



**HAL**  
open science

# La justice sociale dans le contrat international de travail : étude du conflit de lois en droit international privé tunisien et Français

Nahla Tlili

► **To cite this version:**

Nahla Tlili. La justice sociale dans le contrat international de travail : étude du conflit de lois en droit international privé tunisien et Français. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2023. Français. NNT : 2023PA01D046 . tel-04513426

**HAL Id: tel-04513426**

**<https://theses.hal.science/tel-04513426>**

Submitted on 20 Mar 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITE PARIS 1 – PANTHEON-SORBONNE**

**Ecole de Droit de la Sorbonne**

La justice sociale dans le contrat international du travail : Etude du conflit de lois en droit  
international privé tunisien et français

*Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, présentée par :*

**Nahla TLILI**

Sous la direction de :

**Monsieur Francis KESSLER**

Maître de conférences à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

**29/09/2023**

*L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs*



## **SOMMAIRE**

### **PREMIERE PARTIE**

#### **UNE PERCEPTION LIMITEE DE LA JUSTICE SOCIALE DANS LA REGLEMENTATION CONFLICTUELLE DU CONTRAT INTERNATIONAL DE TRAVAIL**

##### **Titre 1 : Les rattachements de proximité, instruments d'une justice d'égalité ?**

Chapitre 1. Le lieu d'exécution, rattachement proximate rigide

Chapitre 2. La clause d'exception, correctif proximate à la rigidité du rattachement local

##### **Titre 2 : Le rattachement volontariste, une justice de liberté à effet relatif**

Chapitre premier : L'instauration de la justice de liberté dans la règle de conflit

Chapitre second : Contribution relative de la justice de liberté dans la réalisation de la justice sociale

### **DEUXIEME PARTIE**

#### **UNE PERCEPTION EVOLUTIVE DE LA JUSTICE SOCIALE PAR LA CORRECTION DE LA METHODE CONFLICTUELLE**

##### **Titre 1 : Une évolution initiée par les mécanismes classiques de correction en droit international privé, le pluralisme méthodologique**

Chapitre 1. La correction par les lois de police

Chapitre 2. La correction par les normes matérielles de droit international privé,

##### **Titre 2 : Une évolution stimulée par le développement d'un ordre public social transnational, le renouveau méthodologique**

Chapitre 1. L'émergence de l'ordre public social transnational au service d'une justice d'équité universelle

Chapitre 2. La consolidation de l'ordre public social transnational par les normes sociales de RSE, moyen d'une justice d'équité participative

## INTRODUCTION GENERALE

« L'édification de la justice [est] la plus grande affaire du genre humain, la plus magistrale des sciences, œuvre de la spontanéité collective bien plus que du génie des législateurs, et qui n'aura jamais de fin »<sup>1</sup>

### I. La quête de la justice sociale

**La justice sociale, une « notion » insaisissable.** L'examen de la question de la justice sociale sous un angle juridique suscite *prima facie* des interrogations terminologiques en raison de ses facettes multiples et pluridisciplinaires. A la croisée de la philosophie<sup>2</sup>, de la sociologie, de la politique économique<sup>3</sup>, de l'histoire et de la linguistique, elle est surchargée de sens et paraît de ce fait incernable. Cette résistance à l'interprétation juridique tient au fait qu'en droit, on s'accorde sur ce qui est « injuste », préjudiciable et dénonçable sans prétendre identifier le sens absolu du « juste »<sup>4</sup>.

Associée au qualificatif « social », la justice renvoie en général à un ensemble de dualités qui doivent être clarifiées parce que formant plus une complémentarité qu'une opposition. La justice sociale serait dans ce sens aussi *théorique* qu'*empirique*. En théorie, la justice sociale se fonde sur un ensemble de « valeurs et de principes », objets de justifications et qui commandent ce qui doit être. Toutefois, la multiplication des approches théoriques qui y sont relatives témoigne de l'importance de l'expérimentation et de l'effet de la réalité sociale dans la modélisation et le réajustement de la conception théorique préétablie.

La justice sociale associe également principes et institutions. Elle est aussi bien *substantielle* que *fonctionnelle* et exige que soient mis en examen aussi bien son contenu matériel que sa mise en œuvre institutionnelle. Ainsi l'affirmation par un ordre juridique donné, de

---

<sup>1</sup> J. PROUDHON, *Programme de philosophie populaire, De la justice dans la révolution et dans l'église*, Nouvelle édition revue, corrigée et augmentée, première étude, Bruxelles, Office de publicité, montage de la Cour, 39, 1860, p. XLVIII.

<sup>2</sup> La première formulation théorique de la justice sociale a été menée par J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, Cambridge MA : Harvard University Press, traduction française *Théorie de la justice*, Paris : Le Seuil, 1987.

<sup>3</sup> Pour ne citer que les théoriciens dont les théories ont suscité les plus vives réflexions : Hayek, *Law, Legislation and Liberty* vol. 2 *The Mirage of Social Justice*, Londres : Routledge and Kegan, 1976, traduction française *Droit, législation et liberté*, tome 2 *Le mirage de la justice sociale*, Paris : Puf, 1982 ; rééd. coll. « Quadrige », 1995, A. SEN, *The Idea of Justice*, 2009, Cambridge MA : Harvard University Press ; traduction française *L'idée de justice*, Paris : Flammarion, 2010.

<sup>4</sup> A. Supiot remarque à juste titre que « A la différence de la norme biologique, la norme à laquelle on se réfère pour décider du juste et de l'injuste ne procède donc pas de l'observation des faits. Cette Référence est proclamée et célébrée, mais ne peut être ni expliquée, ni démontrée », A. SUPIOT, « *L'idée de justice sociale* », in Sous la direction de Laurence BURGORGUE LARSEN, *Cahiers Européens*, N°4, Editions PEDONE, 2013, p. 5-30, spéc. p. 5.

son engagement en vue de la réalisation de la justice sociale doit être combinée à une mise en œuvre effective par ses institutions et administrations à mesurer sur différents plans.

A la frontière de la *morale* et du *droit*, la notion de justice sociale s'imprègne de ces deux modes de réglementation et de régulation du comportement humain. Elle est le résultat de leur intersection et inspirations mutuelles. L'intégration des valeurs de justice sociale dans la réglementation des rapports juridiques vise à « humaniser » le droit et à l'orienter au mieux vers le respect de la « dignité de la personne », c'est ce qui explique qu'elle peut toucher aux différents domaines de la vie sociale et qu'elle soit plus manifeste dans ceux qui se rapportent au droit social.

***La justice sociale, un « ensemble » insoluble.*** Elle correspond à un idéal, plutôt qu'à un ensemble ou catégorie de normes. « *Elle ne se réduit pas, en effet, à l'application d'une règle, quelle qu'elle soit. Lieu d'une tension entre monde réel et monde idéal, elle se présente à la fois comme un principe d'action et comme une règle d'interprétation* »<sup>5</sup>. Il en résulte que sa confrontation à une question de droit ne doit pas se limiter au contexte actuel et aux circonstances contemporaines. Elle doit s'inscrire également dans une perspective touchant l'avenir des rapports sociaux. Doit ainsi, être pris en considération le caractère *évolutif* de la justice sociale qui résiste à une définition figée et à un classement catégorique. « *La justice n'est pas un état statique, mais dynamique, elle désigne un but qu'on doit s'efforcer d'approcher sans jamais pouvoir l'atteindre* »<sup>6</sup>.

Cette conception ouverte de la justice sociale n'autorise pas de juger de la légitimité d'une règle juridique uniquement au regard d'une règle supérieure. Elle suppose également la vérification de sa compatibilité avec des valeurs universelles de sources internationales. C'est dans ce sens qu'« *on va vers ce qui semble plus juste, par degré* »<sup>7</sup>, ce qui se rapporte à un ensemble commun de valeurs partagées unanimement, ou du moins majoritairement.

---

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 6.

<sup>6</sup> *Ibid.* p. 6.

<sup>7</sup> M. FORSE, « *Une théorie empirique de la justice sociale* », *l'Année sociologique*, éd. PUF, 2006/2 (Vol. 56), pages 413 à 435, spéc. p. 424.



***La justice sociale, une finalité inéliminable.*** Bien qu'il n'existe pas une seule théorie philosophique<sup>8</sup>, de la justice sociale, le consensus est établi en ce que « *l'injustice n'est pas un fait de nature : c'est une institution humaine* »<sup>9</sup>.

Toute la réflexion est alors orientée vers, la recherche des principes d'un ordre juste, « *c'est-à-dire de la manière dont il convient de le disposer ou de l'organiser pour qu'il soit considéré comme légitime par ceux qui sont appelés à se plier à ses règles* »<sup>10</sup>. Au centre de cette recherche, qui s'est développée essentiellement dans le contexte de l'après première guerre mondiale et au sein de l'Etat social, doivent se mettre individus et collectivités. Ainsi, dans un ordre juste, « *chaque être humain est digne de respect et aucun ne doit jamais être utilisé comme un simple moyen par les autres mais qu'il doit toujours aussi et en même temps être considéré comme une fin* »<sup>11</sup>. Ce raisonnement permet de rompre avec les excès du libéralisme économique qui « *prête à la cupidité individuelle la vertu de servir l'intérêt général* »<sup>12</sup> et réduit la justice à un calcul d'utilités<sup>13</sup>.

Dans cette œuvre théorique, la justice sociale ne se réduit plus à une juste redistribution des biens. Elle s'oriente davantage vers la reconnaissance des personnes<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Sur une présentation des différentes théories de justice sociales voir, B. GUILLARME, « Les théories contemporaines de la justice sociale, une introduction », *Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 94, 2000, pp. 31-48.

<sup>9</sup> J-F. SPITZ, « John Rawls et la question de la justice sociale », « *Études* » 2011/1 Tome 414, n° 4141, pp. 55 à 65, spéc. p. 56.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 57.

<sup>12</sup> A. SUPIOT, « *l'idée de justice sociale* », article précité, p. 9.

<sup>13</sup> Il convient de remarquer que dans la pensée utilitariste, « le droit et ses institutions devraient servir au bien-être général, et à rien d'autre », R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, p. VII, Introduction. En droit positif, « L'utilitarisme est très explicitement reconnu comme la source d'inspiration de l'école contemporaine née à Chicago, de l'analyse économique du droit », H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, t. 11, 1977, n°5, p. 987. Le fondateur de cette théorie économique du droit, est J. Bentham. Pour une présentation de sa théorie, voir, J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. J.H. Burns et H.L.A. Hart, in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1970. Voir également, J. BENTHAM, *Of Laws in General*, éd. H.L.A. Hart, in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1970.

La théorie de la justice sociale développée par Rawls était une réponse à la philosophie de l'utilitarisme. Rawls précise à cet effet que : « Mon objectif est d'élaborer une théorie de la justice qui constitue une alternative à la pensée utilitariste », J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford-London-New-York, 1971, p. 22 et préface, p. VIII.

E. DE CHAMPS, « Utilitarisme et liberté. La pensée politique de Jeremy Bentham », *Archives de philosophie*, 2015, n° 2, Tome 78, pp. 221-228.

A. Supiot souligne, à cet égard, que « *Sur ce terrain du calcul d'utilité, c'est bien sûr l'idée de contrat social qui a été mobilisée pour fonder en raison les devoirs réciproques des individus. Cette idée, qui n'a rien de neuf puisqu'elle remonte à Hobbes et Rousseau, a ainsi fait XXème l'objet à la fin du siècle de reformulations, dont la plus fameuse est la Théorie de la justice de John Rawls* », A. SUPIOT, « *l'idée de justice sociale* », article précité, p. 16.

<sup>14</sup>A. Supiot remarque, à cet égard, que, « ce déplacement de la justice sociale de l'avoir (la répartition des richesses) vers l'être (la reconnaissance des personnes) s'est traduit par l'extension de la non-discrimination et par le recul corrélatif de l'égalité économique, sous les coups portés par le néolibéralisme à l'État social. De même le recul des questions sociales dans l'agenda politique est allé de pair avec l'extension continue des revendications sociétales », A. SUPIOT,

Dans sa première dimension redistributive, la justice sociale est essentiellement une œuvre étatique. Elle s'est traduite par une grande disparité des législations sociales nationales. Dans le contexte contemporain, le développement d'une justice reconnaîtive axée autour de la personne, de l'être, vise plutôt à réduire les écarts et à garantir un standard humain universel.

## II. Le déploiement de la justice sociale dans le contrat international du travail

*La confrontation : la pluralité des conceptions nationales de la justice sociale.*

### ***La justice sociale et le contrat international de travail : Un rapport complexe.***

La question de la justice sociale prend en droit positif la forme d'un choix de politique économique. Elle constitue à cet effet, une forme de régulation du marché économique et une réponse aux tenants d'une Grande Société Ouverte fondée sur le libre jeu du marché dont le contrat de travail est un instrument de base. Son développement, s'est toujours associé au rôle de l'Etat providence appelé encore Etat social ou « *Welfare-State* » qui prend en charge dans sa démarche démocratique, des engagements sociaux et économiques. La réalisation de la justice sociale est orientée dans ce sens vers un équilibre entre liberté contractuelle et protection des individus écartant de la sorte l'individualisme extrême et l'étatisme radical. Sa concrétisation dans les législations nationales<sup>15</sup> n'étant pourtant pas uniforme. Des variations sont remarquables tendant vers l'une ou l'autre extrémité, vérifiables par un examen des différentes législations sociales nationales dont le contrat de travail international est le point de contact voire de confrontation. « *Au plan juridique, l'Etat social n'est donc pas une figure homogène mais se présente comme un kaléidoscope de modèles nationaux, ancrés chacun dans une histoire et une culture particulières* »<sup>16</sup>.

L'examen de la question de la justice sociale en droit international privé du travail lève le voile sur cette diversité législative qui sépare le droit tunisien et le droit français sur

---

« De la juste division du travail », dans *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?* (dir.) P. Musso et A. SUPIOT, 2008, pp. 9-25, Hermann, p. 11.

<sup>15</sup> Le droit social a pour raison d'être de « civiliser les relations sociales c'est-à-dire d'y substituer les rapports de droit aux rapports de force », A. Supiot. Critique du droit du travail, Coll. Les voies du droit. Éd. PUF Paris 1994. p. 151.

<sup>16</sup> A. SUPIOT, « *l'idée de justice sociale* », article précité, p. 13.

maintes questions et qui s'exprime par conséquent, sur leur choix dans la résolution des conflits de lois dans les contrats internationaux de travail.

***La justice sociale en droit du travail tunisien, une justice protectionniste, rigide et lacunaire.*** Le principal du droit du travail tunisien résulte des dispositions du Code du travail adopté le 30 avril 1966 dont la codification n'était pas l'œuvre d'une véritable production législative mais un rassemblement de textes épars régissant des secteurs d'activités différents. Le Code n'était pas également l'expression d'une justice participative. D'où les appels pour un dialogue social qui ont donné lieu après la révolution de 2011, à la conclusion du Contrat Social entre le Gouvernement tunisien, l'Union Tunisienne de l'Industrie, du Commerce et de l'Artisanat et L'Union Générale Tunisienne du Travail.

La conception du travail en droit tunisien est une conception classique axée autour du travail salarial avec une préférence annoncée à la formule du contrat à durée indéterminée contredite par une réglementation confuse du contrat à durée déterminée. En fait, après avoir cité un ensemble de situations où l'entreprise peut avoir recours aux contrats à durée déterminée, l'article 6-4 du Code du travail autorise, la conclusion de ce type de contrats par commun accord des parties avec une limitation de la durée du contrat à quatre années<sup>17</sup>. En jurisprudence, cette durée limitée, supposée, une mesure de protection d'ordre public a donné lieu à des interprétations contradictoires quant à sa continuité<sup>18</sup> ou discontinuité<sup>19</sup> ce qui l'a vidé de sens. Le contraste est accentué par l'exigence de la rédaction d'un écrit à l'expiration de la durée afin de transformer le contrat en contrat à durée indéterminée. L'exigence du formalisme à la fin de la durée a défavorisé les travailleurs notamment par une interprétation jurisprudentielle controversée<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> L'article 6-4 du Code du travail tunisien prévoit que « Le contrat de travail à durée déterminée peut également être conclu, dans des cas autres que ceux indiqués au paragraphe précédent, sur accord entre l'employeur et le travailleur et à condition que la durée de ce contrat n'excède pas quatre ans y compris ses renouvellements ; tout recrutement du travailleur concerné après l'expiration de cette période sera effectué à titre permanent et sans période d'essai. Dans ce cas, le contrat est conclu par écrit en deux exemplaires, l'un est conservé par l'employeur et l'autre délivré au travailleur ».

<sup>18</sup> Cour de cassation, arrêt civil n° 57966 du 15 juin 1998, R.J.L 1998, partie civile, p. 449.

<sup>19</sup> Cour de cassation, arrêt civil n° 7189 du 4 avril 2014, non publié, cité par Wajdi Zayati, Code du travail enrichi par la jurisprudence de la Cour de cassation, (1960-2018), (en arabe), éd. Latrach, 2018, p. 55. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que « Lorsque le salarié est employé sur la base d'un travail à durée limitée, la longueur ou non de la période séparant chacun des contrats par rapport aux autres n'a aucun effet sur sa situation et ne la transforme pas du statut de travailleur occasionnel à celui de travailleur permanent, dès lors que ces contrats sont l'objet d'un accord entre les parties et tiennent lieu de loi entre elles par application de l'article 242 du Code des Obligations et des Contrats ».

<sup>20</sup> Les hésitations jurisprudentielles quant à l'interprétation de l'article 6-4 résultent de sa combinaison avec l'article 17 du même Code qui prévoit que « lorsqu'à l'expiration du terme établi, le salarié continu à rendre ses services sans opposition de l'autre partie, le contrat se transforme en un contrat à durée indéterminée ». Dans certains arrêts la Cour a fait une lecture combinée de l'article 6-4 et de l'article 17 afin de protéger le salarié. Il en est ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 10 octobre 2009. La Cour y précise que « si la travailleuse continue à rendre ses services à

La formule des contrats à durée déterminée, constitue plus explicitement un instrument d'attraction des investisseurs dans la réglementation du travail dans les zones franches. C'est dans ce sens que l'article 23 de la loi relative aux zones franches économiques prévoit que « nonobstant tout autre texte contraire, les contrats de travail entre les salariés et les entreprises implantées dans une zone franche économique sont librement réputés des contrats de travail à durée déterminée quelle que soit leur séance, durée ou modalités de leur exécution »<sup>21</sup>. Force est de remarquer qu'« *il s'agit là, à coup sûr, d'une disposition légale sibylline, voire d'une forme de dumping, source de discrimination intolérable, en totale opposition aux principes majeurs du droit du travail, tant en Tunisie que dans la plupart des autres systèmes juridiques qui prêtent à comparaison, et qui appelle à une abrogation expresse dans le sillage de la mise en œuvre des principes de la justice sociale et du travail décent proclamés par la Constitution* »<sup>22</sup>.

Les objectifs économiques auraient pu être réalisés par une réglementation flexible des contrats de travail favorisant la mobilité interne et externe des salariés<sup>23</sup> notamment en réglementant les différentes formes pratiques de travail atypiques à l'instar de ce qui est prévu en droit comparé notamment le « travail intérimaire » et « la mise à disposition de travailleurs ». En dépit de leur diversité et du recours fréquent par les entreprises à ces formes de travail souples, elles sont toutes soumises au même régime, celui de la « Sous-entreprise de main d'œuvre »<sup>24</sup>. Un statut particulier pour chaque forme de travail triangulaire aurait pu introduire une flexibilité dans la gestion des rapports de travail et éviter

---

son employeur après la fin du terme contractuel sans opposition de ce dernier ni la conclusion d'un nouveau contrat, la relation de travail est considérée comme étant à durée indéterminée », Cour de cassation, arrêt civil n° 38853 du 10 octobre 2009, Bulletin de la Cour de cassation, 2009, 2<sup>ème</sup> partie, p. 425. Dans d'autres arrêts, la Cour de cassation a fait une application stricte de l'article 6-4 préjudiciable au travailleur. Il en était ainsi, dans son arrêt n° 26608 du 14 septembre 2014. La Cour y a affirmé que « le fait pour le tribunal de considérer le salarié comme travailleur permanent sur la base de l'article 6-4 du C.T en dépit de l'inexistence dans le dossier de contrats écrits conclus entre les parties...constitue une erreur et une violation claire des dispositions de l'article 6-4 du C.T », Cour de cassation, arrêt civil n° 26608 du 14 septembre 2014, non publicité, cité par Wajdi Zayati, précité, p. 56. Dans un autre arrêt rendu la même année, le 27 octobre 2014, la Cour de cassation fait une application différente de l'article 6-4 plus favorable au travailleur. La Cour y affirme que « le caractère provisoire de la relation de travail dans les cas autres que ceux prévus par l'article 6-4-1 du Code du travail ne peut être prévu que par écrit comportant toutes les caractéristiques du contrat de travail comme la durée ou le travail objet du contrat conformément à l'article 6 -4-2 du Code du travail, d'où il résulte qu'en l'absence d'un écrit, le législateur a posé une présomption légale que la relation de travail est continue et ininterrompue », Cour de cassation, arrêt civil n° 9271 du 27 octobre 2014, non publié, cité par Wajdi Zayati, précité, p. 56.

<sup>21</sup> Article 23 de la loi n° 92-81 du 3 août 1992, portant création des zones franches économiques telle que modifiée par la loi n° 94-14 du 31 janvier 1994 et par la loi n° 2001-76 du 17 juillet 2001, JORT n° 52 du 7 août 1992.

<sup>22</sup> Rapport de travail : L'entreprise et les réformes de rupture, Les journées de l'entreprise, 33<sup>ème</sup> édition, *Instauring an Advocacy Champion for Economy* et *Fondation Friedrich Naumann pour la liberté*, 2018, p. 128.

<sup>23</sup> H. KOTRANE, 50 après, plaidoyer pour un nouveau code du travail, Publications de l'Institut Tunisien des Etudes Stratégiques (ITES), 2017, p. 88.

<sup>24</sup> La « sous-entreprises de mains d'œuvre » fait l'objet du titre II du livre I du Code du travail.

des situations irrégulières « de marchandage ou de trafic de main d'œuvre<sup>25</sup> »<sup>26</sup>. Le droit du travail tunisien est aussi bien lacunaire que rigide, qu'il a supprimé tous les bureaux de placement, privées payant ou gratuits<sup>27</sup>.

La rigidité des solutions retenues également en matière de licenciement<sup>28</sup> est source de « *contradictions et d'incohérences nourrissant les différends d'interprétation devant les tribunaux et ne parvenant pas, en définitive, à un arbitrage cohérent entre les besoins mouvants de mobilité exprimés par les entreprises et le souci de préserver un socle minimum de protections* »<sup>29</sup>.

La conception de la justice sociale en droit du travail tunisien traduit une approche économique taylorienne, en fonction de laquelle le droit social s'oriente vers la réduction de l'exploitation économique et fait abstraction de « l'oppression morale », accentuée davantage par le phénomène de numérisation et le développement de la « cybernétique »<sup>30</sup>. Aucune loi n'a été adoptée en vue de réglementer le télétravail et les différentes questions qu'il soulèvent en termes d'organisation du travail et les droits auxquels il touche relativement à la protection de la vie privé du travailleur, de sa santé mentale et son « droit à la déconnexion »<sup>31</sup>.

Sur les autres questions classiques que soulèvent les contrats de travail, le Code de travail tunisien est formé principalement de règles d'ordre public qui ont été depuis sa promulgation améliorées ou complétées par des conventions collectives<sup>32</sup> dont principalement, la Convention collective cadre adoptée en 1973<sup>33</sup>. L'articulation des

---

<sup>25</sup> Le trafic de main d'œuvre est réprimé par le Code du travail tunisien dans ses articles 280 et suivants.

<sup>26</sup> Rapport de travail : L'entreprise et les réformes de rupture, rapport précité, p. 129.

<sup>27</sup> Article 285 du Code du travail tunisien.

<sup>28</sup> La rigidité est due essentiellement à la procédure du licenciement et à la nécessaire traduction du salarié devant la commission consultative de l'entreprise qui prend en cette matière la forme d'un conseil de discipline de l'entreprise. Cette institution n'existe pourtant pas dans toutes les entreprises. Elle est due également au régime de l'indemnisation définie en termes de règles de calcul préétablies que ni les parties ni leurs représentants syndicaux ne peuvent améliorer par commun accord.

<sup>29</sup> Rapport de travail : L'entreprise et les réformes de rupture, rapport précité, p. 130.

<sup>30</sup> Voir sur cette question et le besoin d'une conception plus large de la justice sociale au-delà de l'avoir (en tant que justice distributive) et de l'être (justice reconnaîtive), A. SUPLOT, « *L'idée de justice sociale* », article précité, p. 26.

<sup>31</sup> Ce droit a été introduit dans plusieurs droits comparés. En droit français, ce droit a été consacré par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.

<sup>32</sup> Certaines questions ont fait l'objet, devant le silence du législateur, d'une réglementation conventionnelle. Il en est ainsi, notamment de la délimitation de la durée de la période d'essai par l'article 18 de la Convention collective cadre de 1973.

<sup>33</sup> Convention collective cadre approuvée par l'arrêté du ministre des Affaires Sociales du 29 Mai 1973 paru au JORT des 25-29 Mai - 1er Juin 1973, p. 852. La convention régit essentiellement l'exercice du droit syndical, les conditions d'embauchage, les conditions d'emploi (système de rémunération, promotion, cessation de la relation de travail), les conditions de travail (durée du travail, travail de nuit, travail des femmes et des enfants, repos, congés payés, congés de maternité et de maladie, congés sans solde), les sanctions disciplinaires et les fonctions du conseil de

dispositions du Code avec les textes conventionnels est soumise au principe de faveur affirmé par la doctrine<sup>34</sup> et la jurisprudence<sup>35</sup> et en fonction duquel, en cas de conflit entre normes législatives et normes conventionnelles, il convient d'appliquer celles qui accordent aux travailleurs plus de droits. L'apport des conventions collectives conclues dans différents secteurs de l'activité économique est considérable en matière de détermination des conditions du travail, de sa durée, de la promotion et des sanctions disciplinaires<sup>36</sup>. Mais, il traduit également, une extrême variation des solutions notamment en matière de salaire ce qui a impacté la paix sociale notamment après la révolution en raison des inégalités ressenties dans différents secteurs et de « *la forte centralisation de la négociation collective et la nette prééminence du gouvernement* »<sup>37</sup>.

En général, et au regard de son orientation sociale, le droit tunisien s'inscrit dans un choix d'Etat social, sans que son apport soit efficace et effectif. L'interventionnisme étatique et la limitation considérable de la liberté contractuelle impactent, ainsi, les contrats internationaux de travail soumis au droit tunisien. La question de la justice sociale se trouve mieux inscrite en droit français, bien qu'elle fasse l'objet de mutations considérables affectant l'Etat social.

***La justice sociale en droit français à l'épreuve des changements économiques.*** En droit français, la conception de la justice sociale est particulière. C'est dans ce sens que « *le modèle français, inspiré d'un « idéalisme moral et social », celui d'égalité politique, s'est trouvé compromis par la « subordination salariale » qui, elle-même, a amené l'État à intervenir pour établir une « citoyenneté sociale qui prolonge la citoyenneté politique* »<sup>38</sup>. Dans ce modèle, la notion de contrat de travail, fait l'objet essentiellement d'une conception romanique<sup>39</sup>. Mais il devient

---

discipline, la composition et les attributions de la commission consultative paritaire, la formation, la sécurité et la santé au travail ainsi que les régimes de sécurité sociale.

<sup>34</sup> M. Tarchouna, affirme à cet égard, que bien que le principe de faveur ne soit pas consacré en droit tunisien dans un texte législatif à l'instar de ce qui est prévu en droit français, son existence n'est pas contestable en raison de sa valeur normative, M. TARCHOUNA, *La négociation collective en Tunisie*, Thèse pour le Doctorat d'Etat en droit, Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 1986, p. 1145.

<sup>35</sup> Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation tunisienne, civil, n° 20812 du 2 mars 1992, Bulletin de la Cour de cassation, 1992, p.148 et l'arrêt de la Cour de cassation tunisienne, civil, n° 20814, du 2 mars 1992, Bulletin de la Cour de cassation, p. 126.

<sup>36</sup> Voir sur cette question, S. SOUISSI, « Le Code du travail et les conventions collectives », Actes du colloque international « le Code du travail 50 ans après : 1966-2016 », Cinquantenaire du Code du travail, Publication Institut National du Travail et des Etudes Sociale en collaboration avec la fondation *Friedrich*, 2016, p. 67-85, spéc. p. 72.

<sup>37</sup> Rapport de travail : L'entreprise et les réformes de rupture, rapport précité, p. 147.

<sup>38</sup> A. SUPPIOT, « Réflexion sur le modèle social français », Interview d'Alain Supiot, par Arnaud Teyssier, *Futuribles*, 2021/6 N° 445 | pages 5 à 16

<sup>39</sup> Cette conception est « essentiellement individualiste et contractuelle héritée du droit romain ». A. SUPPIOT, *critique du droit du travail*, PUF, 2011, p. 17.

impacté également par la conception germanique<sup>40</sup>, d'où une « combinaison du contrat et de l'institution ». Toutefois, il subit, sous l'effet des crises économiques, des transformations profondes justifiant un assouplissement des rapports de travail. Héritées du passé, les relations de travail, « *constitueraient l'un des obstacles à la sortie de la crise* »<sup>41</sup>. En conséquence, et en contrepartie d'une meilleure sécurité de l'emploi et du travail, « *la flexibilité est devenue le nouveau maître mot du XXI<sup>ème</sup> siècle et n'a pas été sans conséquence sur la nature juridique du statut salarial* »<sup>42</sup>. Elle a donné lieu à « *l'apparition, de plus en plus fréquente, entre le travail salarié et le travail indépendant de situations hybrides de travail dont il n'est pas sûr si elles relèvent des règles du droit du travail* »<sup>43</sup>. La subordination juridique présente, à l'heure actuelle, de « *nouveaux visages* »<sup>44</sup> qui rendent difficile la qualification du contrat de travail. En fait, il est devenu de plus en plus admis que « *les contours de cette catégorie sont devenus flous* »<sup>45</sup>. Les changements étaient tellement importants en matière de contrat de travail au point qu'on a pensé, à un certain moment à considérer que « *presque vidé de son sens, il sert surtout à définir le champ d'application des lois du travail* »<sup>46</sup>.

La multiplication, en droit français des situations de travail atypiques, traduit une orientation vers « *une flexibilisation progressive du marché du travail* »<sup>47</sup>, nécessitée par les changements économiques et sociaux. Seulement, cette stratégie a abouti « *après diverses mutations, à l'idée actuelle de « flexisécurité », mais en laissant souvent de côté le volet sécurisation des parcours professionnels* »<sup>48</sup>. Ses effets sur le contrat de travail étaient remarquables. Elle a affecté le principe de la stabilité de la relation juridique et a renforcé l'individualisation du travail en mettant l'accent sur les droits individuels au détriment des droits collectifs<sup>49</sup> ce qui par

---

<sup>40</sup> A. Supiot, souligne que « cette culture juridique germaniste saisit donc la relation de travail comme une situation d'appartenance personnelle à une communauté, et place ainsi cette relation dans l'orbite du statut des personnes. Par opposition à l'analyse contractuelle, qui privilégie le rapport des hommes aux choses pour rendre possible l'échange d'un travail ainsi objectivé contre du salaire, cette culture germaniste restitue au rapport entre les personnes la place première qui était la sienne dans l'analyse juridique préindustrielle de la relation de travail », A. SUPIOT, *critique du droit du travail*, précité, p. 18.

<sup>41</sup> R. BOYER, *La flexibilité du travail en Europe*, Paris la Découverte, 1986, p. 209.

<sup>42</sup> E. MAZUYER, « Les mutations des droits du travail sous influence européenne », *Revue de la régulation*, 13/1er semestre, 2013 mis en ligne le 31 mai, <http://regulation.revues.org/10117>.

<sup>43</sup> G. SPYROPOULOS « le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », *Droit Social* n° 4 Avril 2002 p. 392.

<sup>44</sup> A. SUPIOT, « les nouveaux visages de la subordination », *Droit Social* 2000, p. 132.

<sup>45</sup> A. JEAMMAUD « l'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *Droit Social* n°3 Mars /2001 p. 227.

<sup>46</sup> G. LYON-CAEN « Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale », LGDJ 1955 n° 226.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 392

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> G. SPYROPOULOS « Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique » *Réflexions en marge d'un congrès*, *Droit Social* 1992 n°3, pp. 259-264.

nature, affaiblit le rôle protecteur du droit du travail, « *menace son unité et sa cohérence et rend parfois problématique la référence à un « droit national du travail »* »<sup>50</sup>.

Par ailleurs, la concurrence sociale normative et la prévalence des intérêts économiques constitue une nouvelle donnée qui affecte l'Etat social en Europe et en France particulièrement<sup>51</sup>. Les crises financières qu'a engendrées le libéralisme accentué n'ont épargné aucun Etat. Pour en faire face, il a fallu assouplir les rapports de travail et revoir les fonctions de l'ordre public<sup>52</sup>.

Transposé dans l'ordre international, ce schéma est plus inquiétant. Les entreprises notamment multinationales procèdent à une mobilité accentuée de leurs salariés. Elles usent de formules diverses pour les déplacer et parfois pour les soumettre à une législation sociale à faible protection.

***Le développement du « travail transnational » et la remise en question de l'idée de justice sociale.*** Trop complexe est la mobilité transnationale des travailleurs. Résultat d'une apparition croissante des entreprises multinationales, cette forme d'« internationalisation » des relations de travail pose le problème du « *changement de référence aux notions de lieu et de temps au plan des concepts juridiques* »<sup>53</sup>. En fait, le fonctionnement des entreprises multinationales se caractérise par l'apparition d'un espace supranational dans lequel se combine « *mobilité des travailleurs* » et « *mobilité du capital* ». Les rapports de travail transnational s'orientent vers une « autorégulation », ce qui remet en question les assises du droit social.

Dans cet espace également, « *l'organisation des firmes change aussi : les relations entre les unités ne sont plus seulement verticales mais horizontales* »<sup>54</sup>. On devient, alors, face à une entreprise « réseau » dont le fonctionnement est basé sur une externalisation des activités et un recours important à la « sous-traitance » ce qui est à l'origine de plusieurs difficultés relatives notamment à la multitude des lieux de travail, à l'identification de l'employeur et au statut des dirigeants dont la carrière dépend d'une rotation au sein des différentes entreprises du groupe multinational. Face à cette diversité de situations, « *il n'y a pas lieu d'attendre un grand*

---

<sup>50</sup> G. SPYROPOULOS « le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », Droit Social n° 4 Avril 2002 p. 393.

<sup>51</sup> A. Supiot, remarque à cet effet que « Ce type de concurrence sape évidemment les bases de l'Etat social dans les pays du Nord », A. SUPIOT, « La justice sociale internationale au XXIe siècle », article précité, p. 171.

<sup>52</sup> Voir dans ce sens, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen, RTD Civ., 2005, p. 713.

<sup>53</sup> M-A. MOREAU et G. TRUDEAU, « Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », *Journal du droit international*, p 935.

<sup>54</sup>M-A. MOREAU et G. TRUDEAU, article précité, p 930.



*secours du droit international privé dans l'affinement des concepts* »<sup>55</sup>. La qualification reste unique et ces différentes situations ne constituent pas des catégories de rattachement autonomes.

De plus, les techniques de droit international privé ne permettent pas de saisir « la communauté » salariale au sein du réseau. Dans les deux systèmes juridiques en comparaison, la règle de conflit de lois, constitue la méthode principale de détermination du droit applicable ce qui pose des interrogations quant à sa compatibilité avec la complexité des contrats de travail internationaux d'une part et la diversité des conceptions nationales de justice sociale.

*La recherche de compatibilité par la répartition des compétences législatives en droit international privé.*

**Les méthodes.** L'inscription de la question de la justice sociale dans le cadre de la résolution du conflit de lois nés dans les contrats internationaux du travail paraît à première vue étrange. En raison de son rapport étroit avec le développement de la démocratie et ses fondements liées aux principes de liberté et d'égalité, cette question a intéressé plus les juristes de droit international public que ceux du droit international privé. En fait, « *les termes de droit international privé et de justice sociale ne sont pas fréquemment accolés l'un à l'autre* »<sup>56</sup>. Seules les questions relatives à la nationalité et aux conditions des étrangers semblent être imprégnées entre autres par des soucis de justice sociale. Elles le sont en raison essentiellement, de la nature matérielle des règles qui les régissent. Pour les autres questions de droit international privé, notamment les questions résolues par des règles de rattachement, les impératifs recherchés ne sont pas généralement, des impératifs de justice sociale, du moins ils ne le sont pas explicitement.

En matière de conflit de lois, qui fait exclusivement le champ de notre étude, le droit international privé procède par nature, à la répartition des compétences par des règles de conflit qui se veulent, en principe, abstraites et neutres à l'égard de la solution au fond. Par la répartition des compétences législatives, le droit international privé vise à assurer essentiellement la coordination des systèmes. La diversité des conceptions nationales de la justice sociale est de la sorte, transposée par les règles de rattachement. Elle est conçue

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> E. PATAUT, « Le droit international privé au service de la justice sociale ? questions de méthodes sur la circulation et la solidarité sociale en Europe », in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, sous la direction de Hugues Fulchiron, LexisNexis, pp.121-132, spéc. p. 121.

comme faisant la richesse de la discipline, alors qu'elle impacte sensiblement les contrats et la décision de mobilité internationale. C'est dans ce sens et « *en raison de la faible harmonisation du social, et du droit fiscal, à l'échelle européenne et internationale, (que) la mobilité se heurte aux larges écarts qui séparent les réglementations des Etats en matière de conditions de travail et d'emploi, de protection sociale et de fiscalité notamment* »<sup>57</sup>.

En droit international privé, le règlement des conflits de lois prend ainsi, une forme technique mise au service d'une justice particulière, « une justice conflictuelle », « une justice *de droit international privé* » qui se traduit par la meilleure localisation du rapport de droit. Toutefois, dans ce processus de règlement technique du conflit de lois, le droit international privé a renoncé progressivement à son opacité à l'égard des rapports aux fonds pour intégrer des considérations matérielles dont celle de la protection des parties faibles en matière contractuelle. La justice qui en a résulté est une « justice matérielle », une « justice *en droit international privé* ».

Il convient dès lors de vérifier si la « justice sociale » dans le contrat international du travail est absorbée au niveau conflictuel ou doit être recherchée également dans la solution substantielle.

***La justice sociale à l'intersection de la justice conflictuelle et de la justice substantielle.*** Le règlement du conflit de lois né à l'occasion d'un contrat international de travail dépend du rattachement retenu par la règle de conflit. En réservant au contrat international de travail une règle de conflit spéciale différente de celle applicable aux autres contrats internationaux, le droit tunisien et le droit français affirment que les enjeux sociaux dans le contrat de travail sont intenses et exigent un traitement spécial. Le contrat de travail a été soustrait du champ d'application de l'article 62 du CDIP tunisien attribuant compétence à la loi choisie par les parties et à titre subsidiaire, « à défaut par celles-ci de désigner la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat du domicile de la partie dont l'obligation est déterminante pour la qualification du contrat, ou celle du lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ». Le rattachement principal à la loi d'autonomie était, jugé, par les rédacteurs du CDIP inadapté aux rapports du travail conçus comme étant des rapports d'adhésion. Le postulat d'une volonté « négative » du côté du salarié a mené à écarter totalement le

---

<sup>57</sup> S. ROBIN-OLIVIER, « La mobilité internationale des salariés », *Dr. soc.*, 2011, P. 297.

rattachement du contrat de travail à la loi d'autonomie, expression d'un « libéralisme » jugé inadmissible en matière sociale.

La conception tunisienne de la justice sociale caractérisée par le protectionnisme trouve ainsi sa projection en droit international privé par une exclusion totale du principe de liberté dans la règle de conflit de l'article 67 réservée au contrat du travail, contrairement à la règle française qui accorde sa juste part à la loi d'autonomie dans une logique de justice de liberté.

Mais, par effet de contraste, le principe de liberté exclu de la règle de compétence législative est affirmé dans la règle de compétence juridictionnelle sans aucune dérogation ni limitation pour les contrats de travail, contrairement à la solution en droit français<sup>58</sup>. Les clauses attributives de juridiction, en tant que manifestation de la liberté sont admises en droit tunisien. Elles peuvent soit décliner la compétence initiale de l'ordre tunisien du lieu d'exécution du travail<sup>59</sup> soit l'élire au cas où le contrat s'exécute à l'étranger<sup>60</sup>. La jurisprudence a contribué à mettre l'accent sur le principe de liberté en matière de compétence juridictionnelle. La Cour de cassation tunisienne, a dans ce sens, considéré que la compétence sur la base du lieu d'exécution du travail élimine le chef de compétence général du domicile du défendeur<sup>61</sup>, alors qu'elle n'élimine pas celui basé sur la prorogation volontaire de compétence<sup>62</sup>.

En désharmonie avec les règles de compétence judiciaire, la justice de liberté est sacrifiée dans la résolution du conflit de lois marquée par une préférence à une approche institutionnelle du contrat de travail plus que contractuelle. Le contrat est, aux termes de l'article 67 du CDIP soumis au « droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit

---

<sup>58</sup> Aux termes de l'article 23 du Règlement, « il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions : 1- postérieures à la naissance du différend ; ou 2- qui permettent au travailleur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ».

<sup>59</sup> En application de l'article 5 du CDIP tunisien qui prévoit que « si l'action est relative à un contrat exécuté ou devrait être exécuté en Tunisie sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger ».

<sup>60</sup> En application de l'article 4 du CDIP tunisien.

<sup>61</sup> Le principe de la compétence en fonction du domicile du défendeur en Tunisie constitue la règle générale de compétence formulée au niveau de l'article 3 du CDIP.

<sup>62</sup> Arrêts de la Cour de cassation tunisienne n° 21712/ 2015 du 15 mai 2015. Le même attendu est repris à la lettre dans d'autres arrêts rendus à la même date par la Cour de cassation tunisienne se rapportant chacun à un litige opposant la société SNC Lavalin International INC à son salarié suite à une série de licenciement. Voir notamment, arrêts n° 21732/2015, 21727/2015, 21714 /2015, 21716/2015, 21720/2015, 21731/2015, 21717/2015, 21719/2015, du 15 mai 2015, inédits, cités par M. BOUASSIDA, « Le contrat de travail international en droit international privé tunisien, mémoire en vue de l'obtention du master en droit international et relations Maghreb-Europe, 2014-2015, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis.

habituellement son travail ». Le rattachement rigide à la loi du lieu d'exécution est supposé « protéger » le travailleur alors qu'il correspond plutôt à une logique d'égalité permettant de préserver un traitement identique aux travailleurs intégrés dans la communauté salariale du pays du lieu d'exécution.

Le même rattachement constitue une règle spéciale de compétence des tribunaux tunisiens en matière contractuelle y compris le contrat international du travail. Toutefois, sa mise en œuvre en tant que chef de compétence des tribunaux tunisiens favorise les travailleurs étrangers exerçant en Tunisie. Elle ne profite pas aux travailleurs tunisiens en mobilité internationale à l'étranger et qui auraient intérêt à l'occasion de la rupture de leurs contrats et retour dans leur pays d'origine de saisir leurs juridictions nationales.

On constate de cet aperçu des règles de compétence législative tunisiennes et leur comparaison aux règles juridictionnelles que le principe de faveur qui régit les rapports entre les normes sociales internes se trouve déformé au niveau des rapports internationaux. Le contrat de travail est régi par la loi du lieu de son exécution habituelle, sur la base d'une présomption de proximité qui est corrigée en présence d'une loi ayant des liens plus étroits avec le contrat<sup>63</sup>.

Le raisonnement de proximité sans y être exclusif, se retrouve également, en droit français aussi bien dans la règle de source jurisprudentielle<sup>64</sup>, que dans celle de la Convention de Rome<sup>65</sup> et du Règlement Rome I<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Il convient de préciser que l'article 67 du CDIP tunisien prévoit dans son dernier alinéa que « Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le droit de travail a des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de celui-ci est applicable.

<sup>64</sup> Soc. 31 janv. 2007, no 05-44.203, Bull. civ. V, no 17. – Soc. 5 janv. 2011, no 08-42.795. – Soc. 3 mars 2015, no 13-24.194, JDI 2015. 873, note S. Sana-Chaillé de Néré.

<sup>65</sup> Aux termes de l'article 6 de la Convention de Rom, « 1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi : a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable »

<sup>66</sup> L'article 8 du Règlement Rome I prévoit que « 1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel

La combinaison de la diversité des solutions conflictuelles à la diversité des solutions fondamentales en droit tunisien et en droit français, renforce les inégalités de traitement internationales. Le raisonnement conflictuel en droit international privé du travail, inscrit la question de la justice sociale dans un paradigme classique « souverainiste » faisant abstraction de la dimension internationale voire « globale » qu'a connu cette notion dans la société contemporaine. Dans ce contexte de changement de paradigme orienté vers l'« humanisation » de la concurrence économique et le renforcement des engagements sociaux des Etats, il devient primordial de recentrer la question de la justice sociale dans le droit international privé du travail et revoir les solutions actuelles de résolution du conflit des lois.

### III. Le redéploiement de la justice sociale dans le contrat international du travail dans le nouveau contexte juridique

*La diversification des formes de coordination en droit international privé : coordination horizontale et coordination verticale.*

***Les effets sociaux d'une coordination horizontale des systèmes juridiques.*** La finalité poursuivie par le droit international privé était depuis une longue période, la coordination des différents ordres juridiques. « Cette façon de voir constituait naturellement le fondement même de la conception universaliste du droit international privé propre aux juristes du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>67</sup>. Totalement dissocié du droit des gens, le droit international privé constitue, sous cet angle, une œuvre principalement nationale. Ses règles expriment la conception que font leur auteurs des rapports internationaux. Elle est l'image de « leur idéal de justice et de leur spéculation scientifique beaucoup plus que de leur réalité juridique »<sup>68</sup>. En droit tunisien, la solution conflictuelle au contrat international du travail, est l'expression d'une approche dirigiste préjudiciable aux entreprises tunisiennes qui se lancent dans un processus progressif

---

le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur. 4. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique ».

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 252.

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 252.

d'internationalisation et qui aurait intérêt à un aménagement contractuel avec leurs salariés quant au droit applicable.

Le droit international privé, en accordant aux Etats la libre détermination du droit applicable s'inscrit dans une logique « *d'établissement de l'ordre* »<sup>69</sup> pour que « *la vie en société soit possible* »<sup>70</sup> et que « *la coexistence des individus soit assurée* »<sup>71</sup>. La coordination des systèmes juridiques prend en conséquence une dimension horizontale en raison de l'absence d'une régulation internationale des rapports privé par un organe international. En droit du travail, l'indifférence de la règle de conflit quant aux choix sociaux des Etats a servi la concurrence normative des pays en développement en vue de l'attraction des investisseurs étrangers et n'a pas permis de paralyser le phénomène de dumping social. C'est aux vues de ces effets, que la résolution du conflit de lois dans le contrat international de travail doit être repensée. La renonciation à la dissociation totale entre ordre international et ordres nationaux devient, dans cette perspective, une exigence méthodologique.

***Le développement d'une justice sociale globale, facteur de coordination verticale des solutions de conflits de lois.*** La mise à l'épreuve de cette conception des rapports inter-étatiques permet de constater une transformation lancée, dans le domaine social, depuis la création de l'OIT<sup>72</sup>. Orientée vers un objectif suprême d'élaboration d'un droit du travail de source internationale, l'œuvre entreprise n'était pas de l'efficacité souhaitée en raison de la résistance étatique<sup>73</sup>. Mais, elle a pu « *bousculer l'approche strictement libérale du droit international (public) classique protégeant la souveraineté-indépendance des Etats* »<sup>74</sup>. En accordant à l'OIT, la mission de la réalisation de la justice sociale « *le droit international libéral n'est plus simplement un droit qui régit les relations entre Etats (coexistence et coopération des souverainetés étatiques) mais il s'ouvre à un objectif oublié de bien-être des individus (dimension intra gentes)* »<sup>75</sup>. La conception de la justice sociale dans cette orientation politique est une conception « globale »<sup>76</sup> qui sans faire l'objet d'une définition préalable résulte d'un consensus autour

---

<sup>69</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, pp. 200-201.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> La déclaration solennelle inscrite en 1919 dans le traité de Versailles adoptée suite à la première guerre mondiale et reprise dans le préambule de l'OIT prévoit que : « Une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ».

<sup>73</sup> A propos de la faiblesse du système de l'OIT, voir, A. SUPIOT, « *Justice sociale et libéralisation du commerce international* », Dr. Soc., n° 2, février 2009, p. 131-141., spéc. p. 134.

<sup>74</sup> M. DUBUY, « L'OIT : une contribution à l'émergence des finalités providentialiste du droit international public », Dans *Civitas Europa* 2014/2 (N° 33), Éditions IRENEE, Université de Lorraine, pp. 111 à 130, spéc. p. 113,

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 113. Gallimard, « *Le Débat* », 2016/2 n° 189, pages 169 à 183.

<sup>76</sup> Sur le développement d'une justice sociale globale, voir, A. SUPIOT, *Quelle justice sociale au XXI<sup>ème</sup> siècle*,

d'un certain nombre de principes, dont essentiellement la reconnaissance des droits économique, des droits sociaux fondamentaux et le droit à des conditions de travail décent. L'œuvre entreprise en vue de leur réalisation a permis de reproduire ces principes mêmes dans des textes de commerce international<sup>77</sup>.

Ce noyau dur de principes favorisant une justice de solidarité<sup>78</sup> sociale internationale sert de catalyseur au foisonnement des législations de travail et à la multiplicité des conceptions nationales de justice sociale. Son imbrication dans la gestion du conflit des lois dans les contrats internationaux de travail invite à interroger les méthodes de droit international privé et à revoir les frontières entre droit international public et droit international privé. La recherche de la voie d'une mise en œuvre effective des engagements étatiques sociaux dans les relations internationales privées permettrait dans cette réflexion d'associer au sein du droit international privé, coordination verticale et coordination horizontale des ordres juridiques. Elle constitue également, une voie propice à exploiter par les juges tunisiens afin de rendre effectives dans les rapports privés, les valeurs sociales internationales.

Un examen réfléchi des différentes techniques de résolution du conflit des lois doit alors, être orienté vers la recherche de solutions substantielles conformes aux valeurs sociales internationales sur des questions à l'égard desquelles le droit du travail tunisien est resté lacunaire. La recherche entreprise devrait, dans ce sens attribuer à la question de la justice sociale dans le contrat international de travail une dimension aussi pratique et empirique que théorique, ce qui suppose également, une exploitation de la diversité des normes sociales.

### *La densification normative*

---

<sup>77</sup> M. ANGES-MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, collection Dalloz, À droit ouvert – 2006

<sup>78</sup> La justice de solidarité a été analysée essentiellement par A. FOUILLÉE. Selon l'auteur, « *Il y a une justice de liberté, qui veut que l'on respecte le développement de ma personnalité individuelle ; il y a une justice d'égalité, qui veut que les hommes les plus inégaux par ailleurs soient traités de même pour les actes de même valeur ; mais il y a aussi une justice de solidarité, trop méconnue, qui veut que, faisant partie d'un même tout, réagissant l'un sur l'autre, ne pouvant agir dans la vie sociale sans que mes actions aient une répercussion en autrui, je prenne en considération le bien des autres en même temps que mon bien propre. [...]* C'est cette justice de solidarité dont la charité pure était une application encore trop vague, arbitraire, incertaine, et qui, dans nos sociétés modernes, sous le nom de justice sociale, doit aboutir à des obligations précises ». A. FOUILLÉE, « L'idée de justice sociale d'après les écoles contemporaines », *Revue des Deux Mondes*, vol. LIX, 1899, T.152, pp. 47-75, cité p. 61

**Le sens de la diversité.** Le développement des formes de travail transnational exercé au sein des firmes multinationales s'est accompagné par une véritable mutation normative.<sup>79</sup> Certaines de ces normes constituent une pratique contractuelle internationale. Elles prennent la forme de notes de services, de contrats-type, « *de règles compilées dans des livrets, dans des manuels à l'usage du personnel envoyés à l'étranger* »<sup>80</sup>. D'autres prennent la forme de normes autonomes destinées aux cadres supérieurs des entreprises et élaborées par les dirigeants de ces entreprises eux-mêmes, normes désignées par une « *lex laboris* ». Mais les plus intéressants sont les instruments relatifs aux droits sociaux établis par les entreprises dans leur démarche de responsabilité sociétale. L'apparition de ces normes et leur développement quantitatif et qualitatif, constitue un nouveau paradigme et appelle à une réflexion renouvelée mettant le pluralisme normatif au service de la justice sociale.

Aux principes d'égalité et de liberté formant les axes fondamentaux de la justice sociale, doivent s'ajouter des valeurs tenant à l'équité. Sous cette nouvelle facette, la justice sociale prend « *une dimension axiologique et une dimension procédurale. Sa dimension axiologique est celle de la dignité humaine et des droits économiques, sociaux et culturels qui en découlent. Sa dimension procédurale procède à la fois de la libre entreprise et de la liberté syndicale* »<sup>81</sup>.

**Le dépassement d'une perception antagoniste de la diversité.** La question de la justice sociale est étroitement liée à celle du pluralisme normatif. Son inscription dans le contexte mouvant dans lequel se développent les rapports internationaux de travail nécessite un examen réfléchi de la diversité normative et son emploi au service d'une justice sociale participative<sup>82</sup>. Les normes sociales d'origine privées doivent être abordées sous un angle de complémentarité avec le droit dur<sup>83</sup> et nécessitent une réflexion quant à la fonction qu'elles peuvent avoir dans un champ dominé par l'ordre public. Des difficultés doivent alors, être affranchies tenant à la juridicité des normes sociales privées et par conséquent de leurs effets sur les solutions des conflits de lois dans les contrats internationaux du travail.

---

<sup>79</sup> A. SBLINI-VALLAT « Les normes matérielles internationales d'entreprise », *RCDIP*, n°3 juillet-septembre 1988 tome 77.

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 658

<sup>81</sup> A. SUPLOT, « Quelle justice sociale internationale au XXI<sup>ème</sup> siècle », *Le Débat*, 2016, n° 2, p ; 169-189, spéc. p. 170.

<sup>82</sup> M. VERLHAC, « Démocratie et travail », Martin Média, « *Travailler* », 2017/2 n° 38 | pages 183 à 222, spéc. p. 222.

<sup>83</sup> Voir dans ce sens, Alain Supiot (Dir.), 2014, *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, Coll. Le sens du droit.



Le recours à des modes de « régulation » souple dans une matière, traditionnellement régie par « une réglementation » rigide<sup>84</sup> ne s'adapte pas avec une application figées des règles du droit international privé. Des voies de conciliation s'ouvrent par un exploitation renouvelée des méthodes. Il convient dès lors de procéder à un examen analytique des normes sociales produites dans le cadre de la RSE et de chercher les modes de leur agencement avec le droit dur dans un sens d'enrichissement des solutions.

La mobilisation de la diversité normative permettra spécialement en droit tunisien de palier aux limites des méthodes du droit international privé et de combler les lacunes du droit du travail sur maintes questions. Les voies d'une application extraterritoriale des normes édictées par les sociétés mères ou donneuses d'ordre aux salariés de leurs filiales ou partenaires commerciaux implantés en Tunisie doivent à cette fin, être exploitées.

#### IV. Problématique et plan

***La problématique et le plan.*** La présentation de la notion de justice sociale sous ses différentes dimensions nationales et universelles, redistributive et recognitive et son inscription dans le contexte actuel des contrats internationaux du travail mène à s'interroger quant à son intégration dans la méthode de résolution du conflit de lois en droit international privé du travail tunisien et français.

