Georg, 1985, n° 314, p. 150.

1.1.2. Les ambiguïtés générées par l'emploi de l'expression « dispositions impératives »

Si les facteurs de rattachement objectif et subjectif se retrouvent à l'identique dans la règle de conflit générale et les règles de conflit spéciales, ces dernières se caractérisent, toujours à première lecture, par une formulation qui leur est, cette fois, particulière. Cette formulation traduit l'aménagement de la règle de conflit générale aux besoins de protection des consommateurs et des travailleurs en se posant comme une limite à un éventuel choix de loi que les parties sont autorisées à faire. La nouvelle formule consacrée par le règlement Rome I a été l'occasion de lever les incertitudes générées par celle qui avait été consacrée dans la Convention de Rome.

L'origine de l'ambiguïté : la formulation de la Convention de Rome. Les articles relatifs aux contrats internationaux de consommation et de travail dans la Convention de Rome (art. 5 et 6) prévoient en effet que le choix de la loi applicable par les parties ne peut avoir pour effet de priver le travailleur ou le consommateur de la protection que lui assurent les « dispositions impératives » de la loi applicable à défaut de choix.

L'emploi de ce vocabulaire créait une incertitude quant aux règles couvertes par cette expression puisque celle-ci peut englober non seulement les dispositions impératives internes de la loi objectivement applicable mais aussi les dispositions internationalement impératives ou lois de police et plus encore, peut s'analyser comme une référence à l'ordre public international. D'ailleurs, la même Convention utilise, en son article 7, pour décrire les lois de police, cette même expression de « dispositions impératives » donnant à penser que les articles 5 et 6 se réfèrent aux lois d'application immédiate.

Cette ambiguïté s'est retrouvée dans la mise en œuvre par les tribunaux des articles 6 et 8 du Règlement Rome I. Ainsi, dans un arrêt du 12 juillet 2010²⁸, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la référence ambiguë aux « dispositions impératives » n'imposait à la loi choisie par les parties que le respect de l'ordre public international²⁹. Les juridictions françaises avaient été saisies d'un contentieux relatif à un contrat de travail entre un transporteur routier domicilié en France et une entreprise espagnole avec une clause de choix de loi au profit de la loi espagnole. Les juges du fond ayant estimé que la loi française était la loi du lieu

²⁸ Cass. Soc., 12 juillet 2010, n° 07-44.655.

²⁹ Note F. Jault-Seseke, « Compétence et loi applicable à la rupture de contrats de travail s'exécutant habituellement en France et comportant une clause de choix de loi étrangère », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 72 et s. (Même si nous verrons qu'une autre analyse de cette décision est susceptible d'être faite).

d'exécution du travail en raison du fait qu'il y recevait ses ordres, ont considéré que les dispositions de la loi française étaient applicables à la question de la prescription en tant que dispositions plus favorables que celles du droit espagnol. Ils avaient donc affirmé que les règles de droit français relatives à la prescription présentaient un caractère impératif et la solution semblait à ce titre « empreinte de bon sens »³⁰. Pourtant, la décision est cassée par la Chambre sociale qui considère que le délai de prescription prévu par le droit espagnol n'est pas contraire au *summum jus*³¹ composant l'ordre public international français à partir du moment où il suffit à garantir un accès au juge et qu'ainsi le travailleur n'était pas privé de la protection des dispositions impératives de la loi française. Selon F. Jault-Seseke, une telle solution tend à recouper les notions de « dispositions impératives » et d'ordre public international « à moins que la chambre sociale n'ait entendu consacrer le caractère disponible de la prescription de l'action en contestation du licenciement »³².

Mais le problème est que ce raisonnement semble méconnaître le mécanisme prévu à l'article 6 qui était pourtant prétendument appliqué. En effet, il n'est nullement prévu que pour que les dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix trouvent à s'appliquer, la loi choisie doit être contraire à l'ordre public international. La conséquence est que le mécanisme qui se voulait protecteur du travailleur se retourne contre lui. En réalité, la seule question que la chambre sociale aurait dû se poser était celle de savoir si les dispositions de la loi française étaient plus favorables que celles de la loi espagnole, la réponse à cette question étant positive puisque le délai de prescription espagnol était beaucoup plus bref que celui prévu en droit français.

L'éclairage bienvenu du Règlement Rome I. Face aux incertitudes générées par l'expression « dispositions impératives » de la Convention de Rome de 1980, le Règlement Rome I du 17 juin 2008 a adopté une nouvelle formulation, particulièrement éclairante quant aux règles de la loi objectivement applicable auxquelles font référence les articles 6 et 8 relatifs aux contrats de travail et de consommation. Désormais, celles-ci doivent être entendues comme « les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ». Il est donc manifeste que l'ordre public visé par le mécanisme n'est pas l'ordre public international mais l'ordre public interne. De même, « la distinction avec le mécanisme des lois de police est donc fermement acquise »³³.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Peut être traduit par « sommet du droit » ; À l'origine employé par Cicéron, « *summum jus, summa injuria* » signifiant « l'application excessive du droit conduit à l'injustice ».

³² Note F. Jault-Seseke, « Compétence et loi applicable (...) », *op. cit.*, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p.72 et s.

³³ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 21.

D'ailleurs, la clarification a été étendue jusqu'à l'article 9 du Règlement Rome I par le biais du considérant n° 37 de ce même Règlement. En effet, ce dernier indique que « la notion de loi de police devrait être distinguée de celle de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord et devrait être interprétée de façon plus restrictive »³⁴.

L'expression a, par ailleurs, été reprise par l'arrêt *Briand* de la chambre sociale du 12 novembre 2002³⁵, tout en précisant que c'est à la loi applicable à défaut de choix de déterminer si ses dispositions sont impératives ou non³⁶.

1.1.3. Les ambiguïtés résultant de la référence à l'article 3

La dernière ambiguïté révélée par la formulation des règles de conflit spéciales tient à la référence directe qu'elles font à la règle générale contenue à l'article 3 du règlement Rome I lorsqu'il s'agit d'accorder une faculté de choix aux parties. Il ne faut toutefois pas se laisser abuser par cet élément de formulation en lui attribuant un pouvoir de transfert de la solution générale qui consacre une véritable autonomie conflictuelle aux règles de conflit spéciales.

La consécration d'un principe d'autonomie conflictuelle par l'article 3. La forme d'autonomie propre aux contrats internationaux ne porte pas directement sur « la substance des droits et obligations » mais, à l'inverse, « concerne la solution du conflit de lois »³⁷. Plus concrètement, par le biais de l'autonomie conflictuelle, les parties se verront accorder la faculté de choisir la *lex contractus*, c'est-à-dire la loi applicable à leur contrat.

Telle est justement la forme d'autonomie qui innove aujourd'hui le règlement Rome I. En effet, l'article 3 prévoit que c'est aux parties que revient en priorité de fixer la solution du conflit de lois en choisissant la loi applicable à leur opération contractuelle tandis que l'article 4 retient des facteurs de rattachement objectifs n'intervenant que dans le cas où les parties n'auraient pas exercé leur faculté de choix, se posant ainsi comme supplétif³⁸.

³⁴ Symeon C. Symeonides reprend la distinction puisqu'il associe les « *rules that cannot be derogated from by agreement* » aux « *simple mandatory rules* » se caractérisant par le « *lowest threshold for defeating party autonomy* ».

³⁵ Cass. Soc., 12 novembre 2002, n° 99-45.821 ; 99-45.888.

³⁶ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 21.

³⁷ P. De Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 6.

³⁸ Plus précisément, nous nous trouvons face à une combinaison de l'autonomie conflictuelle et de l'autonomie substantielle encadrée. Cette combinaison se matérialise par la faculté pour les parties de fixer la substance de leurs droits et obligations dans le « respect du cadre législatif posé » par la loi qu'elles ont-elles-mêmes choisie. À l'inverse, si ce cadre législatif était posé par la loi applicable à défaut de choix sans que les parties ne se voient reconnaître la possibilité de décider de la solution à donner au conflit de lois, nous serions en face d'une forme d'autonomie restreinte.

Un indice³⁹ à l'intérieur du Règlement Rome I tend à confirmer que l'autonomie de principe est bien celle que nous avons décrite. Tout d'abord, l'article 3 affirme que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Le verbe « régir » provient du latin *rex* signifiant « roi » qui, appliqué à notre hypothèse renvoie à l'idée d'une position souveraine de la loi par rapport au contrat⁴⁰. Du simple emploi de ce verbe, il découle que sont exclues à la fois une simple incorporation matérielle de la loi choisie par les parties dans les contrats internationaux car elle serait réduite à une simple stipulation contractuelle mais aussi l'incorporation conflictuelle de cette loi dans le contrat car la loi serait alors abaissée au même niveau hiérarchique que le contrat ne pouvant plus ainsi exercer de position souveraine.

Interrogations quant à la portée de la référence à l'article 3. Les articles 6 et 8 du Règlement Rome I respectivement relatifs aux contrats internationaux de consommation et de travail, prévoient que les parties à ces contrats peuvent choisir la loi qui lui est applicable en précisant que ce choix doit se faire « conformément à l'article 3 » du même Règlement. La référence qui y est faite suscite des interrogations quant à sa portée et notamment quant à une éventuelle transposition d'un principe d'autonomie conflictuelle dans les contrats internationaux de consommation et de travail.

L'hésitation provient du fait que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome prévoient à l'inverse que le choix des parties s'exerce « nonobstant l'article 3 » que l'on peut traduire par « sans avoir égard », « en dépit de » ou encore « malgré », semblant ainsi vouloir marquer la

³⁹ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ Nous pensons également que la lecture qui a pu être proposée des articles 10 § 1 et 3 § 5 du Règlement Rome I en termes d'autolégitimation par analogie aux articles 9 § 1 e) et 6 § 1 a) des Principes de La Haye retenant les mêmes solutions, doit être dépassée. Par l'emploi de l'expression « autolégitimation », Symeon C. Symeonides entend décrire le phénomène à travers lequel les questions relatives au consentement et à la formation du contrat mais aussi de la clause de choix de loi sont soumises à la loi choisie par les parties. Il n'est pas contestable que cette solution soit retenue par l'article 10 du Règlement Rome I prévoyant que la validité au fond du contrat ou de l'une de ses dispositions est soumise à la *lex contractus*, loi choisie par les parties. De la même façon, de la combinaison de l'article 10 et 3 § 5, il résulte que la clause de choix de loi entre dans le domaine des clauses dont la validité et l'existence du consentement sont soumises à la loi elle-même choisie par les parties. Mais l'emploi de ce vocabulaire tend à mettre en exergue que les parties peuvent ainsi « auto-légitimer » leur contrat ou leur choix de loi en choisissant une loi exerçant une fonction validante à cet égard. Le pas vers la consécration d'une autonomie intégrale n'est pas grand puisque, présenté de cette manière, l'impression est donnée que le titre de la loi choisie à régir ces questions découle de la volonté même des parties tandis que dans le cadre d'une autonomie conflictuelle, c'est en principe le droit du for qui a vocation à statuer sur les questions relatives à l'existence et la validité de la clause de choix de loi. Nous pensons qu'il ne faut pas s'arrêter à cette première lecture de ces articles, incompatible avec une forme d'autonomie conflictuelle. À l'inverse, une seconde lecture peut amener à penser que si la loi choisie dispose d'un titre à régir ces questions, ce n'est que parce que l'auteur de la règle de conflit, ayant constaté que la loi choisie présentait un lien particulièrement étroit avec la clause de choix de loi, aurait alors étendu le domaine cette loi à ces questions, tout en opérant un retrait de son propre droit pour les régir. Le titre de la *lex contractus* à s'appliquer ne découlerait donc plus de la volonté des parties mais du choix opéré par l'auteur de la règle de conflit. Ces articles se présenteraient de ce fait comme des articles parfaitement compatibles avec une forme d'autonomie conflictuelle.

spécificité du mécanisme consacré par ces articles par rapport à l'article 3. Mais le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention reprend pourtant l'exigence d'un choix fait « conformément » à cet article, entretenant ainsi la confusion. Nous considérons qu'il ne faut pas donner une portée si large à la référence ainsi faite à l'article 3 et qu'il ne faut y voir qu'une simple indication du fait que les articles 6 et 8 renvoient sur ce point « au droit commun quant aux conditions d'exercice ⁴¹» de l'autonomie prévu à l'article 3. Le choix de loi se voit alors imposer une première restriction puisque, selon l'article 3, il doit « résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Par ailleurs, l'article 3 §1 prévoit une faculté de dépeçage pour les parties en disposant que le choix de loi applicable peut porter sur la totalité ou une partie seulement du contrat. Cette faculté serait donc ainsi transposée aux contrats internationaux de consommation et de travail par le biais de la référence à cet article.

Si le choix de loi doit s'exercer conformément au droit commun du Règlement Rome I dans le cadre des articles 6 et 8, il nous semble en revanche que la clause de choix de loi se voit soumise à une condition spécifique dans le cadre des contrats de consommation et de travail. Cette condition résulte d'une analyse de la décision rendue par la Cour de justice le 28 juillet 2016⁴². L'affaire opposait une filiale luxembourgeoise de la société Amazon et une association de consommateur autrichienne concernant un contrat de consommation dans lequel les conditions générales de vente d'Amazon stipulaient que « les présentes conditions d'utilisation sont soumises au droit luxembourgeois ». L'association exerçait en l'espèce une action en éradication de cette clause en considérant qu'elle constituait une clause abusive.

La Cour de justice a fait droit à la demande de l'association de consommateur en affirmant que cette clause « engendre un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » mais également induit en erreur le consommateur « en lui donnant l'impression que seule la loi de l'État membre du siège du professionnel s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6 §2 du Règlement Rome I, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause ».

Il en résulterait que, sous peine de se voir déclarées abusives, les clauses de choix de loi dans les contrats de consommation devraient nécessairement mentionner que le consommateur peut invoquer l'application des dispositions impératives de la loi objectivement applicable,

⁴¹ A. Waiyamuk, *La protection du consommateur en droit international privé européen*, thèse, 2013, p. 217.

⁴² CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c. Amazon EU*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612.

malgré le choix effectué. Mais de nombreuses interrogations se font jour quant à cette éventuelle condition. Tout d'abord, il faut souligner le fait que la clause de choix de loi figurait dans des conditions générales de vente et que la Cour a peut-être souhaité limiter cette condition à ce type de configuration. On peut également s'interroger sur une éventuelle extension de cette condition aux contrats de travail.

1.2. Les ambiguïtés quant aux effets de l'autonomie in favorem

L'emploi du vocabulaire « *in favorem* » traduit le but assigné à cette forme d'autonomie innervée par l'idée d'assurer une certaine protection aux parties faibles dans l'usage de la faculté de choix de loi. De ce qualificatif assigné à l'autonomie ne découle en revanche aucune précision quant à ses effets qui restent alors à analyser et à construire du fait de sa démarcation par rapport aux formes traditionnelles d'autonomies. Là encore, le mécanisme des articles 6 et 8 du Règlement Rome I se caractérise par une certaine ambiguïté que nous tenterons de dissiper dans le cadre de notre étude, tout d'abord, en les comparant à ceux de l'autonomie conflictuelle (1.2.1.) et ensuite en les comparant à ceux de l'autonomie matérielle (1.2.2.).

1.2.1. Les spécificités des effets de l'autonomie *in favorem* par rapport aux effets de l'autonomie conflictuelle

L'autonomie conflictuelle ou « subjectivisme modéré »⁴³, en conférant aux parties une faculté de choix de la loi applicable au contrat, permet aux parties de déroger d'un commun accord au rattachement objectif prévu par la règle de conflit. Dans le cadre des contrats de travail et de consommation internationaux, la loi du lieu de résidence du consommateur et la loi du lieu d'exécution du travail devraient donc pouvoir être systématiquement écartées au profit de la loi ayant obtenu la faveur des parties. Pourtant, cet effet de l'autonomie conflictuelle ne se retrouve pas tel quel, sans aménagement, dans le cadre des règles de conflit de lois relatives aux contrats impliquant des parties réputées faibles. En effet, alors que certains auteurs ont souligné les ambiguïtés relatives au caractère supplétif du rattachement objectif, d'autres sont allés jusqu'à considérer que ce dernier se présentait même comme impératif dans ces matières.

Ambiguïtés quant à la faculté de dérogation à la règle de conflit de lois objective. Dans le cadre d'une forme d'autonomie conflictuelle classique, si les parties disposent d'une faculté de dérogation au rattachement objectif prévue par la règle de conflit de lois, c'est parce que ce

⁴³ Selon l'expression de P. Mayer (V. P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd, Paris, Montchrétien, 2014, § 736, p. 521).

rattachement objectif présente un caractère particulier en ce sens qu'il est dit « supplétif ». Pascal de Vareilles-Sommières soutient ainsi l'idée que la supplétivité du facteur de rattachement objectif est une caractéristique majeure de l'autonomie conflictuelle, bien plus que l'ordre de présentation des rattachements objectif et subjectif⁴⁴.

Très vite, il faut toutefois lever certaines ambiguïtés surgissant à l'emploi du terme supplétif qui est susceptible de recouvrir des significations quelque peu distinctes. Dans un premier sens, le supplétif est corrélé à une idée de suppléance : la volonté des parties ne s'étant pas exprimée par le biais d'un choix exprès de celles-ci, l'idée se fait jour qu'il faudrait alors pallier cette absence par la découverte d'une volonté présumée des parties ou hypothétique. Mais au-delà du risque de retomber dans les travers souvent inhérents à la recherche d'une « interprétation divinatoire des volontés »⁴⁵, il faut mettre en exergue l'incohérence liée à l'apposition des termes « objectif » et « supplétif ». Ce qui caractérise en effet un rattachement objectif est qu'il se départit absolument de toute prise en considération de la volonté des parties, même présumée. Le qualifier de supplétif au sens présentement évoqué nous met alors face à une apparente contradiction. Dans un second sens, la règle qualifiée de supplétive serait celle que les parties peuvent écarter en exprimant une volonté commune contraire. Dans ce cas, il n'y aurait alors plus de contradiction à la considérer à la fois comme objective et supplétive, en ce sens que ce terme se départit de référence à la volonté des parties. Cette signification est bien celle qui doit être retenue pour qualifier le mécanisme résultant de la combinaison des articles 3 et 4 du Règlement Rome I. Mais force est de constater que la transposition de celle-ci au mécanisme particulier des articles 6 et 8 du même règlement a suscité beaucoup plus de discussions.

P. M Patocchi⁴⁶ a, à cet égard, démontré son scepticisme quant au caractère supplétif des rattachements objectifs retenus pour les contrats mettant en cause des parties faibles. Ce scepticisme découle du fait que les lois de résidence du consommateur et du lieu d'exécution du travail retenues justement à titre de rattachement objectif sont analysées comme des « lois de la protection minimale »⁴⁷. Le caractère supplétif des rattachements objectifs ne serait plus automatique mais conditionné à ce que la loi choisie se présente comme étant plus favorable au

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 9.

⁴⁶ P. M Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 376 et s., § 304, p. 146.

⁴⁷ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats. Etude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 590, 612 et s., spec. 589.

consommateur et au travailleur que la loi objectivement applicable. Un critère de faveur vient faire barrage à la susceptibilité de dérogation à la règle de conflit objective dès lors que le choix des parties s'est porté sur une loi moins protectrice des intérêts des parties faibles. J. Ch. Pommier a adopté une présentation des choses quelque peu différente mais aboutissant au même constat. Selon lui, la règle de conflit mise en place aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I prévoit « une mise en jeu conditionnelle du rattachement principal de la volonté [...] lorsque la volonté des parties s'est portée sur une loi plus favorable⁴⁸. » Nous avons vu précédemment que si les parties disposent d'une faculté de choix, c'est uniquement en considération de la règle de conflit de lois objective qui vient leur indiquer qu'elle se pose comme étant supplétive, il faut donc en déduire que si les parties disposent d'une faculté de choix « conditionnée », c'est bien parce que la règle de conflit de loi objective conditionne sa propre supplétivité.

Un facteur de rattachement objectif impératif, analyse en termes de lois de police. Pierre Mayer se livrant à une analyse des articles 5 et 6 de la Convention de Rome relatifs aux contrats impliquant des parties faibles, est allé encore plus loin dans la remise en cause du caractère supplétif du rattachement objectif en se prononçant en faveur d'une interprétation en termes de lois de police des lois retenues au titre de ce rattachement objectif par chacun de ces articles. J.-M. Jacquet⁴⁹ se prononce également en faveur d'une telle interprétation. Dans sa thèse, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, il fait en effet figurer l'autonomie *in favorem* dans un paragraphe intitulé « la remise en cause du choix et les lois de police ⁵⁰».

Le for, qui dispose seul du pouvoir de fixer le critère d'application de sa propre loi de police, le fait traditionnellement en effet par l'intermédiaire d'un rattachement objectif impératif, c'est à dire insusceptible de dérogation par les parties. À cet égard, Pascal de Vareilles-Sommières soulignait que la politique de faveur au principe d'autonomie « ne va pas jusqu'à l'interdiction irréaliste de tout facteur de rattachement impératif en matière contractuelle »⁵¹ faisant par-là explicitement référence aux lois de police, cette considération étant largement transposable à la philosophie du règlement Rome I du 17 juin 2008. Mais l'application des « dispositions impératives » des lois du lieu de résidence du consommateur et du lieu d'exécution du travail en tant que lois de police est incompatible avec une forme d'autonomie conflictuelle. Tout d'abord, parce que l'impérativité du facteur de rattachement

⁴⁸ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 170.

⁴⁹ J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, p. 292.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 10.

implique que les parties ne se voient pas accorder de faculté de dérogation volontaire à cette loi alors que la caractérisation de l'autonomie conflictuelle implique en principe que le rattachement objectif ne soit pas insusceptible de dérogation par les parties en raison de son impérativité⁵². Ensuite, parce que si la loi de police a vocation à s'appliquer, c'est que la situation appelle « un régime conflictuel non autonomiste »⁵³.

Ces analyses en termes de lois de police soulèvent d'ailleurs quelques incohérences. Premièrement, ces lois d'application immédiates sont souvent caractérisées comme étant « conflictuellement dérogoires »⁵⁴ en ce sens que leur application se passe d'un préalable conflictuel qui viendrait donner compétence à l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Pierre Mayer disait à ce propos qu'elles forcent la compétence⁵⁵ de leur propre ordre juridique. Or, il est intéressant de noter que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome et les articles 6 et 8 du Règlement Rome I sont généralement qualifiés de règles de conflit, certes spéciales, mais de règles de conflit tout de même. L'application de ces lois de police découlerait donc de la mise en œuvre d'une règle de conflit pouvant aboutir à la désignation d'une loi du for comme d'une loi étrangère. P. Mayer sauve son analyse en ne niant pas que le mécanisme se présente comme bilatéral⁵⁶ alors que l'unilatéralité est généralement de mise en matière de lois de police tout en considérant en revanche que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome présentent tout de même une caractéristique propre aux lois de police, à savoir, « la dépendance de l'applicabilité par rapport au contenu »⁵⁷ qui est inexistante dans le conflit de lois. Pourtant, on sait qu'est reconnue l'existence de règles de conflit à caractère substantiel⁵⁸.

Deuxièmement, comment expliquer qu'un article soit spécialement consacré aux lois de police, à la fois dans la Convention de Rome et dans le règlement Rome I, article qui se présente comme mettant en place un mécanisme distinct de celui des articles relatifs aux contrats de consommation et de travail ?

⁵² P. De Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, Lextenso, 2015, p.869 et s., spec. p. 880.

⁵³ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 10.

⁵⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 207 et s., spec. § 17.

⁵⁵ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 et s., spec. p. 297.

⁵⁶ *Ibid.* spec. p. 295.

⁵⁷ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belge*, LGDJ, 1996, p. 513 et s. dir. J. Ghestin et M. Fontaine.

⁵⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2464.

Troisièmement, la définition des lois de police retenue par le Règlement Rome I, en les restreignant aux lois nécessaires à la sauvegarde des intérêts publics du for, entendrait exclure les lois de protection catégorielle comme protégeant uniquement des intérêts privés⁵⁹ ou, à tout le moins, aurait entendu signifier tenir compte du fait que la protection des parties faibles est suffisamment assurée par les articles 6 et 8 de ce même Règlement.

Ces prises de position s'expliquent certainement en raison du fait que la clarification quant au terme de « dispositions impératives » retenue par la Convention de Rome n'était pas encore intervenue. Face aux difficultés générées par ce recours à la notion de loi de police, nous préférons nous rallier à la position de J. Ch. Pommier selon lequel la nature du rattachement objectif n'est pas « absolument impérative » mais au mieux « relativement impérative »⁶⁰.

1.2.2. Les spécificités des effets de l'autonomie *in favorem* par rapport aux effets de l'autonomie matérielle

Une différence fondamentale entre l'autonomie conflictuelle et l'autonomie matérielle se manifeste dès lors que l'on tente de déterminer la règle se posant comme supplétive ou susceptible de dérogation par les parties dans le cadre de l'autonomie matérielle. Si l'autonomie conférée aux parties est conflictuelle, nous avons vu que la règle supplétive est la règle de conflit objective mais ce n'est pas elle qui joue ce rôle dans le cadre d'une autonomie matérielle, celui-ci étant dévolu à « la règle substantielle applicable faute de volonté contraire »⁶¹. Nous verrons que l'effet ainsi conféré avec possibilité pour les parties de dérogation à la règle substantielle supplétive ne se retrouve pas à l'identique dans le cadre du mécanisme de l'autonomie *in favorem* mais aussi que la mise en œuvre de ces effets dépend en grande partie du juge.