Pour y répondre, nous partirons d'une analyse des règles de conflit relativement divergentes dans les deux systèmes juridiques, afin de mesurer les limites de leur efficacité à intégrer les valeurs de justice sociale, ce qui nous mène à rechercher les différentes voies de correction possibles.

Dans cette démarche analytique, la première partie de cette étude sera réservée à une confrontation des règles de conflit aux deux aspects fondamentaux de la justice sociale se rapportant aux principes de liberté et d'égalité. Ce qui permettra de relever une perception limitée de la justice sociale dans la réglementation conflictuelle du contrat international du

---

<sup>84</sup> La montée de l'idée de gouvernance marque les transformations qui traversent le droit positif et spécialement le droit du travail. En fait, « la « globalisation » de l'économie a conduit à relativiser la place du droit dans la maîtrise des transformations du travail et de l'emploi. Aux États-Unis, c'est la notion de gouvernance qui est le plus souvent utilisée à cet effet (par opposition à *government*), tandis qu'en Europe continentale on parle plus volontiers de régulation (*Regulierung, regolazione*) pour se démarquer de la simple réglementation (*Regelung, regolamentazione*), A. SUPIOT, critique du droit du travail, préface de l'édition « Quadrige » : critique de la régulation ou le droit saisi par la mondialisation, p. 18.

travail (Partie 1). La seconde partie s'attachera à une exploitation des différents modes de correction classiques et renouvelés favorisant le rapprochement des solutions d'une justice d'équité universelle. Elle s'intéressera à une perception évolutive de la justice sociale par la correction de la méthode conflictuelle (Partie 2).

## **PREMIERE PARTIE : UNE PERCEPTION LIMITEE DE LA JUSTICE SOCIALE DANS LA REGLEMENTATION CONFLICTUELLE DU CONTRAT INTERNATIONAL DE TRAVAIL**

*Méthode conflictuelle et justice sociale, la difficile conciliation au niveau de la règle de conflit relative au contrat international de travail.* Bien que la justice sociale, prend un aspect abstrait et se présente comme le « *bnt* central de toute politique nationale et internationale » et comme un « *objectif* fondamental », la poursuite de sa réalisation suppose l'adoption de mesures et instruments en vue de sa mise en œuvre concrète. En droit international privé, ce travail de concrétisation n'est pas aisé en raison du caractère indirect de la règle de conflit, mécanisme principal de détermination du droit applicable. La solution substantielle n'étant pas connue d'avance, elle dépend de la mise en œuvre du critère de rattachement retenu. Ce critère classiquement neutre recherchant la meilleure localisation de la catégorie juridique, a pu avoir dans certaines matières, grâce au phénomène de matérialisation du droit international privé une coloration substantielle.

Examinée sous cet angle, la fonction sociale de la règle de conflit doit être vérifiée par une analyse des critères de rattachement retenus. En droits tunisien et français, la règle de conflit, que nous désignons dans cette partie par réglementation conflictuelle, parce qu'elle en constitue l'outil principal, est marquée par la prédominance du principe de proximité. Le lieu d'exécution du travail joue une fonction centrale dans la détermination du droit applicable au contrat et appelle à des réflexions quant à ses fondements. A priori, ce rattachement permet de tenir compte de l'intégration du travailleur dans la communauté salariale du lieu d'exécution de ses fonctions et s'inscrit, ainsi, dans une logique d'égalité qui constitue l'un des aspects de la justice sociale. Toutefois, la justice sociale n'est pas réductible à la seule justice d'égalité. En fait, si le rattachement de proximité autorise à l'Etat le plus proche de donner effet à ses normes sociales d'ordre public, ces normes ne sont pas, dans tous les cas de figure, favorables de manière égale aux deux parties. Le travailleur, qui n'est pas en mesure de choisir librement son lieu de travail peut être défavorisé par l'application d'une loi de proximité peu protectrice. L'adéquation du rattachement de proximité avec les exigences sociales est, alors, en question. Elle l'est davantage, en raison de la clause d'exception formulée dans les deux règles de conflit tunisienne et française.

Naturellement destinée à l'assouplissement de la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution par la recherche de la proximité qui soit concrètement, la plus forte, la clause d'exception pose des interrogations quant à une éventuelle fonction fondamentale. Nous estimons alors nécessaire de confronter, dans un premier titre, les rattachements de proximité supposés satisfaire une justice d'égalité aux différents impératifs sociaux que le contrat de travail met en jeu. Nous réservons, le premier titre de cette partie, aux rattachements de proximité, instruments d'une justice d'égalité ? (**Titre premier**)

Les éventuelles discordances devraient être plus intenses en droit tunisien où aucun rattachement alternatif aux rattachements de proximité n'est retenu par la règle de conflit. En droit français, la recherche d'une solution favorable au travailleur a conduit à la reconnaissance de la liberté de choix du droit applicable par les parties. La fonction accordée à l'autonomie de la volonté, plus manifeste dans les règles de source conventionnelle, est conditionnée par le principe de faveur. Par une fonction sociale reconnue à la volonté, on suppose que le « progrès matériel », le « développement » social et la sécurité économique du travailleur exigent la reconnaissance de son droit fondamental à la liberté et à l'égalité<sup>85</sup>.

Il convient alors de rechercher, aux fins d'une suggestion de réforme de la règle de conflit tunisienne, la meilleure articulation possible de la loi d'autonomie avec les rattachements de proximité. Une règle de conflit socialement juste passe moins par la reconnaissance de la justice d'égalité et de la justice de liberté que par leur mode d'ordonnement. Elle doit au moins poursuivre « *trois objectifs : protection du travailleur, satisfaction du principe de proximité et recherche de prévisibilité grâce à la possibilité de choisir la loi applicable* »<sup>86</sup>. Toutefois, la satisfaction concrète de ces objectifs est tributaire d'un élément subjectif, celui de l'exercice par les parties de leur liberté de choix du droit. Elle dépend également des conditions de mise en œuvre de la règle de conflit et de son autorité à l'égard du juge et des parties. Par conséquent, bien que recommandée, l'instauration de la justice de liberté au sein de la règle de conflit, n'aura qu'un effet relatif dans la réalisation de la justice sociale. Nous proposons, alors, de démontrer dans un titre second que la nature du

---

<sup>85</sup> En fait, « *cette affirmation du crédo libéral a une portée surtout symbolique, idéologique et ne signifie nullement que le contrat de travail international soit aujourd'hui traité comme un banal contrat des affaires où règne sans partage l'autonomie de la volonté* », J. DEPRESZ, « Rattachements rigides et pouvoirs d'appréciation du juge », *Revue droit des affaires internationales*, n° 4, avril 1995, pp. 323-328, spéc. p. 325.

<sup>86</sup> N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *RCDIP*, avril-juin 2016, pp. 309-330, spéc. p. 310.

mécanisme conflictuel fait du rattachement volontariste une justice de liberté à effet relatif  
**(Titre second).**

**Titre 1 :** Les rattachements de proximité, instruments d'une justice d'égalité ?

**Titre 2 :** Le rattachement volontariste, une justice de liberté à effet relatif

## **TITRE PREMIER : LES RATTACHEMENTS DE PROXIMITÉ, INSTRUMENTS D'UNE JUSTICE D'ÉGALITÉ ?**

*La recherche de la justice sociale par des rattachements de proximité, la cohérence de la méthode en question.* Si la cohérence de la règle de conflit relative au contrat de travail est en question, c'est en raison de la sensibilité de la matière et de l'intensité des impératifs substantiels qui sont en jeu. Le recours à des rattachements de proximité en cette matière spécialement pose des interrogations multiples quant à son opportunité et renouvelle la discussion autour de l'évolution du principe de proximité et de l'éventuelle fonction matérielle qu'il pourrait avoir.

Par nature, le rattachement proximate est à la croisée de la justice conflictuelle et de la justice substantielle. En matière de contrat de travail, il est le résultat de l'évolution de la méthode de localisation savignienne. Classiquement, dans la doctrine de Savigny, chacune des obligations nées du contrat était rattachée au lieu de son exécution<sup>87</sup>. Ce rattachement répond à l'idée de « *lien territorial le plus étroit ou, si l'on préfère le principe de proximité* »<sup>88</sup>. Mais, il résulte d'une analyse abstraite du siège de l'obligation. Par son abstraction et son dogmatisme, ce rattachement a suscité une résistance. Des appels ont été lancés pour une localisation concrète du contrat en cherchant au cas par cas la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Ce courant sacrifie la prévisibilité des solutions au profit du réalisme du résultat. Les effets de ce mouvement ont varié selon les législations. Dans certains ordres juridiques, ce raisonnement a abouti à une dissolution de la règle de conflit dans le principe de proximité<sup>89</sup>. Dans d'autres, il a eu plutôt pour effet de l'affiner<sup>90</sup>. En essayant de dégager les différents éléments de rattachement retenus en jurisprudence, un auteur allemand est parvenu à formuler pour chacun des contrats spéciaux, le critère qui

---

<sup>87</sup> Contrairement à la théorie des postglossateurs qui rattache les contrats au lieu de leur conclusion.

<sup>88</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986-I, t. 196, spéc. p. 38. Selon l'auteur, « *Ce principe exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* », *Ibid.*, p. 26.

<sup>89</sup> C'est le cas surtout du droit français et du droit anglais.

<sup>90</sup> Tel est le cas pour le droit allemand.

répond le mieux au principe de proximité<sup>91</sup>. Le contrat de travail était dans cette perspective, soumis à la loi de son lieu d'exécution. C'est ce qui explique, que ce rattachement soit largement retenu par les droits nationaux.

Néanmoins, les interrogations quant à son bienfondé en matière de contrat international de travail ne sont jamais dissipées. Elles s'accroissent, lorsqu'à la spécificité classique du contrat, longtemps examinée sous l'angle de la protection du travailleur, s'ajoutent des considérations plus larges de justice sociale, notamment de liberté, de remise en cause du rôle de l'Etat dans la régulation des rapports privés, et également des nouvelles dimensions de paix sociale « internationale » voire même « universelle ».

Pris sous cet angle, le rattachement de proximité en matière de contrat de travail est en question. Son adéquation avec les intérêts que le contrat de travail met en jeu n'est pas évidente notamment en raison de sa rigidité. C'est ce que nous proposons de démontrer en premier lieu. Le lieu d'exécution, rattachement proximateur rigide (**Chapitre premier**).

Si dans une large mesure, les insuffisances qu'on peut dégager de la solution conflictuelle en cette matière s'expliquent par le caractère rigide du rattachement à la loi du lieu d'exécution, il ne semble pas qu'on puisse les écarter par la flexibilisation du critère de rattachement. En droit international privé tunisien, le rattachement à la loi du lieu d'exécution est corrigé par une clause d'exception qui permet de passer d'une « proximité suffisante » vers « la plus grande proximité » concrète<sup>92</sup>. La même clause, mais généralisée à toute la matière contractuelle, se retrouve, en droit français, notamment dans les textes de source conventionnelle. Mais, en dépit de la souplesse qu'elle introduit dans la règle de conflit, il n'est pas certain que la clause d'exception pourrait quitter le raisonnement conflictuel, se charger de considérations d'ordre substantiel et servir les exigences de justice sociale en matière de contrat de travail. Nous nous arrêterons sur cette question en deuxième étape lors de l'examen de la clause d'exception, correctif proximateur à la rigidité du rattachement local (**chapitre second**).

---

<sup>91</sup> M. REITHMANN, *Internationales Vertragsrecht*, 3<sup>ème</sup> éd., Cologne, 1980, n° 33 et 34. Voir sur l'ensemble de cette présentation historique P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, pp. 39 ss.

<sup>92</sup> La distinction entre ces deux types de proximité est l'œuvre de T. BALLARINO et G-P. ROMANO, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde : quelques décisions et développements récents », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 37, spéc. p. 42 n° 5. En fonction de cette distinction, la « *proximité suffisante* » est celle qui rattache abstraitement, le rapport juridique à la loi applicable en fonction de liens simplement étroits. Par contre, la « *plus grande proximité* » est celle qui se base sur les liens les plus étroits soit en vue de formuler abstraitement le critère de rattachement soit en vue de le déterminer concrètement dans chaque cas d'espèce.

**Chapitre premier** : Le lieu d'exécution, rattachement proximate rigide

**Chapitre second** : La clause d'exception, correctif proximate à la rigidité du rattachement local



## CHAPITRE PREMIER : LE LIEU D'EXECUTION, RATTACHEMENT PROXIMISTE RIGIDE

*L'idée de proximité comme fondement au rattachement à la lex loci executionis.* Retenir la loi du lieu d'exécution habituelle comme un rattachement de principe, en droit tunisien et en jurisprudence française montre bien que dans le rapport de travail, on a insisté « sur le fait qu'il s'agit de régler une situation de travail, à caractère successif ou permanent »<sup>93</sup> et qu'on n'en a pas privilégié la dimension contractuelle. Le rattachement de proximité sert le plus à assurer le contrôle, par l'ordre juridique concerné, du travail exécuté sur son territoire. Ce sont des impératifs de police et des considérations de droit public qui sont avancés comme justificatifs au rattachement à la loi du lieu d'exécution. C'est pour cela, qu'en matière de contrat international de travail, souveraineté et proximité sont en intersection<sup>94</sup>. Pour une bonne partie de la doctrine, donner compétence à la loi locale c'est permettre surtout à ses dispositions d'ordre public et de police d'avoir titre d'application<sup>95</sup>. Ce raisonnement nous paraît discutable. L'ordre public qui marque la législation de travail en droit interne appelle à des interrogations quant à sa transposition au niveau international. Les intérêts en jeu dans un contrat international, ne sont pas les mêmes qu'en droit interne.

*La fonction sociale du rattachement à la lex loci executionis en question.* A priori, on peut estimer que le raisonnement proximiste qui sous-tend le rattachement à la loi du lieu d'exécution, fait une expression implicite du principe de souveraineté et ramène au second rang les considérations liées à la personne du travailleur et son droit fondamental à la protection. L'étude du rattachement à la loi du lieu d'exécution sous l'angle de la justice sociale, nécessite de mettre l'accent sur sa fonction substantielle et son effet sur la situation

---

<sup>93</sup> P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », *Recueil Dalloz, Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1987, 37<sup>ème</sup> Cahier, p. 255.

<sup>94</sup> Selon H. Batiffol et P. Lagarde, le droit positif montre que « les deux principes de souveraineté et de proximité s'interpénètrent et se combinent de façon variable. Si le fondement originnaire de souveraineté s'est largement effacé au profit de l'idée de proximité dans le droit des obligations- sauf l'exception des lois de police- il conserve ailleurs, spécialement en matière de statut personnel, un rôle non négligeable ». H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Tome1, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1993, p 251). Nous ajoutons que cette idée est valable non seulement pour le statut personnel mais aussi pour toute matière marquée par l'ordre public dont essentiellement celle du contrat de travail.

<sup>95</sup> Selon M.L. NIBOYET, c'est « l'utilisation de la notion d'ordre public social, concept original qui établit un seuil impératif de protection du salarié auquel il n'est permis de déroger par conventions (particulières ou collectives) que dans un sens plus favorable au salarié. La transposition de cette notion dans les conflits de lois suppose qu'un système juridique soit désigné pour fixer les normes de protection minimale », M.L. NIBOYET, « Contrats internationaux, détermination du droit applicable, principes concurrents du principe d'autonomie », *J-CL, Contrats int.* Fasc. 552-40, 1998, spéc. p. 2.

sociale du salarié. Il nous faudra, alors, analyser le rattachement proximate retenu afin de déterminer si l'idée d'une proximité de faveur en matière de contrat de travail international est possible et si des considérations d'ordre social peuvent être intégrées dans l'opération même de localisation et de choix du critère de rattachement.

En fait, si des hésitations surgissent à propos d'une éventuelle fonction substantielle de la proximité c'est parce que l'évolution du droit international privé en a prouvé l'idée inverse. C'est dans ce sens, que le phénomène de matérialisation du droit international privé a conduit à la prise en compte du contenu substantiel des lois en conflit, donc, à l'affaiblissement du rôle du principe de proximité dans certaines matières<sup>96</sup>.

La transposition de ce raisonnement en matière de contrat de travail, aurait permis de désigner la loi applicable en fonction de son résultat matériel plus que de l'intensité des liens qu'elle entretient avec le contrat. Pour intégrer des considérations de justice matérielle, une règle de conflit doit, en principe, sacrifier une proximité forte pour une proximité simple mais favorable parce que généralement plurielle. Ce raisonnement flexible se trouve pourtant renversé en matière de contrat international de travail. La rigidité affirmée (**section 1<sup>ère</sup>**) du rattachement à la loi du lieu d'exécution ne fait pas de doute. Elle est d'autant plus remarquable en droit tunisien.

Elle est de plus, renforcée parfois par une interprétation jurisprudentielle de l'élément de rattachement, lui permettant de couvrir le maximum de situations de travail mêmes atypiques, parfois autres, par une stabilisation législative de cet élément en présence d'un détachement temporaire du salarié (**section 2<sup>nde</sup>**).

### **Section 1 : Une rigidité affirmée**

***Le rattachement à la loi du lieu d'exécution, une présomption simple de proximité.*** Pour attester de la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution, il est nécessaire de partir de ses fondements théoriques et des circonstances de son apparition en droit international privé et de vérifier, en conséquence, s'il est susceptible de procurer la protection nécessaire au travailleur.

---

<sup>96</sup> G. KARAM, *La loi la plus favorable dans le conflit de lois*, thèse pour le doctorat, Paris II, janvier, 2006, 376 p.

En droit français, les circonstances de l'apparition de ce rattachement remontent à un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 5 décembre 1910. Dans cet arrêt, la Cour retient deux rattachements subsidiaires à la loi d'autonomie : la nationalité commune des parties et à défaut, la loi du lieu de conclusion du contrat<sup>97</sup>. Dans le même arrêt, elle préconise au juge d'écarter la loi du lieu de conclusion si elle ne correspond pas à la localisation raisonnable du contrat. Quelques années plus tard, la Cour était conduite à formuler un critère fixe prédéfini qui répond à cette « localisation raisonnable ». Dans un arrêt rendu le 31 mai 1932, la haute juridiction française affirme que « *la loi du lieu où le contrat est intervenu et doit être exécuté est en principe celle à laquelle il faut s'attacher* »<sup>98</sup>. Les deux rattachements sont cumulatifs<sup>99</sup>, leur localisation « *dans un même pays est assurément une indication des liens du contrat avec ce pays* »<sup>100</sup>. La rigidité des rattachements ainsi prédéfinis a conduit finalement en droit français, à dissoudre la règle de conflit dans le principe de proximité. En l'absence de droit choisi par les parties, le juge est désormais appelé à déterminer la loi applicable « *d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause* »<sup>101</sup>. La prévisibilité des solutions est ainsi sacrifiée au profit d'une meilleure proximité. On reviendra sur cette évolution jurisprudentielle en matière de contrat international de travail pour démontrer les confusions qu'elle a suscité et qui subsistent jusqu'à l'heure actuelle entre la mise en œuvre du principe de proximité et la recherche d'une volonté implicite.

Mais, il convient de signaler à ce stade de l'étude, que le rattachement du contrat de travail à la loi du lieu d'exécution constitue une consécration du principe de proximité. C'est une consécration rigide parce que comme dans la doctrine de Savigny, se base « *sur l'analyse abstraite du siège de l'obligation* »<sup>102</sup>. Limitant ainsi le pouvoir du juge, elle correspond à une présomption simple de proximité.

Parallèlement, elle permet dans le cadre d'une règle de conflit bilatérale de garantir pour le for en fonction d'une réciprocité *de façade*<sup>103</sup>, l'application de sa propre législation sur les

---

<sup>97</sup> Civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co. c Quebec Steamship Co.*, *Clunet*, 1912, p. 1156, *RCDIP*, 1911, p. 395, *Dr. soc.*, 1911, 1, p. 129, note Lyon-Caen.

<sup>98</sup> Civ., 31 mai 1932, *RCDIP*, 1934, p. 909, *Clunet*, 1933, p. 347, *Dr. soc.*, 1933, 1, p. 17, note Niboyet.

<sup>99</sup> Il faut noter à cet égard, que deux tendances ont marqué le droit international privé du XIX<sup>ème</sup> siècle : le rattachement du contrat à son lieu de conclusion chez les systèmes imprégnés par la doctrine des postglossateurs et le rattachement du contrat à son lieu d'exécution dans les pays marqués par la méthode savignienne.

<sup>100</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, p. 34.

<sup>101</sup> Civ., 6 juillet 1959, *RCDIP*, p. 708, note H. Batiffol.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>103</sup> Elle est de façade pour plusieurs raisons. Elle suppose que le même rattachement soit retenu par la loi nationale du juge étranger saisi. De plus, l'intervention du principe de souveraineté sous forme de lois de police correspond

contrats exécutés sur son territoire. En droit conventionnel notamment européen, la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution est balancée par la similitude des règles internes protectrices du travailleur. C'est pour cette raison que son application à des rapports extra-européens manifesterait les limites de cette approche. Le rattachement à la loi du lieu d'exécution risque d'aller à un contre sens et défavoriser le travailleur.

En droit tunisien, la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution est plus intense. En fait, ce rattachement est unique et n'est en altération avec aucun autre critère de rattachement. Ainsi, sa rigidité de départ inhérente à sa nature (§ 1) est affirmée de nouveau en raison de son exclusivité (§ 2).

### **§ 1 - La rigidité inhérente aux fondements du rattachement**

**Les enjeux.** Pour juger de l'adéquation d'un critère de rattachement, il faut identifier les finalités qu'il poursuit réellement et ne pas s'en tenir aux objectifs annoncés par l'auteur de la règle de conflit. L'impact de l'application ou non application du rattachement retenu, sur les différents intérêts qui sont en jeu permet de mesurer les préférences de l'auteur de la règle de conflit. Il n'est pas contestable que la loi du lieu d'exécution du travail présente entre autres, des avantages pour le salarié. Mais, il convient de vérifier, si la protection de celui-ci constitue le fondement principal de son application. Le caractère d'ordre public qui domine la législation de travail nous conduit à se demander si c'est réellement la protection du salarié qui exige sa soumission à la loi de l'Etat où il est appelé à travailler. Parce que si cette législation lui est la plus proche, il n'est pas évident qu'elle lui soit la plus favorable.

**Remise en cause de la thèse de la bilatéralisation des lois de police.** L'application de la loi du lieu d'exécution du travail peut s'expliquer par le souci de protection des intérêts de l'Etat dont elle émane. C'est ce qui a amené certains auteurs à justifier la compétence de la *lex loci executionis* par la bilatéralisation des lois de police. Nous considérons qu'une telle position est exagérée. Les relations de travail sont régies en droit

---

habituellement au procédé unilatéraliste. L'hypothèse de bilatéralisation des lois de police n'est admissible qu'à partir du moment où le degré d'impérativité de ces lois est affaibli. M. P. Lagarde remarque à cet effet que « *la règle de police est appréhendée selon un mode unilatéraliste. Et c'est seulement après qu'elle s'est en quelques sorte banalisée, et que sa charge de souveraineté s'est quelque peu diluée, qu'elle peut devenir passible d'une règle bilatérale* ». P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, p. 51. Ajoutons, également, que l'idée de réciprocité en fonction du principe de souveraineté dissimule une confusion entre loi de police et ordre public. Par la fonction qu'elle accorde à l'une et à l'autre catégorie de normes impératives la Convention de Rome a le mérite de l'éclaircissement de ce sujet.

interne principalement par des dispositions impératives que la volonté des parties ne peut pas décliner. Mais, la transposition de ce schéma au niveau international ne conduit pas au même résultat. L'ordre public ne se confond pas avec les lois de police qui seules revendiquent, dans l'Etat du lieu d'exécution du travail, une application exclusive. Il convient, alors, de focaliser sur les justificatifs liés à la proximité (A) et ceux liés à l'ordre public afin de distinguer entre les vrais et les faux fondements à la compétence de la loi du lieu d'exécution. (B).

#### A- Un rattachement fondé sur la proximité

*La proximité expression d'un rattachement législatif objectif.* Il est généralement admis que la relation de travail entretient des liens étroits avec le pays où le travailleur exécute habituellement son travail. Un courant de la doctrine<sup>104</sup> y trouve « *un rattachement naturel procédant de l'idée qu'une relation de travail entretient inévitablement des liens étroits avec le pays où elle s'accomplit* »<sup>105</sup>. En fait, c'est « *avec le pays où s'exécute le travail que s'établit un premier contact matériel territorial, avec une loi qui fournit les réglementations appliquées sur les lieux de travail (hygiène, sécurité, police de travail), c'est dans ce pays qu'est localisée la collectivité de travail au sein de laquelle le salarié remplit sa fonction (institutions représentatives, règlement intérieur, etc...)* »<sup>106</sup>.

Au vu de cette proximité, le rattachement à la loi du lieu d'exécution paraît répondre à « *l'exigence de rationalité* »<sup>107</sup>. L'exercice du pouvoir de direction par l'employeur se fait localement. L'intervention des institutions administratives étatiques se produit aussi, localement. C'est, également, dans la collectivité de travailleurs du lieu d'exécution, que s'intègre le salarié<sup>108</sup>. « *Cette localisation objective du contrat de travail présente, par ailleurs, des intérêts pratiques considérables en ce qu'elle assure l'unité du droit social dans son ensemble* »<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Ce courant, dit du rattachement fixe, s'oppose à un autre qui soutient que le contrat de travail pourrait être régi par la loi choisie par les parties. Les deux courants trouvaient leurs échos en jurisprudence. Ainsi, il a été jugé, à propos d'un contrat se rapportant à une activité de représentation à l'étranger, que « *les juges de fond, interprétant l'intention des parties ont pu estimer qu'elles avaient entendu que leurs conventions soient régies par la loi française* » (Cass. soc. 1<sup>er</sup> juillet 1964, RCDIP, 1966, p 47, note Simon DEPITRE).

<sup>105</sup> J. DEPREZ, « Contrat de travail », *Rep. Internat. Dalloz*, 1998, pp. 1-8, spéc. p. 2.

<sup>106</sup> J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international (article 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Dr. Soc.*, 1995/4, pp. 323-328, spéc. p. 324.

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité., p. 255.

<sup>109</sup> H. KOTRANE, *L'ordre public en droit social international*, Thèse pour le doctorat d'Etat, Université Paris I, Panthéon Sorbonne, 1982, p. 22.

Il permet aussi de favoriser l'un des objectifs essentiels du droit social international à savoir le principe de non-discrimination en soumettant les travailleurs nationaux et étrangers exerçant sur le même territoire aux mêmes conditions de travail et d'emploi<sup>110</sup>. Ce même facteur contribue à favoriser la cohésion sociale. La compétence de la loi du lieu d'exécution peut également, assurer l'harmonie de la législation sociale par une application concordante du droit du travail et du droit de la sécurité sociale. Au vu de ces mérites, le rattachement au lieu d'exécution habituelle est, revendiqué, par de nombreux auteurs<sup>111</sup>.

En droit tunisien, ces différents éléments de proximité semblent être pris en considération par le législateur qui a choisi de rattacher le contrat de travail à la loi du lieu de l'exécution habituelle. Le projet de réforme du Code de droit international privé a maintenu ce choix proximate et n'a pas opté pour des rattachements de faveur au profit du travailleur international, contrairement à ce qui est proposé pour le consommateur. Un nouvel article 67 bis a été ajouté par le projet disposant que « Le contrat de consommation est régi par la loi de la résidence habituelle du consommateur ou celle du domicile du professionnel ou celle du lieu d'exécution du contrat.

Le juge applique la loi la plus favorable au consommateur ». Le principe de faveur ainsi consacré pour le consommateur n'intervient pas dans la règle de conflit relative au contrat de travail qui retient plutôt des rattachements de proximité.

La même idée se retrouve en droit français. Ainsi, la comparaison des articles 5 et 6 de la Convention de Rome, relatifs réciproquement au contrat de travail et au contrat de consommation, permet de constater que les finalités poursuivies par la Convention ne sont pas les mêmes qu'il s'agisse de l'un ou l'autre contrat. Ainsi, pour les contrats conclus par le consommateur, la loi objectivement applicable est celle « *du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* »<sup>112</sup>. D'où, une considération matérielle de faveur pour le consommateur qui ne se retrouve pas directement dans le rattachement au pays d'exécution du travail qui consacre principalement une idée de proximité<sup>113</sup>. La loi locale est compétente parce que la plus

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>111</sup> A. LYON-CAEN, note sous Cass. Soc., 25 janvier 1994, *RCDIP.*, 1958, p. 327 ; P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité. ; P. RODIERE, « Conflit de lois en droit du travail », *J-CL, int, Travail Traité*, Fasc., 94. 10, (1986), n° 6 et s.

<sup>112</sup> Article 5 § 3 de la Convention de Rome.

<sup>113</sup> P. Lagarde souligne qu' « *alors que pour le contrat de consommation, le rattachement objectif est un rattachement de faveur pour le consommateur, en ce sens que la loi applicable est celle qu'il connaît et sur la protection de laquelle il compte, le rattachement retenu en matière de contrat de travail est un rattachement de proximité, la Convention essayant de déterminer le pays avec lequel le contrat de travail a les liens les plus étroits* », P. LAGARDE « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, (2), avr. Juin 1991, p. 287, spéc. p. 318.

proche. Peu importe son contenu substantiel et la faveur qu'elle pourrait ou non procurer au travailleur.

Le rattachement à la loi du lieu d'exécution n'est pas apparu en droit français avec la convention de Rome. Il remonte à une jurisprudence française ancienne. En fait, la chambre commerciale de la Cour de Cassation française avait en 1959 formulé, sous forme de principe, la règle de rattachement du contrat à la loi du lieu d'exécution. Elle affirmait, avec une grande netteté, qu'« *il est de principe que le contrat de travail doit être régi par la loi du lieu où il s'exécute* » et que « *le travailleur effectuant son travail en groupe à l'étranger est soumis à la loi territoriale* »<sup>114</sup>. Ainsi, l'application de la loi locale au contrat de travail, constitue un critère classique qui « *se justifie, entre autres arguments, par l'idée de proximité* »<sup>115</sup>.

Il est à remarquer à cet égard, que le terme « territorialité » utilisé par la Cour française et par nombres d'auteurs, n'est pas trop opportun. Il prête à confusion avec l'idée de territorialité du droit social français. C'est ce que soutient M. Kotrane, pour qui, cette expression, « *oultre en effet son orientation forcément territorialiste, est plus juridique que sociale et ne rend pas compte des objectifs et des réalités du droit du travail qui fournissent les véritables raisons de l'application de la lex loci executionis* »<sup>116</sup>. Cependant, on peut affirmer que le qualificatif « territorial » et le qualificatif « local » sont de plus en plus utilisés par la doctrine pour viser la nature objective du rattachement à la loi du lieu d'exécution. C'est dans ce sens que nous les utilisons pour désigner la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Ils sont dans ce contexte, déchargés de toute valeur théorique<sup>117</sup>.

***La proximité dans les règles de compétence juridictionnelle et dans les règles de compétence législative : concordance ou discordance des finalités ?*** En droit tunisien, le Code de droit international privé ne prévoit aucun chef de compétence juridictionnelle spécial pour le contrat de travail. La règle de compétence applicable à toute la matière contractuelle est formulée dans l'article 5 du CDIP qui donne compétence aux

---

<sup>114</sup> Cass. Soc, 9 novembre 1959, Lautier, *RCDIP.*, 1960, p. 569, note Simon-Depitre ; *JDI*, 1960, p. 1064, note G. LYON-CAEN ; *Dr. Soc.*, 1960 p. 238.

<sup>115</sup> J. DEPRESZ, « Contrat de travail », article précité, p. 4

<sup>116</sup> H. KOTRANE, *L'ordre public en droit social international*, thèse précitée, p. 26.

<sup>117</sup> L'utilisation de ces qualificatifs n'est pas une mise en œuvre de la théorie territorialiste de résolution des conflits de lois telle que formulée par D'Argentré puis développée par Niboyet. Cette théorie avait à l'époque de D'Argentré pour but d'augmenter les cas d'application de la coutume bretonne. Pour ce faire, l'auteur était conduit à élargir les catégories de droit réel. Les biens étaient naturellement rattachés à la loi du lieu où ils existent matériellement. Même pour les questions de statut personnel, le théoricien préconise un rattachement au domicile. Ce faisant, on augmentait les cas d'application du droit local.

tribunaux tunisiens « si l'action est relative à un contrat exécuté ou devait être exécuté en Tunisie, sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger »<sup>118</sup>.

La Cour de cassation tunisienne s'est basée sur cet article 5 pour examiner la question de sa compétence dans les contrats de travail internationaux. Dans son arrêt rendu le 15 mai 2015, elle a précisé que « *tant que l'action se rapporte en l'espèce à la responsabilité contractuelle, la compétence des tribunaux se base sur l'article 5 précité et n'est pas soumise aux dispositions de l'article 3 du Code de droit international privé qui retient le critère du domicile du défendeur dans tous les conflits* »<sup>119</sup>.

En fonction de cette jurisprudence et avec l'exclusion du critère du domicile du défendeur, les juridictions tunisiennes ne peuvent examiner, dans la quasi-totalité des cas, que les actions intentées par des étrangers expatriés ou détachés en Tunisie. La compétence juridictionnelle, toute comme la compétence législative, est basée sur la proximité. Mais, elle ne procure pas de protection spécifique pour les travailleurs nationaux détachés ou expatriés à l'étranger. En fait, le législateur tunisien n'a pas envisagé la situation la plus fréquente en pratique, celle des travailleurs tunisiens, qui à l'occasion de leurs retours notamment après licenciement, auraient intérêt à saisir les tribunaux tunisiens, de leurs domiciles ou encore du domicile du défendeur.

Néanmoins, il faut préciser qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation tunisienne qu'elle accepte en matière de contrat de travail une prorogation de compétence en sa faveur<sup>120</sup>.

Deux constatations peuvent être tirées de cette jurisprudence. D'abord, les clauses attributives de juridictions sont valables même dans les contrats qui à l'instar du contrat de travail comportent une partie faible. Ces clauses peuvent soit décliner la compétence initiale de l'ordre tunisien du lieu d'exécution du travail résultant de l'application de l'article 5 du

---

<sup>118</sup> En fait, l'article 5 consacre des chefs de compétence spéciaux pour les tribunaux tunisiens, contrairement à l'article 3 qui formule une compétence de principe en faveur des tribunaux tunisiens sur la base du domicile du défendeur en Tunisie. La Cour de cassation a affirmé dans maintes décisions que les chefs de compétence découlant de l'article 5 du CDIP ne sont pas cumulables avec le chef de compétence de l'article 3 du même Code.

<sup>119</sup> Arrêts de la Cour de cassation tunisienne n° 21712/ 2015 du 15 mai 2015. Le même attendu est repris à la lettre dans d'autres arrêts rendus à la même date par la Cour de cassation tunisienne se rapportant chacun à un litige opposant la société SNC Lavalin International INC à son salarié suite à une série de licenciements. Voir notamment, arrêts n° 21732/2015, 21727/2015, 21714 /2015, 21716/2015, 21720/2015, 21731/2015, 21717/2015, 21719/2015, du 15 mai 2015, inédits, cités par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire en vue de l'obtention du mastère en droit international et relations Maghreb-Europe, 2014-2015, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, Université de Carthage.

<sup>120</sup> Dans son arrêt du 22 mai 2015 n° 21724/ 2015 portant sur un contrat de travail exécuté en Libye, la Cour de cassation tunisienne a précisé que « la question de la compétence ou incompétence des tribunaux tunisiens touche à l'intérêt des parties sauf ce qui a été exclu par la loi par texte spécial. Il s'ensuit que la réponse au fond non précédée par la présentation d'un déclinatoire de compétence constitue une acceptation d'être jugé par les tribunaux tunisiens », inédit cité par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.



Code soit la proroger au cas où le contrat s'exécute à l'étranger. Cette prorogation peut être explicite (en application de l'article 4 du Code de droit international privé<sup>121</sup>, ou tacite en application de l'article 10 du Code. C'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation dans son arrêt de 2015<sup>122</sup>.

Il est vrai que la concordance des compétences, juridictionnelle et législative, sur la base du lieu d'exécution du contrat, autorise un bon déroulement de la justice. Mais, le critère retenu s'avère insuffisant à la protection du travailleur. Il est indispensable pour la sauvegarde des intérêts des travailleurs, de donner compétence aux tribunaux tunisiens lorsque le domicile de l'employeur ou du travailleur se trouve en Tunisie. La solution est retenue en droit européen par le Règlement Bruxelles I qui permet au salarié d'agir, non seulement devant la juridiction du lieu du domicile de l'employeur mais aussi, devant le juge du lieu de travail habituel ou devant le juge du lieu où se trouve ou où se trouvait l'établissement qui a embauché le salarié (lorsque celui-ci n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays)<sup>123</sup>. Mais l'employeur ne peut assigner le travailleur que devant les juridictions de son domicile.

Il convient également, de délimiter le jeu de l'élection de for dans les contrats de travail internationaux qui pourrait être défavorable au travailleur et susceptible de l'éloigner des tribunaux qui lui sont les plus proches. A cet égard, il est recommandé d'emprunter la solution retenue en droit européen<sup>124</sup>. Ainsi, les clauses attributives de juridictions insérées dans les contrats de travail sont privées d'effet, à moins d'avoir été conclues postérieurement à la rupture du lien contractuel ou d'être invoquées par le salarié<sup>125</sup>. En

---

<sup>121</sup> Aux termes de l'article 4 du CDIP tunisien, « les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles, sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien ».

<sup>122</sup> Dans son arrêt du 22 mai 2015 n° 21724/ 2015 portant sur un contrat de travail exécuté en Libye, la Cour de cassation tunisienne a précisé que « la question de la compétence ou incompétence des tribunaux tunisiens touche à l'intérêt des parties sauf ce qui a été exclu par la loi par texte spécial. Il s'ensuit que la réponse au fond non précédée par la présentation d'un déclinatoire de compétence constitue une acceptation d'être jugé par les tribunaux tunisiens », inédit cité par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

<sup>123</sup> Article 19 du Règlement Bruxelles 1.

<sup>124</sup> Article 23 du Règlement Bruxelles I Bis, Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>125</sup> Avant l'adoption de la Convention de Bruxelles, la Cour de cassation française était plus tolérante à l'égard des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail. Ce n'est qu'après la signature de la Convention, que la Cour va renoncer à cette jurisprudence. Voir notamment, Soc., 29 septembre 2010 (n° 09-40.688). Dans cet arrêt, la Cour considère qu'une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de travail ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du Code du travail applicables dans l'ordre international. Voir également, Soc. 10 novembre 2009 (n° 09-40029), qui juge que la clause donnant compétence aux tribunaux américains est inopposable au salarié américain détaché en France.

attendant la révision du Code de droit international privé, les juridictions tunisiennes sont appelées à écarter les clauses attributives de juridictions défavorables au travailleur sur la base de la théorie générale de l'abus du droit.

En comparant les règles de compétence judiciaire aux règles de compétence législative, on constate que le travailleur a intérêt à saisir les juridictions les plus proches. Mais, il n'a intérêt à l'application de la loi la plus proche que lorsque son contenu matériel lui soit favorable.

D'une manière générale, il convient de signaler que si la proximité joue en matière de compétence juridictionnelle une fonction matérielle certaine en facilitant l'accès à la justice, cette fonction n'est pas évidente lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable. Nous ne pouvons pas partager l'idée selon laquelle, « *le juge et la loi de proximité sont privilégiés par le droit de l'Union car ils sont censés rendre l'action plus facile et conduire à la solution, sinon la plus favorable, du moins la plus facile à connaître, à comprendre aussi, sans doute, pour le salarié* »<sup>126</sup>. Le salarié a intérêt à saisir le juge le plus proche. C'est ce qu'a approuvé la Cour de justice lors de son interprétation de la Convention de Bruxelles, en soulignant qu'« *il convient de donner compétence au juge présent à l'endroit où le travailleur peut, à moindre frais, s'adresser aux tribunaux où se défendre* »<sup>127</sup>. Mais ce qui importe le plus pour lui, c'est d'avoir la meilleure protection de ses droits sans chercher si cette protection provient de la loi du lieu d'exécution ou d'une autre loi.

Cette préoccupation matérielle n'est adoptée ni par le législateur tunisien ni par les rédacteurs de la Convention de Rome qui semblent être guidés par une logique localisatrice dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international. Les considérations de proximité sont d'autant plus manifestes que le rattachement au pays d'exécution est valable « *même si (le travailleur) est détaché à titre temporaire dans un autre pays* »<sup>128</sup>. Le salarié est censé garder les rapports les plus intenses avec son pays d'origine lorsque son déplacement est de courte durée. On en déduit, qu'un détachement provisoire n'entraîne pas de modification quant à la solution du conflit de lois<sup>129</sup>, alors qu'un détachement de

---

<sup>126</sup> S. ROBIN-OLIVIER, « La mobilité internationale des salariés », *Dr. soc.*, 2011, p. 897-905, spéc. p. 901, article présenté lors du colloque « La mobilité des salariés », le 9 juin 2011, organisé par la Laboratoire de droit social de l'Université de Montpellier I.

<sup>127</sup> CJCE, 10 avril 2003, Pugliese, C-437/00.

<sup>128</sup> Article 6 § 2 de la Convention de Rome.

<sup>129</sup> Selon J. DEPREZ, c'est « au prix d'une fiction le salarié est donc traité comme s'il continuait d'exercer sur les lieux d'origine, le changement du lieu de travail est sans incidence sur la question de la loi applicable », J. DEPREZ, « Contrat de travail », article précité, p. 198.

longue durée entraîne l'application de la loi du pays du détachement, devenu celui dans lequel le travailleur accomplit désormais habituellement son travail. Néanmoins, la Convention ne détermine pas à partir de quelle durée le détachement cesse d'être temporaire et l'insertion du salarié dans la nouvelle collectivité de travail devient effective. Il appartient au juge de le faire en exerçant son pouvoir d'appréciation.

***Fonction matérielle contestée du rattachement législatif fondé sur la proximité.*** Le rattachement de proximité à la loi du lieu d'exécution satisfait avant tout des considérations de justice conflictuelle. La relation individuelle de travail est le mieux localisée dans l'Etat où s'exécute la prestation de travail. Il convient maintenant de vérifier si la proximité peut jouer des fonctions matérielles.

En droit international privé, il n'était pas au début admis que la règle de conflit puisse servir l'intérêt substantiel de l'une des parties. Seul l'intérêt commun des justiciables est pris en considération. Il se résume dans l'application de la loi qui dans leurs esprits devrait être compétente. La prévisibilité des solutions constitue à ce titre une des finalités de la règle de conflit de lois. Le travailleur ainsi que l'employeur ne devraient pas, par exemple, être choqués par l'application d'une loi qui n'a pas de rapport avec leur contrat. Le pays du lieu d'exécution est connu des deux parties. L'application de son droit devient probable. Mais, cela suppose que l'employeur aussi bien que le salarié, étaient en mesure de négocier voire de choisir le lieu du travail. Or, dans un rapport international, comme dans un rapport interne, le travailleur peut être amené, soit en raison de sa situation économique, soit au risque d'être licencié, à accepter une affectation à l'étranger qui lui est proposée par son employeur.

L'application d'une loi prévisible mais pas suffisamment protectrice de la partie faible au contrat conduit à l'inverse à favoriser du côté de l'employeur *le forum shopping malis* et à renforcer le déséquilibre au détriment du travailleur. Or, ce sont bien les dangers spécifiques résultant de l'inégalité économique des contractants, que la législation sociale cherche à limiter en droit interne. En fait, « *le droit du travail entend affirmer son emprise au bénéfice de la protection du contractant le plus faible. Et s'il affirme la subordination juridique du salarié, rompant de la sorte avec l'égalité civiliste, c'est peut-être parce qu'il entend ainsi, transposer sur le terrain du droit, en la transformant, l'inégalité ou la précarité de départ* »<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> J-P. LABORDE, « La considération de fait par le droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995, pp. 277-286, spéc. p. 278.

*Nécessaire révision de la règle de conflit tunisienne pour une meilleure consécration de la justice sociale.* La transposition de la fonction sociale du droit du travail à l'échelle internationale, exige que l'intérêt substantiel du travailleur soit pris en considération par la règle de conflit. Au lieu de chercher un résultat matériel incertain dans un rattachement de proximité, il convient de procéder à une matérialisation de la règle de conflit. L'évolution qu'a subie le droit international privé depuis le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle s'oriente déjà dans ce sens. Les règles de rattachement « *devant retenir à présent non pas le siège idéal des rapports de droit, mais le contenu des ordres juridiques auxquels une situation est rattachée et le résultat concret qu'ils offrent aux fins de la localisation* »<sup>131</sup>. La matérialisation de la règle de conflit, suppose, contrairement à la règle de conflit classique, de partir du résultat substantiel recherché et d'identifier les critères qui permettent de le satisfaire. Dans les réglementations modernes, cela a conduit à retenir des rattachements pluriels. « *La localisation perd en conséquence le poids déterminant qu'elle avait quand la règle de conflit était une règle « rigide »* »<sup>132</sup>.

Sous sa forme actuelle, la règle de conflit tunisienne, en ne retenant qu'un rattachement unique à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail, se fonde essentiellement sur le principe de proximité. Sa fonction matérielle est ainsi contestée. En fait, le principe de proximité aboutit à une consécration pure du mécanisme de localisation objective, donc, à priori neutre, conforme au modèle savignien. Il est excessif d'y voir une considération matérielle d'ordre social.

En droit français, comme en droit tunisien, le rattachement à la loi locale permet à l'Etat sur le territoire duquel la prestation de travail est fournie d'imposer son ordre public. Sa bilatéralisation s'explique par des considérations de souveraineté, d'harmonie voire, de courtoisie internationale. Nous n'appelons pas à sa suppression mais plutôt à la matérialisation de la règle de conflit par la diversification des rattachements.

#### B- Rattachement fondé sur l'ordre public

***De la rigidité du droit du travail à la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution.*** L'une des principales raisons avancées en faveur du rattachement à la loi du

---

<sup>131</sup> J-D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général », *RCADI*, 2000, t 287, pp. 9-426, spéc. p. 355-356.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 356.

lieu d'exécution est la nature impérative du droit du travail. Ce droit était créé pour pallier aux insuffisances du système libéral dans une matière marquée par un déséquilibre contractuel au profit de l'employeur. Par ses règles impératives, le droit du travail est la meilleure expression de l'ordre public social. D'où le besoin pour chaque Etat de voir cet ordre respecté sur son territoire indépendamment de la nationalité des parties et de l'internationalité de leur contrat. Ce fondement à l'application de la loi du lieu d'exécution du travail est confirmé par la Cour de cassation tunisienne. Dans son arrêt rendu le 18 février 2014, cette haute juridiction tunisienne rappelle que « *l'article 67 du Code de droit international privé prévoit que le contrat de travail est soumis à la loi du pays dans lequel le travailleur exécute habituellement son travail. Il en découle que cet article se rapporte au droit en fonction des dispositions duquel, le travail doit être exécuté, étant donné notamment que la plupart des législations interviennent en vue de réglementer les rapports de travail par des dispositions impératives qui ont limité considérablement le champ d'intervention de la volonté des parties dans la réglementation du contrat de travail* »<sup>133</sup>.

La Cour rappelle ainsi la fonction du droit du travail et son effet dans la limitation du jeu de l'autonomie de la volonté. On s'accorde ainsi, sur les circonstances historiques qui ont entouré l'apparition de cette matière de droit pour contrecarrer les excès du libéralisme. En fait, il est communément admis que par « *son caractère forcément unilatéral car posant des limites à un pouvoir patronal jusqu'alors discrétionnaire* », le droit du travail est conçu pour lutter contre les effets prévisibles de la loi du marché. Il constitue l'exemple même de l'ordre public de protection »<sup>134</sup>. C'est au nom de l'intérêt général que le droit du travail intervient comme un droit « *ouvertement unilatéral* »<sup>135</sup> pour mettre les limites aux pouvoirs de l'entreprise. Par son application dans les rapports internationaux, on estime qu'il permettra la réalisation des mêmes objectifs de justice sociale. Il s'en suit que toute transformation dans les fonctions du droit du travail en droit interne, se répercute de la même façon sinon de façon plus grave dans l'ordre international.

---

<sup>133</sup> Arrêt de la Cour de cassation tunisienne n° 78834 du 18 février 2014, Caisse Nationale de Sécurité Sociale cc Saïd Ben Amor, inédit. Il faut noter que cet arrêt se rapporte à un conflit en matière de sécurité sociale. Le défendeur a demandé l'application de l'article 67. La Cour de cassation après avoir rappelé que « *cet article a uniquement pour objet l'organisation du rapport de travail, la fixation de ses règles et sa soumission à la loi de l'Etat où s'exerce l'activité* », annonce que « *tant que l'objet de l'affaire ne se rapporte pas à un litige de travail, le pourvoi fondé sur l'application de l'article 67 est rejeté parce que les dispositions de cet article n'intéressent pas le conflit en l'espèce qui est régi plutôt par la Convention tuniso-libyenne relative à la sécurité sociale telle que ratifiée par la loi n° 112/1988 du 4 novembre 1988* ».

<sup>134</sup> J-E. RAY, « Mutations économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 11-31, spéc. p. 14.

<sup>135</sup> *Ibid.* p. 15.

- 1) Le caractère d'ordre public du droit du travail comme justificatif à l'application de la loi locale

***L'ordre public en droit du travail et la protection minimale du travailleur.*** Le contenu du droit du travail illustre l'intervention législative et l'initiative jurisprudentielle afin de protéger le contractant le plus faible contre les abus du plus fort faisant, ainsi, émerger aux côtés de l'ordre public de direction un ordre public de protection « *dont les rapports avec son aîné ne sont pas toujours aisément discernables* »<sup>136</sup>.

Plusieurs tentatives ont été fournies pour distinguer entre la catégorie de l'ordre public de direction et celle de l'ordre public de protection<sup>137</sup>. Mais, elles se confrontent à « *un cloisonnement hermétique entre les deux catégories d'ordre public économique* »<sup>138</sup>. L'ordre public de direction et l'ordre public de protection ne sont pas totalement séparés<sup>139</sup>. Le droit du travail est une illustration parfaite de cette distinction fragile entre les deux catégories d'ordre public. Mieux encore, il connaît aujourd'hui une certaine instrumentalisation et « *s'oriente... mutation oblige, vers l'ingénierie sociale : le gendarme qu'il était reçoit pour fonction secondaire d'assurer la circulation économique* »<sup>140</sup>.

Plusieurs exemples illustrent l'attraction du droit du travail par l'ordre public économique. Il en est ainsi, en droit français, des dispositions relatives à la réduction du temps de travail qui se sont accordées avec l'idée de l'aménagement du temps de travail, en vue de tenir compte des exigences de la production.

Certes, les difficultés liées à la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public économique ne justifient nullement une renonciation à trouver des critères de qualification. La distinction s'impose d'autant plus que l'ordre public de protection est soumis à un régime spécial. C'est précisément en matière de droit du travail, qu'a été relevée par la doctrine, la spécificité de l'ordre public de protection par rapport à l'ordre public

---

<sup>136</sup> Y. LEQUETTE, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995, p. 366.

<sup>137</sup> Ainsi, selon JAPIOT, les deux catégories poursuivaient des finalités différentes. Alors que les dispositions d'ordre public de direction cherchaient à assurer la défense des intérêts du corps social tout entier, celles de l'ordre public de protection se distinguent par un aspect individuel et les intérêts particuliers qu'elles cherchent à protéger. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909, p. 532 s.

<sup>138</sup> Y. LEQUETTE, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>139</sup> G. FARJAT propose aux fins de la distinction qu'« *on peut simplement dire que certaines dispositions intéressent davantage l'économie générale du pays alors que d'autres concernent avant tout l'économie interne des contrats individuels. Peut-être est-il plus juste de considérer qu'il existe une gradation de l'intérêt particulier à l'intérêt général* », G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963, p. 116, n° 152.

<sup>140</sup> J-E. RAY, « Mutations économique et droit du travail », article précité., p 17.

économique classique. « *Alors que ce dernier imposerait d'une manière absolue le respect de ses prescriptions, l'ordre public du droit du travail, ordre public social, se contentait de fixer un minimum social protecteur qui ne s'opposerait qu'au jeu des clauses conventionnelles ayant pour effet de priver le salarié de ce statut minimum, tandis que toute clause améliorative serait pleinement licite* »<sup>141</sup>.

***L'objectif de protection minimale réaffirmé par le rattachement à la loi du lieu d'exécution.*** La règle de conflit applicable au contrat de travail, semble transposer au niveau international, la même logique qui anime les rapports au niveau interne. Le salarié est considéré comme devant bénéficier de la protection minimale que lui procure la loi de son lieu de travail, supposée lui être la plus proche.

La rigidité du rattachement objectif à la loi locale, traduit le souci, aussi bien chez le législateur tunisien que chez la jurisprudence française d'une part et le législateur européen d'autre part, de garantir au travailleur un minimum intangible<sup>142</sup>.

En outre, c'est bien la spécificité de l'ordre public social de protection par rapport à l'ordre public économique qui « *se répercute au niveau de la catégorie des règles chargées de promouvoir l'ordre public social de protection en matière internationale* »<sup>143</sup>. Cependant, ce rattachement fondé sur l'ordre public ne manque pas d'ambiguïtés.

## 2) Les ambiguïtés du rattachement fondé sur l'ordre public

***Le flou résultant de la confusion entre dispositions d'ordre public interne et dispositions de police.*** L'utilisation de la notion d'ordre public social pour justifier l'application de la loi du lieu d'exécution s'est toujours accompagnée d'une certaine ambiguïté.

En fait, la qualification d'ordre public des dispositions de la loi locale manquait, chez certains auteurs et en jurisprudence française, de précision. Une certaine confusion était faite entre les dispositions d'ordre public de la loi du lieu d'exécution qui autorisent qu'on leur déroge au profit d'une loi plus favorable à la partie faible, d'une part, et les dispositions

---

<sup>141</sup> Y. LEQUETTE, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, op. cit., p. 368.

<sup>142</sup> A. SINAY CYTERMANN affirme que « *la loi du pays où s'exécute habituellement le contrat de travail est la loi normalement compétente... La loi du lieu d'exécution du travail accorde au salarié un minimum intangible* », A. SINAY CYTERMANN, « *La protection du salarié en droit international du travail* », in *Le droit collectif du travail, questions fondamentales-Evolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Nikitas Aliprantis Francis Kessler (éd.), Peter Lang, Paris, 1994, pp. 315-330, spéc. p. 315.

<sup>143</sup> Y. LEQUETTE, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, op. cit., p. 373, n° 392.

qui n'autorisent pas leur éviction par le jeu du conflit de lois, d'autre part. M. G. Lyon-Caen qualifie ces dernières comme étant le « *noyau dur* » de la loi du lieu d'exécution. « *On parle quelque fois d'ordre public mais c'est à mauvais escient* »<sup>144</sup>. Selon l'auteur, il s'agit, pour ces règles, de dispositions d'application immédiate dont l'application ne dépend pas du jeu du conflit de lois.

L'auteur en déduit l'existence de deux étages dans l'application de la loi locale : « *un étage de rattachement à la loi du lieu de travail qui peut être écarté par la volonté des parties, un étage qui ne peut l'être et devant lequel d'avance les parties s'inclinent* »<sup>145</sup>. Appliquée à une décision rendue par la Chambre sociale le 3 mars 1988<sup>146</sup>, cette distinction a permis à M. Lyon-Caen de considérer que « *la référence des parties à la loi étrangère du lieu de travail (loi de l'ex R.D.A) peut signifier simplement que leur intention est de s'y plier en tant que lois de police* »<sup>147</sup>. Le contrat de travail étant soumis à la loi française plus favorable, l'employeur et le salarié étant tous les deux de nationalité française.

Avec l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, l'ordre public social s'est vu assigné de façon claire, à l'image de son rôle en droit interne, une fonction de faveur. L'impérativité de la loi locale ne justifie nullement l'exclusivité de sa compétence. Elle freine, seulement, l'application de la loi choisie par les parties parce que moins favorable.

### 3) L'inopportunité de la transposition de l'ordre public interne aux rapports internationaux

***Remise en cause du fondement d'ordre public de la loi du lieu d'exécution.*** La compétence de la loi locale à régir le contrat de travail international était, toujours, justifiée par le double rôle que joue le droit du travail sur un territoire donné. « *C'est parce que le droit du travail est à la fois le droit de la protection des salariés et le droit de l'organisation du travail que la loi applicable aux rapports individuels de travail est la loi du lieu d'exécution de celui-ci* »<sup>148</sup>. Or, c'est justement pour ces deux raisons, que son application est parfois inopportune.

---

<sup>144</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, Les éditions Liaisons, 1991, p. 60.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Soc. 3 mars 1988, *Jur. Soc. UIMM*, n° 518, p. 325.

<sup>147</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, *op. cit.* p. 60.

<sup>148</sup> P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité, p. 256.



En effet, « *confrontée aux réalités des circonstances ou des situations de fait, la logique de cette construction (comme fondement à l'application de la loi locale) ne peut qu'être ébranlée ; les critiques ne manquent pas au principe de la loi territoriale* »<sup>149</sup>. La protection censée être assurée au travailleur par l'application de la loi locale n'est pas certaine. En réalité, « *la loi du lieu d'exécution peut causer au salarié comme à l'entreprise, bien de surprises* »<sup>150</sup>. En droit français, l'hypothèse la plus fréquente est celle de travailleurs français recrutés pour effectuer un travail à l'étranger puis licenciés.

***Les illustrations jurisprudentielles de l'inopportunité de la loi du lieu d'exécution.*** Les exemples ne manquent pas en droit français et en droit tunisien à manifester l'inadéquation entre le rattachement rigide à la loi du lieu d'exécution et l'impératif de protection du travailleur. Cette inadéquation a été très tôt constatée en droit français, depuis un arrêt rendu par la Chambre sociale française le 6 novembre 1985<sup>151</sup>. L'arrêt se rapporte à un salarié français embauché par une société française pour le compte de sa filiale au Ghana et licencié par cette filiale conformément aux usages ghanéens après un simple préavis d'un mois. Les juges du fond avaient accordé au salarié le complément d'indemnité de préavis lequel prévu par la loi française. La Chambre sociale a cassé l'arrêt au motif que le contrat de travail international en cause devrait être exécuté au Ghana.

La doctrine a pu, à partir de cet arrêt, prendre une véritable position quant à l'opportunité du rattachement du contrat de travail à la loi locale. M. Lagarde affirmait que « *ce n'est qu'à partir de 1985 que ce rattachement rigide au lieu d'exécution présenté comme la solution la plus favorable au travailleur devait révéler sa face cachée, désastreuse pour ce même travailleur* »<sup>152</sup>.

En droit tunisien également, la Cour de cassation a eu l'occasion de statuer sur une affaire se rapportant à un contrat de travail exécuté par un salarié tunisien en Lybie au profit d'une société canadienne. Le demandeur dans cette affaire s'est basé sur le Code du travail tunisien pour demander une indemnisation pour licenciement abusif. La Cour rappelle que le contrat étant exécuté en Lybie, il est alors soumis à la loi libyenne<sup>153</sup>. On peut remarquer que la loi libyenne, qui n'est pas nécessairement connue du salarié tunisien, n'est pas

---

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> RCDIP., 1986, p. 501.

<sup>152</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 83-96, p. 88.

<sup>153</sup> Arrêt de la Cour de cassation n° 8610/2013 du 03/03/2014, inédit cité par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

désignée en fonction de son contenu matériel. Peu importe pour l'auteur de la règle de conflit le degré de protection qu'elle pourrait fournir au travailleur. Son application est automatique par mise en œuvre du rattachement rigide à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail.

Le rattachement à la loi du lieu d'exécution n'aboutit pas de façon certaine à réaliser le résultat pour lequel il a été retenu. La raison n'est-elle pas l'inadéquation entre la finalité matérielle recherchée et le mécanisme conflictuel utilisé ?

Certes, il n'est pas question de nier à la règle de conflit la possibilité d'avoir une fonction substantielle. La question étant déjà dépassée et le rôle matériel que joue la règle de conflit est aujourd'hui admis chez la doctrine<sup>154</sup> et « *les solutions de conflit fondées sur l'idée de faveur ne sont pas inconnues en droit international privé, mais la démarche est rare. Elle pose d'importants problèmes théoriques et transforme la solution en un règlement d'équité au cas par cas par le juge* »<sup>155</sup>.

**Les solutions doctrinales proposées.** L'impératif de protection de la partie faible suscite *a priori*, que la règle de conflit cède à la neutralité classique quant au contenu matériel de la loi désignée. Il exige, ensuite, que la détermination du droit applicable soit fonction d'un examen du contenu matériel des différentes lois en conflit avec lesquelles le contrat de travail entretient des rapports.

M. Pocar préconise à cet égard d'appliquer, parmi ces différentes lois, celle qui protège le mieux la partie faible<sup>156</sup>. Une pareille solution aurait le mérite de concilier justice conflictuelle et justice matérielle. La règle de conflit devrait, par cette méthode, prendre en compte « *les valeurs sociales économiques ou politiques desquelles s'inspire le droit matériel car elle est le produit de la même société* »<sup>157</sup>.

Or, ni la solution retenue par la jurisprudence française après une longue évolution<sup>158</sup> ni celle retenue par la Convention de Rome ne sont allées jusque-là « *puisque le correctif d'équité ne pouvant être recherché que dans la loi d'autonomie et non dans toutes les lois avec lesquelles le contrat a*

---

<sup>154</sup> Y. LEQUETE, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.* ; F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, t. 188, 1984, pp. 339-418, spéc. pp. 353 et s.

<sup>155</sup> J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, n° 2, p. 324.

<sup>156</sup> F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », cours précité.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>158</sup> Sur la question de l'évolution de la règle de conflit jurisprudentielle en matière de contrat de travail international, voir P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité ; G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, *op. cit.*

*des points de contacts* »<sup>159</sup>. En droit international privé tunisien, des règles de conflit de lois à rattachement alternatif ont été adoptées en matière de statut personnel notamment pour protéger l'enfant ou le créancier d'aliment. Mais aucune règle semblable n'a été établie pour protéger le contractant partie faible. Le consommateur et le créancier, par exemple sont soumis à la règle générale de conflit rattachant le contrat à la loi d'autonomie et à défaut à celle du domicile de la partie dont l'obligation est caractéristique du contrat.

On peut déduire de ce qui précède que différents fondements expliquent le rattachement du contrat de travail à la loi de l'Etat où il s'exécute mais ne peuvent justifier l'exclusivité de ce critère. Rien n'empêche logiquement, que la protection minimale supposée être assurée par le rattachement à la loi locale soit améliorée par un rattachement concurrent. D'où des interrogations se posent quant à l'éventuelle fonction matérielle d'un rattachement rigide et exclusif.

## **§ 2 - La rigidité inhérente à l'exclusivité du rattachement en droit tunisien**

*De la protection au protectionnisme préjudiciable au travailleur en droit tunisien.* Le rattachement du contrat de travail à la loi du lieu d'exécution constitue, un rattachement spécifique qui déroge au rattachement retenu par la règle de conflit générale en matière de contrat. Cette spécificité s'est toujours faite, que ce soit en droit français ou en droit tunisien, en corrélation avec l'idée de la nécessaire protection du travailleur. Mais, poussée à ses extrêmes, cette idée de protection aboutit à des résultats renversés. En fait, « à trop vouloir systématiser et conceptualiser l'idée de protection, on est parvenu à l'enfermer dans des rattachements rigides »<sup>160</sup>.

En droit tunisien, la solution finalement retenue est très critiquable. Afin de bien fonder notre proposition pour la modifier, il est nécessaire de partir du raisonnement avancé en faveur de la solution actuelle. A cet effet, il paraît incontestable que la solution rattachant le contrat de travail uniquement à la loi locale est justifiée par les rédacteurs du Code de droit international privé tunisien, par une méfiance à l'égard de l'autonomie de la volonté dans une matière où la protection de la partie faible s'impose. Il y a lieu alors de se

---

<sup>159</sup> J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, p. 324.

<sup>160</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 83-96, p. 83.

demander, si cette unicité de rattachement serait une solution opportune ? Ses effets doivent être analysés au regard du souci même de protection du travailleur.

A- Les justificatifs avancés à l'unicité du rattachement à la loi du lieu d'exécution en droit tunisien

***Une conception institutionnelle du contrat de travail.*** Le rattachement à la volonté a été toujours, justifié en matière contractuelle par le libéralisme qui anime aussi bien les contrats civils que les contrats commerciaux dans le domaine des relations internationales privées. Et c'est ce même libéralisme considéré comme « *illusoire dans la réalité économique et sociale et tout particulièrement en matière de relation de travail, faute d'égalité des parties et de véritable négociation du contrat dans la plupart des cas* »<sup>161</sup>, qui a justifié également, non seulement en Tunisie, mais aussi en droit comparé, une méfiance à l'égard du principe d'autonomie<sup>162</sup>.

En fait, une solution libérale au conflit de lois était considérée comme incompatible avec la nécessaire protection du salarié<sup>163</sup>. Le contrat de travail s'insère dans une logique de justice sociale<sup>164</sup> où on ne peut se suffire d'une simple justice conflictuelle. C'est en fonction du contenu matériel de la loi applicable que la justice du droit international privé pourra être réalisée dans un rapport contractuel par nature déséquilibré au profit de l'employeur. Laisser le choix de la loi applicable aux parties revient dans la plupart des cas à permettre à l'employeur de désigner la loi qui servira le plus ses intérêts propres au détriment de ceux du travailleur. Du moins, c'est dans le pays où le droit du travail est suffisamment élaboré que « *le juge peut être porté à exclure (les clauses relatives au règlement des différends) au nom de la*

---

<sup>161</sup> J. DEPRez, « Evolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, Economica, Paris, 1996, pp.165-174, spéc. p. 166.

<sup>162</sup> J. CH. Pommier affirme que les « *originalités du droit international privé conduisent à se demander si la règle juste s'organise au stade de la règle de conflit ou à celui de la loi interne applicable* », J. CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992.

<sup>163</sup> J. DEPRez soutenait l'idée que si le principe libéral « *est le corollaire souvent obligé des échanges commerciaux, il soulève néanmoins des enjeux spécifiques souvent incompatibles avec une totale liberté contractuelle* », J. DEPRez, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *RD aff. int.*, 1990, n° 7, p. 833, spéc. p. 834.

<sup>164</sup> M-A. SABIRAU PEREZ affirme que « *le contrat de travail ne peut ainsi être traité comme un ordinaire contrat d'affaires illustrant la pensée libérale de notre siècle* », M-A. SABIRAU PEREZ, « Le changement de la loi applicable au contrat de travail international », *Revue Internationale du Travail*, vol. 139 (2000), n° 3, p. 377-399, spéc. p. 378.

*protection du salarié contre les stipulations que souvent il n'a pas véritablement négocié et qui pourraient tourner à son désavantage* »<sup>165</sup>.

La solution d'exclusion de tout rattachement à la volonté et l'application exclusive de la loi du lieu d'exécution en matière de contrat de travail international repose, alors, sur un prolongement au niveau international des dispositions substantielles impératives internes. La qualification d'ordre public de la matière des relations de travail internes a pu être étendue aux mêmes relations au niveau international<sup>166</sup>.

L'idée ne manque pas d'une institutionnalisation<sup>167</sup> du contrat de travail qui explique, la raison pour laquelle le rattachement à la volonté, rattachement « naturel » en matière de contrat soit totalement écarté et remplacé par un rattachement rigide impératif.

Cette position protectrice révèle ainsi, un interventionnisme étatique manifeste en matière de rapport de travail international. Elle est très explicite dans l'article 67 du CDIP tunisien. Ses rédacteurs ont choisi de procéder à un parallélisme entre le rôle du droit matériel et le rôle du droit international privé<sup>168</sup>. Ils rompent, ainsi, avec une large partie de la doctrine<sup>169</sup> qui soutient que la fonction du droit international privé devrait être distinguée de manière rigoureuse de celle du droit matériel<sup>170</sup>.

Mais, le protectionnisme qui caractérise la solution tunisienne semble aussi résulter de l'impact de certains droits comparés qui étaient à un certain moment, favorables à des rattachements rigides du contrat de travail international et hostiles à l'intervention de la volonté.

---

<sup>165</sup> J. DEPPEZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », article précité., p. 835.

<sup>166</sup> J-CH. POMMIER a pu même considérer que « *du fait de cette évolution du droit substantiel interne qui se caractérise par sa nature impérative, sa combinaison d'éléments de droit public et de droit privé, le jeu normal de la règle de conflit aurait été exclu du domaine relevant du droit public* », J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 159.

<sup>167</sup> « Ainsi sous l'effet de l'intervention de l'Etat, le contrat de travail serait passé d'une phase contractuelle à une phase institutionnelle par l'importance décroissante de la liberté des individus ». *Ibid.*, p. 158.

<sup>168</sup> M. BEN MOUSSA affirme que la relation du travail, tout en étant contractuelle est caractérisée par l'inégalité des volontés de ses deux contractants et par son rapport, dans la plupart des Etats du monde, avec les politiques socioéconomiques. C'est ce qui a poussé les législateurs, même dans les pays à économies libérales, à intervenir pour réglementer les rapports de travail par des règles impératives limitant de façon importantes le champ d'intervention de la volonté des parties dans la réglementation de leurs contrats de travail et rendant, ainsi, la règle de conflit générale adoptée en matière contractuelle inadaptée à ce type de contrats. Voir M. BEN MOUSSA, « Le droit applicable au contrat de travail », (en arabe), in *La passion du droit, Mélanges Mohamed Arbi HACHEM*, CPU, 2006, p. 1014.

<sup>169</sup> Pour les tenants de cette doctrine, voir F. POCAR, « La protection de la partie faible », cours précité, p. 353 et s.

<sup>170</sup> M. KEGEL affirme que « *one must be ready ... to accept the concept of a specific justice of conflict of laws, as distinguished from the justice of substantive law* », M. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, 1964, vol. 112, p. 91.

***Une solution inspirée du droit comparé.*** La solution tunisienne est aussi adoptée en droit comparé par « *certaines codifications nationales récentes de droit international privé, ainsi les jurisprudences de certains Etats se sont-elles orientées vers l'adoption de rattachements impératifs* »<sup>171</sup>.

Ainsi, le critère du lieu d'exécution du travail était retenu comme rattachement rigide dans les législations qui ont choisi d'écarter le jeu de l'autonomie de la volonté en matière de contrat de travail international. Il en est, pareillement, dans le projet de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de conflit de lois rédigé par l'*International Law Association (I.L.A)* lors de la session de Vienne de 1926<sup>172</sup>. Le projet retient le lieu d'exécution comme critère de rattachement rigide pour régir le « contrat de louage de travail ou de services ». Quelques années plus tard, une exclusion « partielle » du jeu de la volonté sera retenue dans la résolution des conflits de lois en matière de contrat de travail établi par l'Institut du Droit International (*I.DI*) en 1937<sup>173</sup> à la session de Luxembourg. La résolution distinguait entre les questions relatives à l'exécution du contrat et qui sont soumises en droit interne à des normes impératives et les questions relatives à la formation et à la rupture du lien contractuel. Seules les secondes questions sont soumises à la loi choisie par les parties<sup>174</sup>. Ce qui conduisait, dans la résolution, à un dépeçage.

Dans ces différentes solutions où le libre choix du droit applicable a été écarté, on assiste à une certaine institutionnalisation de la relation du travail. L'intervention étatique y entraîne alors une limitation importante du jeu de la volonté<sup>175</sup> considéré inadapté à un contrat où la volonté de l'employeur et celle du travailleur n'avaient pas le même poids.

***L'impératif de protection du travailleur comme argument à l'unicité du rattachement à la loi du lieu d'exécution.*** Dans la logique du droit international privé, « *le choix de la structure de la règle de conflit est conditionné par l'aptitude qui en résulte pour celle-ci à assurer au mieux le respect des légitimes expectatives des intéressés quant à la solution qui doit être donnée au litige* »<sup>176</sup>. Or, en matière de travail international, c'est plutôt la légitime protection du travailleur qui l'emporte sur les attentions communes des parties. On pourrait même affirmer avec M. Pommier que « *la suppression du principe du rattachement de la volonté pourrait*

---

<sup>171</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 160.

<sup>172</sup> *International Law Association*, Report of the 34<sup>th</sup> Conference, 1926, sp. pp. 512 et ss.

<sup>173</sup> Annuaire de l'Institut de Droit International, 1937, t. 40, Réimpression SCHMIDT PERIODICALS GMBH D-83075 Bad Feilnbach / Germany, 1994 pp. 190 et s.

<sup>174</sup> Articles 4 et 5 de la Résolution.

<sup>175</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 158.

<sup>176</sup> V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, (préf. P. Lagarde), GLN-Joly, 1990, p. 105.

*trouver un commencement d'explication dans l'indépendance du droit international du travail... vis-à-vis du droit international privé* »<sup>177</sup>. La fonction de la règle de conflit spéciale pour le contrat de travail diffère de celle assignée classiquement à la règle de conflit en droit international privé<sup>178</sup>.

En réalité, si « *la fonction du droit international privé devrait être distinguée d'une manière rigoureuse de celle du droit matériel* »<sup>179</sup> et qu'« *une appréciation matérielle des intérêts en jeu devrait donc rester complètement en dehors de la fonction de la règle de conflit* »<sup>180</sup>, il n'en va pas de même de la règle de conflit relative au contrat de travail international où « *la justice conflictuelle doit s'harmoniser avec la justice matérielle* »<sup>181</sup>.

Certes, « *dans les systèmes juridiques modernes, les valeurs sociales...offrent les motifs essentiels de décision, une toute nouvelle tendance se manifeste clairement de donner une place plus grande aux valeurs matérielles également en droit international privé* »<sup>182</sup>.

Néanmoins, un pareil parallélisme entre la fonction conflictuelle et la fonction matérielle « *risquerait de demeurer abstrait et d'être critique en tant que se référant à des buts extrajudiciaires en dehors de la règle de droit international privé, s'il ne trouvait sa justification positive dans l'existence de règles de droit international privé s'inspirant exclusivement ou du moins essentiellement du but de protéger un sujet faible en tenant compte du contenu des lois matérielles pouvant venir en considération pour régler une situation donnée et non seulement du choix de la loi applicable considéré en lui-même* »<sup>183</sup>.

La règle de conflit en matière de contrat de travail est généralement édictée dans cet esprit de justice matérielle. La spécificité de cette règle par rapport à la règle de conflit applicable en matière contractuelle est révélatrice de l'équilibre que cherche à assurer le droit international privé entre valeurs sociales matérielles, d'une part, et raisonnement conflictuel, d'autre part. Sans que le droit international privé ne se transforme en une réglementation protectrice concrète, sa tâche « *est d'indiquer la loi applicable mais évitant que la*

---

<sup>177</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 158.

<sup>178</sup>F. JAULT-SESEKE affirme que « *les rapports qu'entretiennent le droit international privé et le droit du travail sont complexes. Le caractère impératif de celui-ci s'accommode mal de la place croissante que celui-là reconnaît à l'autonomie de la volonté ; la diversité des ressources du droit du travail est difficilement appréhendée par la relative simplicité de la règle de conflit de lois, instrument privilégié du droit international privé* », F. JAULT-SESEKE, « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales », in *Du droit international privé du travail aux droits de l'humanité Etudes offertes à Ph-J. HESSE*, Presses Universitaires de Rennes 2003, p. 455.

<sup>179</sup> F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », cours précité., p. 353.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 357.

*différence du niveau de protection existant dans les systèmes juridiques avec lesquels une situation caractérisée par le besoin de protection d'un sujet a des liens puisse provoquer des solutions injustes pour le faible »<sup>184</sup>.*

Néanmoins, c'est cet équilibre entre la fonction conflictuelle, fonction de base du droit international privé et la fonction matérielle « indirecte » qu'il cherche à satisfaire qui risque d'être renversée lorsqu'au nom de la justice protectrice, on admet une intervention accrue de l'Etat. La suppression pure et nette, par le droit tunisien, du rattachement à la volonté en matière de contrat de travail, considéré en amant rattachement défavorable pour le travailleur, est signe d'un interventionnisme étatique et peut en aval, dans une situation concrète, ne pas jouer au profit du travailleur<sup>185</sup>.

#### B- Les effets de l'unicité du rattachement à la loi du lieu d'exécution

***Une surprotection défavorable au travailleur.*** L'évaluation de la justesse de la solution tunisienne et celle précédemment adoptée par la jurisprudence française doit se mesurer par le degré de faveur à apporter au travailleur. Elle doit se mesurer également par son aptitude à tenir compte des différents aspects du contrat de travail international : celui-ci ne peut être réduit à un simple instrument institutionnel. Sa dimension contractuelle ne doit pas être dissimulée.

Du côté du travailleur, l'application d'un rattachement objectif rigide et la suppression de tout jeu de la volonté « *serait trop dirigiste* »<sup>186</sup>. L'interventionnisme étatique, inadmissible au niveau des relations internes, est plus fortement dénoncé au niveau des relations internationales par l'effet renversé auquel il peut conduire : une surprotection du travailleur aura pour conséquence non seulement de restreindre sa liberté<sup>187</sup> mais aussi de l'empêcher de consentir à une loi qui pourra lui être plus favorable.

***Une solution radicale.*** La suppression de la volonté, comme solution protectrice repose sur un postulat d'état de faiblesse chez le travailleur par rapport à son contractant.

---

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> En fait, « à trop vouloir systématiser et conceptualiser l'idée de protection, on est parvenu à l'enfermer dans des rattachements rigides, qui pour être différents de ceux du droit commun, conduisent aujourd'hui de plus en plus souvent à des solutions préjudiciables au travailleur », P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité., p. 83.

<sup>186</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 165.

<sup>187</sup> Ainsi, comme l'affirme M. PELICHET, « De mesures de protection en généreuse garantie de sécurité, on glisse imperceptiblement vers une conception de la société dans laquelle l'individu et l'Etat intervient à chacun de ses pas pour le guider au risque de finir par l'étouffer », M. PELICHET, Actes et Documents de la XIV<sup>ème</sup> session, t. II, p. 8.



Or faire de ce postulat, une vérité absolue serait extrémiste et aboutit à un certain radicalisme. En fait, si dans la majeure partie des cas, le contrat de travail est déséquilibré au profit de l'employeur, il n'en reste pas moins d'autres où la position des parties « *les place sur un pied d'égalité rendant inutile toute protection et à fortiori, toute exclusion de l'autonomie de volonté* »<sup>188</sup>. Ainsi, la solution basée sur l'exclusion de tout rattachement à la volonté aboutit incontestablement à une protection insuffisante menant, parfois, à priver le travailleur de l'éventuelle protection que pourrait lui procurer la loi d'autonomie et, parfois autres, à le soumettre aveuglement à la loi du lieu d'exécution qui ne lui est pas nécessairement protectrice.

### ***Le dépassement de la rigidité par une interprétation « souple » de l'article 67 ?***

Consciente de ces effets pervers de la solution tunisienne, la doctrine a essayé de se baser sur la qualification de la règle de conflit de l'article 67 du Code de droit international privé pour admettre dans certains cas la dérogation au rattachement au lieu d'exécution et l'admission du jeu de la volonté. M. BEN MOUSSA, ex-premier président de la Cour de cassation tunisienne s'est interrogé sur le caractère d'ordre public de la règle de conflit relative au contrat de travail. En se basant sur l'article 28 du CDIP Tunisien<sup>189</sup>, il affirme que la règle de conflit en matière de contrat de travail serait d'ordre public pour tout ce qui se rapporte aux questions d'ordre organisationnel et pour lesquelles l'application de la loi du lieu d'exécution serait impérative. Par contre, il serait difficile de considérer les règles relatives à l'objet du contrat comme étant d'ordre public. D'où la possibilité pour les contractants de déroger à la règle de conflit et de choisir la loi du contrat pour régir les questions qui se rapportent à l'objet du contrat et aux obligations contractuelles qui n'ont pas d'aspect organisationnel,<sup>190</sup> si cette loi s'avère plus avantageuse pour le travailleur.

A *contrario*, la loi d'autonomie n'aurait à jouer selon M. BEN MOUSSA que si elle se rapporte à des questions pour lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits et que si elle est plus favorable au travailleur que la loi principalement applicable à savoir celle du lieu d'exécution du contrat.

---

<sup>188</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>189</sup> L'article 28 du Code de Droit International Privé Tunisien prévoit que « La règle de conflit est d'ordre public lorsqu'elle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. Dans les autres cas, la règle est obligatoire pour le juge, à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son application ».

<sup>190</sup> M. BEN MOUSSA, « Le droit applicable au contrat de travail », article précité.

Il ne semble pas que cette voie soit adoptée par la Cour de cassation tunisienne qui affirme à propos d'un contrat de travail exécuté par un travailleur tunisien en Lybie qu'en application de l'article 28 du Code de droit international privé, « la règle de conflit est d'ordre public si son objet porte sur une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition »<sup>191</sup>. Il est à préciser à cet effet que l'article 28 du Code de droit international privé distingue en fonction de la disponibilité des droits entre les règles de conflits d'ordre public, obligatoires à l'égard du juge et des parties et celles qui ne sont obligatoires qu'à l'égard du juge.

Mais, ce qui est paradoxal dans cet arrêt, c'est que selon la haute juridiction tunisienne<sup>192</sup>, la loi libyenne était applicable non seulement en tant que loi du lieu d'exécution habituelle du travail mais aussi en tant que loi choisie par les parties. En fait, la Cour annonce clairement qu'« il ressort des faits d'espèce, que l'exécution du contrat de travail objet de l'action a eu lieu en Libye et qu'aux termes de l'article 67 du Code de droit international privé, le contrat de travail est régi par le droit de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. A cela s'ajoute que le contrat de travail objet du litige et conclu le 22 novembre 2007 prévoit expressément dans son article 10 que la cessation du contrat de travail est soumise dans ses effets au droit du travail libyen et cet article n'a pas fait l'objet de modification par les avenants au contrat de travail. ».

La Cour fait ainsi, application cumulative de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail et de la loi choisie par les parties. En l'espèce, les deux rattachements désignent une même loi applicable à savoir la loi libyenne. La loi d'autonomie était en l'espèce un appui à la compétence de la loi du lieu d'exécution. Or, la Cour n'était pas obligée de rechercher un autre fondement pour la compétence de la loi libyenne du lieu d'exécution habituelle du travail. En fait, au cas où les deux rattachements désignent deux lois différentes, la Cour sera obligée de donner compétence uniquement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail conformément aux dispositions du Code de droit international privé et par conformité à sa jurisprudence.

Nous estimons, qu'il est temps, pour modifier l'article 67 du Code de droit international privé tunisien et d'admettre la loi d'autonomie comme rattachement alternatif

---

<sup>191</sup> Arrêt de la Cour de cassation tunisienne n° 8611/2013 du 17/03/2013, inédit cité par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

<sup>192</sup> Il s'agit de la Cour de cassation tunisienne.

à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Une telle modification s'accommode avec le développement de la dimension sociale du droit international privé<sup>193</sup>. Elle s'intègre, également, dans une logique d'harmonisation de la justice conflictuelle et de la justice matérielle, largement recherchée en droit international privé<sup>194</sup>.

## Section 2 : Une rigidité renforcée

***Les facteurs favorisant la rigidité.*** L'étendue du champ d'application de la loi du lieu d'exécution dépend de la conception dont on fait de la notion de « lieu habituel du travail ». Une conception stricte de cette notion limiterait le champ d'application de la *lex loci executionis* et ouvrirait la voie de recours au rattachement objectif subsidiaire. A l'inverse, une conception large de cette notion limiterait le recours au rattachement subsidiaire et renforcerait le raisonnement proximate rigide du départ.

En droit tunisien, ainsi qu'en droit français, la jurisprudence s'oriente vers la seconde position. Mais, c'est la jurisprudence de la CJUE qui est très illustrative à ce sujet. Evolutive sur cette question, elle consacre une conception purement objective neutre du lieu d'exécution. On assiste ainsi, à un renforcement du recours au critère de rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail (§ 1) et en parallèle à une limitation du recours au critère de rattachement subsidiaire (§ 2).

### § 1- Le renforcement du recours au critère de rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail

***Le recours renforcé à la loi du lieu d'exécution et ses impacts sur la réalisation de la justice sociale.*** La mise en œuvre du critère de rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail n'est pas toujours aisée. En fait, pour certains emplois

---

<sup>193</sup>D'après F. POCAR, « L'affirmation d'une distinction sociale entre justice matérielle et justice conflictuelle se rapporte à l'idée d'un droit international privé « neutre » à l'égard de la réglementation d'une relation juridique, d'un droit qui n'a pas une dimension sociale ou qui, tout au plus, possède une dimension sociale autonome distincte de la dimension sociale du droit matériel. Cette neutralité semble, cependant, difficile à retenir », F. POCAR « La protection de la partie faible », cours précité, p. 355.

<sup>194</sup> « La justice conflictuelle doit, en d'autres termes, s'harmoniser avec la justice matérielle : c'est un point que l'on doit retenir même s'il ne s'agit que d'un premier élément à cette fin, si l'on veut atteindre une harmonisation des solutions des cas avec éléments d'extranéité qui représente, selon une grande partie de la doctrine à partir de Savigny, un principe fondamental du droit international privé ». F. POCAR, « La protection de la partie faible », cours précité, p. 354.

notamment ceux du transport routier, terrestre et maritime, où on se trouve face à une exécution éclatée, l'identification du lieu de travail se heurte à des difficultés voire parfois des impossibilités. La jurisprudence a préféré trancher la question par la détermination de critères et indices permettant d'identifier un lieu unique de travail. Au regard des impératifs de justice sociale, la solution vise à éviter le recours au critère subsidiaire du lieu d'établissement de l'employeur qui favorise la manipulation. Elle permet d'assurer également la sécurité juridique, par sa concordance avec le rattachement retenu en matière de compétence judiciaire. Néanmoins, l'intérêt de la solution substantielle dépend toujours du contenu de la loi à identifier. La compétence de cette loi, est le résultat d'un rattachement rigide et n'est en aucun cas tributaire de la solution qu'elle prescrit. Demeure ainsi posée la question de son opportunité au regard des principes de justice sociale. Par ailleurs, la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution serait renforcée, si on opte pour une stabilisation du droit applicable dans les situations de détachement temporaire autrement dit, le maintien de la loi d'origine comme loi applicable. Cette solution européenne n'est pas envisagée, dans le texte actuel en droit tunisien. Il convient alors, de mesurer ses effets essentiellement à l'égard du travailleur afin de déterminer s'il sera recommandé d'y recourir.

#### A- Une conception large du lieu d'exécution

La jurisprudence tunisienne a opté pour une définition large de la notion de lieu d'exécution habituelle du travail ce qui est de nature à étendre le champ d'application du critère de rattachement principal. La même orientation se retrouve en droit français. L'apport de la CJUE y est considérable. Il devient alors nécessaire de partir de ces positions jurisprudentielles afin d'analyser le sens de l'élargissement de la notion de lieu d'exécution habituelle du travail avant d'en déterminer les effets.

- 1) Le sens de l'élargissement de la notion de lieu d'exécution habituelle du travail

***Détermination du lieu d'exécution habituelle : le critère de la concentration de la relation juridique en jurisprudence tunisienne.*** Bien que le lieu d'exécution occupe une place centrale au sein de la règle de conflit applicable au contrat de travail que ce soit

en droit français ou en droit tunisien, ce critère ne manque pas d'ambiguïtés. Elles sont principalement inhérentes aux difficultés parfois rencontrées dans la détermination du lieu habituel du travail.

La Cour de cassation tunisienne a défini la notion d'exécution du contrat, à l'occasion de l'interprétation de l'article 5 du CDIP qui se rapporte à la compétence juridictionnelle. Etant donné que les deux rattachements retenus en matière de compétence judiciaire et de compétence législative sont presque identiques<sup>195</sup>, l'interprétation de l'un est valable pour l'autre. Dans un arrêt rendu le 15 mai 2015<sup>196</sup>, la Cour de cassation précise que « *le législateur a retenu pour la détermination de la compétence des tribunaux tunisiens, le critère de la concentration de la relation juridique en Tunisie* ». Pour expliquer cette notion de *concentration*, la Cour ajoute qu'« *une relation est concentrée en Tunisie si le droit objet du litige ou sa source est concentré ou bien existe ou encore a lieu en Tunisie. En conséquence, la compétence en matière de responsabilité contractuelle a été attribuée aux juridictions tunisiennes si la Tunisie est le lieu d'exécution du contrat, que cette exécution a eu lieu effectivement de façon totale ou partielle ou lorsque le contrat devrait s'exécuter en Tunisie en raison de sa nature ou par l'effet du contrat* ».

On constate de cette jurisprudence que la Cour de cassation tunisienne distingue selon que le contrat a été réellement exécuté ou devrait être exécuté en Tunisie. Dans le premier cas, le lieu d'exécution correspond à celui où la prestation de travail est effectivement fournie. Par contre lorsque l'exécution n'a pas encore eu lieu, il faut s'en tenir, pour analyser la notion d'exécution, à une définition juridique par référence à la nature de la prestation ou activité ou encore contractuelle dégagée à partir des clauses du contrat.

La position de la jurisprudence tunisienne à ce sujet semble être en concordance avec celle de la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne qui se réfère au critère de l'effectivité, mais qui est plus développée donnant des indices concrets d'identification du lieu du travail effectif. Cette jurisprudence a impacté la position de la Cour de cassation française et a contribué à son évolution.

Nous estimons nécessaire de s'arrêter sur cette évolution de la jurisprudence européenne et française pour identifier ses mérites et ses limites. Cette analyse comparée

---

<sup>195</sup> Avec la simple différence que l'article 67 traite du lieu « où le travailleur accomplit habituellement son travail » et que l'article 5 vise les cas où « le contrat est exécuté ou devrait être exécuté en Tunisie ».

<sup>196</sup> Arrêt de la Cour de cassation n° 21711/2015 du 15 mai 2015, arrêt précité.

nous permettra, dans la limite des intersections possibles avec le droit tunisien, de déterminer s'il sera opportun pour les juges tunisiens de s'en inspirer.

***Identification du lieu d'exécution du personnel navigant aérien : le lieu d'affectation, un critère qui devrait être écarté par les juges tunisiens.*** Bien que la détermination de la loi applicable au personnel navigant, et par conséquent l'identification du lieu d'exécution pour ce personnel n'a pas donné lieu en droit tunisien, à une jurisprudence connue<sup>197</sup>, la question est d'un intérêt pratique et mérite d'être étudiée notamment avec les licenciements prévisibles en Tunisair<sup>198</sup>.

Dans ce cadre, il convient de préciser que la Tunisie s'est dotée depuis 1999, d'un Code de l'aéronautique civile qui fixe, entre autres, les conditions d'exercice ainsi que les mesures disciplinaires applicables au personnel aéronautique exerçant dans des aéronefs de nationalité tunisienne. Sont aux termes du code considérés de nationalité tunisienne, les aéronefs immatriculés en Tunisie<sup>199</sup>. Pour les autres questions se rapportant à la relation de travail entre le personnel et la compagnie aérienne, il convient d'appliquer le Code du travail tunisien<sup>200</sup> à moins qu'il existe des textes spéciaux qui lui dérogent<sup>201</sup>.

Pour les questions qu'il régleme relevant de la relation de travail, le Code de l'aéronautique ne détermine pas son champ d'application international. Il convient, alors, de recourir au Code de droit international privé, précisément l'article 67 dès que l'exercice par le personnel navigant de son travail dépasse les frontières nationales. Il est incontestable à cet égard, que l'identification du lieu de travail pour le personnel navigant soulève des difficultés. Pour les surmonter, il est recommandé que les juridictions tunisiennes se réfèrent, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, au critère de la concentration de l'activité, celui-ci doit être distingué du lieu d'affectation du personnel. En

---

<sup>197</sup> Un certain nombre de pilotes tunisiens recrutés par la compagnie aérienne Tunisair ont été licenciés entre 2013-2014, sans pourtant, passer à la phase judiciaire. Les licenciements en question ont été réglés à l'amiable. Certains autres, ont été détachés auprès de compagnies aériennes étrangères sans que ces détachements donnent lieu à des contentieux.

<sup>198</sup> Il est prévisible, d'avoir dans les années futures des actions opposant Tunisair à son personnel navigant puisque, selon les propos de son président directeur général, la compagnie, envisage dans le cadre de son plan de restructuration, le licenciement d'environ 1000 travailleurs pour restaurer les normes internationales de l'entreprise.

Les déclarations du président directeur général de Tunisair sont consultables notamment sur : <https://universnews.tn/tunisair-khaled-chelly-vers-le-licenciement-de-1000-salaries/>

<sup>199</sup> Article 6 du Code de l'aéronautique civile.

<sup>200</sup> C'est ce que prévoit, explicitement en droit français, l'article L6521-6 du Code des transports. Aux termes de cet article, « le Code du travail est applicable au personnel navigant de l'aéronautique civile et à leurs employeurs, sous réserve des dispositions particulières fixées par le présent titre ».

<sup>201</sup> Tel que l'arrêté du ministre du transport du 12 janvier 2017, relatif aux limitations du temps de vol et de service et exigences en matière de repos du personnel navigant en cas d'opérations de transport aérien commercial effectuées au moyen d'avions, *JORT*, 24 janvier 2017, n° 7.

fait, le critère de l'affectation a montré sa défaillance en droit français pour des raisons multiples. Les juges tunisiens sont appelés à tirer les leçons des insuffisances de ce critères, utilisé à un certain moment par la jurisprudence française.

***Les leçons à tirer de l'ancienne jurisprudence française.*** En fait, pour revenir sur cette jurisprudence, il convient de rappeler que dans une affaire du 9 novembre 1956<sup>202</sup>, la Chambre sociale de la Cour de cassation française, après avoir affirmé « (qu') *il est de principe que le contrat de travail doit être régi par la loi du lieu où il s'exécute* » et « *que le travailleur effectuant son travail en groupe à l'étranger est soumis à la loi territoriale* », a relevé que ce rattachement peut se heurter, comme c'était le cas en l'espèce, à l'indétermination. Pour pallier à cette difficulté, la Cour a eu recours à la loi choisie constatant qu'elle est bien la loi française du travailleur et qu'elle coïncide également avec la localisation en France du siège de la société employeur.

Cette position critiquable de la Cour de cassation française a été reprise dans d'autres décisions. Les plus connues sont celles rendues dans des affaires ayant opposé la compagnie aérienne Air Afrique à son personnel navigant<sup>203</sup>. Sachant que cette compagnie a rattaché à partir de 1979 son personnel technique navigant, employé depuis 1963 dans sa succursale parisienne, à son administration centrale à Abidjan, plusieurs conflits ont eu lieu entre la compagnie et son personnel navigant se rapportant à la détermination de la loi applicable aux contrats de travail.

Dans deux arrêts, opposant la compagnie à son personnel et rendus l'un le 28 mars 1986<sup>204</sup> et l'autre le 18 octobre 1988<sup>205</sup>, la Cour de cassation française a confirmé la Cour d'appel d'avoir appliqué la loi ivoirienne, considérée comme la loi du lieu d'exécution du travail.

En fait, dans l'arrêt du 28 mars 1986, la Chambre mixte a bien retenu « *qu'il résultait que le contrat de travail s'était exécuté en Côte d'Ivoire (et) que les relations contractuelles étaient régies par la loi ivoirienne* ». La Cour assimile, le lieu d'affectation au lieu d'exécution habituelle de travail pour le personnel navigant en matière de transport aérien.

---

<sup>202</sup> Cass. Com, 9 novembre 1959, LAUTIER, *RCDIP*, 1960, p. 569, note SIMON-DEPITRE ; *JDI*, 1960, p. 1064 note G. LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 1960, p. 238.

<sup>203</sup> Sur cette question : A. LYON-CAEN, *JDI* 1986. 702 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Sur l'affaire Air Afrique », *Dr. soc.* 1986. 409 ; P. MORVAN, « Y a-t-il du droit français dans l'avion ? », *Dr. soc.* 2007. 191.

<sup>204</sup> Cass. 28 mars 1986, *RCDIP*, 1986, p. 501, 2<sup>ème</sup> espèce, *Clunet*, 1986, p. 699, note A. LYON-CAEN.

<sup>205</sup> Arrêt inédit.

La doctrine était de positions divergentes quant à la méthode adoptée par la Cour dans de pareilles relations contractuelles. Ainsi, A. LYON-CAEN est favorable au rattachement du contrat de travail conclu par un pilote à son lieu d'affectation<sup>206</sup>.

P. LAGARDE, conteste, quant à lui, une pareille détermination du lieu de travail. Il affirme qu'« à regarder de plus près les constatations de la Cour d'appel, on s'aperçoit que les éléments retenus n'ont pas été recherchés d'abord dans la localisation objective effective du travail de ces personnels navigants, mais dans la volonté (subjective) de l'employeur de ne plus affecter ces travailleurs à la succursale parisienne »<sup>207</sup>. Selon l'auteur, c'est la façon dont la Cour de cassation détermine le lieu d'exécution, qui contribue avec l'aspect peu favorable de cette loi à aggraver la situation du salarié<sup>208</sup>.

On constate ainsi, que le lieu d'affectation ne constitue pas à lui seul, un critère significatif et ne rend pas compte de la réalité de l'exécution effective du travail, donc de l'identification du lieu de l'exécution de la prestation.

Si les juges tunisiens sont, en conséquence, appelés à ne pas le retenir au moment de la détermination du droit applicable au personnel navigant, nous estimons, qu'ils devraient retenir d'autres critères convergeant vers le centre effectif du travail. Il en est ainsi, par exemple du lieu à partir duquel, le personnel s'acquitte de ses fonctions, du moins, du principal de ses fonctions. Les critères auxquels a abouti la CJUE, dans cette matière peuvent être d'une grande utilité.

***Une solution à importer : la conception effective du lieu d'exécution habituelle du travail, telle qu'appréhendée par la jurisprudence de la CJUE.*** La solution à laquelle est parvenue la jurisprudence de la CJUE s'oriente vers une distinction des notions de base d'affectation et de lieu d'exécution habituelle du travail. Dans son arrêt du 14 septembre 2017<sup>209</sup>, la Cour annonce explicitement que les deux notions ne sont pas assimilables. Elle préconise à la juridiction belge qui l'avait saisie en l'espèce, d'utiliser la méthode indiciaire afin de « refléter la réalité des relations juridiques ». Dans ce contexte, la base d'affectation ne serait qu'un des indices, bien que significatif<sup>210</sup>, permettant avec d'autres,

---

<sup>206</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, op. cit. p. 35.

<sup>207</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 89.

<sup>208</sup> P. Lagarde affirme que « L'aggravation de la situation du salarié par le rattachement du contrat de travail au lieu d'exécution se manifeste de façon plus insidieuse par la façon dont la Cour de cassation conçoit aujourd'hui la détermination de ce lieu ». Ibid.

<sup>209</sup> Aff. C-168/16 et aff. C169/16, D., 2017. 1841.

<sup>210</sup> Pts 67, 68 et 69.



l'identification du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Il s'agit, selon la Cour, d'établir dans quel Etat se situe « *le lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions de transport, celui où il rentre après ses missions et organise son travail, ainsi que le lieu où se trouvent les outils de travail* ». Il convient également de tenir compte, du lieu de stationnement des aéronefs à bord desquels le travail est habituellement accompli<sup>211</sup>. Il est incontestable que la base d'affectation recoupe, généralement, avec le lieu à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail<sup>212</sup>. Mais, comme le souligne l'avocat général dans ses conclusions sur cette affaire, « *la pertinence de la base d'affectation, aux fins d'identifier le lieu habituel d'exécution du contrat de travail, est seulement indirecte. En effet, il n'y a lieu d'en tenir compte que dans la seule mesure où elle corrobore les indices mentionnés ci-avant comme pertinents aux fins d'identifier ce lieu* ».

***Conception effective du lieu d'exécution du personnel navigant et lutte contre les délocalisations fictives ; la mise en œuvre en jurisprudence française.*** Dans son arrêt du 11 avril 2012<sup>213</sup>, la Cour de cassation française a renoncé à la loi du lieu d'affectation et a opté pour une conception large du lieu d'exécution habituelle du travail. Ce critère étant déjà conçu par la CJUE « *de sorte qu'il soit opérationnel dans la quasi-totalité des hypothèses de travail international, y compris lorsque la profession exercée implique une mobilité entre différents Etats* »<sup>214</sup>.

Il s'agissait, en l'espèce, de deux commandants de bord instructeurs d'une compagnie aérienne anglaise *Avient Ltd* basée en France et qui contestent leur licenciement. La Cour de cassation confirme la compétence des juridictions françaises et la compétence de la loi française aux personnels navigants des compagnies aériennes étrangères basées en France. Sa position, « *s'inscrit dans un contexte de lutte contre les délocalisations fictives pratiquées par les compagnies low cost* »<sup>215</sup>. L'affaire en question en fait une parfaite illustration, puisque les

---

<sup>211</sup> Pts 63 et 64 de l'arrêt.

<sup>212</sup> C'est ce qui ressort de la définition même de la notion de « base d'affectation ». Cette notion est empruntée au droit aérien. En fait, l'annexe III, sous partie FTL, point 14, du règlement (UE) n° 965/2012 de la commission du 5 octobre 2012 déterminant les exigences techniques et les procédures administratives applicables aux opérations aériennes conformément au Règlement CE n°216/2008 du parlement européen et du conseil tel que modifié par le Règlement (UE) n° 83/2014 de la commission du 29 janvier 2014, définit la base d'affectation comme étant « *le lieu assigné par l'exploitant au membre de l'équipage, où celui-ci commence et termine normalement une période de service ou une série de périodes de service et où, dans des circonstances normales, l'exploitant n'est pas tenu de loger ce membre d'équipage* ».

<sup>213</sup> Soc. 11 avril 2012, n° 11-17. 096 et 11-17.097, note F. JAULT-SESEKE, « Compétence juridictionnelle et compétence législative pour le personnel navigant : les pratiques des compagnies aériennes condamnées par la Cour de cassation », *RDT*, juin 2012, p. 388, spéc. p. 388.

<sup>214</sup> F. JAULT-SESEKE, « Compétence juridictionnelle et compétence législative pour le personnel navigant : les pratiques des compagnies aériennes condamnées par la Cour de cassation », article précité, p. 388.

<sup>215</sup> *Ibid.*

aéronefs étaient immatriculés au Zimbabwe. C'est ce qui est révélateur d'une délocalisation fictive des rapports de travail, très fréquente en matière de transport aérien.

Tout en admettant l'appréciation souveraine du lieu d'exécution par les juges de fond, la Cour reprend les éléments qui ont servi la Cour d'appel à localiser la relation de travail en France : Les salariés commencent et terminent toutes leurs prestations de travail en France. La société disposait d'un établissement principal à l'aéroport international de Varty où les pilotes commencent et finissent leurs services et assurent leurs tâches administratives. La compagnie était immatriculée au registre de commerce de Châlons-en-Champagne, implantée en France où elle avait des locaux à partir desquels, elle exerçait de façon habituelle, stable et continue son activité de fret de denrées périssables. De plus, elle prenait en charge les frais engagés par les salariés en dehors de l'aéroport de Varty. Ce sont d'ailleurs ces éléments qui ont permis à la Cour d'appel, approuvée en cela par la Cour de cassation, de constater que les salariés affectés à cette activité de transport aérien avaient le centre effectif de leur activité professionnelle à Varty.

En conséquence, l'immatriculation de la société au Zimbabwe, et le travail effectué par les pilotes dans d'autres pays du monde importent peu.

A l'appui de sa décision, la Cour de cassation fait une double référence. D'une part, elle se réfère à la jurisprudence de la CJUE en matière de compétence juridictionnelle qui a, depuis l'arrêt Mulox<sup>216</sup>, défini le lieu d'exécution habituelle des salariés mobiles par référence au centre effectif de leur activité professionnelle. Ainsi, elle annonce que « *lorsque l'obligation du salarié d'effectuer les activités convenues s'exerce dans plus d'un Etat contractant, le lieu où il accomplit habituellement son travail est l'endroit où, ou à partir duquel compte tenu des circonstances du cas d'espèce, il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur* »<sup>217</sup>. D'autre part, la Cour de cassation mentionne de façon expresse, l'arrêt Koelzsch rendu en matière de travail international des chauffeurs routiers.

La doctrine trouve, dans l'arrêt de la Cour de cassation, une conformité avec la législation de travail française. En fait, « *derrière les différents éléments mis en exergue pour localiser le travail, transparaît la solution énoncée à l'article L 1262-3 du Code du travail et complétée par l'article*

---

<sup>216</sup> CJCE, n° C-125/92, Mulox IBC Ltd contre Hendrick Geels, 13 juillet 1993, *Rec.*, I-4075.

<sup>217</sup> Il est à noter que l'expression « *où ou à partir duquel* » est conforme aux dispositions de l'article 8 du Règlement Rome I qui fait référence au « *pays dans lequel ou à partir duquel, le travailleur en exécution du contrat accomplit habituellement son travail* ». La seconde moitié de cette disposition à savoir celle du pays « *à partir duquel* », a été ajoutée par la Commission en vue de régler la situation du personnel navigant qui peut être rattaché à la base à partir de laquelle il organise son activité.

R. 330-2-1 du Code de l'aviation civile pour combattre les pratiques abusives de détachement et préciser le champ d'application du Code du travail en ce qui concerne les compagnies aériennes ayant des bases d'exploitation situées sur le territoire français »<sup>218</sup>.

C'est dans ce sens, d'ailleurs, que le décret du 23 novembre 2006<sup>219</sup> définit la base d'exploitation comme étant « un ensemble de locaux ou d'infrastructures à partir desquels, une entreprise exerce de façon stable, habituelle et continue une activité de transport aérien avec des salariés qui y ont le centre effectif de leur activité professionnelle... le centre de l'activité professionnelle d'un salarié est le lieu où, de façon habituelle, il travaille ou celui où il prend son service et retourne après l'accomplissement de sa mission ».

Si la question de l'identification du lieu d'exécution a suscité en matière de transport aérien des éclaircissements, elle appelle également, à interprétation dans les autres domaines de transport à savoir le transport terrestre et le transport maritime. Il convient de préciser alors, les critères qui devraient être retenus par les juridictions tunisiennes, pour l'identification du lieu d'exécution du transporteur ou du marin.

***L'identification du lieu d'exécution du chauffeur routier, les critères qui devraient être retenus par les juges tunisiens.*** L'activité des chauffeurs routiers exerçant entre la Tunisie et les pays voisins, notamment la Lybie et l'Algérie est d'une importance considérable et pourrait soulever des problèmes de détermination du droit applicable. En fait, les statistiques montrent une évolution importante dans l'exercice de l'activité de transport de marchandise vers et à partir de ces pays<sup>220</sup>. En l'absence de jurisprudence en la matière, nous estimons, qu'il est nécessaire pour ce type d'activité, de relever les indices sur lesquels pourraient se baser les juridictions tunisiennes afin d'identifier concrètement le lieu d'exécution du travail. En fait, pour un chauffeur routier exerçant entre deux pays ou plus, il y a une solution qui se propose, celle de considérer que le lieu d'exécution est multiple ou qu'il est indéterminable et de passer à l'application du critère subsidiaire prévu

---

<sup>218</sup> F. JAULT-SESEKE, « Compétence juridictionnelle et compétence législative pour le personnel navigant : les pratiques des compagnies aériennes condamnées par la Cour de cassation », article précité, p. 389.

<sup>219</sup> Il est à noter que ce décret était attaqué pour illégalité par les Compagnies *Easy jet* et *Ryan air*. Mais le Conseil d'Etat l'a jugé conforme à la liberté d'établissement et à la liberté d'entreprendre. CE, ord, réf, 15 janvier 2007, *rep* n° 299788, *Easyjet Airlines, Dr. Soc.* 2007, 191, *chron*, P. MORVAN.

<sup>220</sup> En 2016, le transport routier de marchandises représentait près de la moitié du total des entreprises tunisiennes des secteurs des transports et du stockage. Selon l'INS, le nombre total d'entreprises dans le transport routier de marchandises s'est développé en passant de 42 979 en 2008 à 51 546 en 2016, Examens de l'OCDE pour l'évaluation de l'impact sur la concurrence : Tunisie, OCDE, 2019, p. 168. L'étude de l'OCDE est accessible en ligne via le lien suivant :

<https://www.oecd.org/daf/competition/ca-tunisia-review-2019-fr.pdf>

dans l'article 67 alinéa 2, celui de « l'Etat d'établissement de l'employeur ». Néanmoins, ce critère paraît artificiel. Les liens qu'entretient le chauffeur avec l'établissement de son employeur ne sont pas pertinents. Le lieu d'exécution semble identifiable en se basant sur le centre effectif de l'activité du travailleur. C'est le sens dans lequel, est allée depuis 2011, la CJUE. Sa jurisprudence en cette matière est très intéressante, et peut légitimement inspirer les juges tunisiens.

En fait, c'est dans son arrêt du 15 mars 2011, dit arrêt *Koelzsch*<sup>221</sup>, que la CJUE était appelée à préciser si la notion de « *loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail* » doit être interprétée « *en ce sens que dans l'hypothèse où le travailleur exécuterait la prestation de travail dans plusieurs pays mais reviendrait systématiquement dans l'un d'entre eux, ce pays doit être considéré comme étant celui où le travailleur accomplit habituellement son travail* ».

L'affaire se rapporte à un chauffeur routier M. Koelzsch domicilié en Allemagne et embauché en 1998 par une société luxembourgeoise de transport de plantes du Danemark vers l'Allemagne. Le chauffeur est affilié à la sécurité sociale luxembourgeoise et il est élu suppléant à la délégation de personnel instituée en Allemagne. Alors que, les camions sont immatriculés au Luxembourg et sont stationnés en Allemagne où la société ne dispose d'aucun bureau. Le 13 mars 2011, M. koelzsch est informé par courrier que son contrat est résilié. Il saisit les juridictions allemandes sauf que celles-ci se déclarent incompétentes. Il saisit alors, les juridictions luxembourgeoises et demande l'application des dispositions impératives allemandes. Néanmoins, ces juridictions, confirmées par leur Cour de cassation ont refusé l'application du droit allemand au motif que seule la loi luxembourgeoise choisie devrait avoir application. M. Koelzsch actionne alors, l'Etat luxembourgeois en responsabilité civile pour fonctionnement défectueux de ses services judiciaires et violation de l'article 6 de la Convention de Rome. Au cours de cette action, la Cour d'appel de Luxembourg interroge la CJUE pour déterminer dans une situation pareille, la notion de lieu d'exécution habituelle de travail.

Après avoir constaté sa compétence en vertu du protocole concernant l'interprétation de la Convention de Rome entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2004, la CJUE, affirme que l'interprétation du critère du lieu d'exécution habituelle du travail doit se faire de façon

---

<sup>221</sup> CJUE 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch* c. Etat du Grand-Duché de Luxembourg, *D*, 2011, p. 957 ; *Ibid*, 2434, obs. L. D'Avout et S. Bollée ; *ibid*. 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *RCDIP*, 2011, p. 447, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ*, 2011, p. 314, obs. P. Remy-Corlay ; *RTD eur*, 2011, p. 476, obs. E. Guinchard ; *RDT*, 2011, p. 521, obs., V. Lacoste-Mary.

autonome par rapport au droit du for. Les critères d'interprétation doivent être uniformes pour garantir à la Convention de Rome son efficacité<sup>222</sup>. Deux interprétations étaient envisageables. Dans une première, lorsque les lieux d'exécution du travail sont multiples, on ferait recours au critère subsidiaire, celui du lieu d'embauche sans rechercher une identification forcée du lieu d'accomplissement habituel du travail. Cette interprétation n'est cependant pas retenue par la Cour. Celle-ci opte plutôt pour la seconde interprétation, en fonction de laquelle, il faudrait utiliser différents indices pour pouvoir identifier un lieu d'exécution habituelle unique. Il s'agit selon la Cour « *de l'ensembles des éléments qui caractérisent l'activité du travailleur* ». Parmi ces éléments, elle cite « *le lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions de transport, reçoit les instructions sur ses missions et organise son travail, ainsi que le lieu où se trouvent les outils du travail... les lieux où le transport est principalement effectué, les lieux de déchargement de la marchandise ainsi que le lieu où le travailleur rentre après ses missions* ». En l'espèce, ces différents indices auraient conduit à l'application du droit allemand.