De la possibilité d'une dérogation in favorem aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable. Dans le cadre d'un contrat international, l'autonomie matérielle ou substantielle dont disposent les parties et qui leur permet de déterminer le contenu des droits et obligations de leur contrat est enserrée dans les limites fixées par la *lex contractus*. Ce statut de *lex contractus* peut être conféré par la loi que les parties ont elles-mêmes choisies, l'autonomie est alors dite « substantielle encadrée »⁶² ou attribué à la loi objectivement applicable dès lors

⁵⁹ Cette idée est toutefois très critiquée (voy. notamment A. Bonomi, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225 et s. spec. p. 235-238).

⁶⁰ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 172.

⁶¹ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 7.

⁶² *Ibid.* p. 6.

que les parties ne disposent pas parallèlement d'une autonomie conflictuelle, l'autonomie matérielle devient alors « restreinte »⁶³. Dans les deux cas de figure proposés, la *lex contractus* joue toutefois le même rôle qui s'apparente à celui que joue, en droit interne, la liberté contractuelle. C'est elle qui constitue la règle substantielle à laquelle les parties ont la faculté de déroger d'un commun accord. Plus exactement, il est nécessaire de distinguer au sein de la *lex contractus*, les règles impératives et les règles supplétives, seules ces dernières se posant comme susceptibles de dérogation par les parties. En revanche, les règles impératives ne sauraient souffrir aucune remise en cause de leur compétence au profit d'une loi étrangère.

La transposition pure et simple des effets de l'autonomie matérielle restreinte à l'autonomie *in favorem* se heurte à certains obstacles. L'un de ces obstacles se manifeste à travers la qualification de « loi de la protection minimale » des lois érigées à titre de rattachement objectif par les articles 6 et 8 du Règlement Rome I impliquant que les parties ne peuvent déroger à ce rattachement objectif que si la loi choisie se montre plus favorable aux consommateurs ou aux travailleurs.

En réalité, il faut ici opérer une distinction. En ce qui concerne les dispositions matérielles supplétives de la loi objectivement applicable, la situation est la même dans le cadre de l'autonomie *in favorem* et d'une autonomie matérielle classique : les parties disposent bien d'une faculté de dérogation, que cette dérogation soit défavorable ou favorable à la partie faible. C'est s'agissant des règles impératives de cette même loi que les choses se compliquent. Nous savons que c'est bien cette catégorie de dispositions que visent les articles 6 et 8 lorsqu'ils parlent de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ; dispositions qui sont généralement analysées comme constituant « le minimum de protection de la partie faible »⁶⁴.

Si elles constituent un minimum en dessous duquel il n'est pas possible de descendre, c'est donc, qu'à l'inverse, ce seuil peut être élevé, augmenté, notamment par le choix d'une loi qui viendrait sur les points régis par ces dispositions impératives, consacrer une solution plus favorable au salarié ou au consommateur. Les articles 6 et 8 du Règlement Rome I vont plus loin que les effets traditionnels de l'autonomie matérielle en accordant non seulement une faculté de dérogation aux dispositions supplétives mais également une faculté de dérogation aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable par le choix d'une loi étrangère

⁶³ *Ibid.* p. 5.

⁶⁴ P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393-411, spec. p.407.

plus favorable. Toutefois, cette dernière faculté est canalisée par ces articles dans le sens où la dérogation est subordonnée à un critère de faveur.

On pourra toutefois venir opposer que les articles eux-mêmes décrivent ces dispositions impératives comme étant celles auxquelles « il ne peut être dérogé par accord », traduisant une absence de supplétivité. Mais paradoxalement, ces articles indiquent également que ce dont on ne peut priver les parties faibles et donc ce à quoi on ne peut déroger est seulement « la protection » qu' assure à ces parties la loi objectivement applicable. Nous en déduisons que, plus que l' application des dispositions impératives elles-mêmes, ce qui est surtout considéré comme impératif dans le cadre de ce mécanisme est le seuil minimum de protection qu' institue la loi.

Comme illustration de notre propos, nous nous référons à l' arrêt cité précédemment en date du 12 juillet 2010⁶⁵ mais aussi à un arrêt du 28 septembre 2016⁶⁶ rendus par la chambre sociale. Dans les deux cas, il s' agissait d' un litige portant sur un contrat de travail international dans lequel le travailleur requérait des juges l' application des dispositions impératives de la loi française objectivement applicable comme étant plus favorables que les solutions retenues par les lois choisies par les parties⁶⁷. Dans les deux litiges, la question litigieuse était relative aux délais de prescription pour agir en justice, ceux prévus par les lois choisies étant nettement inférieurs à ceux retenus par les dispositions impératives de la loi française.

Pourtant, à chaque fois, la chambre sociale a refusé de faire droit à la demande du salarié en considération du fait que le salarié n' était pas privé du droit d' accès au juge et qu' ainsi les lois initialement choisies restaient applicables à ces questions malgré un délai de prescription plus court. Notre interprétation de ces arrêts est que la chambre sociale de la Cour de cassation aurait considéré que l' accès au juge⁶⁸ constituait le seuil minimum de protection exigé quant à cette question et qu' ainsi, dès lors que la loi choisie ne descendait pas au-dessous de ce seuil en entravant l' accès au juge, elle pouvait valablement s' appliquer.

Le sort des clauses dérogatoires entre les mains du juge. Lorsque les parties à un contrat international exercent l' autonomie matérielle qui leur est accordée, l' effet de cette autonomie, c' est-à-dire la faculté de dérogation à la règle matérielle supplétive est encadrée par la *lex contractus* elle-même. C' est elle qui fixe en principe le sort des clauses dérogatoires en fonction

⁶⁵ Nous considérons que cette analyse de l' arrêt est celle qui doit être préférée même si la première que nous avons évoquée nous semble également défendable dans une certaine mesure.

⁶⁶ Cass, Soc., 28 sept. 2016, n° 15-107.36.

⁶⁷ Loi suisse dans le premier, loi allemande dans le second.

⁶⁸ Nous regrettons toutefois que le seuil n' est pas été élevé à un accès « effectif » au juge avec prise en considération de la situation de dépendance du salarié.

du caractère supplétif ou impératif de ses dispositions auxquelles il est dérogé par les dispositions d'une loi étrangère.

Dans le cadre du mécanisme institué concernant les contrats de travail et de consommation internationaux dans le Règlement Rome I, les parties ont la faculté de choisir une loi dérogeant aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable à condition que celle-ci soit favorable à la partie faible, consommateur ou travailleur. De cette spécificité quant aux effets de l'autonomie, découle une spécificité quant aux conditions de mise en œuvre de ces effets. Établir le caractère plus favorable des solutions consacrées par la loi choisie par rapport à celles de la loi applicable à défaut de choix va en effet nécessiter l'intervention du juge à qui il reviendra de les comparer. Il en résulte que le sort des clauses dérogatoires aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable sera nécessairement fixé par le juge, lequel dispose d'une certaine liberté d'appréciation. L'autonomie *in favorem* confère ainsi au juge « le pouvoir de vérifier que la loi choisie convient bien au contrat au contrat en lui indiquant la mesure de cette convenance »⁶⁹.

F. Jault-Seseke⁷⁰ a d'ailleurs pu souligner le flou qui régnait quant à l'office du juge dans la mise en œuvre de ces règles de conflit spéciales. Un rapide tour d'horizon des solutions en la matière permet de réaliser qu'il n'existe encore aucune solution ferme dans le domaine.

La première décision à s'être prononcée sur cette question date du 29 mai 1991⁷¹. La chambre sociale affirme que le juge n'a pas à procéder d'office à la comparaison dès lors que le salarié n'a à aucun moment soutenu que la loi choisie serait moins avantageuse que la loi objectivement applicable. Dans un arrêt postérieur⁷², elle retient une solution similaire mais animée par une tout autre philosophie : si elle y affirme que le juge ne doit pas procéder d'office à la comparaison puisqu'il revenait au demandeur de l'invoquer, cette solution semble avoir été retenue en considération de la qualité de ce demandeur qui se trouvait être l'employeur avec l'idée que le régime de faveur quant à la comparaison est réservé au salarié.

⁶⁹ J.-M. Jacquet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p.1 et s., spec. p. 9.

⁷⁰ F. Jault Seseke, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. Crit. DIP*, 2005, p.253 et s. (Ce constat se limite en réalité aux contrats de travail mais par analogie, il peut être étendu aux contrats de travail).

⁷¹ Cass. soc., 29 mai 1991, n° 88-42.335, *Mjorndal*.

⁷² Cass, soc., 20 octobre 2004, n° 02-41.796.

Dans une décision du 12 novembre 2002⁷³, précédemment évoquée, la chambre sociale apporte des précisions quant aux modalités de la comparaison effectuée par le juge et se prononce en faveur d'une méthode globale au détriment d'une méthode analytique. Dans le cadre de la première, il faut comparer « deux systèmes législatifs dans leur ensemble »⁷⁴ tandis que la seconde méthode implique une comparaison « des seuls éléments qui sont en question dans le cadre du litige et qui peuvent eux-mêmes faire l'objet d'une décomposition en éléments distincts »⁷⁵. Une autre précision se fait jour dans cet arrêt, elle se prononce en faveur d'une présomption du caractère plus avantageux de la loi objectivement applicable qui résulte simplement de l'absence d'équivalent dans la loi choisie. La charge de la preuve incombant à la partie faible s'amointrit puisqu'il n'aura plus, dans ce cas, à démontrer le caractère plus favorable de la loi applicable à défaut de choix.

L'arrêt rendu par la Cour de justice le 15 mars 2001 a pu être analysé comme confirmant l'adoption de la méthode globale. S'agissant des entraves en matière de détachements de travailleurs, la Cour de justice y affirme que le contrôle de proportionnalité implique une analyse globale de la situation. Mais d'aucuns expriment leur doute quant à une transposition de cette analyse retenue en matière d'entrave au mécanisme de l'article 6 du Règlement Rome I⁷⁶.

1.3. Ambiguïtés quant à la fonction de l'autonomie *in favorem*

Alors qu'en prenant une forme matérielle, l'autonomie des parties leur permet d'apporter une réponse sur le fond ou matérielle à une question de droit donnée ; en prenant une forme conflictuelle, cette autonomie leur permet d'apporter une réponse au conflit de lois soulevé par leur contrat. Elles jouent ainsi une fonction différente consistant pour la première à déterminer le « régime substantiel du contrat »⁷⁷ et pour l'autre, à fixer « le régime conflictuel du contrat »⁷⁸.

Ayant échoué jusqu'ici à ranger l'autonomie *in favorem* dans l'une ou l'autre de ces catégories par une analyse de ses seuls effets, nous tenterons d'apporter une réponse plus fructueuse à cette problématique par une analyse de sa fonction au regard de celles évoquées

⁷³ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p.22.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821 ; 99-45.888.

⁷⁶ CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, note E. Pataut, *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 495.

⁷⁷ *Ibid.* n° 18, p. 7.

⁷⁸ *Ibid.* n° 18, p. 7.

ci-dessus. Malheureusement, cette analyse nous amènera une nouvelle fois à soulever de nombreuses ambiguïtés rendant plutôt vacillante, une simple transposition de la fonction assignée à l'autonomie conflictuelle (1.3.1.) mais aussi de celle assignée à l'autonomie matérielle (1.3.2.) au mécanisme institué par les articles 6 et 8 du Règlement Rome I.

1.3.1. De la difficulté de déterminer la *lex contractus*

En affirmant que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties »⁷⁹ ou encore que « les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat »⁸⁰, les articles 6 et 8 du Règlement Rome I revêtent tous les apparats de l'autonomie conflictuelle en permettant aux parties de choisir la loi applicable au contrat. Pourtant, l'attribution automatique du statut de *lex contractus* à la loi ayant obtenu les faveurs des parties, semble condamnée à rester cantonnée à une simple apparence. En effet, l'évidence n'est plus de mise dès lors que ces mêmes articles se mettent d'accord pour considérer que le choix de loi des parties ne peut priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles on ne peut déroger par accord de la loi applicable à défaut de choix. On assiste, à travers ce tempérament, à une « restauration de l'impérativité conférée à la loi éludée par l'effet du choix d'une loi différente⁸¹ » de nature à laisser penser qu'elle s'impose comme *lex contractus* face à la loi convenue par les contractants. De ce phénomène naîtra une hésitation quant à l'identification de la véritable loi applicable au contrat.

Cette hésitation est particulièrement saisissante en doctrine. Sans entrer dans le détail car nous reviendrons plus tard sur ce point, deux analyses principales⁸² se sont fait jour, divisant les auteurs quant à l'attribution du rôle de *lex contractus*⁸³.

D'un côté, les tenants d'une analyse objectiviste avec comme chef de file, V. Heuzé⁸⁴ considèrent que le rôle de la *lex contractus* ne peut être attribué qu'à la loi objectivement applicable. La loi choisie aura simplement vocation à s'incorporer matériellement dans le contrat dans la mesure où ses solutions passent le test de la conformité aux limites posées par

⁷⁹ Règlement Rome I, art. 8.

⁸⁰ *Ibid.* art. 6.

⁸¹ J.-M. Jacquet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p.1 et s., spec. p. 9.

⁸² Il est intéressant de noter qu'elles ont toutes les deux été élaborées à l'occasion d'une interprétation de la décision rendue par la ch. sociale le 25 janvier 1984 alors pourtant qu'elles retiennent des solutions différentes.