Au vu d'une pareille interprétation, la Cour s'est référée à l'article 6 et au rapport concernant la Convention de Rome<sup>223</sup>. Elle affirme que l'objectif recherché est d'assurer une protection adéquate au travailleur, objectif qui nécessite que le critère du pays où le travailleur « *accomplit habituellement son travail* » édicté au paragraphe 2 sous a) soit interprété de façon large et que son subsidiaire le critère du siège de « *l'établissement qui a embauché le travailleur* » prévu au paragraphe 2 sous b) devrait s'appliquer lorsque le juge saisi n'est pas en mesure de déterminer le pays d'accomplissement habituel du travail. Il en découle, que le lieu d'accomplissement du travail « *doit être entendu comme se référant au lieu dans lequel ou à partir duquel le travailleur exerce effectivement ses activités professionnelles et en, l'absence de centre d'affaires, au lieu où celui-ci accomplit la majeure partie de ses activités* »<sup>224</sup>. C'est ce que prévoit d'ailleurs, l'article 8 du Règlement Rome I bien que non applicable en l'espèce *ratione temporis*.

Il est à remarquer que la CJCE est restée fidèle à sa jurisprudence depuis son arrêt *Mulox* de 1993 où elle a retenu pour la première fois une interprétation large du lieu d'exécution du travail. Ce qui est marquant, c'est que cette interprétation intervient à un moment où la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ne prévoyait pas encore de

---

<sup>222</sup> Cette idée a été déjà avancée dans l'arrêt du 13 juillet 1993 *Mulox IBC*, C-125/92, *Rec.*, I-4075, points 10 et 16.

<sup>223</sup> Le rapport annonce que l'article 6 vise à « *donner une réglementation plus appropriée dans des matières où les intérêts d'un des contractants ne se posent pas sur le même plan que ceux de l'autre et d'assurer une protection adéquate à la partie qui est à considérer d'un point de vue socio-économique, comme la plus faible dans la relation contractuelle* », rapport précité, C 282, p. 1.

<sup>224</sup> Arrêt CJUE, du 15 mars 2011, C-29/10, note F. Jault-Seseke, *RCDIP*, 100 (2), avril-juin 2011, p. 447.

dispositions spécifiques relatives au contrat de travail. La Cour devrait alors, interpréter l'article 5-1 de la Convention, selon lequel « *le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat contractant : 1. En matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ». En interprétant ce chef de compétence, la Cour opte pour un lieu unique. L'exercice par le travailleur de son activité dans des lieux multiples, ne devrait pas pour la Cour, conférer « *une compétence concurrente aux juridictions de chaque Etat sur le territoire duquel le travailleur exerce une partie de ses activités professionnelles* »<sup>225</sup>. Il importe alors, selon la Cour, de « *localiser l'exécution de l'obligation contractuelle, au sens de l'article 5, point 1 de la Convention, au lieu où ou à partir duquel le travailleur s'acquitte principalement de ses obligations à l'égard de son employeur* »<sup>226</sup>. S'agissant de la détermination concrète de ce lieu, la Cour a préconisé plus tard, dans son arrêt Rutten de 1997<sup>227</sup>, qu'« *il convient de prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des Etats contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger* »<sup>228</sup>. Le critère ainsi, retenu par la Cour consiste dans la recherche du centre effectif des activités professionnelles du travailleur.

Ce qu'on peut retenir de cette jurisprudence et qui pourrait être utile aux juges tunisiens est l'ensemble des indices sur lesquels il faut focaliser. Il s'agit précisément, du lieu à partir duquel le travailleur reçoit les ordres et instructions de son employeur, le lieu où sont fournis les outils et matériel de travail. C'est également, le lieu où le travailleur rentre après l'exécution de son activité. Dans les cas où ces indices renvoient à plus qu'un Etat, il est nécessaire de chercher celui dans lequel, la majeure partie du travail est effectuée.

Il est incontestable que la révision de l'article 67 en vue de préciser que « la loi applicable au contrat de travail est celle du lieu où ou à partir duquel le travailleur exerce son activité ou le principal de son activité » serait souhaitable. Elle est de nature à éviter des interprétations jurisprudentielles éparses de la notion de « lieu d'exécution ». Mais, en attendant qu'une telle révision ait lieu, il est recommandé que la jurisprudence se réfère aux

---

<sup>225</sup> Arrêt Mulox, arrêt précité, pt 23.

<sup>226</sup> *Ibid.*, pt 24.

<sup>227</sup> Il est à noter que cet arrêt a été rendu après la modification de la Convention de Bruxelles qui désormais, prévoyait un chef de compétence spécifique pour le contrat de travail à savoir le « lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ».

<sup>228</sup> CJCE, 9 janvier 1997, aff. C-383/95, Rutten c. Cross Medical, *D.* 1997. 43 ; *D.* 1997 p. 43 ; *RCDIP* 1997, p. 336 note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1997, p. 635 note J-M. BISCHOFF ; CJCE 27 février 2002, Weber, aff. C-37/00, pt 49, *Dr. Soc.* 2002, p 967, note F. BUY ; *RTD eur* 2003 p 529, *chron.* P. RODIERE.

critères et indices ainsi relevés en vue de l'identification du lieu d'exécution pour les chauffeurs routiers.

Le même raisonnement est valable pour le personnel navigant maritime. Des éclaircissements doivent être apportés quant à l'éventuel rôle à jouer par la loi du pavillon dans la détermination du lieu d'exécution du travail.

***L'identification du lieu de l'exécution en matière de travail maritime, quelle spécificité ?*** Il convient de rappeler à ce stade qu'il y a contrat de travail maritime, appelé contrat d'engagement maritime lorsque l'embarquement du marin se fait à bord d'un navire battant pavillon étranger. Il a pour objet un service accompli à bord du navire en vue d'une expédition maritime, pour un emploi relatif à la marche, à la conduite, à l'entretien et au fonctionnement du navire<sup>229</sup>.

La détermination du droit applicable au personnel navigant maritime renvoie à la question de savoir si le pavillon pourrait être considéré comme lieu d'exécution. En l'absence de jurisprudence tunisienne sur cette question, il convient de remarquer qu'en droit comparé et spécialement en droit français, le lieu d'exécution des marins était assimilé au pavillon.

***Le travail maritime et l'application de la loi du pavillon : quelles recommandations pour les juges tunisiens ?*** L'identification de la loi du lieu d'exécution du marin a conduit en droit comparé et en droit français à l'application de la loi du pavillon. Cette loi déterminait classiquement la condition juridique de l'équipage<sup>230</sup>. Il nous paraît, en conséquence, essentiel de vérifier s'il convient ou non pour les juges tunisiens, de donner compétence à la loi du pavillon, pour régir les relations de travail maritime. Pour le faire, il est nécessaire de relever les liens que pourrait entretenir la loi du pavillon avec les contrats des marins et du personnel travaillant à bord de navires, précisément le centre effectif de leur activité.

Il est incontestable, que la compétence de la loi du pavillon comme loi du lieu de travail présente l'avantage d'assurer « *la juridicité de la Haute mer, des eaux internationales et offre un rattachement stable au navire, à la communauté du bord, en quelques eaux qu'ils se trouvent* »<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> En droit interne tunisien, ce contrat est défini par l'article 15 du Code de travail maritime qui définit le contrat d'engagement maritime comme étant « *toute convention en vertu de laquelle, le marin s'engage envers l'armateur ou son représentant, pour servir à bord d'un navire en vue d'une ou plusieurs expéditions maritimes* ».

<sup>230</sup> M. REMOND-GOULLAUD, *Droit maritime*, Pedone, 1993, 27<sup>ème</sup> édition, pp. 68-78.

<sup>231</sup> P. CHAUMETTE, « *Loi du pavillon ou statut personnel. Du navire comme lieu habituel de travail* », *Dr soc.*, n° 12, décembre 1995, pp. 997-1005, spéc. p. 999.

Néanmoins, le pavillon risque de devenir une simple fiction juridique lorsqu'il est librement choisi par l'armateur<sup>232</sup>.

En droit tunisien, cette situation n'est pas envisageable. En fait, l'article 7 du Code de commerce maritime tunisien prévoit que « l'acte de nationalité est la pièce qui constate le droit du navire à battre pavillon tunisien »<sup>233</sup>. Mieux encore, la perte de la nationalité tunisienne du navire entraîne, pour les autorités de port, l'annulation de l'immatriculation<sup>234</sup>. Les conditions d'acquisition de la nationalité tunisienne étant fixées à l'article premier du Code de la police administrative et de la navigation maritime<sup>235</sup>. Mais, dans tous les cas, la loi du pavillon ne coïncide pas nécessairement avec le centre d'activité des personnes travaillant à bord de navires, et qui devrait être recherché dans le pays où ils s'acquittent de leurs tâches, où ils reçoivent les instructions de leur employeur, où se trouvent leurs outils de travail, le pays à partir duquel ils organisent leur travail, où ils retournent après avoir effectué leurs missions de transport. Il s'agit, simplement, du pays vers lequel les liens professionnels fusionnent le plus explicitement. Il y a là des indices pertinents qui devraient éclairer le juge tunisien dans la recherche de la loi applicable au contrat de travail international des marins et du personnel navigant maritime. La loi du pavillon doit être écartée parce que ses liens avec le contrat de travail ne sont pas significatifs<sup>236</sup>, bien qu'elle présente, en droit tunisien des rapports certains avec le navire. Les insuffisances de la loi du pavillon ont été déjà démontrées en droit français.

***La loi du pavillon : les limites de la solution en droit français.*** En fait, les faibles liens qu'entretient la loi du pavillon avec le contrat de travail des marins est plus explicite

---

<sup>232</sup> En fait, « entre l'Etat qui accorde son pavillon et l'armateur, le mariage de convenance, sans contrôle, conduit à l'instauration de pavillons de complaisance », *Ibid.*

<sup>233</sup> L'article 7 ajoute qu'« il est délivré au nom du Président de la République par le secrétaire d'Etat intéressé. Il contient la description du navire, atteste que ce navire a été jaugeé et immatriculé. Il énonce, en outre, le port d'attache du navire, son nom, son espèce, son numéro matricule, son tonnage, le nom du propriétaire, le lieu et l'année de sa construction ou les circonstances qui ont entraîné sa naturalisation ».

<sup>234</sup> C'est ce que prévoit l'article 27 du Code de commerce maritime tunisien qui dispose qu'« En cas de transfert de la propriété du navire entraînant perte de sa nationalité tunisienne ou s'il est disparu ou perdu, le propriétaire ou son ayant cause est tenu d'en aviser par écrit, dans la quinzaine de la survenance de l'un des événements susvisés, le bureau du port d'immatriculation aux fins, après vérification par ce bureau, d'annulation du feuillet du registre matricule relatif à ce navire ».

<sup>235</sup> Aux termes de cet article « Sont réputés tunisiens, les navires et embarcations de tout tonnages construits en Tunisie ou déclarés de bonne prise faite sur l'ennemi ou confisqués pour infractions aux lois tunisiennes. Sont réputés construits en Tunisie, les navires et embarcations de toutes nationalités lorsque, à la suite d'un naufrage sur les côtes tunisiennes : a) ils ont été déclarés épaves maritimes et acquis pour le tiers au moins par des personnes physiques ou morales tunisiennes, b) ils ont fait l'objet en Tunisie de réparations dont le coût est le double du prix d'achat c) ils ont leur port d'attache en Tunisie ».

A cet effet, l'article 23 du Code de commerce maritime (Modifié par la loi n° 2004-3 du 20 janvier 2004) Tout navire navigant sous pavillon tunisien doit être immatriculé au chef-lieu d'un quartier maritime qui devient son port d'attache.

<sup>236</sup> Voir dans ce sens, P. CHAUMETTE, « Le marin entre le pavillon, le port et sa résidence. Les rattachements du travail maritime international », *Mélanges en l'honneur de Ch. SCAPEL*, PUAM, 2013, p. 119 et s.



en droit français en raison de l'admission des pavillons de libre immatriculation. Ces pavillons dits pavillons de complaisance sont autorisés non seulement en droit français, mais aussi dans certains droits européens. L'armateur pourrait ainsi, rattacher fictivement son navire à un Etat dont la législation est plus souple sur le plan fiscal et administratif et peu protectrice en matière de législation sociale.

Face au développement des pavillons de complaisance, « *les Etats européens se sont efforcés, à partir de 1986, de créer des registres-bis d'immatriculation des navires de manière à conserver ces navires sous pavillon national* »<sup>237</sup>. Certains Etats tels que l'Allemagne, le Norvège et le Danemark ont, ainsi, mis en place un registre international d'immatriculation réservé aux navires qui effectuent un trafic international. La France ainsi que d'autres Etats européens ont eu recours au droit d'un territoire doté d'une certaine autonomie juridique. Il s'agit des terres australes et antarctiques françaises (TAAF) pour la France, des Canaries pour l'Espagne, de Gibraltar, de l'île de Man ou de Bermudes pour le Royaume-Uni.

Néanmoins, le droit des Terres Australes et Antarctiques françaises (TAAF), censé être loi du pavillon présente plusieurs inconvénients. En fait, il n'existe ni population ni institutions en TAAF. Même son administration siège à Paris. Le droit du travail qui y est appliqué découle du Code de travail d'outre-mer, issu de la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952. Mieux encore, le Code de travail d'outre-mer a été considérablement modernisé en 1984 mais seulement pour la nouvelle Calédonie et la Polynésie française et non pour la TAAF. La raison étant toujours, l'absence d'employeur et de salarié<sup>238</sup>.

Avec l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, s'est posé le problème de sa compatibilité avec l'immatriculation TAAF retenue par la France<sup>239</sup>. L'article 27 alinéa 1 de la Convention prévoit qu'elle s'applique même aux territoires d'outre-mer français. C'est ce qui a permis de confirmer, la compétence de la loi du pavillon en tant que loi du lieu d'exécution du travail. « *Or, le lieu de travail des marins ressortissants d'Etats tiers, est un navire immatriculé aux Terres Australes françaises, en Allemagne ou au Danemark* »<sup>240</sup>.

Il a fallu alors, pallier aux insuffisances liées à la compétence de la loi du pavillon en tant que loi du lieu d'exécution. Plusieurs échappatoires ont pu être envisagées. On aurait

---

<sup>237</sup> P. CHAMETTE, « Loi du pavillon ou statut personnel. Du navire comme lieu habituel de travail », article précité, p. 998.

<sup>238</sup> P. CHAUMETTE considère qu'il y a là un « *simple oubli du législateur : faute sans doute d'habitants, la loi n° 66-508 du 12 juillet 1966 n'a pas (elle aussi) intégré les TAAF dans la liste des territoires d'outre-mer* », *Ibid.*

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> *Ibid.*

pensé à considérer que le travail des marins s'exécute hors de tout établissement<sup>241</sup> et de nier, ainsi, l'existence d'un lieu habituel de travail pour eux. Une pareille solution emmènerait à l'application du rattachement subsidiaire, celui du siège social de l'employeur, en l'occurrence l'armateur. Mais, « *un tel raisonnement passerait par-dessus l'immatriculation administrative du navire, ignorerait le pavillon* »<sup>242</sup>.

On aurait songé également à la notion de détachement en considérant que « *le marin serait détaché par le recruteur vers l'exploitant du navire* »<sup>243</sup>. Mais, cette solution présente également des inconvénients. Elle conduit à déterminer un lieu originel de travail pour le marin. Or, une telle détermination ne peut se faire que fictivement puisque le lieu originel de travail du marin ne peut nullement être le siège social de l'intermédiaire. Il paraît ainsi que « *l'effacement de la loi du pavillon semble contraire à la Convention de Rome* »<sup>244</sup>.

M. P. LAGARDE propose à ce titre d'appliquer pour les employés qui travaillent dans une plate-forme en haute mer ainsi que ceux qui travaillent à bord de navire, le rattachement subsidiaire à la loi de l'établissement d'embauche. Ce rattachement serait « *plus indiqué* »<sup>245</sup>. Dans le même sens, l'auteur constate que l'application de la loi du lieu d'exécution pour les pilotes d'avion « *ne va pas sans une part de fiction ou même d'arbitraire comme l'a montré l'affaire Air Afrique* »<sup>246</sup>. Il considère, en conséquence, qu'il serait plus opportun et plus réaliste d'appliquer pour de pareils contrats, la loi du lieu de l'établissement d'embauche étant donné que le pilote n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays. Telle n'est pas la voie, dorénavant suivie par les juges français. Orientés par la jurisprudence de la CJUE, en matière de travail maritime, ils optent pour une identification plus effective du lieu d'exécution des marins, en renonçant ainsi, à la loi du pavillon<sup>247</sup>.

***La transposition par la CJUE de sa jurisprudence Koelzsch aux contrats de travail des marins et l'interprétation extensive du lieu d'exécution.*** Neuf mois après l'arrêt Koelzsch, la CJUE conforte, dans son arrêt du 15 décembre 2011, sa position quant

---

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p. 287, p. 319. La même idée est partagée par M. GAUDEMET-TALLON, *J-CL Europe*, fasc. 3200, n° 82.

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> Cass. soc, 1er février 2017 (n° 15-23.373), S. DRAPIER, « Bataille des lois applicables au contrat d'engagement maritime international (comparaison des dispositions impératives, pour quelle raison ?) », *Neptunus, e.revue* Université de Nantes, vol. 23, 2017/ 3

à l'interprétation de la notion de lieu d'accomplissement habituel du travail, dans une situation spéciale, celle des marins<sup>248</sup>. L'affaire se rapporte, à un employeur marin luxembourgeois demandant l'application du droit du Luxembourg moins protecteur que le droit en conflit.

En l'espèce, M. Voogsgeerd a travaillé, à partir d'août 2001 jusqu'à son licenciement en avril 2002, en tant que chef mécanicien à bord de navires appartenant à son employeur, la société Navimer navigant en mer du Nord. En avril 2003, il saisissait le Tribunal de travail d'Anvers contre aussi bien son employeur que (Naviglobe), l'intermédiaire dans la conclusion du contrat de travail. Il demandait en fonction du droit belge, la réparation pour licenciement abusif et la condamnation solidaire de Navimer et de Naviglobe. Le travailleur, réclamait l'application du droit belge, en tant que droit du lieu d'exécution dont les dispositions impératives sont plus protectrices que la loi luxembourgeoise désignée par les parties dans le contrat.

La juridiction belge de première instance s'est déclarée territorialement incompétente pour statuer sur l'action contre l'employeur, la société Navimer. La Cour d'appel, s'en est reconnue, par contre, compétente. Mais elle affirmait qu'aucun lieu d'exécution habituelle du travail ne pouvait être identifié. En conséquence, elle déclare applicable la loi luxembourgeoise en tant que loi du lieu d'embauche. Elle faisait ainsi, recours au rattachement subsidiaire retenu par l'article 6 paragraphe 2. En fonction de cette loi, l'action en licenciement n'était plus recevable, en raison du délai de forclusion de trois mois.

L'arrêt fût attaqué devant la Cour de Cassation belge qui décide d'interroger la CJUE. Les questions préjudicielles qu'elle formulait étaient au nombre de quatre et se tournaient toutes autour de la question de l'identification du lieu d'embauche. Elle laissait ainsi entendre, que c'est ce critère qui devrait conduire à la loi applicable faute d'un lieu d'exécution de travail unique. Il s'agissait pour la Cour suprême belge de déterminer si le lieu de l'établissement d'embauche correspond à l'établissement de l'employeur qui, selon le contrat de travail, a embauché le travailleur ou bien l'établissement auquel le travailleur est lié pour son occupation effective. Ce dernier établissement correspond-il au lieu où le

---

<sup>248</sup> CJUE, 4<sup>e</sup> ch, 15 déc. 2011, n<sup>o</sup> C-384/10, Jan Voogsgeerd c. Navimer (sté), *D*, 2012, 155 ; *ibid*, 1228, obs., H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *D*, 2012, 1439, obs. H. Kenfack ; *Rev. UE*, 2012, 336, chron. A. Cudennec, O. Curtil, C. de Cet-Bertin, G. Guéguen-Hallouët et V. Labrot ; *JDI*, 2012, 597 ; *Dr. Soc.*, 2012, p. 315, obs. P. Chaumette ; *RDT* 2012, 115, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP* 2012, 648, note E. PATAUT ; *DMF* 2012, 219, n<sup>o</sup> 734

travailleur doit se présenter et où il reçoit les instructions administratives et les instructions nécessaires à l'exécution de son travail ? Doit-il être doté de la personnalité juridique ou pourrait-il être un établissement de fait ? Concernant l'intermédiaire à la conclusion du contrat de travail, peut-il être retenu en tant qu'établissement d'embauche, alors qu'il n'a pas la qualité d'employeur ?

La CJUE, appelée à caractériser le lieu d'embauche en tant que critère subsidiaire, faisait glisser implicitement l'idée que le lieu d'exécution habituelle du travail était susceptible d'identification et qu'en conséquent les questions préjudicielles qui lui ont été transmises servent peu la résolution du litige. La Cour relève que les données de l'espèce permettent la détermination du lieu d'exécution habituelle du travail, donc l'application du critère de rattachement principal. Se faisant, la Cour se conforme à la conception large du lieu d'accomplissement de travail qu'elle a retenue dans l'arrêt Koelzsch.

S'agissant des marins et du personnel navigant maritime en général, ce lieu de travail est selon la Cour, « celui dans lequel ou à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent ladite activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur »<sup>249</sup>. Pour son identification concrète, il faut focaliser selon la Cour sur « les éléments caractérisant la relation de travail, à savoir le lieu de l'occupation effective, le lieu où le travailleur reçoit les instructions ou celui où il doit se présenter avant d'accomplir ses missions ».

On constate, ainsi, que la jurisprudence de l'arrêt Koelzsch s'applique aux contrats de travail des marins, ce qui rompt avec le recours automatique à la loi du pavillon. Le lieu d'exécution habituelle étant identifiable, il en découle que le critère subsidiaire du lieu d'embauche est non seulement exceptionnel, mais, il est aussi marginal et ne répond pas parfaitement à l'objectif de protection recherché dans l'article 6 paragraphe 2. Il en résulte, que « *même dans les hypothèses où cela est particulièrement difficile en raison de l'extrême mobilité du travailleur (chauffeur routier, marin), la recherche du lieu d'exécution habituelle du travail est la règle* »<sup>250</sup>. Le critère de rattachement principal se trouve ainsi, largement étendu. Il constitue un critère « prioritaire »<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> CJUE, 4<sup>e</sup> ch, 15 déc. 2011, n° C-384/10, Jan Voogsgeerd c. Navimer (sté), arrêt précité, considérant n° 41.

<sup>250</sup> F. JAULT-SESEKE, « Loi applicable aux salariés mobiles : la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome. CJUE, 15 déc. 2011, Jan Voogsgeerd c. Navimer SA, aff. C-384/10 », *Droits d'ici/droits d'ailleurs, RDT*, février 2012, p. 116.

<sup>251</sup> CJUE, 15 déc. 2011, Jan Voogsgeerd c. Navimer SA, arrêt précité. Pt 32.

S'il est recommandé aux juges tunisiens de suivre cette voie d'une conception large du lieu d'exécution du travail, notamment pour le personnel navigant, c'est principalement pour éviter les aléas qui entourent le recours au critère subsidiaire. Néanmoins, les effets sociaux de cette conception élargie du critère principal, restent à mesurer.

## 2) Les effets de l'élargissement de la notion

***Effet d'une conception large du lieu d'exécution : neutralité ou faveur ?*** La conception du lieu d'exécution habituelle telle que retenue notamment par la CJUE, se base sur un élargissement remarquable de la conception du lieu d'exécution habituelle. Il est incontestable qu'une conception large du lieu d'exécution permet d'encadrer le maximum de situations de travail international et de les soumettre à un même rattachement rigide prédéfini. Cet élargissement s'accorde convenablement avec l'esprit de l'article 67 du CDIP tunisien qui est réservé aux cas où le travail s'exécute dans plusieurs Etats et qui pourrait rendre l'identification d'un lieu d'exécution unique impossible. Il est également, en conformité, pour le droit français, avec les prescriptions du Règlement Rome 1 qui exigent que le passage au critère subsidiaire du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur ne s'effectue qu'au cas où la détermination de la loi applicable est rendue impossible<sup>252</sup>.

Mme JAULT-SESEKE remarque à ce titre que la solution permet de garantir, le plus possible, l'application des dispositions protectrices du travail du lieu d'exécution habituelle, donc « *de l'ordre juridique dans lequel la situation est ancrée commandant (ainsi) la détermination d'un lieu d'exécution unique* »<sup>253</sup>. Le recours au critère de rattachement subsidiaire du lieu d'embauche devrait dans ce sens être très exceptionnel ce qui limiterait le *forum shopping* et les tentatives de certains employeurs de procéder à l'embauche dans un Etat de législation sociale peu protectrice. De plus, « *il est remarquable que cette interprétation extensive ait été retenue à propos du contrat d'un chauffeur routier, profession dont la mobilité caractéristique aurait pu, à l'instar de celle des marins, justifier le recours au critère secondaire mais exceptionnel du lieu d'embauche* »<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> D'ailleurs, sur cette question, le Règlement Rome I n'a fait que codifier la jurisprudence européenne en stipulant dans son article 8. 2 qu'« à défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel du travail est régi par la loi du pays dans lequel ou à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail ».

<sup>253</sup> F. JAULT-SESEKE, note sous arrêt CJUE, du 15 mars 2011, C-29/10, précitée, p. 457.

<sup>254</sup> *Ibid*, p. 459.

En affirmant la transposition pour le conflit de loi de la solution retenue en matière de conflit de juridictions quant à la détermination du lieu d'exécution, la Cour satisfait les attentes de la doctrine.

Nous estimons que cette conception élargie de la notion de lieu d'exécution, a le mérite de contrecarrer les immatriculations frauduleuses des navires en matière maritime et les délocalisations fictives pratiquées par certaines compagnies aériennes. En mettant en relief l'idée d'appartenance du travailleur à une organisation collective, on vise à empêcher les « *stratégies de contournement* » par l'instrumentalisation de l'élément de rattachement.

Par l'interprétation qu'elle retient, la CJUE permet l'identification du lieu d'exécution habituelle du travail lorsque la prestation est fournie dans des lieux multiples. L'arrêt de 2017 est illustratif à ce sujet relativement au personnel navigant aérien. La Cour y a précisé que la multiplication des lieux d'exercice n'entraîne pas un changement du critère de rattachement. Les travailleurs navigants restent soumis à la loi du lieu qui correspond au « *centre effectif de leurs activités professionnelles* »<sup>255</sup>, c'est-à-dire le lieu « *à partir duquel* », ils accomplissent habituellement leur travail et « *s'acquittent donc, de leurs obligations* ». D'où une conception large basée sur un effort de localisation objective du lieu d'exécution habituelle. La Cour reste conforme à sa jurisprudence antérieure<sup>256</sup>.

Mais, peut-on dégager d'une conception large du lieu d'exécution, un objectif de faveur et un souci de rapprochement du service de justice au personnel navigant désirant demander ses droits contre l'employeur ?

Il est certain que les indices de localisation, qui devraient être retenus par les juridictions tunisiennes et qui sont inspirés de ceux utilisés par la CJUE correspondent, fréquemment à l'Etat où le travailleur a son domicile. Mais, il serait excessif d'en tirer une présomption de faveur et de protection au profit du travailleur. En fait, les éléments relevés en vue de la détermination du lieu d'exécution habituelle manifestent un raisonnement purement territorialiste. On a déjà pu constater pour l'interprétation large faite par la CJUE de la notion de lieu d'exécution que, « *la Cour de justice réinscrit les rapports de travail internationaux dans leur environnement social et économique que sont les organisations productives* »<sup>257</sup>. La

---

<sup>255</sup> Voir CJCE 9 janvier 1997, aff. C-383/95, Rutten c. Cross Medical, arrêt précité.

<sup>256</sup> Cette expression a été utilisée par la CJCE dans son arrêt du 13 juillet 1993, aff. C-125/92, Mulox c. Geels, pt 25 ; D. 1993, p. 204 ; Dr. Soc. 1994, p 309, note E. KERCKHOVE ; RCDIP 1994, p. 569, note P. LAGARDE ; JDI 1994, p 539, note A. HUET.

<sup>257</sup> N. MIHMAN, « Personnel, navigant et compétence internationale : commentaire de l'arrêt de la CJUE du 14 septembre 2017 », *Droits d'ici/ Droits d'ailleurs*, RDT, n° 12 décembre 2017, pp. 816-821, spéc. p. 821.

solution est proximiste et neutre et il n'est pas opportun de la surcharger de considérations matérielles, celles de pure protection des travailleurs.

De plus, au regard de la théorie générale du conflit de lois, une conception élargie du lieu d'exécution produit des effets multiples. D'abord, elle conduit à forcer le critère de rattachement pour assurer l'emprise de l'ordre juridique de proximité sur le rapport de travail ce qui n'est pas pertinent face à un salarié mobile qui exerce son travail dans plusieurs Etats et « *se retrouve confronté, par hypothèse même à plusieurs lois* »<sup>258</sup>. Ensuite, elle manifeste une confusion entre considérations de souveraineté et considérations matérielles de justice sociale. En fait, pour la CJUE, par exemple, « *la proximité avec le lieu d'exécution du travail est alors une garantie en soi* »<sup>259</sup>. C'est dans ce sens qu'elle précise que c'est dans le lieu d'exécution habituelle de son travail « *que le travailleur exerce sa fonction économique et sociale ... et que l'environnement professionnel et politique influence l'activité de travail* »<sup>260</sup> et qu'en conséquence « *le respect des règles de protection du travail de ce pays doit, dans la mesure du possible, être garanti* »<sup>261</sup> pour protéger le travailleur. Or, en cherchant à assurer l'emprise effective du lieu de travail sur le rapport contractuel, on satisfait l'exigence de rationalité, on sauvegarde les intérêts du souverain sans que soit nécessairement procurée au travailleur une protection certaine.

***L'alignement sur l'interprétation extensive du chef de compétence juridictionnelle : quelle pertinence ?*** Une interprétation large de la notion de lieu d'exécution habituelle du travail, par les tribunaux tunisiens serait en concordance avec celle du « lieu où le contrat s'exécute ou devrait s'exécuter », figurant dans l'article 5 du CDIP tunisien, relatif à la compétence judiciaire. Parallèlement, la conception large faite par la CJUE, du lieu d'exécution, en matière de conflit de lois, est en harmonie avec sa jurisprudence concernant l'interprétation de l'article 5 de la Convention de Bruxelles<sup>262</sup>. La concordance ainsi faite des deux chefs de compétence que de leur interprétation peut dans certains cas être au service du travailleur sans pourtant former une faveur pour lui. La

---

<sup>258</sup> N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », article précité, p. 323.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> Arrêt Voogsgeerd du 15 décembre 2011, arrêt précité.

<sup>261</sup> *Ibid.*

<sup>262</sup> Arrêt CJCE, 13 juillet 1993, *Mulox IBC Ltd c/ Hendrick Geels*, aff. C-125/92, *Rec. I-4075*, concl. F. G. JACOBS ; *JDI* 1994, p. 539, obs. A. HUET ; *RCDIP*, 1994, p. 569, note P. LAGARDE ; arrêt du 9 janvier 1997, *Rutten*, C-383/95, *Rec. I-57*, point 22 ; arrêt CJCE du 27 févr. 2002, *Herbert Weber c/Universal Ogden Services Ltd*, aff. C-37/00, *Rec. I-2003*, conc. F. G. JACOBS ; *RJS* 2002, n° 6 p. 511 et chron. M-A. MOREAU ; *JCP E* 2002, p. 1203, obs. Ph. Coursier, *Dr. Soc.* 2002, p. 967, note F. Buy ; arrêt du 10 avril 2003, *Pugliese*, C-437/00, *Rec. I-3573*, point 18. Pour la jurisprudence de la CJUE relative à la Convention de Bruxelles, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2010, n° 298 s.

logique est toujours une logique purement localisatrice neutre. Elle répond à une exigence de rationalité et n'aboutit pas nécessairement à un résultat juste à l'égard du salarié.

Mieux encore, on peut affirmer avec M. Nord, que la reprise, au niveau du conflit de lois, de la solution dégagée sur le terrain du conflit de juridiction ne convainc pas. « *Les intérêts en cause ne sont pas les mêmes* »<sup>263</sup>. En fait, si la protection du travailleur implique que le tribunal compétent lui soit facile d'accès, la même considération de proximité « *ne saurait prévaloir pour le conflit de lois. L'application de la loi des liens les plus étroits ne constitue pas une garantie substantielle* »<sup>264</sup>. Pourtant, il ne semble pas qu'il y ait intention, ni en droit tunisien ni en droit européen, de renoncer à l'approche proximate et d'opter pour des solutions plus matérielles favorisant mieux les impératifs de justice sociale. En droit tunisien, le projet de réforme du CDIP, n'a pas proposé un changement dans la règle de conflit applicable au contrat de travail. Pareil en droit européen, la position de la CJUE, telle qu'affirmée essentiellement dans l'arrêt Koelzsch, « *se projette également dans le futur en indiquant que cette interprétation peut être également retenue pour le règlement Rome I* »<sup>265</sup>. La solution répond à l'objectif d'unification juridique, annoncé déjà dans les considérants 7 et 17 du Règlement Rome I<sup>266</sup>. La rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail est ainsi, réaffirmée. Elle l'est davantage en cas de détachement temporaire.

## B- La stabilisation du lieu d'exécution dans une situation spéciale : le détachement temporaire des salariés

---

<sup>263</sup> N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », article précité, p 322.

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> F. JAULT-SESEKE, note sous arrêt CJUE, du 15 mars 2011, C-29/10, précitée, p. 456.

<sup>266</sup> Les deux considérants, bien que ne visent que le champ d'application matériel des textes (considérant 7) et les notions de « prestation de services » et de « vente de biens », s'insèrent dans une logique d'interprétation cohérente des notions dans le cadre du Règlement Rome I et du Règlement (CE) n° 44/2000 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I), Voir Refonte Bruxelles I Bis : Règlement n° 1215/2012 « Bruxelles I bis » du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), applicable à partir du 10 janvier 2015, abrogeant le règlement (CE) no 44/2001. Consultable sur le site : <http://eur-lex.europa.eu> . C'est ce qui répond à l'objectif d'unification juridique annoncé par la Cour. Néanmoins, il semble que la Cour est très prudente à cet égard. Elle n'affirme pas que les notions utilisées par la Convention de Rome et la Convention de Bruxelles doivent recevoir systématiquement les mêmes interprétations. C'est ce qu'annonce d'ailleurs l'Avocat général en affirmant « *qu'il n'est pas possible de partir d'une supposition générale que toutes les notions identiques ou comparables doivent être interprétées de manière uniforme* ».



***Détachement temporaire des salariés, généralité du texte tunisien et spécificité de la situation.*** Les contrats de travail internationaux sont réglés en droit tunisien, par l'article 67 qui donne compétence de principe à la loi du lieu d'exécution habituelle sans distinction aucune en fonction de la durée que doit passer le travailleur à l'étranger ni en fonction de la nature de l'activité à exercer. Or, les relations internationales de travail sont loin d'être uniformes. Aux situations salariales typiques se superposent une multitude de rapports contractuels atypiques. Une panoplie de formules est utilisée, décrite généralement, sous des appellations plus au moins éparses, « *sa rigueur est loin d'être garantie* »<sup>267</sup>. Il en est ainsi, des notions de mobilité, de détachement, d'expatriation, de mise à disposition, de mutation, de transfert ou d'envoi en mission. Certaines de ces notions sont parfois utilisées pour décrire des situations plus au moins proches. Loin de satisfaire la rigueur de la terminologie, ces différents vocables se distinguent en fonction de trois principaux critères. Il s'agit de la durée de l'exécution du travail dans un pays étranger. La longueur de celle-ci est décisive quant au régime juridique du droit applicable. Il s'agit aussi du lieu d'exécution du travail, celui-ci peut être un lieu unique comme il peut être multiple dans les cas où le travailleur devrait, dans l'accomplissement de son travail, passer d'un endroit à un autre. Il s'agit également de l'identification de l'employeur, question qui se pose notamment en cas de détachement auprès d'une filiale d'un groupe de sociétés ou encore en cas de transfert de salarié auprès d'une autre entreprise. C'est en fonction de ce triptyque « lieu-durée-employeur », qu'on peut faire face à la plupart des situations rencontrées. Parmi ces trois critères, c'est à celui lié à la durée d'exécution du travail à l'étranger que nous nous intéressons en raison essentiellement de son intérêt pratique. Les entreprises tunisiennes, s'ouvrant sur leur milieu international, ne cessent pas d'envoyer leur personnel à l'étranger pour des missions de courte ou de moyenne durée. Le droit du travail tunisien, contrairement à celui de la sécurité sociale ne distingue pas entre détachement et expatriation. Faudrait-il alors, modifier les textes et soumettre les situations de détachement temporaire à la loi d'origine, à l'instar de ce qui est prévu en droit européen ?

Pour y répondre, il faut relever les raisons avancées en faveur de cette solution en droit européen et rechercher ses éventuelles limites.

---

<sup>267</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales, op. cit.*, p. 33.

***Maintien de la compétence de la loi du lieu d'exécution en cas de détachement « temporaire » dans les textes européens, quel bilan ?*** Contrairement au droit tunisien, qui n'édicte pas de solution spéciale pour le détachement à courte durée, les textes européens ont choisi de continuer à soumettre le contrat de travail à la loi du lieu d'origine lorsque le détachement est temporaire. Le Règlement Rome I utilise à cet effet une formule plus souple que celle de la Convention de Rome<sup>268</sup>. Mais, l'objectif recherché est le même : la stabilisation du lieu de travail et la neutralisation du lieu du détachement. Est ainsi, écartée la loi du pays d'accueil au profit de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail.

Dans le cadre de l'Union européenne, c'est la directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996 qui vise à assurer cette même stabilité. La directive couvre plusieurs situations, à savoir, le détachement dans le cadre d'une prestation de services opérée par l'employeur dans un État membre, du détachement dans une entreprise ou un établissement appartenant à un groupe, de la mise à disposition de travailleurs auprès d'une entreprise utilisatrice dans un État membre. De plus, et afin de garantir l'application de la loi d'origine, la directive a prévu que la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'employeur d'origine ou avec un employeur appartenant au même groupe de sociétés que l'employeur d'origine ne devrait pas empêcher de considérer que le travailleur accomplit son travail dans un autre pays de façon temporaire.

Que ce soit dans le cadre du Règlement ou de la directive, les arguments avancés à l'application de la loi du lieu d'exécution dans le cas spécial du détachement sont toujours les mêmes que ceux qui fondent le rattachement général à cette même loi. C'est ce qui lui donne une compétence renforcée. En fait, on voulait réaffirmer, en matière de détachement temporaire, la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail avec toujours ses fondements liés à l'ordre public. Ainsi, on a avancé en faveur de cette compétence que *« les exigences fondamentales de la cohésion sociale d'un État impliquent que les règles de droit du travail de cet État soient applicables à la totalité des travailleurs sur ce territoire, et expliquent que ces règles soient très fréquemment impératives. La prédominance de l'État du lieu d'exécution du travail*

---

<sup>268</sup> En fait, aux termes de la Convention de Rome, article 6, alinéa 2 sous a), « Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi : a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ». Dans le Règlement Rome I, la notion de détachement ne figure pas et il est désormais précisé que « le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ».

*justifie donc que l'applicabilité de ses règles ne fasse guère de doute, en matière de droit du travail comme de protection sociale »<sup>269</sup>.*

Néanmoins, au regard de ces mêmes fondements, la compétence de la loi du lieu d'exécution en matière de détachement temporaire manifeste des limites multiples. Cette loi peut être socialement faible ce qui peut favoriser un schéma inverse de fraude. Des employeurs peuvent jouer sur ce facteur, recruter des travailleurs dans des pays à faible législation sociale puis les détacher dans d'autres pays. L'objectif de justice sociale avancé pour le maintien de l'application de la loi du lieu d'exécution risque ainsi, d'être totalement contourné. C'est ce qui a d'ailleurs nécessité des interventions législatives et jurisprudentielles pour éviter que la loi de l'Etat de détachement ne soit frauduleusement écartée au profit de la loi du lieu d'exécution. De sa part, la Cour de cassation française, a refusé d'admettre l'existence d'un détachement, dans une affaire où la période de travail effectuée au lieu d'embauche en l'occurrence la Belgique est très brève, précisément cinq semaines après son recrutement<sup>270</sup>. Au niveau législatif, plusieurs textes<sup>271</sup> ont été adoptés dont notamment l'article L. 1262-3 du Code du travail français qui est venu préciser qu'« un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsqu'il exerce, dans l'État dans lequel il est établi, des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue. Il ne peut notamment se prévaloir de ces dispositions lorsque son activité comporte la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés sur ce territoire ». Mais, en dépit de ces remèdes, les montages frauduleux peuvent être compliqués et difficiles à encadrer *« notamment dans le cas des détachements en cascade ou de clauses de mobilité conduisant à une désintégration pure et simple du lieu d'exécution habituel du travail. On est donc loin d'un texte parfaitement satisfaisant »<sup>272</sup>.*

***Le détachement temporaire des travailleurs en droit tunisien, aucun besoin d'une solution spéciale.*** Nous estimons, que le maintien de l'application de la loi du lieu d'origine, au détriment de la loi du lieu de détachement sert parfaitement une logique localisatrice cherchant à soumettre le travailleur à la loi de l'Etat de son intégration effective.

---

<sup>269</sup> E. PATAUT, « Détachement et fraude à la loi », *RDT*, 2014, p. 23. Spéc. p. 23.

<sup>270</sup> Soc. 8 nov. 2005, n° 03-46.970

<sup>271</sup> A titre d'exemple, on peut citer Le décret n° 2006-1425 du 21 novembre 2006 (JO 23 nov.). Sur l'ensemble de cette question voir, F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail international », *Répertoire de droit international*, Février 2019 (actualisation : Septembre 2021), n° 135.

<sup>272</sup> E. PATAUT, « Détachement et fraude à la loi », article précité, p. 31.

L'utilité sociale de cette solution n'est jamais garantie, du moins elle n'est pas directe. Elle repose d'ailleurs sur le même raisonnement de proximité retenu pour le rattachement général du contrat de travail à la loi du lieu d'exécution. Or, la fonction matérielle de la proximité ne cesse pas de partager la doctrine<sup>273</sup>. Par ailleurs, la justice sociale ne repose pas uniquement sur des solutions équitables protectrices de la partie faible et assurant la conciliation entre les intérêts du salarié et de l'employeur, elle suppose également que soit assurée la sécurité juridique des parties. Ce dernier impératif est davantage remis en question en raison des imprécisions quant à la durée du détachement pour qu'il soit qualifié de temporaire.

Compte tenu de ces différentes difficultés pratiques et juridiques que pose la stabilisation du critère de rattachement dans les situations de détachement temporaire et étant donné son faible apport social, il ne nous paraît pas nécessaire d'y recourir en droit tunisien. De plus, la Tunisie n'est pas intégrée, comme est le cas pour la France dans une communauté économique et n'est pas trop concernée, du moins actuellement de la libre circulation des travailleurs. Faut-il également remarquer que les situations de détachement qui visent à contourner les législations sociales fortement protectrices des travailleurs, peuvent être sanctionnées par mise en œuvre de la théorie générale de la fraude, telle que réglementée en droit civil. Il serait par contre souhaitable d'avoir un article dans le Code de droit international privé tunisien pour une mise en œuvre spéciale de la théorie de la fraude dans les relations internationales privées et qui tiendrait compte de la spécificité et la complexité de la matière.

#### § 2 : La limitation du recours au critère de rattachement subsidiaire

***La loi de l'établissement de l'employeur et le mérite de la clarté du texte tunisien.*** Une interprétation large de la notion de lieu d'exécution habituelle a pour effet direct, la limitation du recours au critère subsidiaire, retenu normalement pour les hypothèses de travail effectué dans plusieurs pays. Le rattachement proximate à la loi territoriale intervient ainsi dans la majeure partie de situations de travail international. En

---

<sup>273</sup> Voir en faveur de la proximité en droit international privé de la famille, Mme S. BOUYAHYA, *La proximité en droit international privé de la famille*, Préface de L. Chedly et M. Goré, L'Harmattan, Collection : Logiques Juridiques, 2015.

conséquence, le recours au critère subsidiaire devrait, en fonction de la jurisprudence tunisienne et française être limité aux seuls cas où les différents éléments du contrat ne permettent pas de dégager le centre effectif du rapport professionnel. La loi de l'établissement de l'employeur n'entretient pas de liens significatifs avec le contrat de travail, la limitation de son intervention, paraît cohérente du moment que les rédacteurs des textes tunisien et européen, ont opté pour des solutions de proximité.

Néanmoins, dans les rares cas où le critère de rattachement subsidiaire pourrait intervenir, il appelle à des précisions quant à son contenu exact. Plus il est clair et identifiable, moins il pose des difficultés de mise en œuvre. Sa formulation dans le texte tunisien est bien reçue. Elle a le mérite de la clarté en faisant référence à l'« établissement de l'employeur »<sup>274</sup>. Le sens à donner à cette notion est celui retenu par la loi du for. Elle constitue un élément de la règle de conflit dont l'interprétation est soumise au principe de la qualification *lege fori*. A cet effet, il convient de remarquer que le Code de travail tunisien ne définit pas la notion d'établissement de l'employeur. Lorsque celui-ci est une personne morale, son établissement devrait coïncider avec son siège social tel que défini par le Code des sociétés commerciales tunisien<sup>275</sup>.

Le critère subsidiaire ainsi retenu par le législateur tunisien se rapproche de celui retenu en droit français bien que la formulation retenue par la Convention de Rome prête à des interprétations diverses.

***La loi de « l'établissement qui a embauché le travailleur » et les interprétations jurisprudentielles dans les textes européens.*** En application de l'article 6 de la Convention de Rome « *si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays* », le contrat est régi « *par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur* ». Le lieu d'embauche pose au préalable, la question de sa délimitation. Dans l'arrêt Voogsgeerd<sup>276</sup>, la CJUE était appelée à apporter des précisions quant au sens de cette notion. Au moins, deux conceptions sont envisageables. « *Suivant une conception purement formelle, il s'agit de l'établissement de l'employeur qui selon le contrat de travail, a embauché le travailleur. Si l'on en fait une analyse plus factuelle, on retiendra l'établissement de rattachement du salarié (comp. en*

---

<sup>274</sup> L'article 67 du CDIP tunisien prévoit que « *si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur* ».

<sup>275</sup> L'article 10 du Code des sociétés commerciales tunisien précise dans son alinéa 2 que « *Le siège social est le lieu du principal établissement dans lequel se trouve l'administration effective de la société* ».

<sup>276</sup> Arrêt précité.

*droit interne avec les règles de calcul des effectifs)*»<sup>277</sup>. Se pose, également, la question de la qualification de l'établissement dans lequel s'est réellement déroulé le processus d'embauche. Constitue-t-il un lieu d'embauche au sens de l'article 6 de la Convention de Rome alors que le travailleur rompt toute relation avec cet établissement une fois qu'il a commencé à exécuter son travail ?

Ces différentes conceptions du critère du lieu d'embauche présentent des inconvénients. Soit qu'elles favorisent le *forum shopping* soit qu'elles aboutissent à une confusion entre lieu d'exécution et lieu d'embauche ce qui rend, dans tous les cas, le critère du lieu d'embauche non satisfaisant. C'est, pour ces raisons que la CJUE retient, dans l'arrêt Voogsgeerd, une conception stricte du lieu d'embauche parallèle à la conception large qu'elle fait du lieu d'exécution habituelle du travail.

En ce sens, la Cour considère que le lieu où se situe l'établissement de rattachement du salarié entendu comme l'établissement où le salarié se présente régulièrement pour s'acquitter de son travail coïncide avec le lieu d'exécution habituelle du travail. Il se rapporte, ainsi, au rattachement objectif principal. Il a fallu, par la suite, à la Cour, reprendre chacun des axes de la réponse en déterminant ce que peut être le lieu d'embauche, d'une part, et en cernant la notion d'établissement, d'autre part.

Le lieu d'embauche se détermine, selon la Cour, concrètement par référence à la conclusion réelle du contrat et non au regard des circonstances concrètes de l'exécution du contrat. « *Ce n'est cependant pas la conception formelle la plus stricte qui prévaut ici puisqu'on ne retiendra pas le lieu d'embauche tel qu'il figure dans le contrat de travail mais le lieu effectif de conclusion du contrat qui paraît plus objectif* »<sup>278</sup>. La Cour cite des indices auxquels on peut se référer pour déterminer le lieu d'embauche. Il en est ainsi de l'établissement qui a publié l'avis de recrutement, de celui qui a mené l'entretien d'embauche. Les juridictions nationales pourront s'en servir dans la détermination souveraine du lieu d'embauche.

Quant à la notion d'établissement, elle faisait, en l'espèce, l'objet d'une question préjudicielle et il a fallu pour la Cour répondre à la question de savoir si cette notion exige l'existence d'une personnalité juridique. Une telle question n'est pas nouvelle pour la Cour. Elle lui a été déjà posée à propos de l'application de l'article 5. 5 de la Convention de

---

<sup>277</sup> F. JAULT-SESEKE, « Loi applicable aux salariés mobiles : la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome. CJUE, 15 déc. 2011, Jan Voogsgeerd c. Navimer SA, aff. C-384/10 », article précité., p. 117.

<sup>278</sup> *Ibid*, p. 118.

Bruxelles. Sans reprendre la solution qu'elle a retenue relativement à la Convention de Bruxelles, la Cour fait un raisonnement analogique. Elle affirme que l'établissement est « *toute structure stable d'une entreprise* » sans que soit exigée la personnalité juridique. Cet établissement peut correspondre à une filiale ou succursale ou même un bureau.

La solution est, d'une manière générale, bien reçue par la doctrine. Elle « *mérite approbation : elle reste souple sans vider de son sens la référence à l'établissement qui suppose une structure clairement identifiable* »<sup>279</sup>. La solution est, également, stricte dans le sens que ne peut être considéré établissement d'embauche, la personne ayant intervenu temporairement pour assurer uniquement le recrutement tant qu'elle ne fait pas partie de l'entreprise qui a embauché le travailleur. Il en est ainsi, des intermédiaires et des cabinets de recrutement.

Néanmoins, la position de la Cour manque de précision à cet égard. La Cour affirme que lorsqu'une société a agi pour le compte d'une autre, son établissement peut être considéré comme appartenant à celle pour le compte de laquelle elle a agi. « *Il est finalement, à la lecture de l'intégralité de l'arrêt, difficile de savoir si l'établissement d'une société tierce qui intervient dans le processus d'embauche peut être retenu comme établissement d'embauche alors même que cette société n'a pas la qualité d'employeur* »<sup>280</sup>. La Cour ne donne pas une réponse négative à cette question. Dans l'affaire Voogsgeerd, il s'agissait de savoir si, au sens de l'article 6 de la Convention de Rome, la société Naviglobe constitue elle aussi un employeur en plus de la société Navimer. Il a fallu, alors, résoudre la question de la pluralité d'employeurs. Pour y répondre, la Cour se concentre de nouveau sur le critère du lieu d'exécution et affirme que le lieu où les instructions sont reçues est principalement pertinent pour identifier le lieu d'exécution habituelle. Par ailleurs, elle précise que la qualification de l'employeur ne dépend pas des termes du contrat mais plutôt des circonstances réelles de l'exécution du travail.

Les interprétations apportées par la Cour reçoivent satisfaction de la doctrine française. Ainsi, Mme. JAULT-SESEKE annonce qu'« *il faut s'en féliciter tant l'application du critère subsidiaire que la Cour précise en termes souvent embrassés, risque de mener à des solutions discutables* »<sup>281</sup>. On peut imaginer selon l'auteur, « *que certains employeurs peu scrupuleux soient tentés de procéder à des embauches par l'intermédiaire d'un établissement situé dans un pays à faible*

---

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 119.

*protection sociale dépourvu de véritable lien avec la relation de travail* »<sup>282</sup>. Ajoutant avec M. NORD, « *qu'il s'agit d'un élément extérieur au contrat et qui surtout est facile à manipuler pour l'employeur* »<sup>283</sup>.

Dans tous les cas, les aléas qui entourent l'application du critère subsidiaire ne sont pas considérables, du simple fait que sa mise en œuvre serait très rare voire inexistante en raison du champ d'application large du critère principal. C'est pour cette raison que M. NORD est allé jusqu'à demander purement et simplement sa suppression<sup>284</sup>. Le contrat de travail reste soumis principalement à la loi du lieu d'exécution habituelle, présumée, la plus proche. Dans les cas, où cette présomption de proximité s'avère inopérante, les juges tunisiens et français, sont appelés à corriger le rattachement par application plus explicite du principe de proximité, en mettant en œuvre la clause d'exception.

---

<sup>282</sup> F. JAULT-SESEKE, *Rép. Internat Dalloz*, v° Contrat de travail, n° 91.

<sup>283</sup> N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », article précité, p 323.

<sup>284</sup> *Ibid.* p. 309.



## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Il est incontestable que la compétence de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail présente des intérêts multiples tenant principalement à l'intégration du travailleur dans la communauté salariale du lieu de son travail et à la cohérence de la législation sociale. Cet impératif d'intégration prend dans ce sens une dimension purement nationale qui fait que les membres d'une même société se voient attribuer les mêmes droits et les mêmes obligations. Pour un travailleur international, le degré d'intégration dans le lieu du travail où il est affecté suite à un détachement, une expatriation, une mise à disposition et autres modes de mobilité ne peut pas être le même que pour un travailleur sédentaire. Il en découle que l'intégration sociale exprimée par la proximité ne constitue qu'un axe de la justice sociale moins fondamental que la protection à laquelle aspire le travailleur en mobilité.

Pour ces raisons, le rattachement à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail doit continuer à exister dans la règle de conflit tunisienne relative au contrat de travail sans pour autant être le rattachement unique. Un rattachement de proximité n'est pas suffisant à assurer une solution socialement juste pour le travailleur.

Par ailleurs, le rattachement subsidiaire à la loi de l'établissement de l'employeur n'est pas édicté pour pallier aux insuffisances du rattachement principal à réaliser la justice. Il sert uniquement à prévoir les impossibilités de mise en œuvre du rattachement principal. L'intérêt du recours à ce critère n'est pas remarquable. D'abord, il n'est pas retenu en raison de la solution matérielle qu'il procure. Ensuite, il n'est pas significatif en termes de proximité et ne contribue même pas à l'intégration sociale du travailleur dans son milieu de travail. Il devient alors recommandé de limiter sensiblement le recours à ce critère et d'étendre le champ d'application de la loi du lieu d'exécution habituelle. Une modification de l'article 67 du Code de droit international privé tunisien s'impose, alors, afin de préciser concernant la loi du lieu d'exécution habituelle que « ce lieu est celui dans lequel ou à partir duquel, le travailleur s'acquitte de son travail (sinon du principal de son travail).

Dans les cas où le lieu d'exécution habituelle du travail est indéterminable, le contrat de travail est régi par la loi de l'établissement de l'employeur ».

Cette version proposée de l'article 67 reste à parfaire après examen de l'incidence de l'introduction d'une clause d'exception comme est le cas dans la version actuelle. C'est en fonction de l'intérêt que pourrait avoir cette clause dans le contrat de travail, qu'on pourra en décider.

## CHAPITRE SECOND : LA CLAUSE D'EXCEPTION, CORRECTIF PROXIMISTE DE LA RIGIDITE DU RATTACHEMENT LOCAL

*La clause d'exception, précisions méthodologiques.* La clause d'exception, appelée aussi, clause dérogatoire, est présentée comme un correctif à la rigidité du critère de rattachement retenu par la règle de conflit. En fait, un critère de rattachement rigide et prédéfini a le mérite de garantir la prévisibilité et la sécurité juridique. Mais, il peut ne pas correspondre à une localisation objective certaine du rapport de droit. C'est au moment de la mise en œuvre concrète de la règle de conflit qu'on pourra mesurer l'étendue des liens entre la loi désignée et le rapport juridique. A défaut, on pourra donner compétence à une autre loi et la correction de la rigidité du critère de rattachement s'impose. L'opération se fait *in concreto* et un pouvoir d'appréciation devrait être laissé au juge pour désigner la loi qui, en fonction d'une pluralité de facteurs entretient les liens les plus étroits avec la situation. La clause d'exception correspond ainsi, à une « règle « flexible », ayant une formulation concrète et casuistique plutôt que générale et abstraite »<sup>285</sup>.

En droit tunisien, le législateur n'a pas opté, en matière contractuelle, pour l'adoption d'une clause d'exception générale<sup>286</sup> à l'image de ce qui est prévu en droit européen dans la Convention de Rome et du Règlement Rome I<sup>287</sup>. Cette « absence d'une clause d'exception générale se justifie certainement par un choix législatif en faveur de la sécurité et de la prévisibilité des solutions »<sup>288</sup>. La seule clause d'exception prévue par le Code affecte la règle de conflit applicable au contrat de travail international<sup>289</sup>, ce qui laisse entendre que le législateur insiste pour cette

---

<sup>285</sup> P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP*, 2003, p. 37-76, spéc. p. 38.

<sup>286</sup> Le projet de réforme du Code de droit international privé ne l'a pas fait aussi.

<sup>287</sup> En fait, la généralisation de la clause d'exception à tous les contrats dans les textes européens s'intègre dans un courant de flexibilisation de la règle de conflit par réaction à la « révolution américaine ».

<sup>288</sup> L. CHEDLY, « le principe de proximité et le Code tunisien du droit international privé », in « *Mouvements du droit contemporain* », *Mélanges offerts au Professeur Sassi BEN HALIMA*, CPU, Tunis 2005, pp. 325-356, spéc. p. 343.

<sup>289</sup> Notons à cet effet que, cette clause d'exception figure dans l'alinéa 2 de l'article 67 régissant l'hypothèse où le contrat est exécuté habituellement dans plusieurs Etats ce qui laisse comprendre que la clause ne peut jouer que dans cette seule hypothèse. Seulement, la jurisprudence tunisienne en a fait application pour un contrat de travail exécuté dans un même Etat, donc régi par les dispositions du premier alinéa de l'article 67. Voir dans ce sens, Arrêt de la Cour d'Appel de Tunis n° 54207 du 11/07/2014. La Cour précise que « l'alinéa premier de l'article 67 soumet les contrats de travail à la loi de leur lieu d'exécution. Seulement, une exception à cette règle de compétence a été introduite dans l'alinéa dernier de cet article par la soumission du contrat à la loi de l'Etat avec lequel il a des liens plus étroits ».

catégorie de droit sur une localisation objective concrète. La compétence est en conséquence donnée exclusivement à la loi où le contrat se trouve réellement ancré.

Sur le plan méthodologique, la clause d'exception a une certaine utilité. Elle introduit de la flexibilité à la règle de conflit classique. Elle présente également, l'avantage de la simplicité. Ainsi, il a été affirmé qu'« *il n'est pas nécessaire de subdiviser la matière ; non plus de déterminer des éléments de rattachement multiples. La clause d'exception accompagne une règle de conflit ordinaire à rattachement simple* »<sup>290</sup>.

Mais, elle s'insère toujours, dans une règle où un critère de rattachement prédéfini est censé jouer en premier lieu. Il y a là, d'ailleurs, la différence majeure entre le mécanisme de la clause d'exception, manifestation du principe de proximité et la doctrine de la *Proper law*. La clause d'exception ne part pas d'une catégorie juridique. Elle part plutôt, d'un cas concret pour le soumettre à la loi avec laquelle il entretient les liens les plus étroits. Elle constitue selon Cavers, un retour à la casuistique de la *common law* du droit américain<sup>291</sup>. Mais, à la différence de cette théorie, la clause d'exception ne remplace pas la règle de conflit. Elle en est une composante. En fait, contrairement à ce que son indication pourrait faire croire, la clause d'exception n'est pas une exception à une règle. Elle n'a pas un champ d'application prédéfini. « *Elle peut être le contraire d'une règle : « une règle n'est pas la décision d'un cas » ; or on insiste sur le caractère « concret » de la clause d'exception et du principe de proximité en général* »<sup>292</sup>.

Etudiée en matière de contrat de travail, la clause d'exception pose la question de son utilité non seulement au niveau du résultat matériel mais aussi, de la cohérence de la méthode.

***L'utilité technique de la clause d'exception en question.*** Au regard de son principal effet, celui de l'assouplissement et de la flexibilisation de la règle de conflit, la clause d'exception semble avoir une fonction technique approuvée (section 1<sup>ère</sup>). Mais, cette fonction incite à réfléchir à la question de sa compatibilité avec les intérêts que le contrat de travail international met en jeu. Notre position quant au besoin de maintenir ou plutôt de supprimer la clause d'exception dans l'article 67 du Code de droit international privé dépend de l'examen de ses effets. Si la clause a été édictée pour assouplir le critère de

---

<sup>290</sup> P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », article précité, p. 40.

<sup>291</sup> B. HONATIAU, *Le droit international privé américain, (du premier au second restatement of the law of conflict of law)*, LGDJ-Bruylant 1979, n° 69 et 70.

<sup>292</sup> *Ibid.*

rattachement parce que rigide, il devient nécessaire de vérifier si la justice sociale commande de prévoir des critères souples et si la proximité serait le seul sinon le meilleur moyen d'y parvenir.

***La recherche d'une finalité protectrice par l'introduction de la clause d'exception dans le contrat de travail.*** Insérée dans la règle de conflit applicable à un contrat conclu par une partie faible, tel le contrat de travail, la clause d'exception soulève des interrogations quant à sa fonction matérielle. Pourrait-on utiliser cette clause pour améliorer le sort du salarié et parvenir à une loi plus protectrice que celle du lieu d'exécution, ou doit-on plutôt, voir dans la clause d'exception, une consécration pure et nette du principe de proximité dépourvue de toute finalité matérielle ?

Face à cette question, la doctrine est partagée et la jurisprudence est évolutive. S'il est douteux de parvenir à un résultat matériel à travers la clause d'exception, c'est parce que par définition, la clause d'exception sert à donner compétence à la loi la plus « proche » du contrat. Or, la loi la plus proche n'est pas nécessairement plus favorable au travailleur. Sa fonction matérielle est généralement contestée (section 2<sup>nd</sup>e). C'est dans cette perspective que nous proposons de mesurer l'effet de la clause d'exception sur la solution au fond, essentiellement la protection du travailleur, condition fondamentale pour une solution socialement juste.

### **Section 1 : La fonction technique approuvée de la clause d'exception**

***La clause d'exception et le passage d'une proximité présumée à une proximité concrète.*** La clause d'exception constitue un correctif qui consacre l'un des principes fondamentaux en droit international privé à savoir le principe de proximité. Ce principe « n'est pas étranger à l'esprit général du système savignien de conflits de lois : l'idée que la « catégorie » a un « siège naturel » est une façon, certes générale et abstraite, d'exprimer l'idée concrète de la « proximité » d'une situation et d'une loi »<sup>293</sup>.

La clause d'exception permet d'écarter les rattachements rigides lorsqu'ils ne permettent pas de retenir la loi qui entretient les liens les plus étroits avec la situation. Elle introduit une certaine souplesse dans la détermination de la loi applicable. « *La présence de*

---

<sup>293</sup> P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », article précité, p. 39.

*cette disposition d'exception aboutirait à une « règle de conflit ouverte », dépourvue de toute rigidité, assortie d'une clause échappatoire »<sup>294</sup>.*

***La souplesse recherchée dans la mise en œuvre du mécanisme d'assouplissement, la clause d'exception.*** La mise en œuvre de la clause d'exception, permet d'écarter le rattachement initial à la loi du lieu d'exécution lorsqu'il s'avère inadéquat et que des liens plus significatifs permettent de rattacher le contrat de travail à la loi d'un autre pays. Se pose alors, la question de savoir s'il s'agit de conditions impératives exigées pour la mise en œuvre de la clause. Une réponse affirmative contribue à une hiérarchisation des rattachements au sein de la règle de conflit. Ni la jurisprudence tunisienne ni la jurisprudence de la CJUE ne sont allées dans ce sens. La logique poursuivie par la jurisprudence est purement localisatrice. Il suffit que le contrat entretienne des liens significatifs avec un autre système juridique pour qu'il soit soumis à sa législation.

Une mise en œuvre efficace de la clause d'exception par les juges tunisiens exige une indifférence par rapport au degré d'intensité du rattachement initial. Seule l'existence de liens plus étroits avec un autre système juridique devrait être vérifiée.

### **§ 1 : La nécessaire indifférence au degré d'intensité du rattachement habituel**

***Le mérite de la simplicité.*** Il est incontestable que la proximité satisfait au moins une dimension de la justice sociale, celle relative à l'intégration du travailleur dans une communauté salariale. Cette stabilité sociale est présumée être assurée par application de la loi du lieu d'exécution habituelle. Mais, il n'y a là qu'une présomption simple. L'existence de liens plus étroits avec un autre Etat devrait conduire à lui donner compétence et écarter les présomptions retenues par la règle de conflit. En fait, « *Peu importe que les liens avec le pays normalement désigné par la présomption elle-même fondée sur le critère de proximité, présentent une valeur réelle de rattachement. Il n'est pas exigé que la loi déclarée applicable en vertu du jeu de la présomption n'ait qu'un rapport tenu avec le centre de gravité du contrat et que le rattachement soit effectivement défaillant* »<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> J. DEPRESZ, *Contrat de travail, Rep. Int. Dalloz*, 1998, p. 5.

<sup>295</sup> C. BRIERE, note sous arrêt CJUE, 12 septembre 2013, aff. C-64/12, Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker, note précitée.

La jurisprudence tunisienne n'est pas abondante sur la question de la mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 67 du CDIP. Mais, il est intéressant de s'arrêter sur quelques décisions. Dans deux arrêts rendus le 11 juillet 2014, la Cour d'appel de Tunis a donné compétence à la loi tunisienne<sup>296</sup> étant donné qu'elle entretient avec le contrat des liens « plus étroits » que la loi libyenne, du lieu d'exécution du travail. Mais, on ne peut pas déduire de l'expression utilisée par la Cour que les liens qu'entretient la loi du lieu d'exécution avec le contrat n'étaient pas significatifs. La Cour n'a pas procédé à une hiérarchisation du rattachement principal et de son correctif, la clause d'exception.

C'est ce qu'on constate aussi, dans un jugement rendu le 13 décembre 2019, par le tribunal de première instance de l'Ariana<sup>297</sup>, dans lequel, le juge a fait une application implicite de la clause d'exception, après avoir donné compétence à la loi libyenne, loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Selon le tribunal, il était difficile d'apporter la preuve du contenu de la loi libyenne et il a fallu en conséquence l'écarter. Dans une situation pareille, l'article 26 du CDIP, précise que « si le contenu de la loi étrangère ne peut être établi, il sera fait application de la loi tunisienne », ce que n'a pas fait le juge dans le cas d'espèce.

En fait, pour donner compétence à la loi tunisienne, il s'est basé sur un ensemble de liens entre le contrat de travail international et l'Etat tunisien. On regrette que le juge n'ait pas précisé, en relevant les éléments de rattachement, qu'il a fait application du dernier alinéa de l'article 67, relatif à la clause d'exception. Néanmoins, on peut déduire du jugement de 2019, bien qu'implicitement, que l'application de la loi la plus proche n'est pas conditionnée par un faible lien entre le contrat et la loi du lieu d'exécution habituelle du travail.

Il nous paraît nécessaire, que les juges tunisiens soient plus explicites dans la mise en œuvre de la clause d'exception, et n'exigent pas une condition supplémentaire de vérification de l'étendue des liens entre le contrat de travail et la loi du lieu d'exécution. Une pareille solution permettra de donner à la clause d'exception de l'article 67 sa véritable fonction. Elle aura également le mérite de ne pas rendre complexe la mise en œuvre de la clause, mécanisme d'assouplissement.

---

<sup>296</sup> Arrêt n° 54207 et arrêt n° 54218 de la Cour d'appel de Tunis, le 11 juillet 2014, inédits cités par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

<sup>297</sup> Jugement du tribunal de première instance de l'Ariana, n° 39045, du 13 décembre 2019, inédit.

La CJUE est allée également dans ce sens dans un arrêt du 6 octobre 2009<sup>298</sup>. La Cour a opté, pour une interprétation large de la clause d'exception formulée de façon générale à l'article 4 § 5 de la Convention de Rome. La Cour se refuse à considérer la clause d'exception comme étant un critère de rattachement subsidiaire. Elle rompt, ainsi, avec une position classique faisant de la clause d'exception une utilisation restrictive et exceptionnelle.

La principale fonction de la clause d'exception étant d'introduire de la flexibilité sur la règle de conflit, il est paradoxal de multiplier les conditions de sa mise en œuvre. D'ailleurs, des leçons doivent être tirées de certains droits comparés et de certaines propositions doctrinales allant dans un sens contraire.

***La solution contraire et le risque de complexité.*** Dans des législations comparées<sup>299</sup>, tel le droit québécois, la mise en œuvre de la clause d'exception exige la réunion de deux conditions. Une condition négative qui consiste dans l'absence de rattachements significatifs avec la loi désignée initialement par la règle de conflit et une condition positive basée sur l'intensité des liens avec la loi d'un autre pays.

Une partie de la doctrine est, également, favorable au cumul de ces deux conditions afin de limiter le subjectivisme qui caractérise l'appréciation de la proximité. C'est dans ce sens que Mme. REMY-CORLAY affirme qu'« *il paraît nécessaire d'exiger que les deux conditions soient effectivement remplies, et que ces deux conditions fassent partie du mécanisme même de la clause d'exception* »<sup>300</sup>. Ainsi, pour mettre en œuvre la clause d'exception, le juge devra, d'une part, démontrer l'inadéquation du rattachement initial et, d'autre part, prouver qu'il existe des liens manifestement significatifs avec le rapport de droit en cause. Selon l'auteur, cette méthode a l'avantage d'éviter le risque de dérapage de la règle de conflit comportant une clause d'exception. En fait, « *ce n'est qu'ainsi que la règle de conflit ne « dérivera » pas en simple méthode de réglementation des conflits de lois* »<sup>301</sup>.

Pour Mme BOUYAHIA également, la réunion des deux conditions cumulatives, à savoir, la faiblesse des liens avec l'ordre juridique désigné et l'enracinement de la situation

---

<sup>298</sup> CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-138/08, ICF : *JCP G* 2009, n° 50, 36, note L. D'avout L. Perreau-Saussine ; *JDI*, 2010, comm. 5, p. 183, note C. Legros ; *RCDIP*, 2010, p. 199, note P. Lagarde ; *D.*, 2010, p. 236, note F. Jault-Seseke ; *RDC*, 2010, p. 701, note P. Deumier.

<sup>299</sup> Tel est le cas pour l'article 15 de la loi suisse ou l'article 3082 du nouveau Code civil québécois. De même pour l'article 10 alinéa 2 de l'avant-projet de la Convention de Rome qui exige deux conditions cumulatives pour écarter la *lex loci delicti* : l'absence de lien significatif entre la situation du fait dommageable et le pays où s'est produit le fait, d'une part, et l'existence de connexion prépondérante avec un autre pays, d'autre part.

<sup>300</sup> P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », article précité, p. 43.

<sup>301</sup> *Ibid.* p. 44.



dans un autre ordre juridique, est nécessaire pour que la mise en œuvre de la clause d'exception « *soit encadrée par le minimum de prévisibilité* »<sup>302</sup>.

Telle n'était pas la méthode adoptée ni par la CJUE, ni par les juridictions françaises. Avant même que soit clarifié le mode d'intervention de la clause d'exception par la CJUE, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles faisait le 6 février 1991<sup>303</sup>, une première application de l'article 4 § 5 de la Convention de Rome. La Cour y a fait application de la loi italienne après avoir dégagé pour le contrat de caution en cause plusieurs éléments qui rattachent étroitement le contrat à cette loi et qui « *sont révélateurs de la volonté de localiser le contrat en Italie* », sans pour autant avoir démontré l'insuffisance de l'élément de rattachement principal.

Selon, Mme. REMY-CORLAY, cette méthode ne permet pas de réaliser les buts de la règle de conflit, celles de la répartition des compétences législatives, d'un côté, et de la réglementation des relations internationales, d'un autre côté. C'est uniquement, lorsque le critère de rattachement ne répond plus au but poursuivi par la règle de conflit qu'il devrait être qualifié de « fortuit » et par conséquent évincé. Or, une pareille qualification dépend de la nature de la catégorie juridique en question. En matière contractuelle, la clause d'exception ne devrait être utilisée « *que lorsque les parties n'ont pas eu conscience de l'extranéité du litige, ou que, ayant eu conscience de celle-ci, elles n'ont pu imaginer que celle-ci était suffisante à l'application d'une autre loi que celle à laquelle il leur semblait que la situation était presque entièrement rattachée* »<sup>304</sup>. Certes, cette condition ne manque pas de subjectivisme. Mme REMY-CORLAY, elle-même l'affirme. Mais, selon l'auteur, elle permet de respecter l'idée de subsidiarité dans l'application de la clause d'exception. Il ne s'agit donc pas, pour Mme REMY-CORLAY, d'une pesée des éléments en présence pour déterminer, parmi un certain nombre d'ordres juridiques, celui qui a les liens les plus étroits. Il s'agit, plutôt, d'un caractère subsidiaire de la clause d'exception par rapport à la présomption. Cela signifie qu'il ne faut chercher la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation qu'après avoir constaté l'inadéquation du rattachement initial.

---

<sup>302</sup> S. BOUYAHIA, *La proximité en droit international privé de la famille*, préface L. Chedly et M. Goré, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2015, p. 334.

<sup>303</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 6 février 1991, Bloch c. soc. Lima, *D.*, 1992, p. 174, note MONDOLINI ; *RCDIP.*, 1991, p. 745, note P. LAGARDE ; *Clunet*, 1992, p. 125, note Jacques FOYER.

<sup>304</sup> P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », article précité, p. 48.

Telle n'est pourtant pas la voie adoptée par la CJUE, dans l'interprétation de la clause d'exception de l'article 6 de la Convention de Rome ni de la méthode que devraient suivre les juges tunisiens.

## **§ 2- L'identification des liens les plus étroits**

***Les aléas d'une appréciation subjective des liens les plus étroits.*** Lorsque le travail s'exécute habituellement dans un seul Etat, la mise en œuvre de la clause d'exception ne pose généralement pas de problèmes. L'intensité des rapports qu'entretient le contrat avec un autre Etat permet d'appliquer sa loi et d'écarter celle du lieu d'exécution. Les éléments à retenir pour prouver les liens pertinents doivent être objectifs et significatifs.

Dans un arrêt rendu le 11/07/2014<sup>305</sup>, la Cour d'Appel de Tunis s'est basée sur le lieu du renouvellement du contrat qui correspond en l'espèce à « l'Etat qui participe par l'expérience et la main d'œuvre spécialisée », la nationalité du travailleur et son domicile pour donner compétence à la loi tunisienne considérée comme ayant ainsi, des liens plus étroits avec le contrat que la loi libyenne du lieu d'exécution.

Cette appréhension des liens les plus étroits semble excessive parce qu'il faut distinguer entre les *liens entretenus par le travailleur* avec un Etat donné et *les liens entretenus par la situation contractuelle* avec ce même Etat ou un autre. Les premiers comportent nécessairement un certain subjectivisme dans leur détermination. Par contre les seconds doivent se baser sur une appréciation objective de tous les aspects de la situation juridique. Les liens intéressant le salarié n'en constituent que des éléments parmi d'autres, auxquels s'ajoutent des considérations inhérentes à la situation de l'employeur (sa nationalité, son domicile...) et des considérations se rapportant au contrat lui-même (son lieu de conclusion, la langue de sa rédaction...).

En conséquence, une appréciation subjective des liens étroits aboutissant à l'application de la loi du for constitue une déviation dans la mise en œuvre de la clause d'exception et ne fait qu'alimenter le *lex forisme* notamment dans les hypothèses où le travail s'exécute dans plusieurs Etats.

---

<sup>305</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Tunis, n° 54207 du 11/07/2014, inédit cité par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité. Voir également, arrêt de la Cour d'appel de Tunis, n° 54218 du 11/07/2014, inédit cité par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

***Appréciation objective des liens les plus étroits dans la jurisprudence tunisienne la plus récente.*** Dans son jugement de 2019, le tribunal de première instance de l'Ariana a relevé que le contrat était conclu en Tunisie, qu'une partie du salaire était versée en Tunisie, que l'employeur avait son domicile sur le territoire tunisien, que l'article trois du contrat définit les droits du travailleur par référence aux dispositions du Code de travail tunisien et de la convention collective cadre tunisienne.

Les indices ainsi relevés manifestent l'intensité des liens qu'entretient le rapport en question avec l'Etat tunisien. Ils manifestent une appréciation objective de la proximité, ce qui est en cohérence avec le caractère exceptionnel de la clause d'exception. La CJUE est allée également dans une voie d'appréciation restrictive de la clause d'exception.

***Appréciation stricte des liens les plus étroits par la Cour européenne et limitation du recours à la clause d'exception.*** En droit européen, la conception étendue que fait la CJUE du lieu d'exécution habituelle a pour effet de limiter les possibilités d'intervention de la clause d'exception. Les indices pouvant servir à dégager les liens les plus étroits avec un pays donné coïncident généralement avec ceux retenus pour identifier le lieu d'exécution habituelle du travail. Des contestations peuvent être, alors, avancées quant à l'utilité de la clause d'exception dans la règle de conflit devant une conception large du lieu d'exécution. On peut, d'ailleurs, se demander, sur ce que laisse la jurisprudence de la CJUE aux juges dans la recherche des liens de rattachement les plus pertinents de la situation.

Or, la clause d'exception est l'un des plus importants ajouts apportés par la Convention de Rome. Grande innovation conceptuelle de cette Convention, le mécanisme de la clause d'exception est aussi l'un de ceux qui suscitent le plus d'interrogations. Nombreuses d'entre elles ont été examinées par la CJUE dans son arrêt du 12 septembre 2013<sup>306</sup>.

En l'espèce, il s'agissait d'une salariée Mme. Boedeker employée par Schleker, une entreprise allemande ayant des succursales dans plusieurs Etats membres de l'Union Européenne. Mme. Boeleker avait travaillé en Allemagne du 1<sup>er</sup> décembre 1979 au 1<sup>er</sup> janvier 1994. Puis, elle a conclu un nouveau contrat de travail avec son employeur en vertu

---

<sup>306</sup> CJUE, 12 septembre 2013, aff. C-64/12, Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker, *RCDIP*, 103 (1), janvier-mars 2014, p. 159, note E. PATAUT ; *JDI*, 2014, p. 165, note C. BRIERE ; *D.*, 2013 p 2225 ; *Ibid*, 2014, p. 1059, obs H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *RDT.*, 2013, p. 785, obs F. JAULT-SESEKE et P. REMY.

duquel, elle a été engagée en tant que gérante de Schleker aux Pays Bas. Le 19 juin 2006, elle a été informée par lettre que son poste de gérante pour les Pays Bas serait supprimé à partir du 30 juin 2006.

La salariée introduit alors une réclamation contre la décision unilatérale de son employeur de suppression du poste. En parallèle, le 6 juillet 2006 elle prenait ses nouvelles fonctions à Dortmund, puis s'est déclarée en arrêt de travail pour maladie le 16 août 2006, et bénéficiait d'une prestation de la caisse d'assurance maladie allemande.

Mme. Boedeker a saisi également, le *Kantonrechter te Tiel*<sup>307</sup> pour demander l'annulation de son second contrat de travail et l'obtention d'une indemnisation en application du droit néerlandais. Mme. Boedeker obtient gain de cause et le jugement d'appel confirme la décision de première instance. En outre, le *Kantonrechter te Tiel* déclare applicable le droit néerlandais, c'est ce qu'approuve ultérieurement la juridiction d'appel le *Grechtshof te Arnhem* en considérant que le droit néerlandais était applicable en tant que loi du pays où le travailleur exerçait habituellement ses activités. « *Ainsi cette juridiction (d'appel) a considéré que les divers éléments invoqués par Schlecker, relatifs notamment à l'affiliation aux divers régimes de retraite, d'assurance maladie et d'invalidité, ne permettaient pas de conclure que le contrat de travail présentait des liens plus étroits avec l'Allemagne de sorte que l'application du droit allemand ne pouvait pas être retenue* »<sup>308</sup>.

Schlecker s'est pourvue en cassation devant le *Hoge Raad der Nederlanden* en demandant l'application du droit allemand ayant selon elle, les liens les plus étroits avec la situation. Le *Hoge Raad der Nederlanden* observe que le droit néerlandais était, sur la question litigieuse, plus protecteur que le droit allemand. Il décide de surseoir à statuer et pose à la CJUE deux questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 6 § 2 sous b). Il s'agissait en premier lieu, de savoir si ces dispositions doivent être interprétées en ce sens que, « *si un travailleur accomplit le travail qui fait l'objet du contrat de travail non seulement de façon habituelle, mais également pendant une longue période et sans interruption dans le même pays, c'est en tout état de cause le droit de ce pays qui est applicable, même si toutes les autres circonstances indiquent un lien étroit entre le contrat de travail et un autre pays* »<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Juridiction au Pays Bas.

<sup>308</sup> Arrêt Schleker, précité.

<sup>309</sup> *Ibid.*

En second lieu, il a fallu déterminer s'il faut pour qu'une réponse affirmative soit donnée à la première question que « *l'employeur et le travailleur, lors de la conclusion du contrat de travail, ou à tout le moins, au moment où le travailleur a commencé à travailler, aient eu l'intention que le travail soit accompli dans le même pays pour une longue période et sans interruption ou à tout le moins qu'ils aient eu conscience qu'il en serait ainsi ?* »<sup>310</sup>.

Pour y répondre, la CJUE commence par rappeler la spécificité de la règle de conflit relative au contrat de travail. Ainsi, l'article 6 de la Convention de Rome édicte des rattachements subsidiaires spécifiques qui jouent en l'absence de choix exercé par les parties. Il s'agit en premier lieu, du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail et à titre subsidiaire, en l'absence d'un tel lieu, du siège de « l'établissement qui a embauché le travailleur ». La Cour fait référence sur ce point à sa jurisprudence Voogsgeerd<sup>311</sup>.

La Cour fait une double constatation, l'une sert le critère du lieu d'exécution habituelle du travail. L'autre sert l'intervention de la clause d'exception. D'une part, elle affirme la stabilité pour une bonne période de onze ans, du lien avec le lieu d'exécution habituelle du travail en l'occurrence les Pays Bas. D'autre part, elle constate l'existence de plusieurs circonstances pouvant manifester un lien étroit avec l'Allemagne. Il s'agit en l'espèce de la nationalité allemande de l'employeur, de la rémunération qui s'effectue en marks allemands (avant l'introduction de l'euro), de l'assurance pension souscrite auprès d'un assureur allemand, du domicile en Allemagne de la salariée où elle payait ses cotisations sociales, des clauses du contrat faisant référence à des dispositions contraignantes du droit allemand et du remboursement par l'employeur des frais de déplacement de la salariée depuis l'Allemagne vers les Pays Bas.

Face à ces constatations, et pour déterminer la façon dont on peut trancher pour l'un ou l'autre rattachement, la Cour annonce qu'*«il y a donc lieu d'établir si le critère prévu à l'article 6§ 2 sous a) de la Convention de Rome peut être écarté uniquement lorsqu'il n'a pas une véritable valeur de rattachement ou bien également lorsque le juge constate que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays* »<sup>312</sup>. Conforme à sa jurisprudence Koelzsch et Voogsgeerd, la Cour annonce que c'est l'objectif de protection « adéquate » du travailleur qui sous-tend les rattachements spécifiques figurant au paragraphe 2 sous a) et sous b) de l'article 6 de la

---

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> Arrêt précité.

<sup>312</sup> Arrêt Schlecker, précité.

Convention de Rome. Ces rattachements répondent à l'exigence de prévisibilité de la loi et de sécurité juridique.

Néanmoins, les objectifs poursuivis par la Convention de Rome ne se limitent pas à la prévisibilité des solutions. Ils se rapportent aussi, à l'adaptabilité du rattachement retenu aux circonstances par l'application de la loi qui entretient les liens les plus étroits avec la situation.

C'est par référence à cette jurisprudence d'une part et en conformité aux dispositions de l'article 8 du Règlement Rome I, bien que non applicable en l'espèce, que la Cour détermine le mode d'intervention de cette clause dérogatoire.

Seulement, il a fallu délimiter la conception que fait la Cour de cette clause, c'est à dire déterminer les indices qui permettent d'évaluer l'intensité du rapport qu'entretient le contrat avec un pays donné.

A cette question fondamentale, la Cour préconise de tenir compte de l'ensemble des éléments qui caractérisent la relation de travail et d'apprécier ceux qui sont les plus significatifs. A cet égard, le juge ne doit pas « *automatiquement déduire que la règle énoncée à l'article 6 § 2 sous a) de la Convention de Rome doit être écartée du seul fait que, par leur nombre, les autres circonstances pertinentes, en dehors du lieu de travail effectif désignent un autre pays* »<sup>313</sup>. Cela signifie que les éléments de rattachement à retenir doivent comprendre aussi le lieu d'exécution ; ce qui revient à dire qu'il ne s'agit pas de chercher uniquement les éléments autres que ceux qui ont servi à la détermination du lieu d'exécution. A cette fin, la Cour cite certains éléments significatifs qui peuvent être pris en compte tel que « *le pays où le salarié s'acquitte des impôts et des taxes afférents aux revenus de son activité ainsi que celui dans lequel il est affilié à la sécurité sociale et aux divers régimes de retraite, d'assurance maladie et d'insolvabilité* »<sup>314</sup>.

On en constate que la Cour a voulu apporter un encadrement strict aux critères qui peuvent être retenus et qui peuvent conduire à écarter la loi du lieu d'exécution au profit d'une autre loi. Ces critères tournent autour de trois axes fondamentaux dans la relation de travail à savoir le lieu du paiement des impôts, le lieu d'affiliation à la sécurité sociale et les clauses insérées dans le contrat de travail<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*

<sup>315</sup> E. PATAUT, note sous arrêt CJUE., 12 septembre 2013, aff. C-64/12, Anton Schleckker c/ Melitta Josefa Boedeker, précitée, p 173.

*Les risques de confusion avec un choix implicite.* M. PATAUT, notait à juste titre, que rien n'empêche que les mêmes indices relevés par la Cour européenne soient révélateurs d'un choix implicite, en l'occurrence en faveur de la loi allemande. Dans ce cas il ne s'agirait plus d'évincer la loi du lieu d'exécution habituelle du travail au profit de la loi des liens plus étroits, mais plutôt de la comparer avec la loi implicitement choisie<sup>316</sup>.

A trop vouloir détailler le mode de mise en œuvre de la clause d'exception, dissimulant une faveur au profit du rattachement de principe à la loi du lieu d'exécution, la Cour a fini non seulement par limiter excessivement le recours à la clause d'exception et par là même le pouvoir du juge à corriger la règle de conflit mais également à rendre floue la distinction entre indices d'un choix implicite et indices de proximité. Ce faisant, elle ne fait que renforcer la confusion opérée par les juges français entre ces deux types d'indices (lieu de conclusion du contrat, nationalité des parties), en vue d'aboutir à l'application de la loi française plus protectrice des travailleurs<sup>317</sup>. En droit tunisien, ce problème ne se pose pas en raison de l'absence de rattachement à la loi d'autonomie en matière de contrat de travail.

La clause d'exception est par nature, un mécanisme de correction technique de la règle de conflit. Procédé de proximité, sa fonction habituelle est l'assouplissement de la règle de conflit. Elle corrige ainsi, le rattachement initialement retenu et présumé répondre à l'idée de localisation objective, par celui qui manifeste réellement les liens les plus significatifs avec la situation. Appréhendée dans ce sens, la clause d'exception ne fait que consacrer la justice du droit international privé, justice de rattachement basée sur une localisation purement objective.

En matière de contrat de travail, et vue la spécificité de la matière, il convient de chercher si la clause d'exception peut également, jouer une fonction matérielle en faveur du travailleur et satisfaire certains impératifs de justice sociale. La question se pose avec plus d'acuité en droit tunisien en l'absence d'une règle de conflit à coloration matérielle.

## **Section 2 : La fonction matérielle contestée de la clause d'exception**

---

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> V. Soc ; 29 nov. 2 007, n° 07-40. 905, arrêt précité ; Soc. 25 janv. 2012, n° 11-11.374, D. 2012, p. 444 ; *Dr. Soc.* 2012, p. 412 note J-P. LABORDE ; *JCP* 2012, p. 495, note A. DEVERS ; *JCPS* 2012, n° 1231, note J-P TRICOIT ; *JDI* 2012, p. 1354, note A. SINAY-CYTERMANN.

**Fonction matérielle contestée.** Lorsqu'elle est insérée dans une règle de conflit relative à un contrat conclu par une partie faible, on peut se demander si la mise en œuvre de la clause d'exception par le juge pourrait être une occasion pour lui accorder une fonction matérielle de protection. La clause d'exception, en matière de contrat de travail, pourrait-elle jouer en faveur du salarié ?

En droit tunisien spécialement, où le contrat n'est soumis qu'à un rattachement objectif, celui de la loi du lieu d'exécution habituelle, il est nécessaire de chercher des correctifs autorisant des solutions socialement plus justes. Toutefois, nous ne trouvons pas admissible que ce résultat soit recherché par un détournement des méthodes de droit international privé. La satisfaction des intérêts matériels n'est pas la fonction naturelle de la clause d'exception. Attendre de la clause d'exception, l'amélioration du sort du salarié, c'est avouer que le rattachement initialement retenu ne joue pas nécessairement en sa faveur, c'est également dénaturer la clause et la détourner de sa fonction correctrice de proximité.

Pour des besoins de cohérence méthodologique, nous trouvons nécessaire que les juges tunisiens fassent un usage neutre de la clause d'exception (§ 1). Cette idée de neutralité de la clause d'exception, quant au résultat matériel, consacrée très explicitement par la CJUE, a fait l'objet de toute une évolution jurisprudentielle en droit français (§ 2).

### **§ 1- L'utilité d'un usage neutre de la clause d'exception**

**Intervention de la clause d'exception et le risque de déviation.** Si les juges tunisiens sont appelés à faire un usage totalement objectif et neutre de la clause d'exception retenue en matière de contrat de travail, c'est pour éviter la dénaturation de ce mécanisme d'exception et pour éviter également le *lex forisme* auquel pourrait aboutir un usage excessif et subjectif de la clause. Il ne fait pas de doute que la règle de conflit doit être corrigée pour une meilleure satisfaction des exigences matérielles tenant essentiellement au rétablissement de l'ordre social. Mais, il n'est pas moins certain que cette correction doit passer par une révision des rattachements retenus. Faire de la clause d'exception un mécanisme de correction d'ordre matériel, pourrait être un frein à une correction d'ensemble de la règle de conflit. En fait, si on compte sur la clause d'exception pour protéger le travailleur, on risque de décourager le législateur à réviser les rattachements retenus en matière de contrat de travail.



#### A) Une solution contre la dénaturation de la clause d'exception

***La clause d'exception entre recherche d'une solution juste et abus de qualification.*** La clause d'exception, en tant qu'expression du principe de proximité, satisfait un certain nombre d'objectifs du droit international privé dont notamment, « la justice » de la solution du conflit de lois, car cette solution ne dépend plus d'un facteur de rattachement abstrait, souvent inadapté à une situation concrète, mais d'un rattachement déterminé concrètement pour la situation considérée »<sup>318</sup>. La logique qu'elle poursuit est une logique conflictuelle, d'ordre technique. Lorsqu'elle intervient dans une matière telle que celle du contrat de travail où les rapports de force sont généralement déséquilibrés et où un résultat socialement juste est recherché, les juges peuvent être tentés, au moment de la mise en œuvre de la règle de conflit de renoncer à la neutralité de la clause d'exception. L'exercice de leur pouvoir d'appréciation peut les emmener à privilégier un résultat matériel et d'appliquer, parmi les lois avec lesquelles le contrat a des liens, celle qui protège mieux le travailleur. Il en est ainsi, essentiellement dans les situations éclatées, où plusieurs lois entretiennent des liens avec le contrat<sup>319</sup>.

Néanmoins, nous estimons que la conciliation entre les deux impératifs n'est pas, certainement, aisée. Pour des raisons de cohérence méthodologique, elle n'est pas aussi souhaitable.

Elle n'est pas aisée, parce que les rattachements à retenir dans la mise en œuvre de la clause, appellent à des précisions. Faut-il opter pour une évaluation qualitative ou quantitative des liens à retenir ?

Pour répondre, il faut rappeler que le rattachement du contrat à son lieu d'exécution repose sur une appréciation qualitative abstraite de la proximité. La présomption de proximité qui en découle et qui sous-tend le rattachement rigide à la loi du lieu d'exécution du contrat, n'est pas, pourtant, irréfragable. Pour la corriger, le juge est appelé à peser les différents rattachements qui se présentent. Des liens quantitativement plus forts peuvent rattacher le contrat à une autre loi. A ce stade, le juge tunisien doit vérifier objectivement,

---

<sup>318</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain Cours général de droit international privé*, cours précité. p. 29.

<sup>319</sup> Sur le pouvoir du juge dans l'évaluation de la proximité, voir, P. REMY-CORLAY, *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois (Application en droit des contrats et des délits)*, Thèse, Poitiers, 1997, p. 280, n° 419.

les différents liens qu'entretient le contrat avec les différents systèmes juridiques en conflit, sans avoir à en favoriser un en raison de son contenu substantiel. A cette étape de la procédure, les solutions que donne chaque système au fond, ne sont pas supposées être connues d'avance.

Favoriser un résultat matériel au moment de la mise en œuvre de la clause d'exception, n'est pas aussi souhaitable. En fait, toute comparaison, synthétique ou analytique des contenus substantiels des lois en conflit aura pour conséquence de détourner la clause de sa fonction normale. La clause d'exception étant un correctif de localisation objective, elle introduit une flexibilité de rattachement sans pour autant jouer systématiquement en faveur du salarié. Neutre à l'égard de celui-ci, elle exprime la résistance de la méthode savignienne classique, signe de l'objectivisme. La clause d'exception ne sert pas, en soi, à protéger le salarié contre les insuffisances et lacunes de la loi du lieu d'exécution. Raisonner autrement « *ce serait certainement détourner le sens du texte que d'y voir un moyen d'assurer au salarié le bénéfice d'une loi plus favorable lorsque la loi du lieu d'exécution (ou celle de l'établissement employeur) désignée par le rattachement objectif se révèle insuffisamment protectrice* »<sup>320</sup>. Il ne s'agit, donc, pas d'un raisonnement de faveur ou d'équité. La démarche à suivre par le juge se situe au niveau de l'appréciation des liens significatifs avant même que soient comparés les résultats de l'application d'une loi ou une autre.

Par ailleurs, donner une fonction matérielle à la clause d'exception, pourrait être une source d'abus, lorsqu'on se permet d'y recourir à chaque fois qu'on constate que la loi du lieu d'exécution n'est pas suffisamment protectrice du travailleur. La clause d'exception, a par nature, un caractère exceptionnel. Elle constitue, une « exception à l'application des règles prévues »<sup>321</sup>. Son intervention doit être ainsi, circonstanciée. Il est paradoxal que son intervention soit généralisée. Selon l'heureuse expression de M. Knoepfler, « *la clause n'a pas un but plus étendu que celui qu'elle exprime en toutes lettres. Elle n'est pas une clause d'exception de portée générale* »<sup>322</sup>. Elle « *doit donner au juge la possibilité d'adapter le système légal* »<sup>323</sup> sans transformer la règle de conflit en règle à coloration matérielle.

---

<sup>320</sup> J. DEPPEZ, *Contrat de travail*, article précité, p. 6.

<sup>321</sup> L. CHEDLY, « le principe de proximité et le Code tunisien du droit international privé », in « *Mouvements du droit contemporain : mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima* », Centre de Publication Universitaire (CPU), Tunis, 2005, pp. 325-356, spéc. p. 343.

<sup>322</sup> F. KNOEPFLER, note sous Tribunal suisse, 2<sup>ème</sup> Cours civile, 28 novembre 1991, *RCDIP*, 1992, p. 484 et s. spéc. p. 493.

<sup>323</sup> C-E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, GEORG – Librairie de l'Université – Genève, 1983, p. 36, n° 17.

L'usage de la clause d'exception serait également abusif, si on fait de sa mise en œuvre, un moyen pour une application injustifiée de la loi du for.

### B) Une solution contre le *lex forisme*

Bien qu'elle a le mérite de l'assouplissement de la rigidité de la règle de conflit, la clause d'exception accorde au juge un pouvoir d'appréciation qui doit être encadré afin d'éviter l'arbitraire. En fait, les juges tunisiens pourraient avoir tendance, en mettant en œuvre la clause, de trouver un titre d'application à la loi du for. Par détournement de la clause, la loi du for sera appliquée, non en raison de l'intensité de ses rattachements avec le contrat de travail, mais plutôt, en raison de son contenu substantiel supposé plus favorable au travailleur. M. BOSTANJI l'a bien remarqué, en matière de statut personnel. Selon l'auteur, « *usant de la flexibilité des rattachements, des juges peu rompus aux subtilités du droit international privé, seraient tentés à plus d'un titre de revenir à la compétence de leur propre loi. Chassé lors de l'élaboration des solutions de rattachements, le *lex forisme* reviendrait ici par le canal de la clause d'exception* »<sup>324</sup>. Le risque de manipulation de la clause existe et les dérives sont multiples. Elles seront davantage accentuées, si l'usage de la clause est conditionné par des résultats d'ordre substantiel. Pour les contourner, il devient indispensable de détacher la mise en œuvre de la clause d'exception de toute fonction matérielle.

L'examen de la jurisprudence française, est, à ce titre révélateur de la tendance chez le juge à manier la clause d'exception afin de déclarer applicable la loi du for. En fait, avant l'adoption des textes européens, la Cour de cassation française avait, dans maintes occasions, forcé le raisonnement conflictuel afin d'aboutir à l'application du droit français, considéré généralement, comme le droit le plus favorable au travailleur<sup>325</sup>.

Pour éviter des pratiques pareilles, il est recommandé que les juges tunisiens fassent une application neutre de la clause d'exception. En fait, une mise en œuvre de la clause détachée de toute considération matérielle aurait, l'avantage d'éviter le *lex forisme* et les déviations méthodologiques. Il est incontestable que la réalisation de la justice sociale dans le contrat de travail, suppose le rétablissement du déséquilibre des forces entre travailleur

---

<sup>324</sup> S. BOSTANJI, *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, Thèse, Dijon, 2000, p. 616.

<sup>325</sup> Soc. 23 mars 2005, *RDC*, 2005, p. 1181, note D. BUREAU.

et employeur. Mais, il serait vain de rechercher si la solution matérielle donnée dans chaque espèce, par mise en œuvre de la clause d'exception, arrive à réaliser l'équilibre souhaité.

Faire de la clause, un moyen de correction d'ordre matériel, ne peut que dévoiler le favoritisme. Or, une solution socialement juste est celle qui permet de sauvegarder aussi bien les droits des entrepreneurs que ceux des travailleurs sans aboutir à une surprotection de l'une des parties contractantes.

### C) Une solution contre le favoritisme

Si une faveur peut être accordée au travailleur dans la résolution du conflit de lois, elle doit l'être dans la limite de sa protection contre les abus de son employeur. Une surprotection du travailleur aurait pour résultat de passer d'une faveur justifiée par des impératifs de justice vers un favoritisme sans fondements légitimes<sup>326</sup>. La justice sociale, comme objectif idéal, appelle à des solutions équilibrées autorisant des solutions de faveur légitimes et pas des solutions de favoritisme. Il est vrai, que la ligne de séparation entre faveur et favoritisme n'est pas facile à tracer. Mais, il ne fait pas de doute que sa consécration ne doit pas être laissée à l'arbitraire du juge.

En fait, une mise en œuvre saine de la clause d'exception doit aboutir à l'application de la loi la plus proche indépendamment de son contenu. Dans certains cas, c'est cette même loi qui paraît la mieux protectrice du travailleur. Le télétravail fournit à ce titre une illustration significative. La loi du lieu d'exécution du travail, ne paraît pas, dans cette matière pertinente. C'est ce qui a été déjà, précisé par la Commission des Communautés Européenne. S'agissant, du télétravail, la Commission souligne qu'« on peut s'interroger sur la pertinence du rattachement au lieu d'exécution habituelle du contrat de travail, le rattachement au lieu de concentration des intérêts de l'entreprise ou de réception du travail pouvant être, dans certaines circonstances, plus protecteur pour le salarié. Le dernier paragraphe de l'article 6 semble autoriser un tel rattachement, mais selon certains il

---

<sup>326</sup> Par définition, le favoritisme consiste dans « le fait d'accorder des avantages injustifiés ou illégaux », Dictionnaire juridique, Bruylant, 2023, p. 501.

conviendrait de préciser ici la notion de « liens les plus étroits » pour viser expressément la situation du télétravail international »<sup>327</sup>.

Nous estimons, que la proximité, par mise en œuvre de la clause d'exception, paraît en matière de télétravail, avoir une fonction de faveur. Nul est alors, besoin de disqualifier les liens les plus étroits pour donner compétence à la loi la plus protectrice du travailleur. Pour un télétravailleur tunisien exerçant au profit d'une entreprise européenne, par exemple, la loi du lieu de concentration des intérêts de l'entreprise, serait en même temps, la loi la plus proche et la loi qui protège le travailleur mieux que la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Mais, il convient de préciser que l'application de cette loi se justifie en raison de ses liens plus étroits avec le contrat de travail que la loi du lieu d'exécution. Son contenu, qui est généralement, plus favorable que celui de la loi du lieu d'exécution, ne doit pas être une condition pour son application par les juges tunisiens au risque de basculer vers le favoritisme.

Une mise en œuvre objective et neutre de la clause d'exception, dans les situations de télétravail serait en harmonie avec les fondements de proximité qui sous-tendent la règle de conflit et permettra d'aboutir à l'application de la loi qui serait socialement plus juste. La justice sociale, se vérifie en matière de télétravail, aussi bien au niveau conflictuel que matériel. Elle permet entre autres, de contrecarrer les pratiques de délocalisations peu favorables aux salariés et aux systèmes économiques des pays d'implantation d'origine des entreprises. C'est ce que remarque Mme ROBIN-OLIVIER, à l'appui de la proposition de la Commission des Communautés Européennes. Selon l'auteur, « *il serait sans doute assez rassurant de voir consacrer l'application à ces salariés, dont la mobilité n'est pas même virtuelle, de la loi du pays dans lequel leurs prestations sont exploitées : outre la protection accrue de ces salariés, un tel rattachement aurait le mérite de faire perdre bien de leur attractivité à des délocalisations perçues comme une menace pour l'emploi dans les pays les plus avancés* »<sup>328</sup>. La mise en œuvre de la clause d'exception, permet selon l'auteur de donner compétence à la loi qui aurait plus de légitimité à régir le contrat, de protéger le travailleur et d'éviter les détournements favorisés par les pratiques de délocalisation. On constate ainsi, que « *Comme le relève la Commission, le rattachement au lieu*

---

<sup>327</sup> Commission des Communautés Européennes, COM (2002) 654 final, « LIVRE VERT sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation », 14 janv. 2003, p.40.

<sup>328</sup> S. ROBIN-OLIVIER, « La mobilité internationale du salarié », *Dr. soc.*, 2005, p. 495-502, spéc. p. 497.

*de concentration des intérêts de l'entreprise ou de réception du travail peut s'avérer plus protecteur pour le salarié. Nul besoin d'insister sur cette conséquence du progrès des technologies de l'information et de la communication : l'emploi, à l'étranger, d'une main-d'œuvre échappant au droit social national »<sup>329</sup>.*

L'application de la loi la plus proche, telle celle du lieu de concentration des intérêts de l'entreprise en cas de télétravail, serait une solution intéressante permettant de garantir à la clause d'exception son caractère neutre et objectif, de protéger le travailleur dans la limite de ses intérêts légitimes et de conserver les intérêts économiques du pays d'origine de l'entreprise. Les juges tunisiens sont appelés, alors, pour une mise en œuvre saine de la clause d'exception d'en faire une application objective déchargée de considérations matérielles. La jurisprudence française et la jurisprudence européenne sont allées également, dans le même sens.

## **§ 2 : L'évolution de la jurisprudence vers la neutralité substantielle de la clause d'exception**

*Les hésitations jurisprudentielles de départ.* La jurisprudence française avait eu longtemps tendance à adapter la règle de conflit afin d'appliquer la loi française jugée généralement plus avantageuse que celle du lieu d'exécution. Certes, elle n'a jamais alloué à la clause d'exception un caractère fonctionnel clair, mais, elle a souvent fait de sa mise en œuvre une occasion pour favoriser le travailleur. Plusieurs arrêts illustrent cette tendance.

C'est ainsi que, dans un arrêt rendu le 23 mars 2005<sup>330</sup>, la Cour de cassation a fait usage abusif de la clause d'exception pour parvenir à l'application de la loi française plus favorable au travailleur. La Cour ne s'est pas, en l'espèce, basée sur l'absence de pertinence du rattachement au lieu d'exécution du contrat de travail. L'application de la loi française résultait bien dans cette affaire, de la volonté de protéger le travailleur plus que d'une localisation objective et désincarnée du rapport de droit<sup>331</sup>.

Une année plus tard, la Cour de cassation continue à user de la clause d'exception pour des finalités matérielles. Dans son arrêt du 14 mars 2006<sup>332</sup>, elle a fait application de la loi française par le jeu de la clause d'exception alors que le travail s'effectuait de façon

---

<sup>329</sup> *Ibid.*

<sup>330</sup> Soc. 23 mars 2005, *RDC*, 2005, p. 1181, note D. BUREAU.

<sup>331</sup> D. BUREAU, note sous arrêt Soc. 23 mars 2005, *note précitée*,

<sup>332</sup> Soc. 14 mars 2006, n° 04-43.119, *RDC*, 2006, p. 807, note P. DEUMIER.

stable à l'étranger. Elle s'est basée sur un certain nombre d'éléments qui rattachaient la situation à la France.

***Le virement jurisprudentiel vers une intervention neutre de la clause d'exception.*** Suite aux critiques qui lui ont été adressées, la Cour de cassation française était conduite dans son arrêt du 28 mars 2012<sup>333</sup>, à changer de position et appliquer une loi étrangère peu protectrice du travailleur, sans que le jeu de la clause d'exception soit accepté.

Depuis quelques années, une orientation totalement différente s'est manifestée faisant de la clause d'exception, un instrument de correction purement localisateur et neutre. Elle s'est renforcée avec les premières interprétations de la Convention de Rome par la CJUE.

#### A- La neutralité de la clause d'exception affirmée par la CJUE

***L'exclusion de toute fonction matérielle à la clause d'exception.*** Dans son arrêt Schlecker, la CJUE a affirmé que l'objectif poursuivi par la règle de conflit de l'article 6 de la Convention de Rome est celui d'assurer une protection adéquate au travailleur en appliquant la loi qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat. Mais, elle ajoute que « *cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire... à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur* »<sup>334</sup>.

A la question d'une éventuelle fonction matérielle de la clause d'exception, ayant fait l'objet d'un vigoureux débat doctrinal, la Cour apporte une réponse d'une grande prudence. Elle rappelle que la règle de conflit de l'article 6 de la Convention de Rome a une finalité protectrice. Cette finalité exige, selon la jurisprudence de la Cour qu'elle rappelle en l'espèce, l'intégration des considérations de protection substantielle du salarié dans l'interprétation de la règle. C'est ce qui conduit à deux conséquences : la limitation de l'autonomie de la volonté, d'une part, et la conception étendue du lieu d'exécution donc la marginalisation de son subsidiaire, le lieu d'embauche, d'autre part. Il n'est pas, alors, question de faire de la clause d'exception un mécanisme de faveur au profit du travailleur.

La clause d'exception, en matière de contrat de travail, intervient avec la même neutralité dont elle intervient dans les autres contrats. Ainsi, la notion de « liens plus étroits » de l'article 6 est la même que celle de l'article 4 de la même Convention. « *Mécanisme de correction*

---

<sup>333</sup> Soc. 28 mars 2012, *RCDIP*, 2012, p. 587.

<sup>334</sup> Arrêt Schlecker, CJUE, arrêt précité.

*proximiste, fondé sur la volonté de trouver l'ordre juridique dans lequel s'insère principalement la situation en cause, la clause d'exception même en matière de contrat de travail, pourrait donc être analysée comme un instrument objectif détaché de toute considération matérielle et donc strictement neutre »<sup>335</sup>.*

La position de la Cour refusant toute fonction matérielle de protection à la clause d'exception renforce la divergence doctrinale à propos de la neutralité de la clause d'exception. Elle satisfait l'idée partagée par une partie de la doctrine, selon laquelle, le critère de proximité qu'illustre la clause d'exception est dépourvu de substance. Il n'est destiné à servir que la justice de droit international privé. Admettre qu'il pourrait avoir une autre finalité reviendrait, purement et simplement, à un détournement du mécanisme de sa fonction initiale<sup>336</sup>.

Pour une autre partie de la doctrine, la mise en œuvre de la clause d'exception devrait prendre en compte le contenu substantiel des lois en question. L'idée, avancée par la CJUE, de la neutralité absolue de la clause est, pour cette doctrine, excessive<sup>337</sup>. La Cour consacre, ainsi, comme le notait M. NORD, une sorte de demi-mesure. « *D'un côté, la clause d'exception peut intervenir en toute hypothèse pour des raisons liées à la proximité. Les vannes sont donc ouvertes. De l'autre côté, une restriction est fermement maintenue puisque le mécanisme d'exception ne peut être sollicité pour des raisons tenant au fond du droit »<sup>338</sup>.*

Pour M. PATAUT, « *plusieurs arguments militent pour une interprétation en sens inverse »<sup>339</sup>. Selon l'auteur, un argument de texte, bien que non décisif, est tiré de la différence de formulation des articles 4 § 3 et 8 § 4 du Règlement Rome I. Alors que le premier exige pour la mise en œuvre de la clause d'exception des « *liens manifestement plus étroits* », le second prévoit une application moins stricte en se contentant de liens plus étroits sans aucune autre qualification. La finalité protectrice doit, alors, commander l'interprétation des différentes branches de la règle de conflit applicable au contrat de travail y compris celle de la clause d'exception. « *Il y a donc bien là une question d'interprétation à la fois fondamentale et profondément politique de la règle de conflit de lois »<sup>340</sup>.**

---

<sup>335</sup> E. PATAUT, note sous arrêt CJUE du 12 septembre 2013, aff. C-64/12, précitée, p. 169.

<sup>336</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 196, p. 25, et pp. 122 et s.