⁸³ Elles se sont développées à propos de la règle de conflit dégagée dans l'arrêt Air Maroc rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 31 mars 1978 avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome retenant un mécanisme en tout point similaire à celui des articles 5 et 6 de cette dernière.

⁸⁴ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988.

la loi applicable à défaut de choix. Ainsi, pour Vincent Heuzé, le principe d'autonomie se recoupe avec la liberté contractuelle⁸⁵.

Une seconde analyse a été développée avec l'idée cette foi que la loi applicable à défaut de choix devrait céder son statut de *lex contractus* à la loi choisie dès lors que celle-ci retient des solutions plus favorables. J.-M. Jacquet⁸⁶ s'est prononcé en faveur d'une telle analyse en rappelant d'abord la compétence de principe de la loi objectivement applicable mais en admettant ensuite que la *lex contractus* puisse être la loi choisie dès lors que le choix s'est fait « dans des conditions licites », c'est-à-dire « si la loi choisie est plus favorable au salarié ». M.-A. Moreau-Bourlès⁸⁷ se rallie également à cette interprétation.

Face à ces hésitations doctrinales et à l'impossibilité d'adhérer pleinement à l'une ou l'autre de ces analyses, P. Lagarde en conclut que le mécanisme d'autonomie *in favorem* « aboutit au sacrifice de la notion de *lex contractus* »⁸⁸ sans pour autant en tirer des conséquences quant à la forme de cette autonomie. Si elle nécessite un raisonnement détaché de toute référence à la *lex contractus*, il semble par conséquent exclu qu'elle puisse s'analyser en une autonomie conflictuelle. En réalité, il semble que la fonction assignée à l'autonomie *in favorem* n'est ni celle traditionnellement remplie par une forme classique d'autonomie conflictuelle ni celle remplie par une forme classique d'autonomie matérielle.

1.3.2. De la fixation du régime substantiel du contrat influençant la solution du conflit de lois

L'autonomie *in favorem* implique du juge une participation active à la résolution du conflit de lois en matière de contrats de consommation et de travail avec la création d'un office du juge portant sur la comparaison de la loi choisie par les parties et de la loi objectivement applicable afin de déterminer laquelle est la plus favorable. Il semble bien que c'est cette particularité qui empêche de considérer que l'autonomie *in favorem* remplit la même fonction que celle assignée à l'autonomie matérielle.

Comme le souligne F. Leclerc, « prétendre comparer n'a pas une grande signification tant que l'on a pas pris position sur le mode de comparaison des lois désignées par les branches

⁸⁵ V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Paris, GLN-Joly, 1990, p. 249.

⁸⁶ J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, n° 451, p. 293.

⁸⁷ M.-A. Moreau-Bourlès, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », in *Droit social*, 1986, p. 23 et s.

⁸⁸ P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83 et s., spec. p. 95.

de l'alternative »⁸⁹. À ce propos, nous avons vu précédemment dans l'arrêt *Briand* du 12 novembre 2002⁹⁰ que la chambre sociale s'est prononcée en faveur de la méthode de comparaison dite globale⁹¹ la conduisant à mettre en balance les systèmes de licenciement prévus par la loi française et par la loi autrichienne. Mais une fois tranché entre la méthode analytique et la méthode globale⁹² de comparaison, il reste encore à déterminer les modalités de la comparaison qui peut être abstraite ou concrète⁹³. F. Leclerc préconise vivement de trancher en faveur de la première en ce qui concerne la mise en œuvre de l'autonomie *in favorem* et pour cela, il s'appuie sur la formulation des articles 5 et 6 de la Convention de Rome. Il ressort en effet de celle-ci que le choix de loi des parties ne peut avoir pour « résultat » de priver la partie faible de la protection prévue par la loi applicable à défaut de choix. J. Ch. Pommier prend aussi position pour une comparaison effectuée *in concreto* car « la loi la plus favorable à l'intérêt de la partie faible même *in abstracto*, peut ne pas l'être *in concreto* »⁹⁴.

Prenant acte de cette préconisation, nous soulignons très vite qu'elle engendre une difficulté particulière quant à la fonction couverte par l'autonomie *in favorem*. Raisonnons sur la base de l'analyse développée par J.-M. Jacquet et M.-A. Moreau-Bourlès. La loi choisie par les parties ne peut être applicable au contrat que si elle se présente comme plus protectrice du consommateur ou du salarié, la comparaison concrète des deux lois doit donc permettre de déterminer laquelle l'emporte sur l'autre et dispose ainsi d'un titre à s'appliquer au contrat en considération du fait que c'est elle qui protège au mieux les parties faibles. Toujours selon cette analyse, rappelons que la compétence de principe pour régir le contrat est accordée à la loi objectivement applicable. En choisissant une loi, les parties font donc usage d'une autonomie qui s'apparente à une forme d'autonomie matérielle : la loi choisie est incorporée matériellement dans le contrat et se présente comme une simple stipulation contractuelle. Les parties viennent ici fixer le régime substantiel du contrat et ce n'est que si les parties construisent ce régime en incorporant matériellement dans le contrat des solutions plus

⁸⁹ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, Bruxelles : Buylant, 1995, p.712.

⁹⁰ Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821 ; 99-45.888.

⁹¹ *Ibid.* « La détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions favorables ayant le même objet ou se rapportant à la même cause ».

⁹² À ce propos, F. Jault Seseke affirme que la chambre sociale a tranché dans l'arrêt *Briand* au profit d'une méthode globale mais s'est livré en pratique à la méthode analytique (V. F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.).

⁹³ Une comparaison concrète impliquera du juge qu'il ne se limite pas à une seule prise en considération du contenu matériel des deux lois mais qu'il compare les résultats concrets auxquels chacune d'entre elle aboutira en l'espèce. Au contraire, dans le cadre d'une comparaison abstraite, seul le contenu des lois devra guider le choix du juge, sans qu'il ait besoin de s'intéresser aux résultats concrets.

⁹⁴ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 183.

favorables de la loi choisie que celle-ci pourra venir voler le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable. C'est donc au regard de l'application des solutions matérielles retenues par chacune des deux lois au cas d'espèce que le juge pourra donner compétence à l'une ou à l'autre.

J. Ch. Pommier résume ce phénomène ainsi : « la règle de fond influence la règle de conflit ⁹⁵ » car « la consultation de la teneur du droit matériel des différents ordres juridiques que désignent les rattachements pertinents de la règle de conflit s'effectue aux fins de détermination de la loi applicable au contrat »⁹⁶. Constatant que l'autonomie exercée par les parties dans le cadre des articles 6 et 8 du Règlement Rome I leur permet, certes, de fixer le régime substantiel du contrat mais que la fixation d'un régime substantiel du contrat plus protecteur leur permet d'aller jusqu'à déroger à la compétence de principe de la loi objectivement applicable et de résoudre le conflit de lois au profit de la loi qu'elles ont choisie, l'autonomie *in favorem* se démarque de la fonction attribuée à une autonomie matérielle en permettant aux parties d'aller plus loin.

La fonction de l'autonomie *in favorem* n'est pas limitée à celle de la fixation des droits et obligations des parties au contrat étant donné que l'exercice de cette autonomie par les cocontractants peut leur permettre d'aller jusqu'à orienter la solution du conflit de lois⁹⁷.

2. LES SOLUTIONS PROPOSÉES POUR DISSIPER LES AMBIGÜITES DE L'AUTONOMIE *IN FAVOREM*

Si l'on se contentait de pointer du doigt certaines incohérences sans tenter d'y remédier, notre problématique n'aurait pu trouver qu'une réponse doublement négative : l'autonomie *in favorem* n'est ni une autonomie matérielle ni une autonomie conflictuelle. Mais resterait alors entière la question de ce que constitue véritablement cette liberté de choix des parties ne pouvant être exercée qu'en faveur des parties faibles, alors pourtant que nous ambitionnions de faire lumière sur le fonctionnement du mécanisme institué par les articles 6 et 8 du Règlement

⁹⁵ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 176.

⁹⁶ *Ibid.* p. 176.

⁹⁷ Pour autant, nous pensons qu'assimiler l'incorporation de la loi choisie à une incorporation conflictuelle réglant à la fois la question du conflit de lois et des droits substantiel est un pas à ne pas franchir. En premier lieu, cette figure n'a jamais été présentée en doctrine comme pouvant être conditionné en ce sens qu'elle ne serait admise que si la loi incorporée est plus favorable. En second lieu, la question du conflit de lois n'est pas réglée directement par les parties puisque la loi incorporée devra passer l'épreuve de la comparaison effectuée par le juge. Enfin, en troisième lieu, dans le cadre d'une autonomie intégrale, le contrat se dispense d'une quelconque *lex contractus*, or, selon l'analyse développée plus haut, la loi choisie se présentant comme plus favorable, obtient le statut de *lex contractus* à la place de la loi objectivement applicable.

Rome I. Ainsi, si la constatation de ces difficultés était un passage nécessaire, plus nécessaire encore se fait sentir le besoin de les surmonter et de les dépasser.

Afin de satisfaire à cet objectif, un tour d’horizon des analyses doctrinales développées à propos de l’autonomie *in favorem* était indispensable. Ce travail a révélé l’hétérogénéité des interprétations données à celle-ci mais aussi l’absence de signification unitaire doctrinale du mécanisme. Dans le cadre de notre étude, nous nous sommes intéressés à celles d’entre elles qui nous permettaient de nous prononcer sur la forme d’autonomie adoptée dans les articles 6 et 8 du règlement Rome I. Cette seconde partie sera donc l’occasion de les classer et d’en faire la synthèse afin d’évaluer leur pertinence.

Tout d’abord, le constat peut être fait que la plupart des auteurs tentent de lever les ambiguïtés inhérentes à l’autonomie *in favorem* en axant leur analyse sur la notion de *lex contractus*, l’idée étant que les difficultés seront balayées par une attribution du statut de loi applicable au contrat à l’une ou à l’autre des lois en présence (2.1.). La seconde catégorie d’hypothèses résulte d’une transposition de l’interprétation qui a pu être faite des principes de La Haye⁹⁸ tâchant d’encadrer l’autonomie des parties dans les contrats commerciaux internationaux et qui aboutit à voir dans le mécanisme de l’autonomie *in favorem* une forme d’autonomie conflictuelle tempérée par une autonomie restreinte (2.2.). Enfin, face aux insuffisances des deux précédentes catégories que nous avons pu relever, nous avons développé une analyse plus personnelle de l’autonomie *in favorem* en ayant recours à des notions encore peu mobilisées pour tenter de lever l’ambiguïté de ce mécanisme (2.3.).

2.1. Les analyses de l’autonomie *in favorem* axées autour de la notion de *lex contractus*

P. Lagarde déduisait des difficultés découlant de l’identification de la loi applicable au contrat de consommation et de travail, le sacrifice de la notion de *lex contractus*. Pourtant, nombre d’auteurs ont refusé de voir dans ces difficultés, un obstacle à l’adoption d’un raisonnement en termes d’identification de la *lex contractus* car il est vrai que ce type de raisonnement innerve traditionnellement tout le droit international privé et qu’il peut sembler a priori difficile de s’en détacher.

Notre étude nous a pourtant amené à nous rallier, dans une certaine mesure, à la position de P. Lagarde. Se livrant déjà en 1989 à ce travail de recensement des analyses doctrinales

⁹⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016.

L'AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATÉRIELLE OU VÉRITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

relatives à l'autonomie *in favorem*, il n'avait pu que constater que celles-ci se révélaient toutes insuffisantes à expliquer ce phénomène. En réalité, son appréciation se limitait aux deux analyses que nous avons pu déjà évoquer précédemment. La première d'entre elles, qui fera l'objet de notre premier paragraphe, consiste à attribuer de façon ferme et systématique, le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable (2.1.1.). La seconde analyse ayant retenu l'attention de P. Lagarde est celle consistant à attribuer en principe le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable mais à reconnaître que celui-ci peut éventuellement être attribué à la loi choisie par les parties lorsque celle-ci se présente comme plus favorable aux parties faibles (2.1.2.). Notre étude comprendra un troisième paragraphe consacré à une analyse négligée par P. Lagarde dans son exposé et se positionnant en faveur d'un statut de *lex contractus* attribué à la fois à la loi objectivement applicable et à la loi choisie par les parties (2.1.3.).

2.1.1. L'attribution du statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable

Attribuer systématiquement le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable revient à consacrer une simple autonomie matérielle restreinte. Même si cette interprétation permet de prendre clairement position sur la forme d'autonomie dans laquelle viendrait se mouler l'autonomie *in favorem*, l'ampleur des critiques auxquelles elle se heurte nous conduit à la rejeter comme solution de principe.

L'auteur qui a poussé le plus loin son adhésion à cette théorie est V. Heuzé notamment dans le cadre de sa thèse⁹⁹ où il a tranché fermement la question de la détermination de la *lex contractus* en faveur de la loi objectivement applicable. Selon lui, on peut en effet retenir des articles 5 et 6 de la Convention de Rome « une formulation unique » qu'il rédige en ces termes : « que les parties aient ou non stipulé une clause d'*electio juris*, la loi applicable à un contrat de travail ou à un contrat conclu par un consommateur est toujours et seulement la loi de la protection minimale »¹⁰⁰, renvoyant à travers cette dernière expression aux lois objectivement applicables¹⁰¹. Il exclut en revanche toute qualification de *lex contractus* de la loi choisie par

⁹⁹ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats, Étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 590 ; 612 et s.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 588.

¹⁰¹ L'auteur explique cette solution par sa conception objectiviste du principe d'autonomie de la volonté qui transparait au regard de l'assimilation qu'il fait de la liberté accordée aux parties dans le cadre des articles 5 et 6 de la Convention de Rome à une simple liberté contractuelle. Analysant l'arrêt rendu le 25 janvier 1984 par la chambre sociale de la Cour de cassation, il affirme, dans le cadre d'un contentieux relatif au contrat de travail, que l'application de la loi française, plus favorable et choisie par les parties découle de la seule circonstance que la loi objectivement applicable, véritable *lex contractus*, autorise « qu'il fut dérogé à ses dispositions dans un sens plus favorable au salarié ».

les parties dont les stipulations ne peuvent être qu'incorporées matériellement au contrat. La loi choisie ne vaudra que comme simple stipulation contractuelle au même titre que les autres clauses du contrat.

L'application de cette analyse à l'autonomie *in favorem* conduit à remplacer la faculté de choix de loi des parties en l'exercice d'une simple liberté contractuelle enserrée dans les limites que lui assigne la seule et unique *lex contractus*, à savoir, la loi objectivement applicable. L'autonomie implique une liberté pour les parties se limitant à celle de fixer librement leurs droits et obligations et prend ainsi la forme d'une autonomie matérielle restreinte à la même liberté que celle dont les parties disposent dans le cadre d'un contrat interne.

Cette analyse de l'autonomie *in favorem* ne pouvait être défendue que sous l'empire de la seule Convention de Rome. En effet, on comprend que d'aucuns aient pu s'orienter vers cette voie, dans la mesure où les articles 5 et 6 de cette Convention n'utilisaient le verbe « régir » que pour décrire le rôle accordé à la loi objectivement applicable tout en se contentant de préciser que le choix des parties ne pouvait priver la partie faible de la protection mise en place par cette dernière. Avec l'adoption du règlement Rome I, la thèse d'une loi choisie par les parties simplement incorporée matériellement au contrat est plus difficile à soutenir dans la mesure où la formulation a quelque peu évolué prévoyant que le choix doit s'effectuer conformément à l'article 3 et que le contrat est « régi » par la loi choisie par les parties¹⁰². En effet, ce verbe traduit la position souveraine de la loi face au contrat et s'inscrit en faux par rapport à la conception d'une loi choisie réduite à une simple stipulation contractuelle¹⁰³.

P. Lagarde adresse quant à lui, une critique beaucoup plus sérieuse à cette analyse. Une incohérence découle en effet de l'assimilation de l'autonomie accordée aux parties à une simple liberté contractuelle qui a pour conséquence qu'une éventuelle loi choisie par les parties pourra être incorporée matériellement au contrat dans le seul cas où la *lex contractus* autorise les parties à aménager leurs droits et obligations comme bon leur semble. En effet, dans le cas où la *lex contractus* « ne souffre aucune dérogation ¹⁰⁴», un choix de loi des parties serait exclu, même simplement matériel alors pourtant que la loi choisie serait plus favorable. C'est ce problème du « conflit entre une disposition impérative restrictive de la loi de la protection

¹⁰² P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 10.

¹⁰³ Même si nous avons vu qu'il ne fallait pas déduire pour autant de la référence à l'article 3, une transposition autonomie du principe d'autonomie conflictuelle que celui-ci consacre au mécanisme de l'autonomie *in favorem*.

¹⁰⁴ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats. Étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 591.

minimale et une disposition plus favorable de la loi choisie par les parties » que dénonce P. Lagarde car le mécanisme d'autonomie *in favorem* ne contient aucunement une telle restriction à la faculté de choix des parties. La loi choisie par les parties devrait pouvoir écarter les dispositions impératives de la loi de proximité moins protectrice.

Pour sauver son interprétation, V. Heuzé doit recourir à la notion de lois de police alors pourtant qu'il refuse quelques lignes plus tôt, dans son exposé, une analyse systématique en ces termes des articles 5 et 6 de la Convention de Rome¹⁰⁵. Il fait intervenir la loi objectivement applicable au titre de loi de police disposant ainsi d'un titre plus fort à s'appliquer que la loi choisie. Mais il précise que dans le cas où cette loi choisie serait plus favorable, l'application de la loi du lieu d'exécution du travail ou du lieu de résidence habituelle du consommateur en tant que loi de police est en quelque sorte tempérée par l'ordre public international sanctionnant un principe de protection des parties faibles. Mais P. Lagarde souligne qu'il s'agit là d'une « démonstration difficile » et nous ne pouvons que nous ranger à cet avis.

Plus encore, J.-M. Jacquet¹⁰⁶ considérait lui aussi ce problème du conflit entre une disposition plus favorable de la loi choisie et une disposition plus restrictive de la loi objectivement applicable lorsque cette loi dite de proximité doit « souffrir l'intrusion » de la loi d'autonomie, comme un obstacle insurmontable. Il condamne notamment le fait que la protection mise en place par le mécanisme de l'autonomie *in favorem* devienne « minimale ».

2.1.2. Les analyses refusant de trancher de manière ferme la question de la détermination de la *lex contractus*

Certaines analyses doctrinales de l'autonomie *in favorem* se refusent à trancher de façon systématique la question de la détermination de la *lex contractus* en faveur de l'une ou l'autre des lois en présence.

Ces analyses s'articulent autour de l'idée que la loi d'autonomie dispose elle aussi d'un titre à s'appliquer en tant que *lex contractus* que ce soit au même titre que la loi de proximité ou dans une moindre mesure. Cette analyse peut en effet prendre deux figures distinctes : celle d'une compétence législative alternative des deux lois et celle d'une compétence législative concurrente des deux lois. Tandis que la première est critiquable en considération de la

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 630, p. 592.

¹⁰⁶ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP 1993-1995*, p. 23 et s., spec. p. 30.

justification qui lui est apportée, la seconde l'est en raison des incertitudes qui naissent lors de sa mise en pratique.

Une compétence législative alternative. Précédemment, nous avons vu que J.-M. Jacquet et M.-A. Moreau-Bourlès se sont accordés pour considérer que la loi choisie par les parties pouvait accéder au rang de *lex contractus* lorsqu'elle est plus favorable à la partie faible que la loi applicable à défaut de choix. Cet alignement de la fonction protectrice en droit matériel et en droit international privé donne naissance à une règle de conflit à caractère substantiel ou à coloration matérielle.

P. M. Patocchi¹⁰⁷ explique que la caractéristique de ces règles de conflit est qu'elles déterminent la loi applicable selon un critère matériel et considère que, dans le cadre des règles de conflit spéciales, ce critère se matérialise par le principe de faveur à la partie faible puisque c'est lui qui permet d'établir dans quelle mesure la loi choisie pourra s'appliquer¹⁰⁸. V. Heuzé quant à lui nuance ce propos en qualifiant ces règles de conflit spéciales de règles de conflit « partiellement substantielles ». Selon lui, la distinction doit en effet être faite entre la compétence de principe accordée à la loi objectivement applicable intervenant indépendamment de toute considération matérielle et la compétence subsidiaire de la loi d'autonomie intervenant à condition que le critère matériel de faveur soit rempli. Néanmoins, il se dégage de leurs écrits que la qualification de règle de conflit à caractère substantiel implique un raisonnement sur le plan du conflit de lois avec pour but, la désignation de la *lex contractus* régissant le contrat. De cette considération découle la conséquence que « la loi élue et la loi normalement applicable doivent être placées sur le même plan : le choix des parties doit pouvoir s'entendre comme un choix conflictuel ¹⁰⁹», l'autonomie des parties n'étant pas seulement matérielle.

Toutefois, des éléments font douter de la pertinence d'une assimilation des articles 6 et 8 du règlement Rome I en règles de conflit à rattachement substantiel. En effet, P. M. Patocchi énonce parmi les caractéristiques de ce type de règles, la nécessaire primauté du critère matériel

¹⁰⁷ P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 149-150.

¹⁰⁸ À cet égard, il souligne que l'article 3 de la Convention de Rome n'est pas une règle de conflit à rattachement substantiel en l'absence de toute visée matérielle prédéterminée, les parties choisissant la loi selon leurs propres intérêts variables de l'une à l'autre. En revanche, les règles de conflit spéciales subordonnent bien l'application de la loi choisie à un critère matérielle précis, la faveur au consommateur ou au travailleur.

¹⁰⁹ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 167.

sur les considérations de localisation¹¹⁰. Concernant les articles 6 et 8 du Règlement Rome I, un doute surgit quant à la primauté du critère matériel sur les considérations localisatrices dès lors que, dans le cadre des règles de conflit spéciales, le critère matériel, c'est-à-dire la faveur au salarié ou au consommateur, est placé dans la dépendance du critère localisateur, la faveur s'appréciant en effet à l'aune de la protection mise en place par les « lois de proximité ¹¹¹», ces lois ayant été érigées au titre de rattachement en raison des liens particulièrement étroits qu'elles entretiennent avec la situation.

On peut à tout le moins se tourner vers une analyse consacrant une simple assimilation partielle à cette configuration des règles de conflit spéciales. En effet, en permettant à la loi choisie par les parties de subtiliser le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable chaque fois qu'elle est plus favorable, le mécanisme fait apparaître une substantialité en demi-teinte ou partielle en ce sens qu'elle n'est « patente¹¹² » qu'en présence d'un choix de loi effectué par les parties pour régir le contrat. À l'inverse, en l'absence de choix, la détermination de la loi applicable passe par la mise en œuvre du rattachement objectif inspiré par des seules considérations localisatrices, le critère matériel n'ayant pas ici vocation à intervenir.

Mais V. Heuzé soulignait lui-même les limites de cette analyse dont on peut « se persuader de l'inexactitude »¹¹³. Après l'avoir présentée, il la rejette au motif que cette interprétation ne parvient à décrire fidèlement le fonctionnement du mécanisme de l'autonomie *in favorem* que dans un seul cas. Cette hypothèse est celle où la loi de proximité ne souffre aucune dérogation et pour laquelle, la compétence de la loi d'autonomie ne pourra découler que d'un rôle direct accordé aux parties dans la résolution du conflit de lois sans pouvoir se contenter de l'assimiler à l'exercice de la liberté contractuelle conférée par la loi objectivement applicable. Pourtant, son propos est très vite nuancé par l'auteur qui va s'attacher à démontrer que si « une telle qualification peut sembler, *a priori*, inéluctable » dans ce cas de figure, elle ne résiste pas à une analyse poussée. En effet, sa pensée tranche en cas de conflit entre une disposition plus favorable de la loi choisie et une disposition plus restrictive de la loi de proximité, en faveur de l'application de cette dernière au titre de loi de police finalement écartée

¹¹⁰ P. M Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 149-150.

¹¹¹ Selon l'expression de J.-M. Jacquet (voy. « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr DIP 1993/1995*, p. 23 et s.).

¹¹² J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p.176.

¹¹³ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 589.

par le juge car incompatible avec l'ordre public international instituant une protection de la partie faible.

Quoi qu'il en soit, ériger les règles de conflit spéciales en règles de conflit à caractère substantiel ou partiellement substantiel ne parvient pas à expliquer le rôle que vient jouer la loi objectivement applicable comme limite au choix des parties. Si la référence à la faveur peut certes justifier que la partie faible ne puisse être privée d'une certaine protection, elle ne légitime en aucun cas l'encadrement de cette protection par la loi de proximité.

Une compétence législative cumulative. Face aux difficultés engendrées par la détermination de la *lex contractus* dans le cadre du système institué par l'autonomie *in favorem*, une partie de la doctrine a décidé de contourner cet obstacle en considérant que l'auteur des règles de conflit spéciales s'était en réalité refusé à trancher la question de la compétence législative. Il en résulterait que la loi choisie et la loi objectivement applicable seraient cumulativement compétentes, chacune d'entre elles disposant d'un titre à s'appliquer au contrat. Le régime juridique de l'opération contractuelle des parties serait alors construit par emprunt à l'une et à l'autre de ces deux lois. J.-M. Jacquet a désigné ce système comme étant celui de la « protection maximale » car, inspiré par une idée de faveur à la partie faible, il permet d'aboutir à ce que « les dispositions les plus favorables de l'une ou de l'autre »¹¹⁴ des lois soient systématiquement préférées¹¹⁵. En réalité, si nombre d'auteurs s'y réfèrent, la démarche a essentiellement pour but de mettre en avant les réticences dont ils font preuve à son égard en raison de son incompatibilité avec la philosophie du mécanisme institué par l'autonomie *in favorem*.