<sup>337</sup> Une partie de la doctrine avait pressenti que la clause d'exception de l'article 6 de la Convention de Rome permettrait d'aboutir à la l'application de la loi la plus favorable au salarié. Voir sur cette question de faveur F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, p. 339 et p. 388.

<sup>338</sup> N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », article précité, p. 318.

<sup>339</sup> E. PATAUT, note sous arrêt CJUE du 12 septembre 2013, précitée.

<sup>340</sup> *Ibid.*



A cet égard, l'arrêt Schlecker de la CJUE est très illustratif quant au mode d'intervention de la clause d'exception puisque, selon la Cour, il n'y a pas lieu de procéder à une comparaison de contenu entre la loi du lieu d'exécution et la loi qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat. Celle-ci est applicable, même si elle est moins favorable au travailleur. Tel était le cas, d'ailleurs, en l'espèce où la loi néerlandaise du lieu d'exécution était plus favorable que la loi allemande invoquée par l'employeur sur la base de la clause d'exception.

Selon la Cour, la protection procurée par la règle de conflit au travailleur consiste uniquement dans l'application de la loi des liens les plus étroits à son contrat. Il s'agit là d'une protection par la proximité sans avoir à chercher le contenu substantiel de cette loi. L'avantage accordé au travailleur est, selon M. PATAUT, un « *avantage procédural qui d'une part est négligeable et d'autre part ne bénéficie pas au seul salarié* »<sup>341</sup>. Aucun lien ne peut être établi entre l'application de la loi des liens les plus significatifs et la protection des travailleurs.

M. Nord trouve, de sa part, originale la façon par laquelle la Cour de justice essaie de concilier proximité et protection. « *La préoccupation d'assurer la protection du travailleur est assurée, selon la Cour, par la proximité entre la loi applicable et le contrat de travail. Il y aurait, donc, une logique protectrice de droit international privé et une logique protectrice quant au fond du droit. Une telle réponse, malgré les subtilités théoriques qui peuvent la sous-tendre, paraît inadaptée* »<sup>342</sup>. Selon l'auteur, affirmer la neutralité totale de la clause d'exception serait paradoxal avec la considération de faveur qui imprègne la règle de conflit telle qu'annoncée par la Cour et déclarée dans le préambule de la Convention de Rome. Cette notion figure, également, en bonne place dans le rapport sur les travaux préparatifs du texte définitif de la Convention de Rome.

***Les effets d'un usage neutre de la clause d'exception.*** Il paraît de la position adoptée par la Cour, qu'elle a voulu minimiser les incertitudes que peut engendrer la clause d'exception en précisant les critères qui peuvent être retenus comme étant des liens étroits. Or, le risque d'incertitude persiste du simple fait que la mise en œuvre de la clause d'exception est laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Le juge peut être amené au moment de la mise en œuvre de la clause d'exception à tenir compte, non seulement des considérations localisatrices, mais aussi, des considérations substantielles de faveur.

---

<sup>341</sup> *Ibid*, p. 170.

<sup>342</sup> N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », article précité, pp. 315 et s.

M. DEPREZ, remarque à cet effet, que même si « *le facteur décisif n'est pas un souci avoué de protection systématique du salarié... on ne peut empêcher le juge de se livrer à une comparaison du contenu concret des lois et d'employer son pouvoir d'appréciation à découvrir des liens étroits avec le pays dont la loi lui apparaît la plus bénéfique ou, encore, ce qui est légèrement différent, à n'utiliser son pouvoir que si la loi des liens étroits est aussi celle qui est la plus avantageuse pour le salarié* »<sup>343</sup>.

A l'examen des critères retenus par la Cour pour vérifier l'intensité des liens entre un contrat de travail et un système juridique, on s'aperçoit que le critère d'affiliation à la sécurité sociale occupe une place importante dans l'évaluation des liens les plus étroits. Or, ce critère est révélateur d'une fonction essentielle allouée à la clause d'exception, celle de l'identification de l'intérêt d'un Etat donné à voir sa législation sociale applicable à un contrat déterminé. L'affaire *Shlecker* en est un bon exemple. En l'espèce, c'est bien la loi allemande du lieu de résidence et non la loi néerlandaise du lieu d'exécution qui était applicable. Ceci suppose l'existence d'un accord<sup>344</sup>, dans ce sens, entre les autorités des deux pays en vertu de l'article 16 du Règlement n° 883/ 2004<sup>345</sup> qui prévoit que « *deux ou plusieurs Etats membres, les autorités compétentes de ces Etats membres ou les organismes désignés par ces autorités peuvent prévoir d'un commun accord, dans l'intérêt de certaines personnes ou catégories de personnes, des dérogations aux articles 11 et 15*<sup>346</sup> ». L'existence d'un tel accord entre les autorités de l'Etat d'emploi et de ceux de l'Etat de résidence montre bien une renonciation de la part du premier à l'application de sa législation sociale au profit du second<sup>347</sup>. D'où un désintérêt de l'Etat du lieu d'exécution et un aveu implicite que la relation contractuelle est mieux localisée dans l'Etat de résidence de la salariée.

La prise en compte des intérêts gouvernementaux en présence, par la CJUE dans la mise en œuvre de la clause d'exception se fonde sur deux explications. D'une part, elle se conforme à l'idée de l'unité du droit social dans ces deux branches : droit du travail et droit de la sécurité sociale. D'autre part, elle souligne l'importance accordée aux « *multiples intérêts pris en charge par la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail. Celle-ci, en effet, combine, dans*

---

<sup>343</sup> J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, p. 326.

<sup>344</sup> En application de l'article 18 du Règlement n° 987/2009, cet accord suppose la formulation d'une demande soit auprès des caisses de l'Etat dont la loi est normalement applicable, soit de celles de l'Etat d'emploi.

<sup>345</sup> Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant coordination des systèmes de sécurité sociale.

<sup>346</sup> Ces articles font partie du titre II du Règlement, réservé à « la détermination de la législation applicable » en matière de sécurité sociale.

<sup>347</sup> E. PATAUT, note sous arrêt *Shlecher*, précitée, p. 174.

*des proportions complexes, exigence de localisation, impératif de faveur et prise en considération des intérêts étatiques* »<sup>348</sup>.

La clause d'exception n'a pas, alors, pour unique fonction la recherche de la meilleure localisation objective. Elle permet à l'impérativité revendiquée par un ordre juridique de se voir respectée. Ainsi, « *la philosophie fondamentalement unilatéraliste derrière toute application impérative des lois internes est ici prise en charge par la clause d'exception* »<sup>349</sup>. Ceci rappelle l'assimilation qui a été faite par la doctrine entre le système des clauses d'exception et l'analyse fonctionnelle américaine des intérêts gouvernementaux. M. LAGARDE souligne que la confusion entre les deux méthodes était faite même aux Etats Unis. « *Il a souvent été relevé que le fameux arrêt Babcock v. Jackson avait suivi à la fois la méthode du groupement des points de contacts (celle qui correspond à ce qui est appelé ici le principe de proximité) et celle des intérêts gouvernementaux qui tend à déterminer, parmi les lois en conflit, celle qui a l'intérêt le plus légitime à s'appliquer* »<sup>350</sup>. Selon l'auteur, cette confusion consiste réellement dans l'assimilation de la méthode basée sur la proximité, que traduit la clause d'exception et celle reposant sur la recherche sinon de la *better law*, du moins de la loi ayant le plus grand intérêt à s'appliquer. Alors que la seconde repose sur la recherche des points de contact après examen de la teneur matérielle des lois en conflit, dans la première, « *ce sont les points de contact de la situation de fait qui servent à déterminer l'ordre juridique dont les règles matérielles sont applicables. La considération de ces points de contact intervient donc avant l'identification des règles matérielles en conflit et la détermination de ces points est indépendante de la teneur des règles en conflit* »<sup>351</sup>. Cette position semble la plus proche à celle adoptée par la Cour européenne.

Il est excessif, donc, de charger le mécanisme des clauses d'exception de finalités protectrices de la partie faible.

Certes, la Convention de Rome, telle qu'interprétée par la CJUE, recommande une application purement neutre de la clause d'exception. Néanmoins, le pouvoir discrétionnaire du juge dans sa mise en œuvre, laisse probable la prise en compte du contenu substantiel des lois en conflit. En fait, « *quoique non conforme à l'esprit de la Convention, le recours*

---

<sup>348</sup> *Ibid.*

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, p. 122.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 124.

*à l'idée de faveur demeurera dans le domaine du non-dit et sera aisément couvert par le pouvoir d'appréciation du juge quant à l'existence de liens étroits »<sup>352</sup>.*

Dans tous les cas, on peut légitimement constater que la clause d'exception ne constitue pas en soi un mécanisme de correction d'ordre matériel. En conséquence, on ne peut pas lui attribuer, une fonction de réalisation de la justice substantielle en raison essentiellement du pouvoir d'appréciation exercé par les juges dans la mise en œuvre de ce mécanisme. D'où une incertitude des résultats qui se vérifie dans la position de la Cour de cassation française.

## B- La position de la Cour de cassation française

***Mise en œuvre stricte de la clause d'exception et incertitude des résultats.*** Le 23 octobre 2016, la Cour de cassation française a rendu trois arrêts<sup>353</sup> précisant la fonction de la clause d'exception applicable au contrat de travail international.

Les trois arrêts sont relatifs à la loi applicable aux contrats de travailleurs embauchés en Inde par une association française de parents d'élèves dont le siège est à Paris pour exercer dans une école privée française à New Delhi selon un contrat de droit local.

La Chambre sociale de la Cour était appelée dans ces affaires, à interpréter la règle de conflit applicable au contrat de travail notamment les conditions d'intervention de la clause d'exception. Certes, la question n'est pas nouvelle en matière contractuelle ; la Cour a eu l'occasion de déterminer les conditions d'intervention de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome. Seulement, ces affaires de 2016 sont d'un double intérêt. D'une part, elles se rapportent à la clause d'exception dans le contrat de travail. D'autre part, elles interviennent suite aux arrêts rendus par la CJUE dans ce domaine<sup>354</sup>.

En matière de contrat de travail, la clause d'exception suscite des interrogations spéciales. Il s'agit de déterminer si cette clause qui tend à devenir un mécanisme usuel de droit international privé, est toujours neutre ou bien peut poursuivre une finalité protectrice. En l'espèce, les salariés revendiquaient l'application du droit français. Ils demandaient la requalification de leurs contrats en contrats de travail à durée indéterminée. Ils

---

<sup>352</sup> J. DEPREZ, « Contrat de travail », article précité, p. 6.

<sup>353</sup> Soc 13 oct 2016, n° 15-16 872, n° 15-16 873 et 15-16 874, D. 2016, p. 2219.

<sup>354</sup> Notamment les arrêts Schleker et Voogsgeerd, arrêts précités.

demandaient, également, des dommages et intérêts pour licenciement abusif et perte de droit à retraite et chômage. Par contre, il n'était pas clair que les salariés étaient affiliés à des organismes de protection sociale français et qu'ils étaient assujettis à l'impôt en France. Seulement, les autorités indiennes prévoyaient que « *toute rémunération payée par le gouvernement français ou payée par des fonds publics du gouvernement français à un individu de nationalité française travaillant en Inde sera imposable en France uniquement* ».

De plus, les bulletins de salaires étaient établis à Delhi et prévoyaient une rémunération soit en euro soit en roupies. Les salariés exerçaient dans des locaux loués par l'ambassade de France au profit de l'établissement d'enseignement privé. Quant à la prestation d'enseignement que fournissaient ces salariés, elle était conforme aux programmes de l'éducation nationale française et l'établissement dans lequel ils travaillaient était homologué par le ministère français de l'éducation nationale.

La Cour d'appel, s'est alors basée sur certains de ces éléments pour conclure à la compétence de la loi française. Il s'agissait de l'objet de l'association, de l'homologation accordée par le ministère de l'éducation français, et de l'existence de collègues exerçant les mêmes fonctions en tant qu'expatriés.

Dans les trois affaires, la Chambre sociale casse les décisions d'appel pour violation de l'article 6 de la Convention de Rome. Elle s'aligne sur les directives d'interprétation formulées par la CJUE dans l'arrêt Schleker. Elle rejette la motivation faite par la Cour d'appel du fait « *qu'elle avait constaté que la salariée, engagée directement en Inde, accomplissait exclusivement son travail à Delhi, que les contrats de travail étaient rédigés en langue française ou anglaise, qu'ils contenaient des références à la monnaie locale, que les bulletins de paie étaient établis à Delhi en roupie ou en euros et que la salariée ne démontrait pas acquitter ses impôts en France* ».

En contrôlant la motivation des arrêts par les juges du fond, la Cour profitait de l'occasion pour expliquer les conditions de mise en œuvre de la clause d'exception. Elle adopte une interprétation stricte de la clause d'exception qu'elle considère conforme à celle retenue par la CJUE.

Toutefois, on peut remarquer que, « *se référer à l'arrêt Schlecker, comme l'ont fait les parties et la Cour de cassation, pour aboutir à des conclusions opposées montre combien la clause d'exception est porteuse d'insécurité juridique* »<sup>355</sup>. La loi à laquelle fait aboutir la clause d'exception n'est pas

---

<sup>355</sup> P. REMY-CORLAY, « L'exécution du travail à l'étranger doit-elle conduire à l'application de la loi étrangère ? », « Droits d'ici, Droits d'ailleurs », *RDT*, janvier 2017, p. 68.

toujours certaine. En l'espèce, par exemple, « *les contrats de travail présentaient effectivement de forts liens avec la France et la Cour d'appel avait pris le soin de les énumérer* »<sup>356</sup>.

Le doute persiste, alors, quant au résultat du recours à la clause d'exception et « *le message de la Cour reste brouillé dès lors, qu'il y a peu, elle avait admis le jeu de la clause d'exception sans le justifier* »<sup>357</sup>. Ceci laisse sous-entendre que le rattachement au lieu d'exécution habituelle du travail n'est pas prioritaire dans la règle de conflit pour la détermination de la loi applicable.

***Le principe de l'indifférence au résultat matériel.*** Il ressort de ces trois arrêts rendus par la Cour de cassation française, que par la conception qu'elle a faite de la clause d'exception, la Cour ne s'est pas souciée de l'intérêt des salariées. « *En s'arc-boutant sur l'application de la loi locale, la Cour de cassation valide le système des contrats locaux et entérine la diversité des statuts pour exercer une même mission. Le maintien des écoles françaises à l'étranger est peut-être à ce prix* »<sup>358</sup>.

Il est vrai, que prise dans ce sens, la clause d'exception, serait, non seulement, source d'insécurité juridique, mais aussi, un frein à l'engagement contractuel. Donnant lieu à une solution défavorable aux salariés, décourageant le recrutement pour des missions à l'étranger, elle freine l'initiative des entrepreneurs et va ainsi, dans un sens contraire à la finalité de la règle de conflit. On peut se demander, alors, si avec une pareille conception de la clause d'exception, la règle de conflit de l'article 6 de la Convention de Rome reste fidèle au préambule de la Convention qui prescrit, d'une part, l'encouragement de l'entreprise et, d'autre part, la protection de la partie faible. Pour pallier à ces contradictions, faut-il alors, conditionner la mise en œuvre de la clause d'exception par le résultat matériel auquel elle fait aboutir. Faut-il écarter l'application de la loi la plus proche lorsqu'elle est moins favorable au salarié ?

Face à ces questions, nous estimons qu'il faut répondre par la négation. La loi la plus proche doit être appliquée parce qu'elle satisfait mieux les exigences de proximité. Peu importe son contenu matériel. En fait, si la protection du travailleur s'impose, elle doit être recherchée au niveau de la combinaison des rattachements à la loi d'autonomie et la loi objectivement applicable. Celle-ci correspond à la loi du lieu d'exécution ou son subsidiaire

---

<sup>356</sup> *Ibid.*

<sup>357</sup> *Ibid.*

<sup>358</sup> *Ibid.*

le cas échéant, sinon à la loi la plus proche si elle existe. Il y a là d'ailleurs, la seule comparaison exigée par l'article 6 de la Convention de Rome.

***Le recours à la clause d'exception dans des situations spécifiques, un intérêt matériel exceptionnel.*** A l'examen de la jurisprudence française, on peut constater que la mise en œuvre de la clause d'exception pourrait ainsi être utile dans nombre de cas.

Dans une première série de situations, le juge pourra y avoir recours « *pour soumettre à la loi française le contrat de salariés recrutés en France par une entreprise en vue de leur envoi sur un chantier situé à l'étranger, et qui dans certains cas de figure, ne peuvent être considérés comme faisant l'objet d'un détachement... Dans de telles situations, la jurisprudence classique a, dans le passé, souvent appliqué la seule loi du lieu d'exécution, quels qu'en fussent les inconvénients pour les salariés* »<sup>359</sup>. Souvent, ce type de contrat présente des liens significatifs avec l'Etat français, tels que la nationalité française commune des parties et le lieu d'embauche.

Dans une deuxième série de cas, la clause d'exception est particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit de détachement de longue durée ou de mobilité intra groupe de sociétés.

Le critère de principe, dans de pareilles situations, est celui du détachement. La durée du détachement à l'étranger auprès d'une filiale du groupe est décisive. Ainsi, lorsque le travailleur est détaché à l'étranger pour une longue durée, le changement du lieu d'exécution entraîne un changement du droit applicable. En fait, on présume, que la longue durée du détachement a pour effet de rompre les liens avec l'employeur initial, la société mère et qu'en conséquence « la loi de base » n'a plus à s'appliquer.

Néanmoins, il existe des cas, où la présomption n'est pas valable. Ce sont les situations dans lesquelles le travailleur garde, en dépit du détachement, de forts rapports avec la société mère. Ces liens étroits avec l'employeur initial permettent, par une mise en œuvre de la clause d'exception, d'écarter la loi du lieu d'exécution du travail au sein de la filiale au profit de la loi du pays de la société mère. « *En cela, la disposition finale de l'article 6 de la Convention apporte un principe de règlement plus approprié tenant compte du fait qu'un détachement de longue durée ne signifie pas nécessairement coupure du lien ombilical avec l'entreprise d'origine* »<sup>360</sup>. Cela suppose la réunion de deux conditions : l'unité du groupe de sociétés d'un côté et l'intensité des liens reliant le contrat de travail à la société mère de l'autre.

---

<sup>359</sup> J. DEPPEZ, « Contrat de travail », article précité, p. 6.

<sup>360</sup> J. DEPPEZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, p. 327.

Deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation française sont illustratifs de la position de la Cour à cet égard. Les deux sont relatifs à des espèces auxquelles la Convention de Rome n'était pas applicable. Le premier, date du 30 juin 1993<sup>361</sup>. Le second rendu le 25 janvier 2012<sup>362</sup> est relatif à un contrat exécuté dans un groupe de sociétés. La Cour de cassation française y avait privilégié une approche proximate à l'état brut.

Dans le premier arrêt, il s'agissait d'une mobilité au sein d'un groupe de sociétés. Le salarié était recruté dans un emploi en France puis envoyé sept ans plus tard dans une filiale du groupe au Brésil. La Cour n'a pas tenu compte des liens significatifs avec la société mère qui, en l'espèce, continue à gérer la carrière du cadre, fixe son salaire, lui donne des instructions et prend l'initiative de son licenciement. Elle avait appliqué la loi du pays du détachement, considéré nouveau lieu d'exécution en raison de la longue durée du détachement. Les liens étroits avec la société mère, étaient pour la Cour, sans incidence sur la détermination de la loi applicable.

L'arrêt a suscité des positions doctrinales divergentes. Pour Mme. MOREAU, la solution est salutaire puisqu'elle oblige les rédacteurs de contrat à préciser s'ils entendent conserver la loi de base au salarié détaché. Mais, à défaut, la loi du lieu d'expatriation s'impose et le juge ne peut pas l'écarter au nom des liens étroits avec la société employeur initial.

M. COURSIER voit, dans ce type de contrat, un signe d'expatriation et de rupture avec la société mère ce qui ne laisse pas titre d'application à la loi de cette société.

Cette approbation sans réserve ne paraît pas méritée, selon M. DEPPEZ<sup>363</sup>. D'après l'auteur, la doctrine favorable à l'arrêt 1993 s'est appuyée sur la survivance de liens avec l'employeur d'origine qui peut justifier qu'elle puisse conserver sa qualité d'employeur sans que ceci n'ait une incidence sur la détermination du droit applicable. Telle est d'ailleurs, la position de la jurisprudence française selon laquelle, l'employeur n'est pas le groupe lui-même, mais, telle ou telle société ce qui entraîne le changement du droit applicable avec le passage d'une société à une autre.

---

<sup>361</sup> Soc, 30 juin 1993 SA Carrefour c/de Marchi, JCP., éd. E, 1993. II. 523, p. 313, note P. Coursier, *RCDIP*, 1994, p. 323, note M-A. Moreau.

<sup>362</sup> Cass. Soc. 25 janvier 2012, *JCP*, n° 16, 16 avril 2012, note A. Devers.

<sup>363</sup> J. DEPPEZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, p. 328.



Or, selon M. DEPREZ, « dire que le maintien de liens avec l'employeur initial ne « doit » avoir aucune incidence sur la solution du conflit de lois est une affirmation gratuite »<sup>364</sup>. Rien n'empêche de considérer que la société mère, en tant qu'élément du groupe, conserve sa qualité d'employeur et d'en tirer des conséquences quant au droit applicable.

L'auteur en conclut que « les justifications théoriques données à l'arrêt Carrefour/ de Marchi par la doctrine précitée ne paraissent pas devoir résister longtemps aux innovations introduites par la Convention de Rome quant à la démarche attendue du juge »<sup>365</sup>.

Si la Convention de Rome était applicable en l'espèce, elle aurait, par le jeu de la clause d'exception, permis l'éviction de la loi de l'Etat du détachement au profit de celle de la société mère plus favorable au travailleur. C'est ce qui explique le recours très vite à la clause d'exception par les juridictions françaises dès l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Dans un arrêt rendu le 7 juin 1996<sup>366</sup> par la Cour d'Appel de Paris, la clause était de secours dans une affaire relative, elle aussi, à un travail exécuté dans un groupe de sociétés. La Cour a appliqué la loi française en tant que loi du lieu d'exécution habituelle du travail et celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat afin de condamner solidairement la filiale et la société mère pour dommages et intérêts découlant du licenciement abusif.

Dans son arrêt de 2012, la Cour a usé de la clause d'exception, d'une part, et de la notion de pouvoir de direction, d'autre part, pour pouvoir appliquer la loi française à des contrats successifs conclus entre un salarié et des filiales étrangères d'une société mère française à laquelle le salarié est resté lié par un lien de subordination. Il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié recruté par la société Sodexo Scotland en tant que commis de cuisine. Il a été, ensuite, envoyé sur une plateforme maritime puis engagé par une filiale du groupe au Congo. Plusieurs autres contrats successifs étaient par la suite conclus par le salarié avec différentes sociétés du groupe. Certains d'entre eux étaient conclus après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome.

Le salarié avait saisi les juges français contre deux sociétés filiales du groupe pour demander des dommages et intérêts du fait de la perte de ses droits à la retraite ainsi que le paiement d'heures supplémentaires. Un pourvoi en cassation était formulé par les filiales contestant l'application du droit français.

---

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> CA. Paris, 7 juin 1996, *RCDIP.*, 1997, n°19, p. 55, note M-A. MOREAU.

Pour la Cour de Cassation, le travailleur n'exécutait pas son travail de façon habituelle dans un même pays. Elle ajoutait que même s'il existait un contrat de travail écrit pour chaque mission, la société mère continuait à exercer son pouvoir de direction soit directement au salarié soit par le biais de ses filiales. Les lettres de détachement du salarié lui ont été adressées par la société mère, également. Par conséquent, le salarié était resté sous la subordination de la société mère du groupe Sodexo établie en France. En application de l'article 6 *in fine*, la Cour conclut que « *la continuité du lien contractuel avec la société mère du groupe Sodexo fait obstacle à l'application de la loi de chacun des pays où se trouvent les différents établissements qui l'ont embauché, dès lors qu'elle permet de caractériser des liens plus étroits avec la France, que ces liens sont confirmés par le paiement de la rémunération en francs puis en euros, le paiement en devises étrangères ne s'observant que sur des périodes très limitées ; qu'elle a pu en déduire que les contrats de travail successifs présentaient des liens étroits avec la France et qu'elle a exactement décidé que la loi française était applicable au litige* ».

L'arrêt est un exemple typique de situations assez fréquentes où le caractère temporaire du détachement ne permet pas de dissimuler les liens étroits avec l'employeur société mère française. « *Une telle situation est imparfaitement réglée par la distinction implicite faite par le texte (art. 6 par. 2, hypothèse a) entre détachement temporaire et détachement de longue durée* »<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup> J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, n° 9.

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

A une adéquation relative du rattachement au lieu d'exécution habituelle du travail aux exigences de justice sociale, s'ajoute la neutralité du correctif qui lui est apporté, celui de la clause d'exception. Par son introduction dans l'article 67 du Code de droit international privé tunisien et parallèlement dans l'article 6 de la Convention de Rome, on a voulu assurer un ajustement des intérêts en cause : l'intérêt du souverain à faire respecter sur son territoire sa législation sociale et l'intérêt du travailleur à être soumis à une loi qui lui soit favorable. Pour ce faire, il a fallu s'appuyer sur les éventuels liens que pourrait garder le travailleur expatrié ou envoyé en mission à l'étranger, avec son Etat d'origine dont la législation est supposée plus protectrice.

Mais, l'approche poursuivie manifeste un raisonnement unilatéraliste puisque des hypothèses inverses peuvent être engendrées où des liens plus étroits relient le contrat à un pays de faible législation sociale et en conséquence la clause jouera au détriment des intérêts du travailleur.

Elle conduit, par ailleurs à un paradoxe. Par un instrument de localisation objective, qu'est la clause d'exception, on voudrait satisfaire des intérêts fondamentaux. La recherche de la loi ayant les liens les plus étroits ne coïncide pas nécessairement avec celle dont la solution est plus protectrice du salarié.

En droit tunisien, où la jurisprudence est rare en matière de droit international privé du travail, il convient de recommander aux juges de faire un usage correct de la clause d'exception. La clause ne doit servir qu'à assouplir la rigidité du rattachement à la loi du lieu d'exécution. Elle ne doit pas être détournée pour favoriser un résultat socialement juste, protecteur du travailleur. La satisfaction de ce résultat, qui constitue un axe fondamental de justice sociale, nécessite une reformulation de toute la règle de conflit fondée, jusqu'à l'heure actuelle, uniquement sur le principe de proximité.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

La prédominance des rattachements de proximité dans une matière où les considérations sociales sont intenses, met l'accent sur les limites du raisonnement conflictuel. La compétence de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail repose sur le postulat de l'intégration du travailleur dans la communauté salariale du pays où il exerce ses activités. La justice d'égalité qui en résulte est plus une justice théorique que pratique en raison des inégalités caractérisant les situations des travailleurs internes et les travailleurs internationaux.

En fonction de cette conception imparfaite de l'égalité, on transpose dans l'ordre international les écarts entre les législations nationales et on favorise le dumping social.

La correction des insuffisances de la loi du lieu d'exécution, par mise en œuvre de la clause d'exception se heurte essentiellement à des obstacles d'ordre méthodologique. Par nature, la clause n'a pas une finalité substantielle. Elle sert à identifier la loi qui présente les liens les plus étroits avec le rapport juridique indépendamment de la solution au fond qui peut, d'ailleurs, être défavorable au travailleur. Il est recommandé, alors, pour les juges tunisiens de faire un usage neutre de la clause d'exception déchargé de considérations substantielles afin d'éviter des déviations de *lex forisme* ou de favoritisme et d'empêcher une dénaturation de la clause. L'idée de neutralité de la clause d'exception est confirmée en droit comparé notamment par la jurisprudence de la CJUE.

Le principe de proximité, sous sa forme rigide ou flexible s'avère inadapté à satisfaire à lui seul les exigences sociales de protection du travailleur. En fait, tout comme la distinction entre justice conflictuelle et justice substantielle, on voulait introduire une distinction entre logique protectrice de droit international privé et logique protectrice quant au fond du droit<sup>368</sup>. Il devient, alors, nécessaire essentiellement pour le législateur tunisien de revoir toute la règle de conflit relative au contrat de travail. Sans renoncer totalement aux rattachements de proximité, il est conseillé de retenir un rattachement parallèle et

---

<sup>368</sup> N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », article précité, spéc. p. 316.

alternatif à la loi d'autonomie et de donner compétence à la loi la plus favorable au travailleur.

## **TITRE SECOND : LE RATTACHEMENT VOLONTARISTE, UNE JUSTICE DE LIBERTE A EFFET RELATIF**

*La justice de liberté et le principe du libre choix du droit applicable.* Si la justice sociale constitue par définition, une limite au libéralisme, elle n'est pas fondée sur sa méconnaissance, mais plutôt sur son aménagement. La justice sociale est avant tout une justice de liberté. Elle suppose, en droit international privé, que les parties aient la possibilité de choisir le droit applicable à leur contrat et que la loi choisie soit soumise, notamment quant à son contenu, sa validité et sa manifestation, à un régime juridique libéral lui permettant d'avoir son plein effet. C'est ce que nous proposons d'examiner dans un premier chapitre réservé à l'instauration de la justice de liberté (**chapitre premier**).

*Aménagement de la liberté au service de la justice sociale.* Les inégalités de positions des parties au contrat de travail fait que la liberté du travailleur soit parfois négative et ne produit pas un consentement libre et éclairé. Par conséquent, la reconnaissance du droit des parties au contrat de travail d'exercer directement leur liberté de choix du droit applicable, tout en étant recommandée pour le droit tunisien, devrait être conditionnée par le principe de faveur au profit du salarié. La règle de conflit pourra, ainsi, être orientée vers la satisfaction de l'idéal de la justice sociale. La concrétisation effective de cette justice ne sera, par contre, que relative en raison de la nature de la règle de conflit comportant un rattachement à la volonté et des conditions de sa mise en œuvre. C'est ce que nous proposons d'analyser dans le chapitre second, réservé à la contribution relative de la justice de liberté dans la réalisation de la justice sociale (**chapitre second**).

**Chapitre premier : L'instauration de la justice de liberté en droit international privé du travail**

**Chapitre second : La contribution relative de la justice de liberté dans la réalisation de la justice sociale**

## **CHAPITRE PREMIER : L'INSTAURATION DE LA JUSTICE DE LIBERTE**

### *Exercice direct et exercice indirect de la liberté de choix du droit applicable.*

En général, l'exercice de la liberté se fait directement, lorsque la règle de conflit donne compétence à la loi choisie par les parties. Mais, il n'est pas exclu que l'exercice de la liberté soit indirect. Il en est ainsi, en cas d'élection de for. En saisissant les juridictions d'un Etat donné, les parties choisissent les règles de compétence législative de cet Etat et indirectement la loi désignée par ses règles de compétence. En droit tunisien, où la règle de conflit ne permet pas aux parties au contrat de travail international de choisir directement la loi applicable à leur contrat, l'intervention de la liberté n'est pas totalement écartée. Elle peut prendre une forme indirecte par l'élection du juge tunisien et prouve que l'articulation de la liberté et de la proximité n'est pas uniquement le résultat du contenu de la règle de conflit, mais aussi des facteurs qui en déclenchent l'application même. Néanmoins, le choix indirect du droit applicable ne suffit pas pour l'instauration de la justice de liberté en droit tunisien. Le libre choix de la loi applicable au contrat de travail international doit être autorisé par la règle de conflit. La solution française est à ce titre, illustrative, bien que présentant certaines limites. Il convient alors, en fonction que le choix du droit applicable soit fait indirectement par choix de la règle de conflit ou directement par sa mise en œuvre, d'examiner les différentes articulations entre proximité et liberté (**section 1**).

*Libéralisme et libre choix de la loi applicable.* L'instauration de la justice de liberté suppose que la loi d'autonomie soit reconnue comme critère de rattachement alternatif et qu'elle soit soumise à un régime juridique répondant aux exigences du libéralisme. En droit tunisien, le régime juridique de la loi d'autonomie résulte des dispositions de l'article 62 du CDIP applicable aux contrats internationaux autres que le contrat de travail. L'analyse de ces dispositions au regard du principe de libéralisme s'avère alors, indispensable. Son utilité en matière de contrat de travail international est, par contre différée, jusqu'à modification de l'article 67 du CDIP et admission de l'autonomie de la volonté dans ce contrat. Par ailleurs, la comparaison du régime juridique de la loi d'autonomie par rapport à ce qui est prescrit en droit français, qui admet déjà le choix du

droit applicable dans les contrats de travail internationaux, devrait être enrichissante et révélatrice des conditions d'intervention de la liberté.

L'examen de ces questions permet de déterminer, pour les deux systèmes en comparaison, la manière avec laquelle, la liberté devrait intervenir dans la règle de conflit régissant le contrat de travail international (**section 2**).

### **Section 1 : L'articulation de la liberté et de la proximité**

*Le choix indirect de la loi applicable, une atténuation du rôle du principe de proximité.* Dans les matières où la solution au conflit de lois est purement protectionniste n'admettant pas le choix de la loi applicable par les parties, l'intervention de la volonté est quand même possible. Elle peut être autorisée, par les règles de compétence juridictionnelle directes et indirectes. En droit tunisien, cette forme de choix de la loi applicable est envisageable. Son analyse est indispensable pour une interprétation de l'agencement de la liberté et de la proximité dans le système tunisien.

Elle consiste dans une première hypothèse, dans la saisine des tribunaux tunisiens par accord des parties dont le contrat de travail s'exécute à l'étranger. En choisissant de porter leur litige devant le juge tunisien, les parties choisissent également la règle de conflit tunisienne et les rattachements qu'elle édicte. L'élection du for entraîne, par nature, l'application de toutes ses règles de compétence législative.

Une seconde hypothèse se rapporte à la saisine d'une juridiction étrangère dont le système de conflit de lois admet le choix de la loi applicable dans les contrats de travail internationaux. L'exécution sur le territoire tunisien du contrat en question ne heurte pas le droit des parties de saisir un juge étranger et de déroger aux règles de compétence des autorités tunisiennes. De plus, la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger obtenu ne sont pas conditionnées par un contrôle du contenu de la règle de conflit étrangère. Seule la fraude ou la contrariété à l'ordre public tunisien pourrait faire obstacle à la demande de reconnaissance.

En mobilisant, ainsi, les règles de compétence juridictionnelle, les parties au contrat de travail international exercent une liberté indirecte de choix de la loi applicable, une liberté concurrente aux rattachements proximités retenus par la règle de conflit tunisienne (§ 1).



***Le choix direct de la loi applicable, un choix combiné aux rattachements de proximité dans la règle de conflit.*** La concurrence entre rattachement à la volonté et rattachements de proximité est plus claire lorsque les deux rattachements se trouvent combinés au sein d'une même règle de conflit (§ 2). L'articulation de la justice de liberté et de la justice d'égalité est, dans ce cas, le produit de l'auteur même de la règle de conflit. Elle est révélatrice de la conception qu'il fait de la relation de travail et des différents intérêts qui sont en jeu. Cet angle d'analyse permet d'ailleurs, d'identifier les écarts entre la règle de conflit française et la règle européenne et de mesurer la justesse du traitement qu'apporte chacune des deux règles au contrat de travail international.

### **§ 1 : La proximité concurrencée par un exercice indirect de la liberté**

***La mobilisation des règles de compétence juridictionnelle pour un choix indirect de la loi applicable, une limite à l'intervention exclusive du principe de proximité.*** Les parties au contrat de travail international peuvent choisir indirectement la loi applicable à leur contrat par mise en œuvre des règles de compétence juridictionnelle. Cet exercice de la liberté permet aux parties de voir appliquée la règle de conflit qui retient le critère de rattachement qui leur convient et de parvenir ainsi, à l'application de la loi qui correspond à leurs attentes. La loi ainsi choisie indirectement, ne répond pas nécessairement à des exigences de proximité.

Mais, le choix indirect du droit applicable, suppose, au préalable, un régime de compétence juridictionnelle libéral. C'est ce qui se vérifie en droit tunisien aussi bien pour les règles de compétence internationales directes qu'indirectes.

#### **A- L'exercice indirect de la liberté à travers les règles de compétence juridictionnelle directe**

***La liberté de choix du droit applicable favorisée par le libéralisme du régime de compétence directe.*** Le CDIP tunisien a donné compétence aux tribunaux tunisiens en matière contractuelle, dans les cas où le contrat est exécuté ou devrait être exécuté en

Tunisie<sup>369</sup>. Ce chef de compétence spécial devrait s'ajouter, normalement, au critère de compétence général<sup>370</sup>, celui du domicile du défendeur en Tunisie<sup>371</sup>. Toutefois, la Cour de cassation tunisienne a affirmé dans certains arrêts se rapportant à des contrats de travail internationaux que le chef de compétence édicté par l'article 5 du CDIP, à savoir, le lieu d'exécution du contrat est un chef de compétence dérogatoire applicable en matière contractuelle, écartant le critère général, celui du domicile du défendeur<sup>372</sup>. A côté de ces chefs de compétence rigides, le code prévoit un chef de compétence volontariste en admettant les accords d'élection de for.

En fait, dans son article 4, le code précise que « les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles, ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles ; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien ». La compétence des tribunaux tunisiens entraîne l'application de toutes les règles de résolution du conflit de lois tunisiennes. Par la saisine des tribunaux tunisiens, « indirectement, les parties auront donc choisi l'application de la loi désignée par la règle de conflit tunisienne ainsi que tous les mécanismes de correction et d'exception prévus dans le système de droit international privé tunisien »<sup>373</sup>. Dans les actions portant sur un contrat de travail international, l'élection des tribunaux tunisiens, pourrait se justifier par la volonté des parties de soumettre le contrat à la loi de son lieu d'exécution habituelle. Le lieu d'exécution du contrat est par hypothèse situé en dehors du territoire tunisien, sinon on n'aurait pas fondé l'action sur la base de l'article 4 du CDIP.

Plus cohérente est l'hypothèse où le travailleur, exerçant à l'étranger, saisit les tribunaux tunisiens pour contrecarrer l'application, par le juge étranger, de la loi d'autonomie qui ne correspond pas à un choix réel de sa part et à la désignation de laquelle il n'a pas consenti de manière éclairée. Il aura, alors, intérêt d'intenter rapidement l'action devant le juge tunisien. La non contestation de la compétence des tribunaux tunisiens par le défendeur est prise dans ce cas pour un choix implicite, bien qu'en réalité elle peut se

---

<sup>369</sup> Article 5 du CDIP tunisien.

<sup>370</sup> Sur l'articulation des chefs de compétence ordinaire en droit tunisien, voir R. TLILI, *Conflits de juridictions et statut personnel : étude de compétence internationale directe*, Thèse de doctorat en droit privé, 2017, Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales, Tunis.

<sup>371</sup> Article 3 du CDIP tunisien.

<sup>372</sup> Arrêts de la Cour de cassation tunisienne du 22/05/2015, affaire n° 21714-2015, affaire n° 21715-2015 et affaire n° 21726-2015, inédits cités par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

<sup>373</sup> S. BOUYAHIA, « Le choix de la loi applicable aux relations familiales en droit international privé tunisien », in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, Latrach Editions, 2015, pp. 59-73, spéc. p. 67.

justifier par l'ignorance<sup>374</sup>. Mais, il arrive que l'action soit intentée devant le juge tunisien par l'employeur, auquel cas, le travailleur défendeur, qui ne soulève pas régulièrement l'exception d'incompétence est considéré avoir accepté implicitement que le litige soit tranché par les tribunaux tunisiens. Il convient alors, de vérifier les conditions requises pour que le choix du juge, corresponde à une liberté réelle des parties au contrat et par là même d'un choix indirect de la loi applicable que ce choix soit explicite ou implicite.

1) L'exercice indirect de la liberté par un choix explicite du juge compétent

***Le choix explicite du juge, expression d'une liberté réelle.*** L'accord explicite d'*electio fori* résulte de la volonté commune des parties de saisir les juridictions d'un Etat donné. Généralement, cet accord prend la forme d'une clause attributive de compétence insérée dans le contrat de travail. Mais, étant donné, le déséquilibre des forces qui caractérise le contrat de travail, ces clauses ne sont pas admises par tous les systèmes juridiques. En droit tunisien, le CDIP n'interdit pas l'élection du for dans le contrat de travail. Les clauses sont, alors, admises à condition de répondre aux conditions de validité. A cet effet, l'accord attributif de compétence est qualifié comme un contrat et doit, en conséquence, satisfaire les conditions de validité des contrats. La détermination de la loi régissant sa validité est objet d'un débat doctrinal. Certains auteurs proposent d'appliquer la loi désignée par la règle de conflit régissant les contrats<sup>375</sup>. Pour d'autres, la validité de l'accord d'élection de for doit être régie par la même loi régissant le contrat principal<sup>376</sup>. Plus logique et plus conforme à la nature procédurale de l'accord d'*electio fori*, est l'avis proposant de le soumettre à la loi du for<sup>377</sup>. A cet effet, il convient de remarquer que les conditions de validité des contrats sont déterminées, en droit tunisien, par l'article 2 du Code des obligations et des contrats, à savoir la capacité, le consentement et un objet et une cause licites<sup>378</sup>.

Le CDIP tunisien n'apporte qu'une seule limite à l'admission des prorogations volontaires de compétence, à savoir les actions portant sur un immeuble situé à l'étranger.

---

<sup>374</sup> *Ibid.* p. 68.

<sup>375</sup> A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, CPU, 1999, p. 139.

<sup>376</sup> PH. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, Thèse, Paris, 2000, p. 342.

<sup>377</sup> F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail international », *Répertoire de droit international*, février 2019, précité, n° 64 ; E. PATAUT, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais Auloy*, 2004, Dalloz, p. 807 s., spéc. p. 810.

<sup>378</sup> Sur le régime juridique de l'accord d'élection de for, voir, R. TLILI HENI, « L'élection de for en droit tunisien », in *Mélanges en l'honneur du professeur Farbat HORCHANI, ouverture des espaces et des droits*, Maison du livre, 2021, pp. 725-770.

Sous cette forme, la solution tunisienne, semble trop libérale et ne tient pas compte de la réalité des rapports de travail. En fait, l'accord d'élection du for, comme d'ailleurs les différentes clauses du contrat de travail, ne résulte pas forcément de la volonté réelle du travailleur. Il n'est pas, dans certains cas, négocié par les deux parties au contrat. Par contre, le juge ne contrôle que l'existence d'un consentement non vicié par erreur ou dol ou violence. Il serait, alors, plus juste, de conditionner la validité des accords d'élection de for par leurs effets sur la situation du salarié. Une modification de l'article 5 -2 du CDIP est recommandée afin de préciser qu'« une clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger ne prive pas le salarié de son droit de saisir les tribunaux tunisiens pour son contrat de travail exécuté en Tunisie ». La solution ainsi proposée, permettrait de faire face à des clauses défavorables au travailleur. Elle a également, l'avantage d'être moins rigide que celle retenue en droit français, limitant sensiblement l'effectivité des clause attributives de compétence dans le contrat de travail international. En fait, la Chambre sociale de la Cour de cassation française affirme « (qu') une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de travail international ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail applicables dans l'ordre international »<sup>379</sup>. Les dispositions de cet article n'admettent pas l'application d'une telle clause dans les cas où le contrat est exécuté dans un établissement situé en France ou en dehors de tout établissement situé en France. Cette solution protectionniste est consacrée par l'article 23 du Règlement « Bruxelles I Bis » qui prévoit « (qu') il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions : 1) postérieures à la naissance du différend ; ou 2) qui permettent au travailleur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ». Il convient de préciser que l'article 23 s'applique dans les cas où sont localisés dans l'Union européenne soit l'exécution habituelle du travail, soit le domicile de l'employeur.

Dans tous les cas, lorsqu'elle résulte d'une volonté réelle et commune des parties au contrat de travail, l'élection de for présente l'avantage de la prévisibilité des solutions juridictionnelles et législatives. En donnant compétence au juge tunisien, les parties prévoient d'avance l'application de la loi du lieu d'exécution du contrat avec une intervention probable de la clause d'exception. Le rattachement de proximité est dans ce

---

<sup>379</sup> Soc. 29 sept. 2010, n° 09-40.688

cas un rattachement d'origine législative mais auquel les parties ont consenti d'avance par l'élection du juge tunisien.

L'accord d'élection de for étranger peut, par contre, donner aux parties la possibilité de choisir directement la loi applicable, lorsque la règle de conflit du juge saisi retient un rattachement à la volonté. Ainsi, l'interdiction de choix du droit applicable par l'article 67 du CDIP tunisien, peut être anéantie, par une dérogation à la compétence des tribunaux tunisiens et l'élection d'un for étranger. En fait, il est admis que « *le for volontariste apparaît, ainsi, comme un correctif à la rigidité des règles de la compétence judiciaire internationale puisqu'il y introduit un certain subjectivisme en permettant à la volonté privée d'intervenir dans le domaine de la juridiction* »<sup>380</sup>. Il convient d'ajouter qu'il est également, un palliatif à la rigidité de la règle de conflit du juge normalement compétent, tel le juge tunisien, par la saisine d'un juge étranger dont le système de conflit de lois autorise le choix de la loi applicable par les parties au contrat international de travail.

Il convient alors, pour éviter un tel détournement indirect de la règle de conflit tunisienne d'admettre une intervention conditionnée de la loi d'autonomie en matière de contrat de travail. L'introduction du rattachement volontariste dans l'article 67 du CDIP favoriserait une meilleure cohésion des règles tunisiennes de compétence internationale et contribuerait à l'harmonisation des solutions internationales en matière de conflit de lois. Il limiterait, en matière de compétence juridictionnelle, le forum shopping et la fraude à la compétence notamment par accord implicite d'élection de for.

## 2) L'exercice indirect de la liberté par un choix implicite du juge compétent

***Le choix implicite du juge, expression d'une liberté étendue.*** L'accord implicite d'élection de for, correspond à la situation où seule la partie demanderesse, manifeste expressément son choix en faveur des juridictions d'un Etat donné en leur soumettant le litige. L'accord du défendeur est, dans ce cas, déduit de son comportement procédural. La non contestation de sa part de la compétence du juge saisi est interprétée comme un accord implicite. Ainsi, si le défendeur ne soulève pas l'exception d'incompétence des tribunaux tunisiens devant lesquels il est assigné, il est considéré avoir

---

<sup>380</sup> R. TLILI HENI, « L'élection de for en droit tunisien », article précité, p. 728.

consenti tacitement en faveur de leur compétence. En droit tunisien, l'article 10 du CDIP, prévoit que « l'exception d'incompétence des juridictions tunisiennes doit être soulevée avant tout débat quant au fond ». La solution a été rappelée plusieurs fois par la Cour de cassation tunisienne<sup>381</sup>. Toutefois, reste posée la question de l'accord implicite du défendeur lorsqu'il ne comparait pas. La position de la jurisprudence, est à ce sujet fluctuante. La Cour de cassation tunisienne avait affirmé dans un arrêt qui date du 7 mai 1964 que la non comparution du défendeur régulièrement assigné devant les juridictions tunisiennes ne vaut pas acceptation d'être jugé par les autorités tunisiennes<sup>382</sup>. Néanmoins, dans des arrêts plus récents, les juges tunisiens ont qualifié d'accord implicite la non comparution du défendeur<sup>383</sup>. Cette solution est excessive. Elle est contraire au principe de liberté qui suppose une volonté réelle. Une volonté contestable notamment du côté du travailleur met en question la validité de l'accord d'élection de for et de son utilité à la réalisation de la justice. En fait, la non comparution du travailleur résident à l'étranger et assigné devant les juridictions tunisiennes peut résulter de l'impossibilité matérielle de se déplacer. Il est alors, recommandé, que les juges tunisiens vérifient que le consentement du travailleur défendeur à l'action est établi ce qui suppose en premier lieu sa comparution. Il est, d'ailleurs, incontestable, qu'on ne peut déduire un choix implicite de la loi désignée par la règle de conflit tunisienne que lorsque le choix même du juge tunisien soit réellement établi.

#### B- L'exercice indirect de la liberté à travers les règles de compétence juridictionnelle indirecte

**Le régime libéral de l'exéquat et le renforcement de la liberté de choix indirect de la loi.** La compétence indirecte se rapporte à la reconnaissance et l'exécution

---

<sup>381</sup> Arrêt de la Cour de cassation tunisienne du 17/03/2014, affaire n° 8611-2013 ; Arrêt de la Cour de cassation tunisienne du 24/03/2014, affaire n° 8638-2013. La Cour précise dans cet arrêt que la contestation de l'existence de la relation de travail par l'employeur ne constitue pas un débat au fond. La Cour infirme en conséquence, la décision de la Cour d'appel qui a qualifié comme contraire aux dispositions de l'article 10 du CDIP, l'exception d'ordre public soulevée par l'entreprise après avoir contesté sa qualité d'employeur. Cette position de la Cour de cassation tunisienne a été confirmée dans ses arrêts du 15/05/2015, affaire n° 21711-2015, du 22/05/2015, affaire n° 21714-2015, du 22/05/2015, affaire n° 21715-2015 et du 22/05/2015, affaire n° 21726-2015, inédits cités par M. BOUASSIDA, *Le contrat de travail international en droit international privé tunisien*, mémoire précité.

<sup>382</sup> Cass. Civ. du 7 mai 1964, RTD, 1968, p. 160 ; M. CHARFI, *Chronique de jurisprudence tunisienne*, JDI, 1968, p. 128. La Cour affirmait dans cet arrêt, « bien que régulièrement touchée par les assignations devant les juridictions des premiers et second degré n'a pas comparu, d'où l'on ne peut déduire qu'elle ait accepté de plaider devant les juridictions tunisiennes ».

<sup>383</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 74775 du 24 février 2016, inédit.

des jugements rendus par les tribunaux étrangers. En droit international privé tunisien, les règles régissant ces matières sont caractérisées par un libéralisme remarquable favorisant la réception et l'exécution des décisions étrangères. En fait, la compétence concurrente des juridictions tunisiennes ne fait pas obstacle à l'exéquatour dans les cas où comme dans les contrats de travail, elle est qualifiée de compétence ordinaire. « *Il devient par ailleurs, très facile pour les parties d'écarter les dispositions de la règle de conflit tunisienne, alors même qu'elle est d'ordre public, lorsqu'elles saisissent délibérément une autorité étrangère qui appliquera une règle de conflit désignant une loi qui leur est plus avantageuse que celle que prescrit la règle de conflit de lois qu'appliquera le juge tunisien* »<sup>384</sup>.

Dans certaines hypothèses, le salarié lié par un contrat de travail international exécuté en Tunisie peut avoir intérêt à l'application d'une loi étrangère plus favorable qu'il aurait choisie avec son employeur. Pour donner effet à cette loi, le salarié pourra saisir, une juridiction étrangère, dont la règle de conflit de lois admet le choix de la loi applicable dans les contrats de travail internationaux. Peu importe que la compétence de cette juridiction étrangère soit fondée sur des chefs de compétence rigides, tel le domicile du défendeur, ou sur la base d'une *electio fori*. Le jugement rendu fera par la suite, l'objet d'une demande d'exéquatour devant les juridictions tunisiennes. A ce stade, le juge tunisien doit vérifier que la décision étrangère n'est pas contraire à l'ordre public au sens du droit international privé tunisien et qu'elle a été rendue à la suite d'une procédure ayant préservé les droits de la défense sinon l'exéquatour ne sera pas accordé<sup>385</sup>. Concrètement, la décision étrangère prononcée en application d'une loi choisie indirectement par les parties sera rendue exécutoire sur le territoire tunisien sauf si on lui oppose l'exception d'ordre public ou encore l'exception de fraude<sup>386</sup>. Pour qu'elle soit déclarée contraire à l'ordre public tunisien, il faut que la décision étrangère heurte les choix fondamentaux du for, autrement dit, ses principes et valeurs. En droit du travail tunisien, ces principes se rapportent essentiellement aux valeurs d'égalité et de non-discrimination, à la protection de la femme et au respect de la dignité par l'interdiction par exemple du travail forcé, l'esclavage, la servitude, le servage et

---

<sup>384</sup> S. BOUYAHIA, « Le choix de la loi applicable aux relations familiales en droit international privé tunisien », article précité. p. 69.

<sup>385</sup> Article 11 du CDIP tunisien.

<sup>386</sup> S. BOUYAHIA, « Le choix de la loi applicable aux relations familiales en droit international privé tunisien », article précité. p. 71.

la traite des personnes<sup>387</sup>. La contrariété de la décision étrangère aux choix fondamentaux du for paraît difficile à établir en droit social contrairement au droit de la famille où la jurisprudence, sur cette question, est abondante.

Parallèlement, l'exception de la fraude à la loi n'est pas de nature à faire obstacle à l'exequatur d'une décision étrangère parce que rendue en application de la loi d'autonomie qui n'est pas autorisée par le système juridique tunisien. En fait, aux termes de l'article 30 du CDIP, la fraude à la loi consiste dans le « changement artificiel de l'un des éléments de rattachement relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éviter l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable ». Or, la saisine d'un juge étranger dont la solution de conflit de lois diffère de celle du for ne constitue pas une fraude à la loi.

Dans de pareilles situations, « *l'élément de localisation en lui-même n'est pas artificiellement modifié par le choix. C'est la règle de conflit elle-même qui est remplacée* »<sup>388</sup>.

Les mécanismes d'exception ne sont pas, alors, de nature à écarter l'exécution d'une décision étrangère rendue à propos d'un contrat de travail international en application d'une règle de conflit donnant compétence à la loi choisie par les parties. Le choix indirect du droit applicable est, ainsi, favorisé aussi bien par les règles de compétence directe que par les règles de l'exequatur. La justice de liberté n'est pas totalement absente de la réglementation tunisienne du contrat de travail international. Elle prend par contre, un aspect indirect qui rend le contrôle de l'exercice de cette liberté inefficace. Il devient alors, plus cohérent d'autoriser un exercice direct et conditionné de la liberté de choix du droit applicable par les parties pour que la justice de liberté et la justice d'égalité soient le mieux articulées au sein de la règle de conflit elle-même.

## **§ 2 : La proximité combinée à la liberté dans la règle de conflit**

***Formulation de la norme combinatoire et intérêts en jeu.*** La fonction accordée par la règle de conflit à la loi d'autonomie et à la loi du lieu d'exécution du contrat n'est pas

---

<sup>387</sup> Ces actes font l'objet d'une répression particulière en application de la loi organique n° 2016-61 du 3 août 2016, relative à la prévention et la lutte contre la traite des personnes, JORT, 2016-08-12, n° 66, pp. 2524-2535.

<sup>388</sup> S. BOUYAHIA, « Le choix de la loi applicable aux relations familiales en droit international privé tunisien », article précité. p. 72.



neutre. Elle exprime les préoccupations de son auteur et l'aménagement qu'il envisage des différents intérêts en jeu. Plusieurs articulations sont possibles entre rattachement à la volonté et rattachement de proximité. Elles expliquent, d'ailleurs, les différentes étapes de l'évolution de la norme combinatoire en jurisprudence française et sa différence par rapport à la norme européenne. L'examen des deux normes, permet d'identifier la solution qui serait la plus juste autorisant la meilleure conciliation des intérêts en conflit et qui pourrait, à ce titre, inspirer le législateur tunisien.

#### A) La combinaison jurisprudentielle des rattachements

***Processus d'évolution de la norme combinatoire.*** La règle de conflit française applicable au contrat de travail international prévoit une combinaison de rattachements à la loi du lieu d'exécution et à la loi d'autonomie. Elle est le résultat d'une longue construction jurisprudentielle marquée par un certain tâtonnement<sup>389</sup>. L'idée fondamentale était de procurer au travailleur une certaine protection qui n'est pas nécessairement assurée par le rattachement rigide à la loi du lieu d'exécution. L'assouplissement des solutions a nécessité la réinjection « *dans une règle de conflit reposant sur des rattachements rigides une certaine dose d'autonomie de la volonté dans un sens favorable au salarié* »<sup>390</sup>.