Selon P. Mayer tout d'abord, l'expression protection maximale « entraîne une confusion entre les notions de faveur et de protection »¹¹⁶ alors que l'objectif de l'autonomie *in favorem* est seulement de protéger la partie faible contre le choix d'une loi volontairement peu sensible aux intérêts du consommateur ou du travailleur. F. Jault Seseke¹¹⁷ se rallie à cette objection en soulignant que le mécanisme ne permettrait alors plus seulement d'assurer un seuil de

¹¹⁴ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr DIP* 1993/1995, p. 23 et s., spec. p. 31.

¹¹⁵ Symeon C. Symeonides envisage également qu'une telle interprétation puisse être donnée aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I : « *these articles essentially allow for the possibility of double protection, that is, under the chosen law and the lex causae. The consumer can enjoy the protection of both law for different aspects of the contract* ».

¹¹⁶ Pierre Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 529.

¹¹⁷ Cass. Soc., 12 novembre 2002, Note F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

protection minimal aux parties faibles mais leur permettrait de tirer véritablement avantage du caractère international de leur opération contractuelle du fait qu'elles peuvent alors cumuler les protections prévues par deux lois distinctes, là où en droit interne, elles ne peuvent bénéficier que de l'application du droit national. On peut ainsi se demander, à l'instar de P. Mayer, « pourquoi la partie faible liée par un contrat international serait-elle systématiquement mieux traitée que si elle avait conclu un contrat interne ? »¹¹⁸. Quant à J.-M Jacquet¹¹⁹, il a, selon nous, soulevé une critique dont la théorie de la compétence législative cumulative en montrant du doigt les difficultés suscitées par la mise en pratique de celle-ci : il relève qu'il n'y a plus « à proprement parler de loi du contrat »¹²⁰.

L'arrêt *Briand* rendu par la Cour de cassation le 12 novembre 2002, cité précédemment¹²¹ semble constituer une illustration jurisprudentielle de l'application de ce système dit de la protection maximale. La juridiction suprême s'était prononcée en faveur d'une comparaison globale des deux lois en présence, à savoir la loi autrichienne choisie comme applicable au contrat et la loi française du lieu d'exécution du travail. De cette comparaison, la chambre sociale en a déduit que les mesures protectrices prévues par la loi française en cas de licenciement prévoyant un entretien préalable à celui-ci mais aussi une proposition de conversion n'avaient pas d'équivalent en droit autrichien ce qui rendait la loi française nécessairement plus protectrice sur ces points lui donnant ainsi un titre à s'appliquer. En revanche, elle considère que la loi autrichienne se montre plus favorable s'agissant du montant de l'indemnité de licenciement que la loi française volant à cette dernière, sur ce point, son titre à s'appliquer. Au regard de cette solution, F. Jault Seseke¹²² constate que c'est finalement chaque règle précise qui a fait l'objet d'une comparaison plutôt que l'ensemble du système de licenciement prévu par chacune de ces deux lois au point que cette comparaison qui se voulait globale devient analytique.

Cette solution se montre particulièrement favorable au salarié puisqu'elle lui assure à la fois le bénéfice des dommages et intérêts prévus par le droit français en raison du manquement aux obligations prévues par celui-ci (entretiens préalable et proposition de conversion) mais lui

¹¹⁸ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 529.

¹¹⁹ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr DIP* 1993/1995, p. 23 et s., spec. p. 31.

¹²⁰ *Ibid.* p. 31.

¹²¹ Cass. Soc., 12 nov. 2002, Note F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.

¹²² *Ibid.*

assure aussi cumulativement le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue par le droit autrichien. La chambre sociale construit ici un régime juridique applicable au contrat qui n'est ni celui de la loi applicable à défaut de choix ni celui prévu par la loi choisie en piochant dans chacune de ces deux lois pour combiner des dispositions n'ayant jamais été pensées ou réfléchies en contemplant les unes par rapport aux autres par aucun législateur.

L'application du système de la protection maximale se traduit donc par une forme de dépeçage, or, de la forme que prend le dépeçage peut se déduire la forme que prendra l'autonomie accordée aux parties. En effet, l'autonomie conflictuelle ne tolère qu'un dépeçage bridé ou dépeçage du contrat portant sur des éléments suffisamment homogènes et distincts les uns des autres au sein de ce contrat pour pouvoir être soumis à des lois différentes sans perdre de vue « une certaine globalité »¹²³ de l'opération contractuelle. En revanche, si le dépeçage devient un dépeçage du droit basculant ainsi vers une forme débridée, la liberté accordée aux parties prend la forme d'une autonomie matérielle intégrale. Ainsi F. Leclerc considérait que « le dépeçage occasionné par la règle de conflit protectrice ne saurait (...) mener à un pointillisme juridique par une exacerbation de la méthode analytique »¹²⁴. Mais ses mises en garde ne semblent pas avoir été prises en compte par la chambre sociale dans l'arrêt *Briand*, le dépeçage ainsi consacré tenant « plus du patchwork que du bel ouvrage »¹²⁵.

Si le résultat auquel aboutit ce système est donc manifestement incompatible avec une forme d'autonomie conflictuelle, un doute naît également quant à sa compatibilité avec une forme d'autonomie intégrale. Il faut en effet noter que c'est le juge qui procède ici au dépeçage alors que ce pouvoir revient normalement aux parties lorsqu'elles bénéficient d'une autonomie matérielle intégrale. En plus d'une relative imprévisibilité du régime juridique applicable à leur contrat qui en résulte pour les parties, P. Mayer résume notre démonstration en adressant trois critiques d'ordre pratique à ce système : il « complique la tâche du juge, contraint à chaque occasion de comparer plusieurs règles dont le nombre peut être grand » et enfin « dépèce de façon excessive le contrat »¹²⁶.

¹²³ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 717.

¹²⁴ *Ibid.* p. 717.

¹²⁵ F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.

¹²⁶ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges* Paris, LGDJ, 1996, p. 529.

2.2. *L'hypothèse d'une autonomie conflictuelle tempérée par une autonomie matérielle*

La Convention de Rome et le règlement Rome I ne sont pas les seuls instruments à consacrer le principe d'autonomie des parties. En 2015, ont été élaborés par une commission d'experts, les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dont le but est de « promouvoir »¹²⁷ cette autonomie. Pascal de Vareilles-Sommières, analysant l'autonomie accordée aux parties par ces principes de La Haye, évoque plusieurs hypothèses. L'une d'entre elles retient particulièrement notre attention dans la mesure où elle paraît parvenir à décrire le mécanisme de l'autonomie *in favorem* alors même que les principes ne s'appliquent pas aux contrats de consommation et de travail internationaux¹²⁸. En réalité, cette théorie contient deux sous-hypothèses : premièrement, celle d'une exclusion de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie restreinte (2.2.1.) et deuxièmement, celle d'une autonomie conflictuelle remplacée par l'autonomie restreinte (2.2.2.).

2.2.1. Exclusion de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie restreinte

Cette première sous-hypothèse décrit les conséquences de la transposition d'une analyse en termes de lois de police au fonctionnement des articles 6 et 8 du règlement Rome I ou 5 et 6 de la Convention de Rome sur l'étendue de l'autonomie accordée aux parties à un contrat international de consommation ou de travail. La première partie de notre étude s'est intéressée au caractère impératif que prenait le facteur de rattachement dans le cas où la loi désignée par celui-ci serait applicable au titre de loi de police excluant de ce fait, toute forme d'autonomie conflictuelle. En effet, si l'application de ces dernières ne peut résulter que d'un facteur de rattachement se posant comme indérogeable pour les parties, celles-ci ne disposent plus d'une faculté de choix de la loi applicable à leur contrat. En revanche, une fois fait le constat de l'exclusion de l'autonomie conflictuelle par les lois de police, il faut en tirer des conséquences quant à la forme de l'autonomie alors dévolue aux parties.

Analyse en termes de lois de police, l'autonomie restreinte. De la transposition de l'analyse en termes de lois de police au fonctionnement des articles consacrant une forme d'autonomie *in favorem* découle que la limite posée au choix des parties prévoyant que celui-ci ne saurait priver la partie faible de la protection prévue par la loi objectivement applicable, serait respectée en toutes circonstances par l'application de cette loi en tant que loi

¹²⁷ S. C. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 807 et s.

¹²⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016.

internationalement impérative. Plus qu'une protection des parties, ce qui serait alors assuré est l'application systématique de la loi objectivement applicable au détriment de la loi d'autonomie alors que cette dernière pourrait se montrer plus favorable au consommateur ou au travailleur. Il en découle une exclusion de l'autonomie conflictuelle, la loi ayant obtenu les faveurs des parties ne pouvant plus espérer se voir attribuer le statut de *lex contractus*.

La seule véritable autonomie dont disposeront les parties sera celle que leur accorde la loi de police, or, s'agissant d'une liberté des parties qui ne peut s'exercer que dans le cadre des limites fixées par la loi objectivement applicable, on parle volontiers d'autonomie restreinte en ce sens que la seule autonomie dont bénéficient les parties est celle dont elles disposent dans le cadre d'un contrat interne. M.-A. Moreau-Bourlès constatait alors un effet peu compatible avec le mécanisme de l'autonomie *in favorem*. En effet, si la loi de police se pose comme ne souffrant aucune dérogation, la compétence de cette loi « emporte non plus un minimum de protection mais un maximum »¹²⁹. V. Heuzé quant à lui soulignait très vite une contradiction tenant au fait que la « soumission effective et définitive »¹³⁰ du contrat à la loi objectivement applicable devenue loi de police, prive totalement d'utilité la consécration du principe d'autonomie de la volonté figurant quelques lignes plus bas ou plus haut dans ces articles.

Pour faire face à ces difficultés, les principaux tenants d'une analyse en termes de lois de police, P. Mayer¹³¹ et J.-M. Jacquet¹³², s'accordent pour subordonner cette interprétation au caractère plus favorable pour le travailleur ou le consommateur de la loi objectivement applicable comme loi de police. Animée par un but ou une politique¹³³ de protection des parties faibles, celle-ci serait amenée à refuser son application après constat du caractère plus favorable de la loi choisie par les parties afin de ne pas priver les bénéficiaires de la protection d'avantages qu'ils pourraient retirer de l'application de la loi d'autonomie. L'autonomie conflictuelle ne serait alors exclue que partiellement par les lois de police et non plus systématiquement.

Pourtant, ces interprétations ne parviennent pas à dépasser certains obstacles découlant du fonctionnement général du mécanisme des lois de police. P. Mayer lui-même souligne la

¹²⁹ M.-A. Moreau-Bourlès, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », in *Droit social*, 1986, p. 23 et s.

¹³⁰ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats, Etude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, § 630, p. 592.

¹³¹ P. Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 531.

¹³² J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, § 451 et 452, p. 293.

¹³³ Expression employée par P. de Vareilles-Sommières (voy. « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p.46 et s.).

faiblesse d'une application de la loi de police conditionnée à son caractère plus favorable en raison de la comparaison poussée des deux lois qu'elle implique, susceptible de « bouleverser l'économie du contrat si l'on y procédait point par point »¹³⁴.

Des défaillances de l'analyse en termes de lois de police. Au-delà du fait qu'elles négligent la distinction clairement établie par le Règlement Rome I entre les lois de police et les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord, ces analyses voyant dans l'autonomie *in favorem*, un mécanisme érigeant la loi objectivement applicable au rang de loi d'application immédiate dans un but de protection des parties faibles, semble incompatible avec les modalités générales de fonctionnement du mécanisme des lois de police.

En effet, selon le dernier état du droit positif, contenu à l'article 9§3 du règlement Rome I, l'application de lois de police étrangères par le juge du for est limitée à un double titre. Tout d'abord, il ne peut s'agir que des lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat ont été ou doivent être exécutées. Ensuite, il faut nécessairement que celles-ci aient pour effet de rendre l'exécution du contrat irrégulière. Une transposition de cette limite pourrait être envisageable s'agissant de l'article 8 relatif au contrat de travail dans la mesure où la loi d'exécution du travail, loi objectivement applicable, correspond généralement à celle du lieu d'exécution du contrat. En revanche, il est particulièrement malaisé de transposer ces exigences aux articles traitant des contrats de consommation dès lors que le constat est fait de l'absence d'assimilation systématique de la loi objectivement applicable, à savoir, celle du pays de résidence habituelle du consommateur, avec celle du lieu d'exécution des obligations du contrat de consommation. Cette particularité n'est pas négligeable dans la mesure où cette loi ne sera pas obligatoirement celle du juge du for.

Mais les divergences de fonctionnement entre les articles 6 et 8 du Règlement Rome I et le mécanisme général des lois de police ne s'arrêtent pas là. L'article 9 §3 prévoit également que l'application des lois de police étrangères par le juge est facultative tandis que celui-ci ne semble pas disposer de marge de manœuvre face à une loi de police du for voulant s'appliquer. À ce propos, il est important de noter qu'un alignement de la compétence législative et de la compétence judiciaire ne sera pas toujours de mise rendant ainsi facultative pour le juge saisi du contentieux relatif à un contrat de consommation ou de travail, l'application de la loi objectivement applicable comme loi de police étrangère. Surgit alors la difficulté de savoir

¹³⁴ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 531.

comment concilier cette liberté d'appréciation accordée au juge, même lorsque la loi objectivement applicable est plus favorable à la partie faible, avec l'obligation faite au juge dans le cadre des articles 6 et 8 du règlement Rome I d'appliquer les dispositions plus protectrices de cette loi.

À ce propos, Pascal de Vareilles-Sommières soulignait, dans son analyse des principes de La Haye, que cette faculté ne concerne pas uniquement les lois de police étrangères si l'on prend en considération le fait que la loi de police du for devient une loi de police étrangère dès lors que le contentieux est porté devant un autre juge que celui de l'État dans lequel cette loi est en vigueur¹³⁵. Selon lui, le résultat de cette faculté d'application étendue à l'ensemble des lois de police est que l'autonomie restreinte initialement mise en place par celles-ci ne sera pas nécessairement garantie. En effet, si le juge saisi décide de ne pas appliquer la loi de police du for devenue loi de police étrangère en raison d'une éventuelle clause attributive de juridiction, le choix de loi des parties pourra demeurer efficace avec résurgence corrélative d'une autonomie conflictuelle.

Face à ces incohérences, il pourrait certes être opposé que l'autonomie *in favorem* requiert un mécanisme spécifique s'agissant des lois de police distinct de celui de l'article 9. Tel est justement l'objet de la théorie des « clauses spéciales d'application des lois de police »¹³⁶, théorie reliant l'article 5 et l'article 7 « en voyant dans le premier une règle spéciale dérogeant à celle, générale, posée par le second »¹³⁷. Mais force est de constater que le mécanisme général recèle déjà de profondes incertitudes et que, développer une solution particulière pour tenter de contourner les insuffisances de la solution générale à expliquer le résultat recherché ne nous paraît pas souhaitable. Ensuite, Pascal de Vareilles-Sommières fait notamment remarquer qu'une telle interprétation réduit l'étendue de la protection accordée au consommateur¹³⁸. En effet si l'article 5 se présente comme un mécanisme de lois de police dérogatoire à celui de l'article 7, dans les cas où les conditions d'application du premier ne seraient pas remplies, le consommateur n'aurait pas la possibilité d'invoquer l'application de

¹³⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 11. Il précise que ce phénomène renvoie à la notion de lois d'application semi-nécessaires développée par L. Radicati Di Brozolo (voy. « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », *Rev. Crit. DIP*, 2003 p. 3).

¹³⁶ Expression développée par P. Lagarde qui qualifie comme tel l'article 5 de la Convention de Rome (voy. « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. Crit. DIP*, p. 287, spec., p. 316, n° 76).

¹³⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Le sort des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2464.

¹³⁸ *Ibid.*

la loi de sa résidence habituelle sur le fondement de l'article 7. Il se retrouve ainsi privé de la « soupape de sécurité »¹³⁹ que constitue cet article 7 de la Convention de Rome. D'ailleurs, cette interprétation a été rejetée par la Cour de cassation dans une décision du 23 mai 2006¹⁴⁰.

2.2.2. Remplacement de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie matérielle

Cette illustration, toujours contenue dans les principes de La Haye, se détache cette fois des lois d'application immédiate tout en se rapprochant d'un autre mécanisme traditionnel du droit international privé, celui de l'ordre public international. Si la distance prise avec les lois de police doit être accueillie avec faveur, il faut également refuser l'assimilation pure et simple à l'ordre public international et regretter que cette seconde hypothèse aboutisse au même résultat que la première.

L'illustration de l'article 11 § 4 des Principes de La Haye. L'interprétation de l'autonomie *in favorem* comme un mécanisme intégrant dans son fonctionnement l'ordre public international entendu traditionnellement au sens du droit international privé impliquerait du juge une vérification du contenu de la loi choisie par les parties afin de l'appliquer ou de l'écarter selon que celle-ci porte ou non atteinte au seuil de protection voulu par la loi objectivement applicable. La protection des parties faibles constituerait donc un fond de *summum jus* au-delà duquel la loi d'autonomie ne pourrait aller sous peine d'être évincée. Cette analyse a été réfutée notamment par F. Pocar en raison du fait que l'exception d'ordre public est en principe mise en œuvre par le juge pour protéger l'ordre public international de son for à l'exclusion de ceux de pays étrangers¹⁴¹. Or, lorsque le juge saisi d'un contentieux relatif à un contrat international de travail ou de consommation écarte la loi choisie par les parties, c'est en considération de sa contrariété à la loi objectivement applicable, que celle-ci soit la loi du for ou une loi étrangère, mettant ainsi, dans cette dernière circonstance, sa protection au service d'un ordre public étranger.

Force est donc de constater que le mécanisme mis en place aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I ne passe pas par une exception classique d'ordre public international. Si celle-ci est la seule envisagée par le Règlement Rome I, les principes de La Haye mettent en

¹³⁹ A. Sinay-Cytermann, « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 737 et s.

¹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, n° 03-15.637 (voy. notamment P. de Vareilles-Sommières, « Le sort des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2464).

¹⁴¹ F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, t.188, p. 249 - 417.

place un mécanisme d'ordre public renouvelé¹⁴² offrant une nouvelle base de réflexion pour l'analyse du fonctionnement de l'autonomie *in favorem*.

En effet, ce mécanisme prévu à l'article 11 § 4 des Principes de La Haye, dispose que « la loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public de l'État dont la loi serait applicable à défaut de choix ». À la différence de l'exception d'ordre public classique, il se présente donc comme un instrument pouvant expliquer la prise en considération de la loi objectivement applicable dans le mécanisme de l'autonomie *in favorem* puisqu'il tend à affirmer l'autorité de l'ordre public de celle-ci face à la loi d'autonomie. Ce que vient affirmer cet article est qu'un ordre public étranger peut mériter d'être protégé par un juge autant que l'ordre public international du for.

Une autre particularité de cet instrument propre aux principes de La Haye constitue un signal fort en faveur d'une transposition de celui-ci aux articles 6 et 8 consacrant une forme d'autonomie *in favorem*. Cet élément réside dans le contenu de l'ordre public qui est visé par le mécanisme : celui-ci ne comprend plus uniquement les principes fondamentaux qui constituent le *summum jus* de l'ordre public international du for, il s'étend en effet à l'ensemble des dispositions d'ordre public de la loi objectivement applicable incluant de ce fait toutes les dispositions impératives internes de cette loi. Cet instrument permet donc de prendre en considération la clarification apportée par le règlement Rome I quant à l'impérativité des règles de la loi objectivement applicable. Cette impérativité est une impérativité interne et non internationale. Cependant, une analyse plus poussée de la transposition de celui-ci au fonctionnement de l'autonomie *in favorem* fait ressurgir malgré tout quelques difficultés.

Critique de la transposition du mécanisme d'ordre public renouvelé aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I. L'article 11 § 4 des Principes de La Haye renvoie à la « loi du for » le soin de déterminer si le juge peut ou doit prendre en considération l'ordre public de la loi applicable à défaut de choix. Une ambiguïté naît de la référence à cette loi, l'identification des règles couvertes par celle-ci n'étant pas à première vue particulièrement évidente. La clarification apportée à l'article 11. 29 du commentaire officiel des Principes de La Haye est bienvenue dès lors qu'est précisé que sont notamment visées par cette expression « les règles de droit international privé du for ». Prenant le parti que l'ensemble des règles de droit international privé du for sont englobées, qu'elles soient d'origine nationale ou supranationale, les règles de conflit prévues aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I pourraient alors obtenir

¹⁴² P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 11-13.

le statut de « loi du for » dès lors que le juge d'un État membre de l'Union européenne serait saisi par les parties.

Mais la transposition de ce mécanisme d'ordre public renouvelé au fonctionnement de l'autonomie *in favorem* n'est pas sans conséquence sur l'étendue de l'autonomie dont bénéficient les parties à un contrat de consommation ou de travail international. Rappelons tout d'abord que « la loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit prendre en considération » l'ordre public de la loi objectivement applicable. Or, dans le cadre de l'autonomie *in favorem*, les règles de conflit des articles 6 et 8 du Règlement Rome I ne laissent a priori aucune marge d'appréciation au juge quant à l'opportunité d'appliquer les règles d'ordre public interne des lois du lieu d'exécution du travail et du lieu de résidence habituelle du consommateur, lois applicables à défaut de choix. En effet, celles-ci prévoient que le choix de loi fait par les parties, ne peut priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord de la loi objectivement applicable. Ce mécanisme visant à assurer l'autorité de l'ordre public de la loi objectivement applicable face à la loi choisie par les parties, implique que la mise en œuvre par le juge du mécanisme institué par l'article 11 § 4 aboutit à conférer systématiquement le statut de *lex contractus* à la loi de proximité au détriment de la loi choisie en raison du fait que les règles impératives internes de la loi objectivement applicable sont érigées comme limites à la faculté de choix de loi par les parties. Il en résulte une transformation de l'autonomie *in favorem* en autonomie restreinte.

Serait alors remise en question l'affirmation du paragraphe 11.8 du commentaire officiel des Principes de La Haye selon lequel les dispositions prévues à l'article 11 définissent des « circonstances exceptionnelles dans lesquelles un tribunal étatique ou arbitral peut légitimement déroger au choix effectué par les parties »¹⁴³. En effet, le choix de loi des parties ne pourrait être efficace que dans le cas où le résultat concret auquel aboutit la loi d'autonomie est identique à celui auquel conduiraient les dispositions impératives de la loi objectivement applicable¹⁴⁴. À défaut, la loi choisie serait simplement incorporée matériellement au contrat comme simple stipulation contractuelle. Le principe d'autonomie se trouve alors dépourvu d'une quelconque utilité, les parties disposant d'une simple liberté contractuelle de telle sorte

¹⁴³ Texte des principes de La Haye sur le choix de loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, Conférence de La Haye, 19 mars 2015.

¹⁴⁴ On se rapproche de la critique que Symeon C. Symeonides formulait à propos du danger à ériger la loi objectivement applicable comme une limite au choix des parties : « *As one Court noted, « (t)he result would have the right to choose the application of another state's law only when that state's law is identical to the lex causae* ». *Such an approach would be ridiculous* ».

que la dérogation au choix des parties est loin d'intervenir dans des circonstances exceptionnelles.

À la restriction apportée à la faculté de choix de loi des parties s'ajoute le fait que ce mécanisme d'ordre public ne permet pas de prendre en considération le seuil minimum de protection mis en place par la loi objectivement applicable mais l'ensemble de ses dispositions impératives de droit interne, empêchant toute prise en considération d'un principe de faveur. En ce sens, même si le mécanisme tend selon nous à décrire plus fidèlement le fonctionnement de l'autonomie *in favorem* que les théories précédemment évoquées, il se disqualifie toutefois de par la limite instituée au choix des parties.

2.3. Dissipation de l'ambiguïté par la mobilisation de notions jusqu'ici inemployées

Deux critiques peuvent être adressées aux théories précédemment analysées. Premièrement, elles cherchent toutes à expliquer l'autonomie *in favorem* par la détermination de la *lex contractus* alors pourtant que P. Lagarde préconisait le « sacrifice »¹⁴⁵ de cette dernière lorsqu'il s'agit d'analyser les règles de conflit de lois relatives aux contrats de consommation et de travail internationaux. Sans aller jusqu'à affirmer que cette analyse devrait se passer de la moindre référence à la *lex contractus*, il serait préférable, plutôt que de chercher à expliquer le mécanisme de l'autonomie *in favorem* par la détermination préalable de la *lex contractus*, d'essayer au contraire de décrire le plus fidèlement possible ce mécanisme pour pouvoir ensuite en tirer des conséquences quant à la *lex contractus*. Cette étape visant à choisir qui d'entre la loi objectivement applicable ou la loi d'autonomie est celle qui régit le contrat ne constituerait plus que l'étape finale du raisonnement.

Ensuite, il est regrettable que la focalisation de ces analyses sur cette notion de *lex contractus* réduise l'autonomie *in favorem* à un simple choix en faveur de la compétence de la loi objectivement applicable ou de la loi choisie par les parties. Ces théories éludent de ce fait la véritable spécificité de l'autonomie *in favorem* dès lors qu'elles ne cherchent pas à expliquer le rôle particulier qui est attribué par les règles de conflit de lois du règlement Rome I en matière de contrat de travail et de consommation, aux lois objectivement applicables du pays du lieu d'exécution du travail ou du lieu de résidence du consommateur.

¹⁴⁵ P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83 et s., spec. p. 95.

Aucune d'entre elles n'a considéré que ce rôle particulier appelait de recourir à des notions jusqu'ici peu mobilisées, c'est pourtant ce que nous nous efforcerons de faire. Pour cela, nous nous intéresserons d'abord à la notion d'ordre public conflictuel (2.3.1.) avant de nous appesantir ensuite sur celle de *lex limitatis* (2.3.2.) développées par deux auteurs différents.