C'est d'ailleurs, autour de cette idée de faveur que se sont articulées les différentes évolutions jurisprudentielles dans l'élaboration de la règle de conflit relative au contrat de travail international. La démarche ne manque pas d'inspiration de la théorie des sources, spécifique aux relations de travail en droit interne<sup>391</sup>.

Les différentes étapes par lesquelles est passée l'élaboration de la norme jurisprudentielle peuvent être classées en trois étapes : la première est marquée par des hésitations remarquables, la deuxième est caractérisée par un effort de conciliation entre les deux rattachements en concurrence, le lieu d'exécution et l'autonomie de la volonté des parties, pour arriver ensuite à une combinaison des deux rattachements au sein d'une règle de conflit spéciale.

---

<sup>389</sup> G. Lyon-Caen souligne que « *le rattachement du contrat individuel de travail est marqué par une vingtaine d'années de tâtonnements. La Cour de cassation n'étant pas parvenue tout de suite à dégager ce qu'il y avait de spécifique dans le contrat de travail international* », G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, Liaison, 1991, p. 31.

<sup>390</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 84.

<sup>391</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, op. cit. 24.

a) L'étape de l'hésitation jurisprudentielle, une tendance au *lex forisme*

***Des décisions contradictoires lex foristes.*** Plusieurs décisions manifestent l'hésitation de la jurisprudence française. Elles se rapportent souvent à des représentants de commerce. La Cour de cassation française tantôt affirmait la compétence de la loi du lieu d'exécution tantôt cherchait la loi à laquelle menait la volonté commune des parties. Dans les deux sens, c'était généralement la loi française qui reçoit application.

Dans un arrêt rendu le 9 décembre 1960<sup>392</sup>, la Cour de Cassation française affirmait la compétence de la loi française à régir le contrat en tant que loi du lieu du travail. L'affaire se rapportait à une tchécoslovaque recrutée par une entreprise située en Tchécoslovaquie pour effectuer une représentation commerciale à son profit en France. La salariée avait, également, en l'espèce son domicile en France. L'arrêt paraît joindre une jurisprudence établie depuis 1959 aux termes de laquelle « *il est de principe que le contrat de travail doit être régi par la loi du lieu où il s'exécute...* »<sup>393</sup>. Il annonce également un autre titre d'application de la loi française : celle-ci doit recevoir application parce que d'ordre public.

Néanmoins, dans une autre affaire<sup>394</sup>, la Cour de cassation va adopter une position totalement différente quant à la loi applicable au contrat de travail international. L'affaire se rapporte, elle aussi, à un contrat de représentation conclu en France entre deux parties de nationalité française. Le contrat s'exécutait en Allemagne, pays du domicile du travailleur. Les juges du fond ont interprété la volonté commune des parties comme tendant à soumettre leur contrat à la loi française. La Cour de cassation française a approuvé les juges du fond d'autant que les parties ont inséré dans leur contrat une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux français. « *Le libre choix de la loi applicable a ici gain de cause (comme) dans l'affaire... jugée par la Chambre sociale le 5 mars 1969*<sup>395</sup> »<sup>396</sup>. En fait dans l'arrêt du 5 mars 1969, il s'agissait d'un contrat de représentation conclu par un italien avec une société française. Le travail s'exécutait en Italie.

---

<sup>392</sup> Soc. 9 décembre 1960, *J.C.P.*, 1961, II, 12029 Motokov c/ Semeriva, note Simon DEPITRE.

<sup>393</sup> Cass. COM. 9 novembre 1959, *Clunet*, 1960, p. 1064 note G. LYON-CAEN, *Dr soc.*, 1960, p. 238, *RCDIP*, 1960, p. 556, note Simon DEPITRE.

<sup>394</sup> Soc. 1<sup>er</sup> juillet 1964, Hakenberg c/ Et. Angenieux, *RCDIP*, 1966, p. 47 note Simon DEPITRE.

<sup>395</sup> Soc. 5 mars 1969, Zanarelli, *RCDIP*, 1970, 28 note BATIFFOL, *JCP*, 1970, II, 16491.

<sup>396</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, *op. cit.*, p. 22.

De façon très atypique, la Cour suprême affirmait que la loi française aurait pu s'appliquer « *s'il était établi que les parties avaient eu la commune intention de l'adopter* ». Or, il paraît bien du contenu du contrat que les parties ont voulu plutôt se soustraire à la loi française en insérant deux clauses frappées de nullité en droit français : clause de renonciation anticipée à l'indemnité de clientèle et clause compromissaire. L'arrêt est d'autant plus original que la Cour n'a pas seulement écarté la loi française parce que non choisie par les parties<sup>397</sup> mais aussi n'a pas appliqué la loi italienne du lieu d'exécution du contrat. Elle a fait application pure et simple de la Convention telle qu'elle avait été rédigée.

L'arrêt témoigne aussi bien d'une disparition de rattachement du contrat de travail à la loi du lieu d'exécution que d'une consécration de la théorie du « contrat sans loi ». On peut constater, jusqu'à cette étape de la jurisprudence, que le contrat de travail international ne fait pas l'objet d'une règle de conflit spéciale<sup>398</sup>. L'arrêt de 1960 constitue une exception puisqu'il justifie l'application de la loi française par le caractère d'ordre public de la législation du travail en France qui impose son application aux contrats qui devraient s'exécuter en France indépendamment du choix d'une autre loi par les parties. Dans les autres décisions, c'est la règle de droit commun qui s'applique non pas en tant que loi du contrat mais parce qu'elle répond le mieux à une localisation objective du rapport de travail. La justice de liberté n'était pas à cette étape consacrée.

b) L'essai de conciliation, une distribution des compétences peu harmonieuse

***Le sens de la conciliation.*** Dans cette seconde étape, marquée par l'arrêt *Thuillier* de 1972, la jurisprudence française introduit un nouveau critère dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international. Elle distingue entre ce qui relève de « la réglementation administrative du travail » et ce qui relève du « contrat de travail ». L'idée d'ordre public réapparaît et la Cour de cassation française affirme que les dispositions « relevant de l'ordre public local relatives à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail » en l'occurrence les dispositions sénégalaises sont applicables de

---

<sup>397</sup> Selon P. LAGARDE, on assiste dans cette affaire à un effacement de la loi française. En fait, « *à défaut d'intention des parties de choisir cette loi, le lieu avec la France n'était pas suffisant pour justifier son applicabilité* », P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 85.

<sup>398</sup> *Ibid.*

plein droit. En l'espèce, le contrat de travail était conclu par une française et une société dont le siège était en France, alors que le contrat s'exécutait au Sénégal.

Cependant, la compétence du droit sénégalais n'était, selon la Cour, que limitée puisque le Code de travail sénégalais dispose que : « *ne peut modifier au détriment du salarié les garanties essentielles du contrat, notamment, celles relatives à la durée et à la portée de l'engagement* ». Les parties ayant choisi la loi française, celle-ci devrait régir le rapport contractuel. La loi choisie en l'espèce était plus favorable à la salariée que la loi du lieu d'exécution. Il s'agissait d'un contrat à durée déterminée renouvelable sauf préavis donné trois mois avant chaque renouvellement. Le droit sénégalais sur lequel s'est basé l'employeur était moins protecteur sur cette question que la loi française choisie.

**Limites de la solution.** L'interprétation de l'arrêt *Thuillier* ne fait pas l'objet d'un consensus doctrinal. Ainsi, M. G. LYON-Caen y trouvait « *une position se voulant conciliatrice* »<sup>399</sup>. Par contre, pour M. P. LAGARDE, l'apport de l'arrêt se limite à une « *ouverture de la Cour de cassation à l'application des lois de police étrangères* »<sup>400</sup>, celles du lieu d'exécution relatives à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail. L'auteur affirme qu'on ne peut y constater « *l'abandon pour les contrats de travail de la règle de conflit de droit commun* »<sup>401</sup>.

De la controverse doctrinale relative à l'interprétation de l'arrêt *Thuillier*, on peut tirer une constatation : le rattachement du contrat de travail international se heurte à une difficulté inhérente à sa double nature, institutionnelle réglementaire d'une part et contractuelle d'autre part. Loi du lieu d'exécution et loi d'autonomie sont en concurrence à régir le contrat et aucune préférence de principe ne peut être donnée à l'un des deux aspects du contrat de travail. La répartition de compétences entre les deux lois n'était pas également aisée puisque la démarche suivie par la Cour de cassation française va trop vite se confronter à une difficulté de traçage des domaines réservés à l'une et l'autre loi. Ainsi, par exemple, la durée de travail paraît relever de la loi du lieu d'exécution en tant que question relative à la réglementation du travail. Néanmoins, la durée du contrat qui semble être régie par la loi

---

<sup>399</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, op.cit., p. 23. Selon l'auteur, « *l'arrêt affirme clairement qu'une même relation de travail peut relever de plusieurs législations* ». Ibid.

<sup>400</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 85.

<sup>401</sup> Ibid.

choisie en tant que question contractuelle se trouve étroitement liée à la durée du travail exécuté.

Les inconvénients de la solution retenue par l'arrêt *Thuillier* se sont multipliés. M. DEPREZ a pu affirmer que « *la prétendue combinaison ne faisait que départager le domaine des lois de police et celui de la loi du contrat et livrait, sans restriction, le rapport contractuel à l'emprise de la loi d'autonomie* »<sup>402</sup>. L'auteur soutenait que le rattachement à retenir pour le contrat de travail devait tenir compte de la « *finalité protectrice du droit du travail (qui) s'accommode mal d'une extension aussi complète du principe libéral au contrat de travail* »<sup>403</sup>.

Mais, au-delà de la « *distinction artificielle* » faite par l'arrêt *Thuillier*, l'apport jurisprudentiel consistait dans l'émergence de l'idée de la loi la plus favorable. La Cour y avait affirmé que la loi du lieu d'exécution ne pouvait pas modifier les garanties que la salariée tirait de son contrat au détriment de celle-ci. C'est d'ailleurs cette même idée de faveur qui marquera l'évolution de la jurisprudence dans les années 1970 et l'apparition de la norme combinatoire.

### c) La combinaison des rattachements, une recherche de la faveur

#### ***Emergence du principe de faveur et difficile articulation des rattachements.***

Les prémisses de cet « ébranlement » remontent, selon M. LAGARDE, à 1973<sup>404</sup>, à la date de l'intervention de M. J. LAROQUE, président à l'époque de la Chambre sociale de la Cour de cassation, devant le comité français de droit international privé. M. LAROQUE avait déclaré que « *dans la jurisprudence française, cette limitation (de l'autonomie de la volonté en matière de contrat de travail) présente une particularité, c'est que l'autonomie de la volonté n'est admise que si la convention est plus favorable pour le salarié* »<sup>405</sup>. L'auteur ajoute « (qu') *en principe c'est la territorialité qui est la base mais on admet l'autonomie dans la mesure où c'est plus favorable au salarié* »<sup>406</sup>. La justice d'égalité consacrée par le rattachement de proximité devrait ainsi, être conjuguée avec la justice de liberté qu'exprime le rattachement à la loi d'autonomie.

---

<sup>402</sup> J. DEPREZ, « Contrat de travail », *Rep. Int. Dalloz*, 1998, p. 3

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 85.

<sup>405</sup> *Travaux du Comité Français de droit international privé*, 1971-1973, p. 165.

<sup>406</sup> *Ibid.*

Toutefois, l'affirmation de la compétence de principe de la loi territoriale, bien que proclamée par plusieurs auteurs, ne serait pas pour autant retenue par la Cour de cassation dans deux arrêts marquants postérieurs à la déclaration faite par son président.

Le premier arrêt date du 25 mai 1977, arrêt *Monfort*<sup>407</sup>. Il s'agissait d'un Belge qui représentait en France une société anglaise. Suite à son licenciement, le travailleur revendiquait devant les tribunaux français, le bénéfice du statut de VRP selon la loi française. Il soutenait la nullité de la clause compromissaire insérée dans le contrat en se basant sur le droit français. L'employeur avançait que la volonté commune des parties au contrat était de soumettre le contrat à la loi anglaise, loi en vertu de laquelle la clause compromissaire était licite.

La Cour de cassation affirmait que le VRP « *était domicilié à Lille, que la loi du lieu d'exécution du contrat avait été pendant 26 ans la France, qu'il s'ensuivait que les dispositions d'ordre public protectrices des travailleurs de la loi française étaient applicables* ». La Cour ajoutait qu'à supposer qu'il y ait lieu de se reporter à l'intention des parties, il apparaît de différents signes (par exemple la référence faite à la loi française dans la lettre de licenciement) que cette intention était de se placer sous l'empire de cette même loi.

L'interprétation de la position jurisprudentielle telle que formulée dans l'arrêt *Monfort* allait susciter de nouveau une controverse doctrinale. Ainsi, M. G. LYON-CAEN considère que par l'arrêt *Monfort*, la Cour de cassation a pris position de principe et que « *la loi applicable au rapport individuel de travail est donc la loi du lieu d'exécution (sans qu'il soit nécessaire comme le fait l'arrêt d'évoquer son caractère d'ordre public)* »<sup>408</sup>. Pour l'auteur, lorsque cette même loi se trouve choisie par les parties, cela ne fait que renforcer la certitude de sa compétence<sup>409</sup>.

L'idée n'est pas partagée par M. LAGARDE qui affirme que l'arrêt *Monfort* « *ne disait nullement que la loi normalement applicable au contrat de travail est la loi du lieu d'exécution* ».<sup>410</sup> L'arrêt ne fait, selon l'auteur, que donner compétence aux dispositions protectrices françaises pour tout contrat exécuté en France surtout pour une longue durée. Il s'agit là uniquement d'un titre d'application du droit français et pas d'une règle de conflit bilatérale. L'auteur annonce, en effet, que « *ce raisonnement unilatéraliste était d'ailleurs renforcé par la considération tout à fait*

---

<sup>407</sup> Soc. 25 mai 1977 *Sterling Foundry c/ Monfort*, RCDIP, 1978, p 701 note Antoine LYON-CAEN.

<sup>408</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, op. cit, p. 36.

<sup>409</sup> *Ibid.*

<sup>410</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité. p. 86.

*classique que l'intention implicite des parties conduisait également en l'espèce à l'application de la loi française* »<sup>411</sup>.

M. Lagarde retient la même position face à l'arrêt de la Cour de cassation française, arrêt *Royal Air Maroc*<sup>412</sup>, rendu une année plus tard que l'arrêt *Monfort*. Il s'agissait, en l'espèce, d'un pilote français travaillant pour la compagnie Air Maroc. Par son arrêt rendu le 31 mars 1978, la Cour de cassation y approuvait la Cour d'appel d'avoir appliqué la loi française étant donnée la commune intention des parties de s'(y) référer... ce qui était licite dans la mesure où elle était plus avantageuse pour le salarié que la loi marocaine, même si celle-ci avait été normalement applicable. Selon M. Lagarde, par cette formulation, l'arrêt *Royal Air Maroc* n'a fait ajouter à son précédent arrêt *Monfort*, qu'une idée déjà avancée dans l'arrêt *Thuiller* selon laquelle le choix d'une loi autre que celle qui est normalement applicable ne peut aggraver la situation du salarié. « *Mais, il ne dit pas que la loi qui serait normalement applicable est celle du lieu d'exécution* »<sup>413</sup>. Le fait que la loi marocaine était déclarée, en l'espèce, « *normalement applicable* » ne revient pas nécessairement à ce qu'elle l'est en tant que lieu d'exécution. Un argument milite en faveur d'une pareille interprétation. Selon M. Lagarde, la Cour avait déjà affirmé en l'espèce que le travail s'exécutait hors de tout établissement. Par une pareille affirmation, « *la chambre sociale laissait ouverte la possibilité de recourir à d'autres indices de rattachements* »<sup>414</sup>.

**Compétence de principe de la loi du lieu d'exécution et indifférence au résultat matériel.** Il semble que contrairement à la position de M. LAGARDE, l'analyse largement répondue en doctrine<sup>415</sup> est celle proposée par M. Antoine LYON-CAEN selon laquelle, le rapprochement des deux arrêts *Monfort* et *Royal Air Maroc* nous enseigne que « *la loi applicable aux rapports individuels de travail est la loi du lieu d'exécution du travail, sauf dispositions plus favorables de la loi choisie par les parties (...) le doute demeurerait qui est aujourd'hui levé* »<sup>416</sup>. La règle ainsi formulée en jurisprudence française constitue, selon M. A. LYON-CAEN, une règle de rattachement rigide. L'interprétation avancée par cet auteur a pu avoir un grand écho en

---

<sup>411</sup> *Ibid.*

<sup>412</sup> Soc. 31 mars, 1978, *Royal Air Maroc*, Bull. V, n° 259. D 1978 IR, p. 385 note J. Pellissier.

<sup>413</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 86.

<sup>414</sup> *Ibid.*

<sup>415</sup> Selon P. LAGARDE, « *l'analyse d'Antoine Lyon Caen fut présentée de façon si séduisante que chacun se laissa prendre à sa force de conviction, y compris la Cour de cassation et qu'elle finit par devenir le droit positif* », « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 87.

<sup>416</sup> A. LYON-CAEN, note sous arrêts, Soc. 25 mai 1977, *Montfort* et 31 mars 1978, *Royal Air Maroc*, RCDIP, 1978, p. 701.

doctrine<sup>417</sup> par « (l')harmonieuse combinaison de la loi du lieu d'exécution du travail et de la loi d'autonomie »<sup>418</sup>. M. LAGARDE lui-même avait à l'époque rejoint cette position<sup>419</sup>.

La Chambre sociale de la Cour de cassation allait reconduire sa même position, plus tard, dans un arrêt rendu le 25 janvier 1984<sup>420</sup> avec une rédaction identique à celle utilisée dans l'arrêt *Royal Air Maroc*. Il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié français envoyé par son employeur français pour une mission au Luxembourg. La Cour de cassation avait approuvé les juges de fond d'avoir appliqué la loi française implicitement choisie par les parties et plus avantageuse pour le salarié que la loi luxembourgeoise du lieu d'exécution.

Le rattachement de principe du contrat de travail à la loi du lieu d'exécution se trouve ainsi bien ancré dans les esprits. Le principe de proximité joue un rôle fondamental dans la résolution du conflit de lois dans le contrat de travail international.

La loi du lieu d'exécution serait déclarée applicable dans une jurisprudence ultérieure bien que défavorable pour les travailleurs français par rapport à la loi française de la nationalité commune des parties. « *L'ancienne tendance à appliquer le droit français au contrat dont les deux parties sont françaises -par reconstitution d'une prétendue volonté commune- ne rencontre plus d'écho en jurisprudence* »<sup>421</sup>.

Ainsi, pour un contrat conclu entre un salarié français et une société française pour être exécuté au Niger, la Cour de cassation française a infirmé les juges de fond pour avoir appliqué la loi française<sup>422</sup>. La loi du lieu d'exécution coïncide, en l'espèce, avec la loi choisie par les parties. Le contrat prévoyait l'application du Code de travail du Niger, ses règlements d'application et la convention collective interprofessionnelle de la République du Niger. L'arrêt d'appel a été cassé parce qu'il énonçait « *qu'il importait peu que l'exécution du contrat de travail se fasse à l'étranger, puisque le contrat avait été signé en France entre deux personnes de nationalité française* ».

---

<sup>417</sup> On peut citer notamment P. RODIERE, *La Convention collective de travail en droit international*, Paris 1987, « Conflits de lois en droit du travail : étude comparative », *Dr. Soc.* 1986, p. 188 et s, « Conflit de lois en droit du travail », *J-CL. dr. Int.*, fas 573- 1. A. et G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 1991; H. GAUDEMET-TALLON, « La loi applicable au contrat de travail international » in *La semaine juridique, Cahiers de droit de l'entreprise*, 17 juillet 1986, supp, pp. 2 et s ; M-A. MOREAU BOURLES, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », *Dr. Soc.* 1986, p. 23 ; P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité ; ANCEL (B) et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 1987, p. 255.

<sup>418</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 87.

<sup>419</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> éd. 1983, t. 2 n° 576.

<sup>420</sup> Soc. 25 janvier 1984, Bull V, n° 34, *RCDIP* 1985, p. 327.

<sup>421</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, op. cit., p. 26.

<sup>422</sup> Soc. 7 mai 1987, *RCDIP*, 1988, p. 78, 1<sup>ère</sup> esp. note H. Gaudemet-Tallon.



Selon M. LAGARDE, il est intéressant ce groupement d'indices qui « *était naguère retenu pour justifier la compétence normale de la loi française* »<sup>423</sup> et non plus le lieu d'exécution. Ce n'est qu'à partir du moment où le rattachement rigide au lieu d'exécution a été « *érigé en dogme détaché de son fondement protecteur* »<sup>424</sup>, qu'il a commencé à produire ses effets parfois, défavorables à l'égard du salarié.

Plusieurs arrêts, même avant celui du 7 mai 1987, en témoignent. On peut en citer l'arrêt de la Chambre sociale du 6 novembre 1985<sup>425</sup> relatif à un contrat conclu entre un salarié français et une société française pour le compte de sa filiale au Ghana. La Chambre sociale a cassé l'arrêt attaqué pour avoir accordé au salarié licencié l'indemnité de préavis en application de la loi française. La Cour rappelle que le contrat était exécuté au Ghana et que la clause contractuelle ayant autorisé le licenciement était valide en fonction du droit Ghanéen. Le raisonnement en fonction de la proximité a gagné, à cette étape, du terrain par rapport à la liberté.

***L'intervention de la loi d'autonomie, une faveur aléatoire.*** Après de multiples reformulations, la norme jurisprudentielle a retenu un rattachement à la loi de lieu d'exécution et à la loi d'autonomie en donnant compétence, parmi ces deux lois à celle qui soit la plus favorable au travailleur. Toutefois, on peut constater que la mise en œuvre de cette règle de conflit peut jouer dans deux sens contradictoires.

Elle peut jouer positivement au profit du travailleur. Il en est, ainsi, lorsque la loi du lieu d'exécution se trouve écartée au profit de la loi française choisie par les parties et plus favorable au salarié. Il en est, également, lorsque la loi française du lieu d'exécution est écartée par une loi choisie par les parties et considérée plus avantageuse. Un exemple jurisprudentiel en témoigne nettement. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 8 juillet 1981, il était fait application à un journaliste américain travaillant en France de la loi américaine plus favorable que la loi française<sup>426</sup>.

Mais, la règle peut jouer aussi dans un sens défavorable au salarié. Une première hypothèse est fréquente. Il s'agit des cas où la loi du lieu d'exécution bien que peu protectrice est en même temps la loi choisie par les parties. La protection supposée être

---

<sup>423</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 88.

<sup>424</sup> *Ibid.*

<sup>425</sup> Soc. 6 novembre 1985, *RCDIP*, 1986, p. 501, 1<sup>ère</sup> esp.

<sup>426</sup> Cour d'Appel de Paris, 8 juillet 1981, *Clunet*, 1983, p. 132. Il s'agit en l'espèce de l'application de la loi américaine choisie à un journaliste américain travaillant en France.

procurée au travailleur et tributaire du contenu favorable de la loi étrangère déclarée applicable.

Certains droits comparés, pour éviter un pareil risque, ont conditionné l'application de la loi étrangère choisie par le caractère plus favorable que le droit du for. Il en est ainsi de la loi grecque du 18 avril 1984 portant protection des grecs travaillant en Asie ou en Afrique en vertu de laquelle « *la clause prévoyant l'application d'une loi étrangère est plus favorable que le droit grec pour le travailleur, conformément au choix de celui-ci* »<sup>427</sup>.

Une autre hypothèse se rapporte au cas où la loi du lieu d'exécution est peu protectrice et qu'aucune autre loi plus favorable n'a été choisie. Un arrêt rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 28 février 1986 opposant Air Afrique à l'un de son personnel en fait une illustration<sup>428</sup>. Il s'agissait d'un pilote français dont la prestation de travail était fournie à bord d'avions ivoiriens mais la base d'affectation était Paris. La Cour de cassation affirmait que la localisation devait avoir lieu en côte d'Ivoire. D'autre part, elle confirme les juges du fond d'avoir jugé les indices d'une volonté de choix de la loi française insuffisants. Elle en conclut l'absence d'une volonté contraire à la loi ivoirienne du lieu d'exécution.

L'arrêt a été doublement critiqué. Le lieu d'exécution était incertain du fait que l'avion est ivoirien mais la base d'affectation est Paris. De plus, « *les juges du fond ne s'étaient livrés à aucune recherche d'indices concernant la soumission éventuelle du contrat du pilote à une loi qui aurait été choisie d'un commun accord et qui aurait été plus favorable (ici la loi française, s'agissant d'un pilote dont la base était Paris et qui était de nationalité française)* »<sup>429</sup>. C'est ce qui a poussé à considérer que par cet arrêt, la Cour de cassation retient une solution divergente de celle qui a prévalu dans l'arrêt du 31 mars 1978. Elle manifeste, aussi, « *une certaine réserve à faire prévaloir une loi d'autonomie plus favorable* »<sup>430</sup>. On a reproché à la jurisprudence la négligence d'indices de volonté commune qui auraient pu faire aboutir à la loi française plus favorable<sup>431</sup>.

Pour M. LAGARDE, l'arrêt témoigne plutôt de la face cachée de la règle de conflit jurisprudentielle souvent défavorable au travailleur.

---

<sup>427</sup> RCDIP, 1988, p. 398.

<sup>428</sup> Ch. Mixte, 28 février 1986, Air Afrique, *D*, 1987, p. 181, concl. Franck. *D*. 1987, p. 173, RCDIP, 1986, p. 501, note P. LAGARDE ; *Dr soc* 1986, p. 406, note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>429</sup> G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> Dans le même sens : un arrêt de la Cour de cassation, Soc. 6 novembre 1985, CFAO c/ Garnier Chevillé, RCDIP, 1986, p. 51, note P. Lagarde. M. G. LYON-CAEN, reproche à la Cour dans cet arrêt de ne pas avoir retenu la loi française comme loi d'autonomie en se basant sur un ensemble d'indices : l'employeur initial était français, le salarié était français et le lieu de conclusion du contrat était la France.

***La combinaison des rattachements à la proximité et à la volonté, une difficile articulation de la justice d'égalité et de la justice de liberté.*** L'examen de cette longue construction jurisprudentielle de la règle de conflit française est révélateur de la délicatesse de tout effort visant à établir une solution qui serait socialement juste. Les intérêts en jeu, sont tellement contradictoires et difficiles à concilier. La dimension conventionnelle et la fonction économique du contrat de travail s'opposent constamment aux exigences d'ordre social tenant à favoriser la partie faible au rapport juridique. En donnant compétence à la loi la plus avantageuse au salarié, la jurisprudence française procède à une articulation de la proximité et de la liberté dans un ordre concurrentiel orienté vers la réalisation de la justice. La satisfaction du résultat recherché n'est, pourtant pas, garantie en raison de la nature même des rattachements retenus. Elle suppose l'exercice par les parties de leur liberté de choix et que la loi choisie soit d'un contenu plus favorable que celui que prescrit la loi désignée par le rattachement de proximité. Elle dépend également du pouvoir discrétionnaire du juge dans l'identification de la volonté des parties notamment lorsque cette volonté prend une forme implicite.

Avec l'adoption de la Convention de Rome, vont coexister deux normes combinatoires : la norme jurisprudentielle pour les contrats conclus avant 1980 et la norme conventionnelle pour les contrats conclus après le 1<sup>er</sup> avril 1991, date d'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Le sens de la combinaison des rattachements dans les deux normes n'est pas identique.

## B) La combinaison législative des rattachements

***La loi d'autonomie entre fonction sociale et libéralisme.*** Afin de mesurer l'intérêt accordé au travailleur dans la Convention de Rome, il est primordial de s'arrêter sur le destinataire de la norme avant d'examiner la manière par laquelle les différents rattachements sont articulés.

En fait, la Convention de Rome est toujours présentée comme accordant une attention particulière aux contrats comportant une partie faible contrairement au texte de l'avant-projet de cette convention. Arrêté en juin 1972<sup>432</sup>, l'avant-projet visait dans son

---

<sup>432</sup> *JDI* 1976, p. 653. Le rapport sur l'avant-projet était rédigé par M. Giuliano, P. Lagarde et Van Sasse Van Ysselt, *Riv. di. dir. int. priv, proc.*, 1973, pp. 198 et s.

article 2 et dans le dernier alinéa de son article 5, sans distinction, le « contrat de travail » et la « relation de travail ». La Convention de 1980 allait plutôt consacrer son article 6 au « contrat individuel »<sup>433</sup> ce qui exclut les rapports collectifs de travail. Toutefois, le rapport sur la Convention<sup>434</sup> précise que l'article 6 « *couvre également le cas des contrats nuls ainsi que les relations de pur fait, notamment, celles se caractérisant par un non-respect des dispositions contractuelles imposées par la loi en vue de la protection du travailleur* ».

Seulement, le souci de protection du travailleur n'a pas donné lieu, comme dans la norme jurisprudentielle à un rattachement de principe à la loi du lieu d'exécution. C'est dans ce sens que voulant concilier les divers intérêts en présence<sup>435</sup>, la règle de conflit contenue dans l'article 6 retient, tout comme pour les autres contrats, le principe du rattachement à la loi d'autonomie. Ainsi, l'article 6 annonce que le contrat est régi par la loi choisie par les parties.

Mais, la liberté des parties bien que formulée sous un principe, n'est pas aussi étendue que dans les autres contrats puisque le choix fait par les parties « *ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix* ». Cette loi dont les règles impératives s'imposent aux parties est soit celle qui résulte du rattachement subsidiaire à savoir la loi du lieu d'exécution habituelle du travail, soit celle de l'établissement qui a embauché le travailleur en cas d'impossibilité de détermination du lieu d'exécution habituelle du travail soit celle qui en raison des liens plus étroits avec le contrat est déclarée objectivement applicable par le juge.

Par cette articulation des rattachements, la règle de conflit exprime « *le souci de réduire les risques que court un salarié dans un contrat de travail international (ce qui paraît) pour ce qui est des relations individuelles de travail, mieux traduit par une règle de conflit axée sur la loi d'autonomie* »<sup>436</sup>.

Deux constatations essentielles peuvent être tirées de la règle de conflit conventionnelle. D'abord, le principe d'autonomie de la volonté est retenu comme un rattachement de principe ce qui laisse entendre qu'il n'y a pas inadéquation absolue entre le jeu de la volonté et la protection des parties faibles. On en déduit que pour les rédacteurs

---

<sup>433</sup> L'avant-projet utilisait, dans son article 2, l'expression « relation de travail » et dans son article 5 le terme plus précis de « contrat de travail ».

<sup>434</sup> Rapport MM. GIULIANO et P. LAGARDE, *JOCE*, n° c. 282 du 31 oct. 1980.

<sup>435</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE n° 80/ 934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) », *Rev. Europ.* 1981, p. 256.

<sup>436</sup> P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité, p. 259.

de la Convention, la soumission du contrat de travail à la loi locale ne constitue nullement une fatalité<sup>437</sup>.

Ensuite, l'idée de protection du travailleur résulte essentiellement de la combinaison des rattachements à la volonté et à la loi locale. C'est dans ce sens que certains auteurs considèrent que la Convention autorise « *subjectivisme aidant avec davantage de justesse et de cohérence, une bienveillante interprétation des circonstances et, donc, une meilleure protection de la partie la plus faible* »<sup>438</sup>. Ainsi, comme d'ailleurs dans la règle de conflit jurisprudentielle, on estime que le rattachement à la volonté pourrait remédier aux insuffisances matérielles résultant de l'application de la loi du lieu d'exécution. La compétence de cette loi ne fournit qu'une protection minimale au travailleur.

***Champ d'intervention de la norme et harmonisation des solutions.*** L'intérêt du rattachement à la volonté dans la Convention de Rome s'explique entre autres par un souci d'alignement de la compétence législative sur la compétence judiciaire. Etant fortement liée à la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, la Convention de Rome révèle la volonté des Etats membres d'adopter des solutions harmonieuses sur la question du droit applicable aux obligations contractuelles. On a pu même considérer que l'adoption de l'article 6 de la Convention est rendue nécessaire « *faute d'unification ou d'harmonisation suffisante des droits du travail et l'existence d'un marché de travail unique* »<sup>439</sup>.

Le souci d'harmonisation des solutions est d'autant plus clair que la Convention de Rome, contrairement au projet de 1972<sup>440</sup>, a un champ d'application large. Elle ne régit pas uniquement les rapports intra-européens. Elle s'étend aux ressortissants des pays tiers qui travaillent sur le territoire de la communauté. D'où sa vocation universelle qui dépasse les rapports strictement européens. En fait, les solutions des conflits de lois en matière de contrat de travail, bien que résultant de la Convention, sont incorporées dans les systèmes

---

<sup>437</sup> *Ibid.*

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>440</sup> Projet de Règlement sur les conflits de lois en matière de contrat du travail du 28 mars 1972, *JOCE*, 18 mai 1972, comm. RODIERE, *RTD. Eur.*, 1973, p. 1, lequel a été révisé le 28 avril 1976, (Soc. Com. V 622/ 75). Le projet avait un champ d'application limité. Il était lié à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Il ne concernait ni les ressortissants européens travaillant hors communauté ni les ressortissants des pays tiers. C'est ce qui constituait son point faible.

juridiques des pays signataires. Ainsi, « *une règle de conflit de source internationale devient une règle de conflit nationale dans chacun des pays signataires du traité qui lui a donné naissance* »<sup>441</sup>.

De plus, l'objectif unificateur de la Convention se révèle non seulement par son domaine d'intervention large mais aussi par les modalités d'interprétation de ses règles. L'article 18 de la Convention préconise « (qu') *aux fins de l'interprétation et de l'application des règles uniformes qui précèdent, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans la façon dont elles sont interprétées et appliquées* ».

L'objectif d'harmonisation des solutions va par la suite prendre une autre forme avec l'adoption du Règlement Rome I en 2008 en prenant une dimension régionale et unifiant les solutions aux différents Etats de l'Union Européenne<sup>442</sup>. Les Règlements permettent avec d'autres instruments telles que les directives, les décisions... de mieux concrétiser la politique d'uniformisation européenne. Remarquons à cet effet que pendant longtemps, les Etats membres de la CEE ont eu recours à des instruments classiques tels que conventions et traités. « *Mais la dernière décennie a été marquée par une tendance de plus en plus forte à délaisser ce type d'instruments, sans doute en raison de l'aléa résultant de la plus au moins grande célérité des Etats à les ratifier. Pour se limiter à un exemple, la Convention de Rome signée en 1980, n'est entrée en vigueur en France qu'en 1991* »<sup>443</sup>.

Mais en tant que texte unificateur, le Règlement Rome I présente une certaine particularité. En fait, si le Règlement Rome II « *a été créé ex nihilo par les autorités de l'Union, il faut insister sur le fait que celui-là (le Règlement Rome I) procède de la « communautarisation » pour une large part d'une Convention internationale préexistante, signée à Rome le 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles* »<sup>444</sup>.

Par le Règlement Rome I, « *L'Union européenne a transformé la Convention de Rome du 19 juin 1980, instrument international en acte de l'Union* »<sup>445</sup>. Le Règlement fait ainsi, l'objet d'un « déshabillage juridique ». Seulement, la communautarisation de la Convention de Rome par l'Union Européenne ne se trouve pas justifiée à deux titres.

---

<sup>441</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> édition, 1991, n° 176, p. 1 et s.

<sup>442</sup> En fait, il ressort de l'article 81 FUE que « l'Union ne peut adopter des mesures que « lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » et dans le but d'assurer « la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflit de lois ». Or, l'unification des règles de conflit par le Règlement va au-delà du strict objectif de compatibilité des solutions. J. Heymann, en a tiré la conclusion qu'« *il semble donc établi qu'une telle mesure soit disproportionnée et outrepassé le cadre de la compétence reconnue à l'Union* », *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme*, Economica, 2010, p. 84.

<sup>443</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> édition, 2014, Sirey, p. 11 et s.

<sup>444</sup> J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, op. cit, p. 78.

<sup>445</sup> *Ibid.*

D'abord, au regard du principe de subsidiarité<sup>446</sup>, on constate que contrairement à la Convention de Rome qui réunissait tous les Etats membres de l'Union, le Règlement Rome I n'incluait initialement pas deux Etats membres de l'Union à savoir le Royaume Uni et le Royaume de Danemark<sup>447</sup>. Ces deux Etats se trouvent qualifiés en vertu du Règlement comme Etats tiers<sup>448</sup>. De ce fait, l'article 24<sup>449</sup> du Règlement ne leur est pas opposable et la Convention de Rome ne peut leur être substituée par le Règlement Rome I. En conséquence, « le Règlement ne pourra atteindre l'objectif d'unification recherché en ne pouvant se substituer totalement à la Convention de Rome du 19 juin 1980 »<sup>450</sup>. Un morcèlement de la catégorie contractuelle s'est engendré.

Ensuite, le fondement purement européen du Règlement<sup>451</sup> justifié par « le bon fonctionnement du marché européen »<sup>452</sup> rend sa portée universelle douteuse<sup>453</sup>.

Néanmoins, ces arguments de textes ne permettent pas aussi d'affirmer que la Convention de Rome, contrairement au Règlement, est de portée purement internationale. En fait « le caractère formellement international de ce texte ne doit pas faire oublier qu'il est d'inspiration communautaire »<sup>454</sup>.

---

<sup>446</sup> Ce principe est consacré par l'article 81 FUE, il permet à l'UE d'intervenir dans le domaine du conflit de lois « seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres (...) mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

<sup>447</sup> On a pu considérer que, procédant ainsi, le Règlement apporte « une entorse au principe de subsidiarité ». (J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, op. cit., p. 85). Le considérant n° 45 du Règlement prévoit que « conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> (du) protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la communauté européenne et sans préjudice de l'article 4 de ce protocole, le Royaume Uni ne participe pas à l'adoption du présent Règlement et n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application ». Néanmoins, lors du conseil des ministres des 24 et 25 juillet 2008 il a accepté le Règlement.

Concernant le Danemark, le considérant n° 46 énonce que « conformément aux articles 1<sup>er</sup> et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au Traité sur l'Union européenne et au Traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption du présent Règlement et n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application ».

<sup>448</sup> L'article 1 § 4 du Règlement prévoit expressément que « dans le présent Règlement, on entend par « Etat membre », tous les Etats auxquels le présent Règlement s'applique, à l'exception du Danemark ».

<sup>449</sup> L'article 24 § 1 du Règlement prévoit que le Règlement « remplace entre les Etats membres, la Convention de Rome, sauf en ce qui concerne les territoires des Etats membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette Convention et qui sont exclus du présent Règlement en vertu de l'article 299 du Traité CEE ».

<sup>450</sup> J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, op. cit, p. 81.

<sup>451</sup> L'adoption du Règlement Rome I a pour fondement juridique l'ex article 65 CE devenu l'article 81 FUE qui prévoit que « la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière... peut inclure l'adoption de mesures (...) qui notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent à assurer : c) la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence ».

<sup>452</sup> Il ressort de l'article 81 FUE que l'UE ne peut adopter des mesures que lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché européen.

<sup>453</sup> J. HEYMANN affirme qu'« il n'est pas certain que le Règlement Rome I puisse être doté d'une quelconque portée universelle », J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, op. cit, p. 82.

<sup>454</sup> C. KOHLER et E. JAYME, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *RCDIP*, 84, janvier-mars 1995, p. 2, l'auteur apporte la même remarque quant à la Convention de Bruxelles régissant les conflits de juridictions.

Nous constatons par contre, que l'harmonisation des solutions dans les deux textes européens a eu pour effet essentiel de réaffirmer le rôle principal de l'autonomie de la volonté dans une matière aussi délicate que celle du contrat de travail international. Ceci ne peut que raviver le débat classique autour du principe d'autonomie de la volonté. Dans une matière aussi spéciale que le droit du travail, le libre choix du droit applicable est au cœur d'une réflexion renouvelée autour du droit fondamental à la liberté et de la fonction allouée à la volonté.

## **Section 2: L'intervention de la liberté**

*Autonomie de la volonté et contrat de travail, quelle adéquation ?* La loi choisie par les parties répond, généralement, en matière contractuelle à l'impératif de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions. Or, dans la règle de conflit relative au contrat de travail, la loi d'autonomie est censée jouer une fonction matérielle et contribuer à la production d'une solution juste. Se posent alors, des interrogations quant à l'adéquation du principe de liberté de choix par rapport à un contrat comportant une partie faible. Elle incite à une réflexion sur la nature même du principe d'autonomie de la volonté, son évolution et ses fondements théoriques (§ 1).

Mais, l'instauration de la liberté ne se limite pas à reconnaître aux parties le droit à un libre choix du droit applicable. Encore faut-il que soit admises toutes les formes de manifestation de la volonté et qu'elles soient soumises à un régime juridique libéral (§ 2).

### **§ 1 : Les fondements du rattachement à de la liberté**

*Principe d'autonomie de la volonté et paradigme de droit international privé.* Les fondements de la notion d'autonomie de la volonté se rapportent non seulement aux circonstances qui ont entouré les premières apparitions de la notion mais aussi au débat doctrinal évolutif autour du sens de l'autonomie de la volonté et du rôle qu'elle peut avoir en droit international privé. Leur examen n'est pas uniquement d'ordre historique. Il sert, aussi, à identifier le statut exact attribué à l'autonomie de la volonté dans les solutions actuelles de conflit de lois et son adéquation à des catégories spéciales telles que les contrats conclus par les parties faibles.



Il nous semble alors, essentiel, de revenir sur les origines du principe avant d'analyser son évolution parallèlement aux mutations que connaît le droit international privé notamment dans le sens de la matérialisation de ses solutions. Nous interrogerons le principe d'autonomie de la volonté afin de mesurer la possibilité de concilier, dans la règle de conflit, liberté et protection de la partie faible.

#### A- Les origines du principe d'autonomie de la volonté en droit international privé

**Intérêt de l'analyse.** L'essor vigoureux que connaît aujourd'hui la conception autonomiste ne doit pas dissimuler l'hostilité de tant d'illustres auteurs à son égard. L'examen des motifs sur lesquels se basait cette hostilité<sup>455</sup> permet de mieux placer la *ratio* qui fonde aujourd'hui, la règle de l'autonomie. C'est, d'ailleurs, de ces motifs exposés aussi bien par la doctrine française que par de nombreux auteurs européens<sup>456</sup> que le principe d'autonomie tire ses origines et qu'il justifie la recommandation de son introduction dans la règle de conflit tunisienne relative au contrat de travail international.

**Autonomie de la volonté et formalisme.** Pour revenir plus loin dans l'histoire, il faut signaler que le rattachement du contrat à la loi d'autonomie n'a pu apparaître en droit international privé qu'avec l'affaiblissement du rôle attribué à la *lex loci contractus* dans la réglementation des contrats. En fait, c'est au moment où le principe de consensualisme fut affirmé au XIII<sup>ème</sup> siècle, que « *le lieu de conclusion du contrat devient un rattachement inadapté* »<sup>457</sup>. Il en revient à dire que la loi du contrat était à un siècle précédent, c'est-à-dire au XII<sup>ème</sup> siècle, celle où le contrat eut naissance, autrement dit, celle « *où il est matériellement conclu* »<sup>458</sup>. La conviction en droit romain à cette époque était que la manifestation de la volonté des parties ne peut suffire à elle seule à la conclusion du contrat. A cette volonté doit « *s'ajouter*

---

<sup>455</sup> Sur les arguments présentés par les anti-autonomistes, CH. BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. I, Paris-Genève, 1882, pp. 112, 150-152 et t. II, Paris-Genève, 1883, pp. 67-69, 145-163 ; A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris-Grenoble, 1903.

<sup>456</sup> Il s'agit en Suisse de Sause-Hall, « Le droit applicable aux obligations en droit international privé », *Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins* 1925, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 44, pp. 271 ss et A-F. SCHNITZER, « L'autonomie de la volonté des parties en droit interne et en droit international », *RCADI*, 1939, 243-266. En Allemagne, Von BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t II, Hannover 1889, pp. 3-5 ; WALKER, *Internationales Privatrecht*, Vienne, 19926, pp. 343 ss.

<sup>457</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, (préf. B. Teyssier), LGDJ, Paris, 1993, p. 40.

<sup>458</sup> *Ibid.*

*la traditio de la chose ou l'exécution d'une formalité* »<sup>459</sup>. En conséquence, c'était la loi de cette *traditio* ou formalité qui régissait le contrat<sup>460</sup>.

**Autonomie de la volonté et consensualisme.** L'abandon de l'exigence relative au formalisme était le premier pas vers l'apparition du principe de consensualisme. La première conséquence était de restreindre le champ d'application de la *lex loci contractus* sans pourtant l'anéantir totalement. Certains des canonistes « *avaient essayé de s'affranchir de la compétence de la loi du lieu du contrat notamment parce que les contractants peuvent parfois l'ignorer* »<sup>461</sup>.

Après, on a commencé à se rapprocher de l'idée d'autonomie avec Roclus CURTUS qui justifie l'applicabilité de la loi du lieu de conclusion du contrat par le fait qu'elle est tacitement désignée par les parties<sup>462</sup>. Ainsi, « *de l'idée d'une simple information des contractants quant à la tenue de la loi, la doctrine glisse vers l'idée d'une nécessaire volonté des parties à l'accord* »<sup>463</sup>. Cependant, aucune déduction n'a été faite quant à un rôle plus important de la volonté. Celle-ci n'est pas encore considérée comme capable d'écarter la loi du lieu de conclusion du contrat. « *M. Caleb conclut à juste titre que les post glossateurs n'ont guère dû envisager cette théorie.* »<sup>464</sup>.

Ça sera plus tard, avec DUMOULIN qu'une pareille fonction de la volonté fût affirmée. L'auteur fût considéré « *le fondateur de la théorie de l'autonomie de la volonté* »<sup>465</sup>.

On a pu alors, considérer que la volonté des parties qui donne toute sa force au contrat est « *absolument souveraine* »<sup>466</sup>. On ne dira pas que la loi est territoriale. Au contraire, « *elle sera d'application universelle parce que la volonté des parties doit pouvoir s'irradier sans limites* »<sup>467</sup>.

DUMOULIN ira, ensuite, plus loin en affirmant l'idée du choix tacite de la loi. C'était d'abord, à propos du régime matrimonial qu'il a pu considérer que les deux époux mariés sous un régime donné « *l'ont tacitement accepté, sinon, ils en auraient préféré un autre* »<sup>468</sup>.

L'idée fût, ensuite, étendue à tous les contrats. Et, en dépit des récriminations de B. D'ARGENTRE, l'idée fût consacrée par la jurisprudence et admise par la doctrine

---

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> J-P NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, tome 16, p. 8.

<sup>462</sup> *Ibid.*

<sup>463</sup> PH. COURSIER, *le conflit de lois en matière de contrat de travail, op cit*, p. 42.

<sup>464</sup> M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse strasbourg, 1927, pp. 129 à 133, cité par J-P Niboyet, cours précité, p. 8.

<sup>465</sup> J-P NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », cours précité, p. 9.

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> *Ibid.*

<sup>468</sup> *Ibid.*

notamment Pothier et Merlin qui « donnent aux idées de Dumoulin l'immense publicité de son célèbre répertoire »<sup>469</sup>. Néanmoins, jusque-là ne fût pas abordée, sinon bien abordée, la question de lois dites impératives en matière de contrat ni les exigences relatives à la protection de parties faibles.

***Apparition de l'autonomie de la volonté et impérativité de la loi.*** L'absence de toute référence à la loi d'autonomie a permis à NIBOYET d'avouer que « jusque-là, en effet, il est peut-être exagéré de parler d'une théorie de l'autonomie de la volonté »<sup>470</sup>. La position de NIBOYET donne une parfaite illustration de l'opposition entre les deux principaux courants doctrinaux qui s'intéressent aux fondements de l'autonomie de la volonté.

Le premier « attribue à l'autonomie de la volonté une origine pré ou paraétatique, tout en admettant sa régulation par le législateur »<sup>471</sup>. Récemment, le professeur BASEDOW a avancé des arguments historiques et philosophiques en faveur de ce courant en considérant que le fondement du principe d'autonomie de la volonté est « le droit subjectif, d'origine pré étatique, du particulier de se soumettre par une déclaration privée dans une situation transfrontalière, à un ordre juridique positif donné »<sup>472</sup>.

Par contre, le second admet que c'est plutôt la loi qui permet aux parties de soumettre leur contrat à la loi d'un Etat donné. Cette idée est partagée par la doctrine tunisienne<sup>473</sup>. Ce courant, appelé « légaliste », se trouve parfaitement illustré dans une citation fameuse de NIBOYET selon laquelle « tant en droit international qu'en droit interne, l'autonomie de la volonté n'existe pas ».

D'ailleurs, le premier argument qui fût présenté par les anti-autonomistes était de voir dans le principe d'autonomie une conséquence inadmissible, celle de reconnaître aux particuliers un pouvoir législatif. Ils n'admettaient pas que les lois impératives dans l'ordre interne puissent se transformer en lois facultatives dans l'ordre international soumises ainsi au choix des parties<sup>474</sup>. Le principal fondement avancé pour justifier cette objection réside

---

<sup>469</sup> *Ibid.*

<sup>470</sup> *Ibid.*

<sup>471</sup> CH. KHOLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, 2012, Volume 359, p. 331.

<sup>472</sup> J. BASEDOW, « Theorie der Rechtswahoder parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privtrechts », *RabelsZ*, 75 (2011), pp. 32, 36 s et les références, Cité par KHOLER, cours précité pp. 303 et 332.

<sup>473</sup> M-A. Hachem considère que l'accord des parties quant au choix du droit applicable ne peut être valable que si un droit approprié lui sert de cadre et d'appui, M. A HACHEM, *Leçons de Droit International Privé*, Livre II, Centre d'Etudes de Recherches et de Publication, 1996, p. 233

<sup>474</sup> « Toutes les lois, dans cet ordre d'idées, sont toutes des lois facultatives au point de vue international (puisqu') il dépend de la volonté des parties d'accepter ou de repousser leur autorité », A. PILLET, « Essai d'un système général de solutions des conflits de lois », *Clunet*, 1895, p. 939.

dans la qualification même du conflit de lois. Ce conflit n'était considéré rien d'autre qu'un conflit de souverainetés. PILLET soutenait, en conséquence, que l'autonomie de la volonté « énerve l'action de la loi, annule son autorité »<sup>475</sup> ce qui la rend inadmissible.

Or, on a pu, plus tard, objecter à cet argument par le constat qu'il « part de prémisses exactes...mais arrive à une conclusion que les prémisses en question n'impliquent pas »<sup>476</sup>. Le pouvoir pour les particuliers de désigner une loi qui va régir leur rapport contractuel, est envisagé par une norme qui attribue à ce pouvoir un effet juridique. « Si elle existe, cette norme est une règle de conflit : et c'est elle qui renferme par conséquent la justification de l'autonomie de la volonté en droit international privé ».

Quelques années plus tard, BATIFFOL a développé une « variante atténuée de cette approche »<sup>477</sup>. En fait, dans sa théorie de la localisation en matière de contrat, il considère que « la loi de conflit donne comme rattachement la volonté des parties mais celle-ci fixe seulement les éléments qui localisent le contrat tout comme la localisation d'un meuble dont on déduit la loi réelle »<sup>478</sup>.

Le débat quant à l'étendue du rôle que peuvent jouer les parties dans la détermination de la loi applicable à leur relation contractuelle « n'est pas encore totalement dissipé »<sup>479</sup>. Mais, un consensus est apparu quant à l'existence de ce rôle. C'est en ce sens qu'« au XIX<sup>ème</sup> siècle, le système est dit, par imitation d'une théorie du droit civil, d'autonomie de la volonté »<sup>480</sup>. L'expression « autonomie de la volonté » est apparue alors, à la fin de ce siècle pour se substituer à celle d'« autonomie des parties »<sup>481</sup>.

**Déséquilibre contractuel et remise en question de l'idée d'autonomie.** Le principe d'autonomie de la volonté repose sur le postulat de liberté des contractants. Or, c'est cette même liberté qui est en question dans le contrat de travail. Le choix du droit applicable n'est pas nécessairement, l'expression d'une volonté libre du travailleur. Il peut lui être imposé, à l'image des autres clauses du contrat. On constate alors, qu'à propos du contrat de travail, « le débat (relatif à l'autonomie de la volonté) n'est pas que théorique, il est aussi économique : admettre le choix de loi permet aux employeurs de tirer parti de la diversité des législations

---

<sup>475</sup> *Ibid.*

<sup>476</sup> A. CURTI GIALDINO, « la volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, vol. 137, 1972, p. 769.

<sup>477</sup> KHOLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », cours précité, p. 331.

<sup>478</sup> H. BATIFFOL, « le rôle de la volonté en droit international privé », *Archives et philosophie du droit*, 1957, Paris, Dalloz, pp. 71, 73.

<sup>479</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op. cit., p. 43.

<sup>480</sup> *Ibid.* ; V. RANOUIL, *l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, P.U.F, 1980.

<sup>481</sup> *Ibid.* pp. 12-75.

*sociales* »<sup>482</sup>. C'est ce qui explique que jusqu'à l'heure actuelle, certains auteurs sont contre le rattachement du contrat de travail à la loi d'autonomie<sup>483</sup>. Sa consécration en droit européen est révélatrice d'une orientation libérale qui est le résultat d'un processus d'évolution très intéressant.

## B- L'évolution du concept de « la loi d'autonomie » en droit international privé

***Le sens de l'évolution.*** L'apparition du concept d'« autonomie de la volonté » en droit civil et sa transmission aux rapports internationaux privés a suscité un long débat autour du sens de la volonté ainsi que du champ de son intervention. Le débat était centré autour de l'opposition entre la thèse objectiviste et la thèse subjectiviste. Il a été par la suite atténué avec l'apparition d'une thèse conciliatrice dont l'apport est l'abandon de la localisation totalement objective et l'adoption d'un rattachement subjectivé.

Nous partirons d'une présentation des différentes thèses relatives à l'autonomie de la volonté afin de déterminer les fondements théoriques qui sous-tendent le rattachement à la volonté dans le contrat de travail international. Libéralisme, individualisme et naturalisme sont autant de théories à interroger. Elles sont révélatrices de la fonction normale allouée à la volonté ce qui pose des interrogations quant à l'adéquation de la loi d'autonomie au contrat de travail et aux différents intérêts qu'il met en jeu.

### 1) La thèse subjectiviste

***Subjectivisme et triomphe de l'individualisme.*** L'apparition de cette thèse et son évolution étaient le résultat du développement de l'idéologie individualiste, l'affirmation du libéralisme économique ainsi que l'évolution du commerce international<sup>484</sup>.

En effet, le courant individualiste a pu mettre en avant la volonté individuelle, celle-ci étant considérée comme antérieure à la loi et indissociable à la liberté<sup>485</sup>. De ce constat vont découler deux conséquences.

---

<sup>482</sup> F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail international », *Répertoire de droit international*, février 2019, n° 84.

<sup>483</sup> Citons à titre d'exemple, SINAY-CITERMANN, « La protection du salarié en droit international du travail », article précité, p. 318. – *Addé* : HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, 1990, Joly éditions.

<sup>484</sup> M.S. MOHAMED MAHMOUD, « loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 2005, n° 315, pp. 153-154.

<sup>485</sup> *Ibid.*

La première concerne le rôle de la volonté en matière de contrat. Celle-ci étant déterminante de son contenu. Le contrat n'étant rien autre qu'un accord de volonté qui fait naître des effets juridiques.

La deuxième, concerne le rapport entre la volonté et la loi. En fait, dans l'esprit subjectiviste, la volonté souveraine des parties détermine non seulement le contenu du contrat mais également tout ce qui lui a trait notamment le dispositif juridique qui lui est applicable. Ainsi, les parties libres « *peuvent, non seulement choisir une loi, opérer un panachage entre plusieurs lois ou à la limite, s'affranchir de toute loi étatique* »<sup>486</sup>.