2.3.1. Le recours à la notion d'ordre public conflictuel

C'est Pascal de Vareilles-Sommières qui a mis en lumière la notion d'ordre public conflictuel. Constatant que l'autonomie matérielle dispose d'un ordre public qui lui est propre et qui n'est autre que celui de la loi régissant le contrat venant ainsi encadrer la liberté des parties, l'idée s'est fait jour d'un ordre public spécifique, cette fois, à l'autonomie conflictuelle. Ces autonomies étant distinctes à la fois quant à leur fonction, leurs effets mais aussi leur origine, ce nouvel ordre public se voulait nécessairement distinct de celui encadrant l'autonomie matérielle. Pourtant, ces deux ordres publics jouent le même rôle puisqu'ils constituent des garde-fous contre un exercice trop libéral ou exacerbé de l'autonomie par les parties. L'autonomie matérielle est en effet enserrée par l'ordre public de la loi désignée comme applicable au contrat, lui-même constitué des règles impératives de la *lex contractus*. Il se présente donc concrètement comme une limite à la faculté de fixation du régime substantiel du contrat accordée aux parties. À l'inverse, l'ordre public conflictuel se pose comme une limite à la fixation du régime conflictuel du contrat, c'est-à-dire à la faculté de choix de loi applicable par les parties. Plus précisément, il se définit comme « l'encadrement règlementaire s'imposant aux parties dans l'exercice de leur autonomie conflictuelle »¹⁴⁶. Cet encadrement implique par ailleurs que la sanction de la violation de la limite posée par la règle de droit international privé soit directement énoncée dans cette même règle.

Après avoir présenté l'ordre public matériel et l'ordre public conflictuel, il faut mettre en exergue une particularité de ce dernier. Comme son corollaire l'autonomie conflictuelle, il ne peut exister que face à un contrat international. Plus précisément, l'internationalité qu'il requiert pour son application est plus stricte que celle permettant de déclencher la mise en œuvre des règles de conflits. Si tous les contrats internationaux peuvent générer un conflit de lois, seuls ceux qui entretiennent des liens avec plus d'un seul État peuvent s'accompagner d'un rattachement autonomiste. Se dessine en creux la nécessité d'une internationalité objective ne

¹⁴⁶ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 24.

résultant pas simplement de l'insertion clause attributive de juridiction ou d'une clause de choix de loi.

À titre d'exemple, une illustration de cet ordre public mentionnée par Pascal de Vareilles-Sommières prévue notamment par l'article 3 du Règlement Rome I consiste en l'encadrement de la possibilité de choix d'un droit non étatique par les parties¹⁴⁷. Cet article limite à ce titre un tel choix à une simple incorporation ou intégration par référence dans le contrat. Une autre illustration de limite apportée à l'autonomie conflictuelle des parties réside dans le mécanisme des lois de police dans la mesure où celles-ci ne peuvent plus déroger à l'application de ces lois par l'exercice de leur faculté de choix.

Après avoir défini et illustré l'ordre public conflictuel, il faut expliquer en quoi il peut servir à interpréter l'autonomie *in favorem*. Le rapprochement entre la notion d'ordre public conflictuel et cette forme particulière d'autonomie a déjà été effectué par Pascal de Vareilles-Sommières. Il considère en effet que l'article 8 du règlement Rome I « fixe un ordre public conflictuel limitant l'autonomie accordée aux parties à un contrat international de travail »¹⁴⁸. En effet, un examen du mécanisme mis en place à cet article permet de constater que tous les critères de définition présentés plus haut sont remplis.

Premièrement, les parties à des contrats de travail ou de consommation internationaux disposent d'une faculté de choix de la loi applicable à ce contrat accordée par les règles de conflit des articles 6 et 8 du règlement Rome I mais ces règles de conflit prévoient toutefois que ce choix ne peut avoir pour résultat de priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable. Cette formulation révèle bien une limite apportée à la fixation du régime conflictuel du contrat par les parties, caractéristique de l'ordre public conflictuel.

Ensuite, il est possible de déduire des articles 6 et 8 du règlement Rome I eux-mêmes, la sanction qui sera applicable en cas de violation de cette limite. Exercer leur faculté de choix en portant leur dévolu sur une loi moins protectrice de la partie faible que la loi objectivement applicable conduira à rendre ce choix, en général dicté par la partie en position dominante, inopposable au consommateur ou au travailleur. Comme le souligne Pascal de Vareilles-

¹⁴⁷ P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public », in T. Azzi et O. Boscovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun : Colloque du 14 mars 2014*, Bruylant, 2015, p. 174.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 177.

Sommières, « cette inopposabilité apparaît comme sanctionnant la contrariété de la clause de choix de loi à l'ordre public conflictuel mis en place par l'article 8 lui-même »¹⁴⁹.

Une fois ce rapprochement établi, il est toutefois nécessaire de se questionner plus avant sur ce qui est véritablement érigé en tant que limite à la faculté de choix des parties. Si les articles 6 et 8 se réfèrent à la loi objectivement applicable, il faut douter qu'elle puisse en tant que telle, dans sa globalité, constituer un garde-fou contre l'autonomie conflictuelle accordée aux parties. D'ailleurs, il faut se souvenir que les règles de conflit de ces articles rétrécissent le champ de la référence aux dispositions auxquelles on ne peut déroger par accord.

En déduire que les règles impératives de la loi objectivement applicable sont érigées au rang de limite à l'autonomie des parties par intégration dans l'ordre public conflictuel nous paraît être porteur d'une certaine ambiguïté. L'autonomie conflictuelle serait alors limitée par l'ordre public matériel, celui-là même qui limite en principe l'autonomie matérielle car l'auteur des règles de conflit aurait jugé qu'il dispose d'un titre à s'élever au rang d'ordre public conflictuel. On peut déjà souligner ici le rôle peu habituel que viennent jouer les limites de l'autonomie matérielle dès le stade du choix de loi. De plus, en pratique, ériger au titre d'ordre public conflictuel, les dispositions impératives de la loi de proximité, équivaut à rejeter le choix de loi dès lors qu'il déroge à celles-ci, la limite posée à l'autonomie conflictuelle aboutissant alors à la transformer en une forme d'autonomie matérielle restreinte.

Pour éviter ces écueils, il est préférable de transposer l'idée développée plus tôt dans notre étude selon laquelle ce qui est véritablement impératif n'est pas tant l'application des règles impératives de la loi de proximité mais le respect du seuil minimum de protection qu'elle met en place. Ce seuil de protection érigé au titre d'ordre public conflictuel permet de s'éloigner de toute résurgence d'ambiguïté entre les frontières d'une autonomie conflictuelle et d'une autonomie matérielle.

2.3.2. Analyse de la loi objectivement applicable en termes de *lex limitatis*

S.C. Symeonides définit la *lex limitatis* comme la loi de l'État « dont les restrictions serviront de modèle pour réguler l'autonomie de la volonté dans les contrats multiétatiques »¹⁵⁰ ou encore comme « *state's standards should be used as the measuring stick for determining the*

¹⁴⁹ P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public », in T. Azzi et O. Bosovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun : Colloque du 14 mars 2014*, Bruylant, 2015, p. 177.

¹⁵⁰ S. C. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 807 et s.

limits of party autonomy »¹⁵¹. Toutefois, le cercle des lois possiblement éligibles à cette fonction est limité, toujours selon cet auteur, à la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du juge saisi du contentieux et à la *lex causae*, expression latine utilisée pour désigner la loi objectivement applicable. Il se plaît ainsi à ranger les pays dans des catégories distinctes suivant qu'ils confèrent traditionnellement ce rôle de *lex limitatis* à la première ou à la seconde. Plus encore, il existe selon lui une catégorie intermédiaire qui aboutit à voir dans la *lex limitatis*, une combinaison des standards de la *lex fori* et des standards d'une loi tierce entendue généralement comme la *lex causae*. Cette troisième catégorie intéresse particulièrement notre propos dans la mesure où il considère que « le modèle le plus répandu » en est l'autonomie *in favorem* avec pour standards à la fois l'ordre public et les lois de police de la *lex fori* mais également les dispositions impératives de la *lex causae* applicable à défaut de choix.

Il est intéressant de remarquer que Symeon C. Symeonides se préoccupe peu du mode d'application de la *lex limitatis* puisque celle-ci peut être à la fois une loi de police, plus particulièrement s'agissant de la *lex fori*, mais aussi une loi désignée comme applicable au contrat par une règle de conflit objective et tel est le cas de la *lex causae*. Ce rôle de limite à l'autonomie des parties ne requiert donc pas un niveau d'impérativité particulièrement élevé de la loi mais seulement un titre légitime à intervenir pour régler la volonté des parties dans les contrats internationaux.

Toutefois, l'auteur s'abstient de préciser la forme de l'autonomie à laquelle la *lex limitatis* entend apporter des limites. Il évoque tout au plus, une situation contractuelle internationale. Dans la mesure où il recourt à cette notion dans le cadre de son analyse sur les principes de La Haye, consacrant, comme nous l'avons vu précédemment, une autonomie conflictuelle à titre de principe, il faut considérer que c'est sur le terrain de cette autonomie qu'il a entendu se placer. C'est en tous cas le parti que nous prendrons pour réemployer cette notion dans le cadre de des articles 6 et 8 du règlement Rome I.

Symeon C. Symeonides se montrait circonspect face à une fonction de *lex limitatis* dévolue à une loi en tant que telle, y voyant un moyen de réduire considérablement l'autonomie des parties, celles-ci ne disposant que de la possibilité de choisir une loi en tout point identique à la *lex limitatis*¹⁵². C'est ainsi que selon lui, l'identification de cette dernière n'est qu'une

¹⁵¹ S. C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis*, Oxford University press, 2014, p.147.

¹⁵² S. C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis*, Oxford University press, 2014, p. 156.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE CONFLICTUELLE ?

première étape qui doit nécessairement être suivie d'une seconde étape : « *the next task (...) is to establish the threshold that the parties' choice must exceed before being held unforceable* »¹⁵³.

Le mot *threshold* peut être traduit par « seuil, niveau, limite ». Au sens où l'entend l'auteur, il traduit l'idée d'un maximum au-dessus duquel l'autonomie des parties ne pourrait se hisser sous peine de voir l'exercice de celle-ci remise en cause. Pour les besoins de notre analyse, il jouera le rôle d'un plancher, d'un seuil au-deçà duquel la protection accordée à la partie faible sera jugée insuffisante, rendant le choix de loi inopposable à celle-ci. Le *threshold* de la *lex limitis* devient alors, dans le cadre d'une autonomie *in favorem*, le seuil minimum de protection fixé par la loi objectivement applicable.

Par ailleurs, l'auteur des règles de conflit des articles 6 et 8 du règlement Rome I ayant pris soin de préciser ce seuil indérogable au sein même de ces règles, il en résulte que la loi objectivement applicable est érigée au rang de *lex limitatis* par une règle de droit international privé. Si l'on peut voir dans le seuil de protection prévu par la *lex limitatis*, une limite apportée à l'exercice de l'autonomie conflictuelle accordée aux parties mais plus encore, une limite fixée, ainsi que sa sanction par une règle de droit international privé telle qu'une règle de conflit, tous les critères sont réunis pour affirmer que cette figure rappelle en tous points l'ordre public conflictuel étudié précédemment.

En érigeant la *lex causae* en *lex limitatis*, l'ordre public conflictuel vient conditionner la possibilité d'un choix conflictuel et donc de voir le contrat régi par la loi choisie, au respect du seuil minimum de protection prévu par celle-ci. À défaut, le choix prendrait un simple tour matériel, inopposable aux parties faibles, la loi choisie étant simplement incorporée matériellement au contrat.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse, le mécanisme de l'autonomie *in favorem* est appréhendé comme consacrant une autonomie conflictuelle de principe accordée aux parties, enserrée toutefois dans les limites d'un ordre public conflictuel venant ériger le seuil minimum de protection prévu par la *lex causae* en *threshold* au-deçà duquel la loi choisie par les parties ne peut aller. Si la loi d'autonomie respecte ce seuil, elle deviendra alors automatiquement *lex contractus*, la loi objectivement applicable se contentant de jouer le rôle d'une *lex limitatis*. À

¹⁵³ S. C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis*, Oxford University press, 2014, p. 155.

l'inverse, si la loi choisie prévoit un seuil de protection insuffisant, l'autonomie matérielle reprend ses droits, la *lex causae* retrouvant un titre à s'appliquer en tant que *lex contractus* tandis que la loi d'autonomie sera réduite à la valeur d'une simple stipulation contractuelle dont l'efficacité se verra subordonnée au respect des règles impératives de la *lex contractus*.

L'originalité de cette analyse réside dans la distinction qu'elle fait du contenu de l'ordre public conflictuel et de l'ordre public matériel avec cette idée que les limites qui enserrant l'autonomie conflictuelle et l'autonomie conflictuelle ne doivent pas être les mêmes pour une meilleure compréhension du mécanisme. La faculté de choix de loi doit ainsi être enserrée dans une limite plus distendue et plus globale que celle fixée à l'autonomie matérielle, à savoir les règles impératives de la loi applicable, afin d'éviter de retomber dans les travers d'une autonomie restreinte omniprésente et de permettre un véritable usage effectif de l'autonomie conflictuelle par les parties.