**Subjectivisme et théorie de l'incorporation de la loi au contrat.** En fonction de la théorie subjectiviste, dans le rapport contrat-loi c'est le contrat qui domine la loi. Lorsqu'elle est choisie par les parties elle devient une composante du contrat, elle lui est incorporée comme toute autre clause qui lui a été directement insérée par les parties<sup>487</sup>. Mais, il n'est pas obligatoire que les parties choisissent une loi pour leur contrat. Un contrat « sans loi » peut naturellement exister. Il constitue, d'ailleurs, « *une conséquence possible de la conception subjectiviste pure* »<sup>488</sup>.

Un autre effet de la liberté s'engendre, dans la conception subjectiviste, à l'égard des normes impératives. Celles-ci ne peuvent pas s'imposer à la volonté des parties. C'est ce qui découle, d'ailleurs, du rapport loi-contrat. Dans le raisonnement subjectiviste, la volonté est souveraine et est antérieure à l'apparition de la loi. De ce fait, la loi choisie est incorporée au contrat et est destinée à le compléter plutôt qu'à le régir. Dans les rapports internationaux, sa valeur n'est rien autre que ce que lui confère la volonté.

Ce rôle de la loi trop lié par la volonté des parties découle du fait que la « *loi d'autonomie s'est laissée progressivement absorbée par le principe de l'autonomie de la volonté et cette absorption en a déformé la signification originelle* »<sup>489</sup>. Il y a là une véritable illustration de l'influence de l'idéologie individualiste et de la politique économique basée sur l'encouragement du commerce international, sur le droit international privé.

**Subjectivisme et contrats nuls.** Le dogme de la volonté souveraine sur laquelle sont basées cette idéologie et cette politique pousse à s'interroger quant à la nature de la règle

---

<sup>486</sup> *Ibid.*

<sup>487</sup> J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP*, 1993-1994, Pedone, 1996, pp. 23-37.

<sup>488</sup> M.S. MOHAMED MAHMOUD, « loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », cours précité, p. 115.

<sup>489</sup> *Ibid.*, p. 154.

d'autonomie. S'agit-il bien d'une règle de conflit bilatérale à l'instar des autres règles de détermination de la loi applicable en droit international privé alors même qu'elle repose sur un élément purement subjectif ?

Pour y répondre, on a pu affirmer que « *la loi d'autonomie n'est pas une règle de conflit comme les autres, elle ne peut avoir la même signification. Les parties sont supposées avoir choisi le droit applicable en fonction de son contenu concret et non en raison d'un quelconque rattachement abstrait* »<sup>490</sup>.

Certains sont allés jusqu'à nier tout caractère de règle de conflit à la loi d'autonomie. Celle-ci serait plutôt une règle de droit international privé matériel<sup>491</sup>. En fait, par l'incorporation de la loi d'autonomie, la règle de conflit se trouve dissoute<sup>492</sup>. Cependant, cette qualification se heurte à la nature même des règles matérielles qui donnent une solution directe et substantielle au problème posé, chose qui ne se vérifie pas pour la loi d'autonomie. La dimension matérielle de cette loi réside, néanmoins, dans le fait qu'elle aboutit à un principe de « *favor validatis* ». « *Eviter la nullité et assurer la validité du contrat relèveraient de la substance de la loi d'autonomie* »<sup>493</sup>. Cette fonction matérielle emporte sur la fonction localisatrice de la loi d'autonomie permettant ainsi au droit international privé de rejoindre le droit international public dans la satisfaction des besoins du capitalisme et le développement des échanges économiques.

La jurisprudence française a fait application de cette conception purement subjectiviste de la loi d'autonomie dans l'arrêt *American Trading Co.* rendu par la Cour de cassation française le 5 décembre 1910. Dans cet arrêt, la Cour a validé la clause d'exonération de responsabilité du capitaine insérée dans une charte partie qui se référait à la loi américaine du 13 février 1893 qui prohibait la clause. La Cour de cassation a pu affirmer que la volonté des parties était de ne se soumettre à la loi américaine qu'elles ont choisi que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte partie. Par cette interprétation, la loi se trouve subordonnée au contrat permettant ainsi de favoriser la solution qui valide le contrat.

## 2) La thèse objectiviste

---

<sup>490</sup> A. MEZGHANI, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI* 2003, t. 303, pp. 121-430, spéc. p. 154.

<sup>491</sup> CL. FRRY, *La validité des contrats en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1989, pp. 90 ss ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, op. cit.

<sup>492</sup> J-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP*, 1993-1994, Pedone, 1996, pp. 23 ss.

<sup>493</sup> A. MEZGHANI, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », Cours précité, p. 154.

**Objectivisme et localisation du contrat.** La détermination de la loi applicable au contrat, selon la thèse objectiviste, est le résultat « (d') *une certaine distribution des rôles entre le juge, d'une part, et les parties, d'autre part, évitant de conférer tous les pouvoirs aux seuls contractants* »<sup>494</sup>. La volonté des parties ne joue, alors, que partiellement dans la détermination de la loi applicable.

L'analyse objectiviste repose, méthodiquement sur une localisation du contrat en partant de ses différents éléments (lieu de conclusion, lieu d'exécution, nationalité des parties...), et en cherchant son « *centre de gravité* »<sup>495</sup>. A cet effet, « *les parties interviennent dans la localisation mais ne peuvent décider seules du droit applicable à la relation* »<sup>496</sup>. Il s'agit, en matière de détermination du droit applicable au contrat, d'une combinaison de rôle entre la volonté des parties, d'un côté, et l'intervention du juge de l'autre.

Cette thèse combinatoire se justifie, selon BATIFFOL, par le besoin de surmonter les difficultés théoriques et pratiques de l'idée que le contrat est régi par la volonté des parties<sup>497</sup>. Ce qui a fallu chercher « *une voie moyenne* »<sup>498</sup> selon laquelle « *la loi applicable est déterminée par le juge mais en raison de la volonté des parties quant à la localisation du contrat* »<sup>499</sup>.

**Objectivisme et protection des parties faibles.** Dans les contrats conclus par une partie faible, la thèse objectiviste semble plus adaptée, selon certains auteurs, à l'objectif de protection de cette partie. Ainsi, selon M. LECLERC, la doctrine objectiviste sert mieux la partie faible puisque ses tenants « *réduisent l'autonomie de la volonté à la portion congrue en ne la faisant intervenir qu'une fois déterminée la loi applicable au contrat et dans la mesure permise par la loi ainsi désignée* »<sup>500</sup>.

Ainsi, la théorie de l'incorporation « *ne permettant aux parties de modeler leur contrat par le choix des dispositions d'une loi étrangère que dans les limites tracées par les règles impératives de la proper law* »<sup>501</sup>. Par conséquent, la liberté de choix se trouve cantonnée au domaine des règles

---

<sup>494</sup> P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>495</sup> H. BATIFFOL, « le rôle de la volonté en droit international privé », *op. cit.*, n° 46 et s. p 41 et s.

<sup>496</sup> P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, *op. cit.*, p 47.

<sup>497</sup> H. BATIFFOL et P.L. AGARDE, *Traité droit international privé*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> édition, 1983, t. 2, p. 231, 243.

<sup>498</sup> *Ibid.*

<sup>499</sup> *Ibid.*

<sup>500</sup> Y. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, LGDJ, 1996, p. 157.

<sup>501</sup> *Ibid.*



supplétives ce qui rend la solution « *de prime abord en harmonie avec les exigences de la protection de la partie faible* »<sup>502</sup>.

**Objections à l'objectivisme.** Cette idée, telle que présentée par BATIFFOL, est parue pour certaines parties de la doctrine comme « *très subtile et raffinée* » et ne reflète pas « *les données de la réalité d'après laquelle la volonté des parties porte sur le choix de la loi et non pas sur la localisation du contrat* »<sup>503</sup>. Elle ne manque pas aussi d'autres graves objections. « *Les raisons en sont l'élargissement des pouvoirs qu'elle confère au juge et son corollaire nécessaire, l'incertitude et l'imprévisibilité juridiques* »<sup>504</sup>.

Au niveau de la jurisprudence française, la Cour de cassation a fait application de la thèse objectiviste notamment dans un arrêt de principe rendu le 24 avril 1952 par lequel elle a approuvé les juges du fond d'avoir, « *dégagé de l'économie de l'opération contractuelle, en recherchant dans le silence des textes et de la convention, l'intention présumée des parties quant à la localisation de celle-ci* »<sup>505</sup>. L'application du raisonnement objectiviste était dans cet arrêt liée à une hypothèse où les parties au contrat n'ont pas fait de choix express du droit applicable à leur contrat.

Quelques années plus tard, la même Cour va abandonner l'idée de « localisation » recherchée de l'intention des parties. En effet, dans son arrêt du 6 juin 1959, la Cour de cassation française affirme qu'« *à défaut de déclaration expresse (des parties), il appartient au juge du fond, de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants* »<sup>506</sup>. Sans qu'il s'agisse encore d'une hypothèse de choix express de la loi par les parties contractantes, la Cour se rapproche de la théorie de BATIFFOL quant à la distribution des rôles entre les parties et le juge en matière de détermination du droit applicable au contrat. C'est au juge que revient la détermination de la loi applicable au contrat à partir d'une interprétation souveraine de l'intention des parties quant à la localisation du contrat.

Ainsi, la clause de choix du droit applicable est, comme tout autre élément du contrat, soumise à l'appréciation du juge pour s'en servir en vue d'une localisation objective du contrat<sup>507</sup>. Certes, cette clause est souvent considérée comme déterminante, mais « *le juge*

---

<sup>502</sup> *Ibid.*

<sup>503</sup> M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI*, volume 158, p. 208.

<sup>504</sup> Y. LECLERC *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>505</sup> Cass. Civ., 24 avril 1952 : *RCDIP* 1952. 504, note MOTULSKY.

<sup>506</sup> Cass. civ., 6 juin 1959 : *RCDIP* 1959. 708, note H. BATIFFOL.

<sup>507</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité droit international privé*, LGDJ., 7<sup>ème</sup> édition, 1983, t. 2, n°573-1, p. 268, n° 593, pp. 308 et s.

*n'est jamais lié par le choix des parties : il peut accepter ou rejeter la loi désignée* »<sup>508</sup>. Cette théorie de localisation risque alors, d'infirmer parfois le choix des parties. Ceci paraît excessif notamment dans le cas de choix exprès de la loi. Par ce choix les parties envisagent désigner la loi applicable, ce qui rend artificiel d'en déduire une simple localisation du contrat<sup>509</sup>.

### 3) La thèse de la conciliation entre objectivisme et subjectivisme

***Subjectivisme modéré et protection de la partie faible, une adéquation possible.*** La thèse de la conciliation repose sur une intervention modérée de la volonté. En fait, « *la solution d'après laquelle ce sont les parties elles-mêmes qui déterminent la loi applicable au contrat est actuellement la solution la plus largement retenue dans les systèmes nationaux de droit international privé* »<sup>510</sup>. Le rôle de la commune volonté des parties n'est, donc, pas une simple localisation du rapport contractuel. La volonté des parties peut directement résoudre la question du droit applicable au contrat. Cependant, l'absence de volonté déclarée par les parties en faveur d'une loi donnée n'ouvre pas la voie à la recherche d'un choix présumé ou d'une volonté hypothétique.

Le choix fait par les parties, manifestation expresse de leur volonté, joue généralement et dans la plupart des systèmes juridiques comme une solution de principe. D'ailleurs, « *Ce n'est qu'à défaut d'un tel choix que la détermination de la loi qui régit le contrat devra se faire autrement, en utilisant l'un ou l'autre des critères subsidiaires de rattachement* »<sup>511</sup>. Il s'agit donc d'une modération du subjectivisme. La volonté des parties est retenue comme critère principal de détermination du droit applicable au contrat international. Si cette volonté fait défaut, le juge applique les critères de rattachement subsidiaires.

La solution a des mérites même en présence d'une partie faible au contrat. En fait, le respect de la volonté des parties peut amener à des solutions justes que l'objectivisme traditionnel est *a priori* incapable de réaliser *in concreto*<sup>512</sup>. C'est pour cette raison que nous trouvons excessive la solution tunisienne écartant totalement le jeu de la volonté dans le contrat de travail international. Nous estimons nécessaire la révision de l'article 67 du Code

---

<sup>508</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op. cit., p. 48.

<sup>509</sup> *Ibid.*

<sup>510</sup> A. C. GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, vol. 137, 1972, p. 206.

<sup>511</sup> *Ibid.*

<sup>512</sup> S. VERELLIS, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé: à la recherche de la justice », *RCADI*, volume 328, 2007, p. 175-485, pp. 392 et s.

de droit international privé en vue d'autoriser les parties au contrat de choisir le droit applicable.

Cette conception dualiste est affirmée dans plusieurs conventions internationales dont notamment la Convention de Rome de 1980. Elle correspond également à l'état actuel du droit positif tunisien. En fait, dans l'article 62 du Code de droit international privé, « *le subjectivisme est avoué* »<sup>513</sup> par la liberté de choix accordée aux parties. Mais, ce subjectivisme est modéré et un critère de rattachement objectif prédéterminé<sup>514</sup> intervient lorsque la liberté de choix n'est pas exercée<sup>515</sup>. Dans cette perspective, le rôle du législateur est ramené à une fonction de subsidiarité ou de régulation en déterminant, d'une part, une loi objective applicable en l'absence de choix et en contournant, d'autre part, le jeu de l'autonomie de la volonté par des seuils protecteurs impératifs. « *Cette perspective d'évolution se fonderait sur un axiome qui pourrait être qualifié comme celui de l'intervention législative minimale* »<sup>516</sup>.

Le subjectivisme ainsi exprimé en droit tunisien n'est pas une solution spécifique au droit international privé. Il a été retenu dans le Code de commerce maritime<sup>517</sup>, dans le Code de l'arbitrage<sup>518</sup> et la jurisprudence s'est montrée favorable à son application<sup>519</sup>.

## § 2 La manifestation libre de la volonté

**Les enjeux.** Le long débat qui a entouré l'idée du rôle que peut avoir la volonté des parties en droit international privé, notamment en ce qui concerne le choix de la loi qui va régir leur rapport contractuel, s'est accompagné d'une discussion parallèle relative à la manière avec laquelle cette éventuelle volonté puisse se manifester. En réalité, les deux sujets sont connexes et interdépendants. A partir du moment où on a commencé à accorder un certain rôle à la volonté des parties, s'est posée la question d'une possible déduction de cette volonté à partir des comportements des contractants et des circonstances propres à

---

<sup>513</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, Montchrétien, 7<sup>ème</sup> édition., 2001, n° 690., p. 466.

<sup>514</sup> L'article 62, al. 2 du Code de droit international privé retient comme critère subsidiaire à la volonté des parties, la loi de l'Etat du domicile de la partie dont l'obligation est déterminante pour la qualification du contrat ou celle de son établissement en cas de contrat conclu par un professionnel.

<sup>515</sup> L. CHEDLY, « Le principe de proximité dans le Code de droit international privé », in *Mouvements du droit contemporain : mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, Tunis : Centre de publication universitaire, 2005 p. 5.

<sup>516</sup> S. VERELLIS, cours précité, p. 393.

<sup>517</sup> L'article 164 du Code de commerce maritime dispose que « *les parties sont libres, sous réserve des restrictions et interdictions édictées par le présent code, de régler leurs conventions comme elles l'entendent, notamment en se référant à toutes lois étrangères, à toutes conventions types ou en créant de nouvelles* ».

<sup>518</sup> L'article 73 du Code de l'arbitrage affirme la liberté pour les parties de choisir « *les règles de droit applicable* ».

<sup>519</sup> C. Cass. Civil n° 7105 du 8 juin 1970, RTD., 1975, I, p. 219, note M-L. HACHEM.

leur rapport contractuel. Volonté expresse et volonté tacite sont aujourd'hui considérées des volontés déclarées<sup>520</sup>. L'admission des deux formes de manifestation de la volonté ne fait que renforcer la conception libérale que représente le rattachement à la loi d'autonomie.

Il faut remarquer également, qu'au-delà de la distinction entre manifestation expresse et manifestation implicite de la volonté, se pose sérieusement la possibilité d'admettre une volonté hypothétique, surtout « *(qu')il ne manque pas de normes écrites de droit international privé, pour rares qu'elles soient, qui peuvent être interprétées dans le sens d'attribuer une certaine valeur à la volonté hypothétique* »<sup>521</sup>.

#### A- La manifestation explicite de la volonté

**Conditions du choix explicite.** Une manifestation explicite est une manifestation claire et nette par laquelle les parties expriment leur accord relativement au droit applicable à leur contrat et habilent, en vertu de cet accord, une ou plusieurs lois à régir leur rapport contractuel. « *La volonté expresse prime, bien entendu, pour la désignation de la loi applicable au contrat* »<sup>522</sup>. Elle était même considérée la seule forme de volonté dans certaines législations<sup>523</sup> et jurisprudences<sup>524</sup> car ne faisant aucun doute quant à l'existence de la volonté.

L'article 62 du CDIP tunisien n'apporte pas de précisions quant à la forme du choix du droit applicable. Dans le projet de réforme du code, on a proposé de préciser que le choix peut être exprès.

En fait, l'expression choix « exprès » utilisée également dans la Convention de Rome, vise « *un choix « explicite » qui, le plus souvent, sera exercé par écrit mais dont on peut concevoir une expression purement verbale* »<sup>525</sup>. Un choix exprès est un choix tellement certain au point qu'il

---

<sup>520</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 97.

<sup>521</sup> A.C. GIALDINO, « la volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, vol. 137, 1972, p. 761.

<sup>522</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 97.

<sup>523</sup> Il en est ainsi, de l'article 10 du Code civil espagnol (texte : *A.S.D.I.*, 1976, pp. 400 et ss.) ; de l'article 24 de la loi turque sur le droit international privé et la procédure internationale (texte : *Revue*, 1983, pp. 141 et ss.)

<sup>524</sup> Arrêt de la Cour de cassation française dans l'affaire *Fourrures Renel*, Cass. Civ., I, 6-VII-1959 : *RCDIP*, 1959, p. 708, note H. Batiffol ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> édition, n° 35, p. 261.

<sup>525</sup> H. GAUDEMET TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaires de la convention C.E.E n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouvertes à la signature à Rome le 19 juin 1980) », *Rev. Europ.*, 1981, p. 243 n° 243.

ne laisse pas équivoque quant à l'existence d'un accord des parties quant à la loi choisie. Peu importe le support de cet accord. Celui-ci peut être écrit comme il peut être oral.

Lorsque la volonté des parties s'est exprimée par écrit. Cette expression peut résulter soit d'une clause intégrée dès le début dans le contrat soit d'un avenant ultérieur.

Dans les cas où le choix du droit applicable résulte d'une clause insérée dans le contrat, il est considéré valable même si la clause est rédigée par l'employeur. C'est ce qu'a précisé, la CJUE, dans un arrêt récent rendu le 15 juillet 2021. La Cour y affirme que « les parties à un contrat individuel de travail sont considérées comme étant, en principe, libres de choisir la loi applicable à ce contrat même si la clause contractuelle relative à ce choix est rédigée par l'employeur, le travailleur se bornant à l'accepter »<sup>526</sup>.

Rien n'interdit également que le choix de la loi applicable se fait par un contrat séparé au contrat initial mais prévoyant expressément l'étendue de la clause de la loi applicable au contrat en question. Dans de pareilles situations lorsque le choix des parties est incontestable, le juge n'a aucune autorité en la matière<sup>527</sup> quid à ce que le choix existe et qu'il soit valide.

Néanmoins, les situations ne sont pas toujours aussi simples et la frontière entre volonté expresse et volonté tacite n'est pas toujours facile à tracer.

**Le silence.** Le silence suscite plusieurs interrogations. En fait, on peut se demander si le silence de l'une des parties face à une clause d'élection de droit insérée dans un contrat vaut acceptation « dont il résulterait alors, une volonté expresse concordante de choisir cette loi pour régir le contrat »<sup>528</sup>. De même, le silence d'une partie vaut-il « *acceptation de certaines clauses du contrat principal* » qui pourraient servir à dégager une volonté tacite concordante »<sup>529</sup> ? L'hésitation est permise tant que les solutions édictées par les droits internes quant à la qualification du silence ne sont pas uniformes<sup>530</sup>. Pour certaines législations, tel le droit allemand, le silence de l'une des parties après les négociations et la réception d'une lettre de confirmation, entraîne la formation du contrat. En droit tunisien, c'est la solution inverse qui est retenue et le silence ne vaut pas consentement. En fait, il ressort de l'article 2 du Code des

---

<sup>526</sup> CJUE- gde ch.,15 juillet 2021 / n° C-804/18, n° -341/19.

<sup>527</sup> P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op. cit. p. 53.

<sup>528</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 98.

<sup>529</sup> *Ibid.*

<sup>530</sup> *Ibid.*

Obligations et des Contrats tunisien<sup>531</sup> que le consentement est une condition de fond quant à la validité du contrat. Ce consentement doit, alors, exister et être réel et certain ce qui signifie que le silence ne vaut pas en principe consentement.

Ça sera alors, en fonction de la loi applicable, que sera déterminée la qualification du silence ou de « l'acceptation passive » en tant qu'absence totale de consentement ou plutôt une expression d'une position positive quant au contrat auquel cas, sera déterminée en fonction de cette même loi du contrat si sa concordance avec la clause d'*electio juris* ou plus généralement, le contrat de choix constitue un accord express de volonté ou si elle ne constitue qu'un indice en faveur de la déduction d'une expression implicite de volonté.

## B- La manifestation implicite de la volonté

***Le choix libéral.*** La recherche d'une volonté implicite en droit international privé est révélatrice d'une consécration étendue du libéralisme. Cette orientation se traduit aussi bien par le principe même d'admission d'un choix implicite mais aussi par la diversité des indices retenus en vue de sa constatation.

### 1) Le principe d'admission de la volonté implicite

***La volonté implicite, une volonté passive.*** Il arrive des cas où les parties ne choisissent pas de manière directe et explicite une loi applicable à leur rapport contractuel. Toutefois, on ne peut toujours constater dans de pareilles hypothèses un défaut de choix de toute loi de leur part. Leur volonté non explicitement déclarée peut-être quand même implicitement orientée vers une loi bien déterminée.

L'idée d'admission d'une volonté implicite s'est toujours influencée par l'évolution qu'a subie le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé notamment en ce qui concerne le rattachement subjectif. Certaines parties de la doctrine y voient même l'origine du système dit, au XIXème siècle, de l'autonomie de la volonté<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup> Ce code est promulgué par décret Beylical le 15 décembre 1906, (JOT n° 100, décembre 1906). Il est largement influencé par le Code Napoléon.

<sup>532</sup> P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, op. cit.*, p. 42.

En fait, c'est depuis le XV<sup>ème</sup> siècle que le consentement implicite des parties quant à la loi applicable à leur contrat fût admis. A cette époque, Rochus CURTUS justifiait l'application de la *lex loci contractus* par le consentement implicite des parties à son application<sup>533</sup>. L'idée, sans être abandonnée<sup>534</sup>, a fait l'objet d'une évolution remarquable : d'une volonté implicite qualifiée comme passive, est élargi le rôle de la volonté des parties vers une acceptation active et expresse de la loi applicable. C'est ainsi que DUMOULIN constate que si la volonté implicite des parties justifie l'application de la *lex loci contractus*, une volonté expresse de ces mêmes parties peut décider de l'application d'une autre loi.

***Principe d'admission de la volonté implicite, quel intérêt ?*** Au-delà des circonstances historiques qui ont justifié l'admission d'une volonté implicite, il semble aujourd'hui que la plupart des systèmes juridiques qui admettent que la volonté des parties peut déterminer la loi applicable à leur contrat, acceptent que cette détermination s'opère de façon expresse ou implicite. Il en découle que le débat autour de l'admission d'une volonté qui ne soit pas expresse fût dépassé. Mais, il garde le mérite de l'évolution des méthodes d'interprétation du silence ou du quasi silence des parties en matière contractuelle. Ainsi, en matière de droit applicable, le silence n'est pas toujours synonyme de l'indifférence des parties quant à la loi qui leur est applicable. Du moins, il ne l'est que s'il s'agit d'un silence absolu.

*« Les éléments d'appréciation ou les circonstances, desquels le juge déduira la volonté des parties, sont éminemment variables »*<sup>535</sup>. C'est pour cette raison, que la volonté implicite a pu même être considérée comme ayant le mérite d'allier souplesse et rigueur dans l'interprétation des contrats par le juge ou l'arbitre. Elle est *« d'une part, suffisamment souple pour permettre à un juge ou à un arbitre de tenir compte, en l'absence d'un choix exprès, des dispositions du contrat ou de toute circonstance entourant les négociations du contrat, mais, d'autre part, suffisamment rigoureuse pour que le juge ou l'arbitre ne puisse valider un choix des parties que s'il a la certitude que ce choix résulte bien de leur commune volonté »*<sup>536</sup>.

---

<sup>533</sup> *Ibid.*

<sup>534</sup> Voir sur ce sujet, N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement Rome I ? », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CORNELOUP et JOUBERT [dir.], CREDIMI, 2011, Litec, p. 229 s.

<sup>535</sup> P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité p. 257.

<sup>536</sup> Rapport M. PELICHET lors de la Convention de la Haye de 1986, Actes 1985, *op. cit.*, p. 66. (Cité par J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op.cit.* p 98).

***L'admission de la volonté implicite face au silence du législateur, une solution libérale discutée.*** En droit tunisien, et avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la Cour d'appel de Tunis a affirmé que « *le droit applicable, à défaut d'un accord exprès des parties, est la loi de l'établissement du débiteur de la prestation caractéristique* »<sup>537</sup>.

Les dispositions du Code de droit international privé ne sont pas tranchantes sur l'admission d'une volonté implicite. Elles n'éliminent pas, non plus, cette possibilité. La doctrine justifie l'admission d'un choix implicite par l'esprit libéral de l'article 62 du code qui s'oppose à une restriction en faveur de la seule volonté explicite<sup>538</sup>. En fait, « *la formulation utilisée par l'article 62 du code autorise une interprétation très libérale du texte. En effet, l'article 62 ne comporte aucune indication quant à la forme de la clause d'electio juris. Il en découle que le choix de la loi applicable peut être soit un choix exprès soit un choix tacite* »<sup>539</sup>. La jurisprudence est allée, également, dans le même sens en admettant un choix implicite du droit tunisien du fait que les deux cocontractants ont basé leurs pourvois sur des textes de droit interne tunisien en l'occurrence des dispositions du Code des obligations et des contrats et du Code de commerce, ce qui constitue selon le Tribunal de première instance de Tunis « *un accord implicite mais certain en faveur de l'application du droit tunisien* ».<sup>540</sup>

La révision du Code de droit international privé, serait une occasion opportune pour mieux détailler les dispositions de l'article 62 relatif au contrat international et admettre le choix implicite. C'est dans ce sens d'ailleurs, que le projet de réforme du code tel que présenté par la commission créée au sein du ministère de justice prévoit dans l'article 62 que « *le contrat est régi par les règles de droit choisies par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

***Consécration législative du principe, une solution libérale affirmée.*** Le choix tacite du droit applicable est autorisé en droit français essentiellement par l'effet du droit conventionnel<sup>541</sup>. La solution ainsi retenue est « *celle de considérer comme facteur de rattachement*

---

<sup>537</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Tunis n° 57943 du 22 décembre 1998, arrêt inédit, cité par R. TLILI.

<sup>538</sup> A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*. CPU, 1999, p. 143.

<sup>539</sup> S. BEN ACHOUR, « L'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé tunisien », *Revue internationale droit comparé*, Année 2017, 69-2, pp. 349-380, spéc. p. 357.

<sup>540</sup> Décision du Tribunal de première instance de Tunis n° 1259 du 29 Juin 2000, décision inédite, cité par R. TLILI. Selon le tribunal, « *même si les parties n'ont pas choisi explicitement de droit à régir leur contrat, il s'avère que le demandeur a basé son pourvoi sur l'article 538 du Code des obligations et des contrats et que le défendeur a basé ses défenses sur des textes juridiques tunisiens à savoir le Code des obligations et des contrats et le Code de commerce. Ce qui exprime un accord implicite mais certain en faveur de l'application du droit tunisien* ».

<sup>541</sup> Il en est ainsi de l'article 7 de la Convention interaméricaine et de l'article 3111 al. 1<sup>er</sup> du Code civil québécois.



la seule volonté déclarée, c'est-à-dire soit la volonté expresse soit la volonté tacite »<sup>542</sup>. La condition principale est que la volonté soit certaine. En droit comparé, également, plusieurs textes étatiques retiennent comme facteur principal de rattachement, la volonté expresse et tacite<sup>543</sup>.

Néanmoins, la doctrine française est partagée quant à l'admission d'un choix implicite. Certains auteurs considèrent qu'elle nuit à la prévisibilité des solutions<sup>544</sup>. Quant à la jurisprudence française, elle a eu une certaine tendance à découvrir un choix implicite, très souvent en faveur de la loi française<sup>545</sup>. Avec l'entrée en vigueur du Règlement, il n'est pas exclu que la Cour de Justice de l'Union Européenne soit amenée à adopter des directives d'interprétation encadrant plus strictement l'admission du choix implicite<sup>546</sup>.

## 2) Les indices de l'existence d'une volonté implicite

**Diversité des indices.** La déduction d'une volonté implicite des parties rattachant le contrat à un système juridique donné appelle un pouvoir d'appréciation du juge. La volonté « conserve (ainsi) son altérité par rapport aux autres éléments de rattachement. Ceux-ci sont directement révélateurs d'un lien qui se laisse constater par le seul repérage du facteur de rattachement, celui-là établit par un énoncé verbal un lien qui n'a pas en soi nécessairement besoin d'un autre support »<sup>547</sup>. Néanmoins, bien qu'implicite, la volonté des parties doit se manifester d'une manière suffisamment claire et certaine.

---

<sup>542</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit, p. 97.

<sup>543</sup> Il en est ainsi, par exemple, de l'article 41 du Code civil portugais, de la loi du 15-VII-1978 en Autriche, de l'article 9 de la loi du 4-XII-1963 en Tchécoslovaquie. Certaines autres législations n'admettent qu'une volonté expresse. Tel est le cas de l'article 10-5 du Code civil espagnol, de l'article 24 de la loi turque sur le droit international privé et la procédure internationale ainsi que l'article 2095 du nouveau Code civil péruvien.

<sup>544</sup> F. JAULT SESEKE, « L'adoption du Règlement n° 593/2008, (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail, Les rapports de travail internationaux saisis par le juge européen », *RDT*, 2008, p. 619 ; P. LOKIEC, S. ROBINOLIVIER, F. JAULT-SESEKE et P. ALFREDO, « Les rapports de travail internationaux saisis par le droit international privé européen », *RDT*, 2008, p. 619.

<sup>545</sup> J. DEPRez, « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *RJS* 1998. 25, spéc. n° 3 et 9 ; F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP* 2005. p. 253, spéc. n° 8 à 13.

<sup>546</sup> F. JAULT SESEKE, « L'adoption du Règlement n° 593/2008, (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail », article précité, p. 619.

<sup>547</sup> J-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, pp.727spéc. p. 729.

Les indices qui jouent en faveur d'une pareille déduction sont multiples<sup>548</sup>. Ils peuvent se localiser de manière intrinsèque dans les clauses du contrat<sup>549</sup> notamment par « *l'insertion d'un article d'un code dans le contrat* »<sup>550</sup> où même de manière extrinsèque au rapport contractuel lorsqu'on prend en compte les différentes circonstances qui entourent sa conclusion et son exécution<sup>551</sup> ; l'idée étant que l'accord relatif à la loi applicable n'est pas totalement dissocié du contrat lui-même.

En matière de contrat de travail international, le juge peut dégager un choix implicite en faveur de la loi d'origine du travailleur, en se basant sur « *la brièveté du séjour à l'étranger, le retour prévu dans l'entreprise d'origine (et) les renouvellements fréquents des missions à l'étranger* »<sup>552</sup>. Il peut le faire également, comme pour tout autre contrat d'adhésion, « *de l'acceptation d'un contrat type, régi par un système juridique particulier, en l'absence même de toute précision expresse sur la loi applicable* »<sup>553</sup>, « *ou encore des références à des articles d'une loi déterminée sans que la loi ait été globalement désignée* »<sup>554</sup>.

**Condition de certitude.** Dans le projet de réforme du Code de droit international privé tunisien, il est proposé de préciser dans l'article 62 que « le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Il semble que les membres de la commission de réforme se sont inspirés du droit européen. En fait, l'article 3, paragraphe 1 du Règlement Rome I reprend la même disposition que celle du même article de la Convention de Rome. Il prévoit que « *le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ». On en déduit, que « *l'administration d'un choix implicite dans le texte définitif n'a (alors) plus aucun doute* »<sup>555</sup>. L'expression est légèrement modifiée par

---

<sup>548</sup> Dans leur rapport Giuliano et Lagarde citent comme « *illustrations de ce que pourrait être cette volonté certaine non expressément invoquée : contrat-type régi par un système juridique déterminé, par ex. une police d'assurance de Lloyds ; référence dans un contrat à des articles du code civil d'un pays déterminé ; lien avec un contrat antérieur conclu entre les mêmes parties et comportant un choix de la loi applicable* » Rapport. GIULIANO-LAGARDE, JOCE, n° C.282 du 31 oct. 1980. p. 17, col. 1.

<sup>549</sup> Ainsi par exemple la clause d'élection d'une juridiction peut être interprétée par la jurisprudence comme une volonté des parties à localiser leur rapport contractuel dans cet Etat donc de se soumettre à l'application de son droit.

<sup>550</sup> S. BEN ACHOUR, « L'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé tunisien », article précité, p. 357.

<sup>551</sup> La proposition de règlement Rome I, telle que présentée par la commission européenne le 15 décembre 2015, prévoyait en plus « des dispositions du contrat » et « des circonstances de la cause », « le comportement des parties » comme indice d'une éventuelle volonté implicite des parties quant au choix de la loi applicable.

<sup>552</sup> P. FIESHI-VIVET, « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », article précité, p. 258.

<sup>553</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaires de la convention C.E.E n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouvertes à la signature à Rome le 19 juin 1980) », article précité, p. 243.

<sup>554</sup> *Ibid.*

<sup>555</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaires de la convention C.E.E n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouvertes à la signature à Rome le 19 juin 1980) », article précité, p. 243.

rapport à la proposition présentée par la commission européenne le 15 décembre 2005 dont l'article 3 dispose, dans la seconde phrase de son paragraphe 1<sup>er</sup>, que « *le choix peut être express ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat, du comportement des parties ou des circonstances de la cause* ». Cette référence à une « façon certaine », se dégage dans la version anglaise de l'expression « *with reasonable certainty* » et dans l'expression allemande de l'expression « *mit hinreichender Sicherheit* ». Les trois expressions sont largement différentes<sup>556</sup>.

La distinction entre d'une « façon certaine » et « une certitude raisonnable » n'est pas sans effet sur le degré de restriction exigé par le droit conventionnel quant à la manifestation implicite de la volonté. En fait, l'expression « certitude raisonnable »<sup>557</sup> n'est pas étrange en droit conventionnel. Elle figure dans la Convention de la Haye de 1978 relative aux contrats d'intermédiaires<sup>558</sup> qualifiée comme plus libérale par rapport à la Convention de Rome<sup>559</sup> qui exige que le choix tacite résulte non pas uniquement avec une *certitude raisonnable* mais plutôt de *façon certaine*.

La Convention de Rome est considérée d'autant plus restrictive par rapport à la convention de la Haye de 1978 du fait de la thèse alternative qu'elle retient en matière de recherche du choix tacite. En effet, aux termes de l'article 3 de la Convention de Rome, le juge doit chercher la volonté tacite en se référant aux dispositions du contrat **ou** aux circonstances de la cause et non en s'y référant cumulativement comme le laisse entendre la Convention de la Haye de 1978 qui autorise le juge à chercher la volonté tacite des parties à partir des dispositions du contrat et des circonstances de la cause<sup>560</sup>.

***La clause d'élection de for, un indice controversé.*** On peut, se demander, si le juge peut déduire d'une clause d'élection d'une juridiction, une volonté implicite de se

---

<sup>556</sup> P. LAGARDE estime que ceci est « *à l'évident fort différent* », P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RCDIP*, 2006, n° 2, p 331, spéc. p. 335.

<sup>557</sup> L'expression « avec une certitude raisonnable » utilisée par la Convention de la Haye de 1978, est plus large que l'expression « indubitablement » utilisé dans la Convention de 1955. Elle permet, ainsi, au tribunal de déterminer une loi qui serait « certainement » et non « probablement » choisie par les parties. Rapport KARSTEN, *Actes et Documents de la XIII<sup>ème</sup> session*, T. IV, n° 46 et ss. , pp. 416 et ss.

<sup>558</sup> L'article 5 al. 2 de la Convention de la Haye prévoit que « Le choix de cette loi applicable doit être express ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ».

<sup>559</sup> J-CH. POMMIER estime qu'« adoptant une rédaction finalement plus restrictive que celle retenue par la Convention de 1978, la Convention de Rome de 1980 se situe à mi-chemin entre la Convention (de la Haye) de 1955 (étroite) et la Convention (de la Haye) de 1978 (large) », *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op. cit.*, pp. 105 ss.

<sup>560</sup> Cette même formulation réapparaîtra dans la Convention de la Haye de 1986. En la comparant aussi bien à celle de la Haye de 1978 et à la Convention de Rome de 1980, J-CH POMMIER, estime que « *La formulation moins stricte de la volonté comparée à celle de la Convention de 1980 se manifeste par son acceptation de la thèse du cumul- déjà adoptée cependant dans la Convention de 1978- et une exigence de « clarté » non plus de « certitude » de l'accord des parties quant à leur choix de la loi applicable au contrat* ». *Ibid*, p. 108.

soumettre à la loi de l'Etat auquel appartient cette juridiction<sup>561</sup>. Autrement dit, peut-on déduire d'une clause d'élection de for un accord de droit applicable ? Certes, la question n'est pas nouvelle. Elle rappelle un débat classique autour du rapport entre compétence juridictionnelle et compétence législative. Mais, il semble que ce débat n'est pas encore totalement dépassé. C'est ce qu'on peut déduire du projet du règlement Rome I tel que présenté par la commission européenne le 15 décembre 2015. L'article 3 paragraphe 2<sup>nd</sup> de ce projet prévoyait que « *si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet Etat membre* ». Cette présomption de compétence législative fût critiquée par la doctrine<sup>562</sup> puis abandonnée au niveau des règles de conflit du règlement Rome I<sup>563</sup>. Néanmoins, une certaine difficulté surgit du considérant 12 du Règlement qui prévoit « (qu')*un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé* ». Ce considérant est critiquable sur plus d'un niveau.

D'une part, il pose la question de la valeur normative des considérants du Règlement. Il paraît que ces considérants servent d'outils d'orientation pour les rédacteurs du Règlement<sup>564</sup>. A l'égard des juges, leur force obligatoire est douteuse à moins d'y trouver des directives pour l'interprétation des dispositions du Règlement car « *si le législateur communautaire entendait tirer de l'insertion d'une clause attributive de juridiction un indice, voire une présomption, en faveur du choix de la loi de la juridiction élue, la règle devait trouver sa place dans le corps du Règlement* »<sup>565</sup>.

---

<sup>561</sup> Certaines parties de la doctrine sont favorables à une telle interprétation. Ainsi Mme. H. GAUDEMET-TALLON, affirme qu'« *une clause attributive de juridiction peut aussi, selon les hypothèses, être considérée comme un indice suffisamment clair de la volonté des parties de soumettre leur contrat à la loi du juge choisi* ». *Ibid.*, p. 243.

<sup>562</sup> P. LAGARDE estime que cette présomption est source de confusion, selon lui, « *les parties qui prennent la peine de choisir un for savent normalement qu'elles auraient pu choisir aussi la loi applicable. Si elles ne l'ont pas fait, l'interprétation de volonté la plus vraisemblable est qu'elles s'en remettent au droit international privé de l'Etat dont relève le tribunal élu* », article précité, p. 335.

<sup>563</sup> Par l'abandon de cette présomption, le règlement Rome I reprend la même disposition que la Convention de Rome ; celle-ci était interprétée dans le sens « *d'admettre un choix tacite mais certain et d'éliminer un choix qui serait implicite, par exemple celui qui résulterait d'une clause attributive de juridiction aux tribunaux d'un Etat déterminé, sans indice supplémentaire permettant d'établir la volonté des parties de choisir la loi de cet Etat* », P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats », *RCDIP*, 1991, 80 (2), p. 303.

<sup>564</sup> Selon M. P. LAGARDE et A. TENENBAUM, c'est la forme du Règlement qui emporte plusieurs conséquences dont « *la présence d'un très long préambule comportant 46 points qui parfois expliquent le texte, parfois servent de refuge à des règles dont on n'a pas voulu dans le corps du règlement et qui pourront être utilisés pour l'interprétation de celui-ci par les tribunaux et par la Cour de justice* », « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », *RCDIP*, 2008, n° 4, p. 727. n° 2, p. 727.

<sup>565</sup> F. JAULT SESEKE, « L'adoption du Règlement n° 593/2008, (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail », article précité, p. 619.

Regrettant le rôle attribué par le préambule à la clause d'élection de for, M. LAGARDE clarifie « (qu') il faut reconnaître que le préambule, à la différence de la proposition de la Commission, se garde bien d'édicter une présomption. Il se borne à mentionner l'élection de for exclusif comme « l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé »<sup>566</sup>. Or, si tel est le sens que doit avoir l'insertion d'une clause d'élection de for dans un contrat, elle devrait l'avoir même si le tribunal choisi est un tribunal étranger.

D'autre part, c'est à rebours des fondements mêmes du droit international privé qu'on pourra admettre la liaison entre clause d'élection de juridiction et clause d'élection de droit. « Cette solution est enfin particulièrement incongrue en droit du travail (mais également en matière de consommation ou d'assurance) où l'accès au juge est préservé par l'inopposabilité à la partie faible des clauses attributives de juridiction (art. 21 du Règlement n° 44/2001 dit de Bruxelles I) »<sup>567</sup>. Il devient alors inconcevable de déduire d'une clause inopposable au salarié, un choix de loi valable. Une séparation entre les deux types de clause serait dès lors plus opportune.

**Choix implicite et clause d'exception, les intersections.** La jurisprudence tunisienne sur la question de choix implicite n'est pas abondante à comparer à la jurisprudence française dont l'examen est révélateur des confusions possibles entre choix implicites et clause d'exception. En fait, les juges français ont eu tendance, en matière de contrat international de travail à appliquer le droit français en se basant sur un choix implicite. Les indices relevés consistent parfois dans la conclusion d'un contrat avec la société mère française pour exercer une activité au sein de la filiale étrangère<sup>568</sup>. La référence à une convention collective, le lieu de versement du salaire ainsi que la monnaie utilisée sont autant d'autres indices retenus<sup>569</sup>.

Les indices identifiés pour découvrir une volonté implicite sont parfois révélateurs des liens les plus étroits avec la loi déclarée applicable. Celle-ci aurait pu être appliquée par mise en œuvre de la clause d'exception. C'est pour cette raison que la Cour de cassation française a manifesté dernièrement plus de rigueur quant à la recherche d'un choix implicite. C'est dans ce sens qu'elle a refusé d'écarter la clause désignant la loi étrangère en raison de

---

<sup>566</sup> M. P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », article précité, p. 730.

<sup>567</sup> F. JAULT SESEKE, « L'adoption du Règlement n° 593/2008, (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail », article précité, p. 623.

<sup>568</sup> Voir Soc. 29 nov. 2000, n° 98-41.724 ; Voir également. Soc. 7 oct. 2003, n° 01-45.015

<sup>569</sup> Soc. 4 juill. 2001, n° 99-44.519

l'importance des liens avec l'Etat français<sup>570</sup>. Dans tous les cas, le flou persiste entre les indices exprimant le choix implicite et ceux formant les liens les plus étroits d'où les confusions possibles entre loi d'autonomie et clause d'exception au niveau de leur mise en œuvre.

***Volonté implicite et volonté présumée, le risque de glissement.*** Toute la difficulté qu'engendre la volonté tacite est de passer de la recherche d'une volonté qui existe vers la consécration illusoire d'une volonté absente<sup>571</sup>. On risque alors, au moment de la recherche d'éléments objectifs pour dégager la volonté tacite des parties de glisser vers une volonté présumée. Celle-ci n'étant considérée rien autre qu'« *un simple manteau volontariste pour cacher l'arbitraire du juge* »<sup>572</sup>. L'absence de définition aussi bien pour l'une que l'autre notion ne fait qu'accroître la difficulté.

Néanmoins des observations méritent d'être avancées notamment quant au sens de la volonté implicite. Celle-ci coïncide-t-elle avec une volonté hypothétique ou présumée qui joue en l'absence de choix express ?

Il semble qu'une réponse positive n'est pas partagée par toute la doctrine<sup>573</sup>. Au niveau des textes, les expressions utilisées par les règles de conflit étatiques et conventionnelles ne sont pas parfois tranchantes. Certaines laissent entendre qu'en l'absence d'un choix express de la loi applicable, le juge doit chercher ce qu'aurait été probablement la volonté des parties si elles s'étaient déclarées. C'est ce qui se rapproche d'ailleurs, de la notion de volonté hypothétique<sup>574</sup>. D'autres s'attachent plus à des indices objectifs tels que les dispositions du contrat et les circonstances de la cause pour dégager la loi vers laquelle la volonté des parties s'est implicitement orientée<sup>575</sup>.

On en déduit qu'à la différence de la volonté implicite, la volonté hypothétique serait celle que les parties auraient exprimée face au même problème si elles en avaient été conscientes. C'est une volonté qui n'est ni réelle ni susceptible d'être déduite de façon sûre

---

<sup>570</sup> Soc. 18 févr. 2016, n° 14-21.982

<sup>571</sup> J-CH. POMMIER affirme que « *la volonté tacite pose le problème de la frontière entre l'existence et l'absence de volonté, car trop proche de la volonté présumée* », J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>572</sup> J-CH. POMMIER, ouvrage précité, p. 102.

<sup>573</sup> M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », cours précité, p. 230 et A. CURTI GIALDINO, « la volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 759.

<sup>574</sup> Tel est le cas pour la « *hypothetischer parteiville* » en droit allemand.

<sup>575</sup> Il en est ainsi de l'article 3 paragraphe 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome.

à travers des présomptions<sup>576</sup>. C'est ce qui la distingue de la volonté implicite, qui même non expresse « *n'en est pas moins réelle* »<sup>577</sup>.

Généralement, une telle volonté hypothétique n'intervient qu'à titre subsidiaire comme rattachement subjectif lorsqu'aucun choix de loi applicable n'a pu être constaté ni explicitement ni implicitement. « *Son emploi est effectué soit d'après une méthode subjective et individualisante soit d'après une méthode de typisation* »<sup>578</sup>. Dans le premier cas, on cherchera ce que les parties dans leurs circonstances auraient voulu comme loi applicable. Dans le deuxième cas, la loi compétente serait celle que des parties contractantes types auraient voulu.

Certains auteurs préconisent de ne pas confondre une volonté hypothétique avec ce qu'on vise par volonté « présumée » au motif que celle-ci « *en réalité n'existe pas* »<sup>579</sup> étant donné que dans la théorie de la volonté « présumée », on constate généralement que les parties ne se sont même pas posées le problème du droit applicable ce qui rend la notion « *trompeuse* »<sup>580</sup>. NIBOYER l'a pu même considérer comme un mythe<sup>581</sup>.

Les divergences quant à la qualification de ces différents types de volonté (volonté hypothétique, volonté présumée) s'expliquent, en certaines mesures, par les flous qui entourent les concepts de volonté implicite et volonté tacite. S'agit-il de deux expressions qui désignent une même situation, celle de volonté non expressément déclarée ? Certains auteurs utilisent l'une et l'autre expression sans aucune distinction. D'autres, tel M. Pommier, apportent une précision de contenu entre les deux notions distinguant ainsi, entre ce qui est réalité et ce qui est plutôt illusion. Pour l'auteur, la volonté implicite aurait un sens large. Elle englobe aussi bien la volonté tacite que la volonté présumée. « *Toutefois alors que la première est certes implicite mais réelle, la volonté présumée n'est que pure fiction* »<sup>582</sup>. Les difficultés de traçage des frontières entre l'une et l'autre notion s'accroissent puisqu'« *à défaut de volonté déclarée, la détermination par le juge d'un rattachement par un système souple de localisation ou rigide de*

---

<sup>576</sup> A. C. GIALDINO, « la volonté des parties en droit international privé », cours précité, p. 760.

<sup>577</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, p. 98.

<sup>578</sup> A. C. GIALDINO, « la volonté des parties en droit international privé », cours précité, p. 761.

<sup>579</sup> *Ibid*, p. 760.

<sup>580</sup> Ceci se justifie selon A. C. GIALDINO, par le fait que la notion, « *a été proposée à une époque où la science juridique se flattait d'assurer l'harmonie entre ses dogmes et la réalité des rapports humains, avait volontiers recours à des fictions plus au moins criardes que se sont perpétuées par inertie* », A. C. GIALDINO, « la volonté des parties en droit international privé », cours précité, p. 759.

<sup>581</sup> L'auteur n'admet même pas une volonté tacite qui pour lui n'est pas une volonté mais une chose imaginaire, une indifférence à laquelle ne correspond aucune volonté, J-P NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », cours précité, pp. 63, 64.

<sup>582</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit, pp. 101 et ss.

*présomptions revient dans bien des cas à un résultat semblable à celui auquel a finalement abouti la recherche de volonté présumée :...ces difficultés sont liées au fait que les éléments objectifs de localisations sont les mêmes que ceux qui permettent de déceler la volonté tacite quant au choix de la loi applicable »<sup>583</sup>.*

Mais, ce sont surtout les anti-autonomistes qui censuraient indistinctement aussi bien la volonté présumée que la volonté hypothétique, considérées par eux comme irréalistes et fictives. Ils considéraient qu'au moment de la conclusion du contrat, les parties n'ont pas intérêt à traiter la question du droit applicable. En fait, si celles-ci étaient conscientes de l'existence d'un problème juridique, elles écarteraient une élection de droit qui risquerait de faire échouer les négociations du contrat. Mieux encore, la recherche par le juge de la loi qu'auraient choisi les parties si le problème s'était posé au moment de la conclusion du contrat, conduit, selon les anti-autonomistes, à substituer la volonté du juge à celle des parties, en essayant de dégager de manière illusoire une volonté qui n'existe pas réellement.

La trace de cette objection anti-autonomiste à l'intervention de la volonté se manifeste notamment au niveau des projets de conventions internationales sur le droit applicable aux contrats<sup>584</sup>. Ainsi, l'avant-projet de la Convention de Rome a choisi d'écarter la volonté « hypothétique ». La Convention de Rome l'a fait également. « *Plutôt que de faire procéder à cette recherche pas trop certaine de la volonté présumée des parties, les rédacteurs de la Convention ont préféré, en ce cas utiliser le système des rattachements subsidiaires désignés objectivement par la Convention* »<sup>585</sup>.

### **§ 3 Le libéralisme impactant le régime juridique du rattachement à la volonté**

***Régime de la loi d'autonomie et exigences d'ordre matériel.*** Le régime juridique du rattachement du contrat à la volonté entraîne avec lui un « *cortège de questions bien connues* »<sup>586</sup>. Bien que les réponses qui leur sont données sont d'ordre général, leur adaptation au contrat de travail international s'impose parfois en raison des exigences de justice matérielle.

---

<sup>583</sup> *Ibid*, p. 103.

<sup>584</sup> « Comme la volonté du législateur devait primer celles des parties pour le juge, les anti autonomistes cherchèrent-ils dans des projets de conventions internationales à poser eux même des présomptions (présomptions *juris tantum*) qui s'appliqueraient à défaut de volonté exprimée des parties », J.-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit*, p. 48.

<sup>585</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit*, p 243.

<sup>586</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 JUIN 1980 », article précité, p. 300.



En fait, il est incontestable que la détermination volitive de la loi applicable est en elle-même qualifiée comme étant un contrat ce qui pose le problème de sa validité donc de la loi selon les conditions de laquelle la validité du « contrat » de choix doit être appréciée (**A**).

Néanmoins, le contrat de choix de la loi applicable n'est pas un contrat comme les autres<sup>587</sup>. Ce qui pousse à s'interroger sur le moment où le choix des parties peut intervenir (**B**) ainsi que sur le contenu du choix de la loi, s'agit-il d'un choix de la loi ou plutôt d'un choix du facteur de rattachement (**D**). De la réponse dépend la fonction allouée à la loi d'autonomie : fonction conflictuelle ou fonction substantielle (**C**).

Ainsi, on peut constater que le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé pose des interrogations pour lesquelles les systèmes juridiques en comparaison, avancent des réponses plus au moins différentes en fonction de l'effet variable du libéralisme dans les deux systèmes.

#### A- Les conditions de validité de la détermination volontaire du droit applicable

***La validité du choix en théorie et en pratique.*** La question de la validité du choix du droit applicable renvoie essentiellement à la discussion autour de l'indépendance du contrat de choix du droit applicable par rapport au contrat principal, le contrat conclu au fond. La solution générale de désignation de la loi compétente en matière de validité de choix prend une dimension plus pratique dans l'hypothèse d'invalidité du contrat principal.

##### 1) La loi compétente en matière de validité du choix

***Contrat de choix et contrat principal, une indépendance nuancée.*** La question de la validité du choix du droit applicable est au cœur du débat toujours renouvelé autour du rôle de l'autonomie de la volonté en droit international privé et spécialement en matière de conflit de lois. En fait, la querelle classique entre objectivistes et subjectivistes était principalement axée sur « *le cercle vicieux qui était de fonder la valeur juridique du contrat dans la volonté des parties, alors même qu'aucune norme ne permettait de valider l'existence d'une telle manifestation volontaire concordante, hormis cette manifestation elle-même* »<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> A. MEZGHANI.

<sup>588</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit, p. 84.

Pour surmonter ce cercle vicieux, les subjectivistes se sont fondés sur une distinction entre le contrat principal et le contrat de choix. Ainsi, on a pu considérer que « *le contrat de fond est celui qui porte sur l'objet même de l'opération projetée et définit les obligations réciproques des parties. Il est effectivement soumis à la loi choisie par les parties, mais celle-ci est désignée par le second contrat dit d'electio juris ou plus simplement « le contrat de choix »* »<sup>589</sup>.

Néanmoins, cette distinction a eu pour conséquence de déplacer le cercle vicieux au niveau du contrat principal vers celui du contrat de choix. Selon quelle loi sera déterminée la validité de ce dernier ? En fait, si la désignation d'une loi applicable à leur contrat par les parties était justifiée et validée par un autre contrat, celui du choix du droit applicable, la validation de ce dernier par la loi choisie elle-même, nous fait toujours revenir au point de départ, celui du fondement de la compétence de la loi choisie, cette fois-ci, à régir le contrat de choix<sup>590</sup>.

***Applicabilité de la loi du contrat principal à la validité du contrat de choix.***

Lorsque le choix du droit applicable se fonde sur une règle de conflit résultant d'une convention internationale, telle que la Convention de Rome, on a pu valider ce choix par application de la loi désignée par cette même convention en vue de régir la validité du contrat de choix. Le *jus sriptum* des conventions a pu ainsi servir pour résoudre le cercle vicieux au niveau du contrat de choix.

Toutefois, les controverses persistent encore à propos du choix même de cette loi par la règle de conflit en vue de régir la validité du contrat de choix. En fait, dans la pratique internationale, la question de la validité de l'accord de choix de la loi applicable se pose généralement au stade judiciaire notamment au moment de la protection des droits et obligations des parties contractantes<sup>591</sup>. La détermination volitive de la loi applicable devrait, alors, être admise par la règle de conflit du for. L'emprise du système du for, à ce niveau, est tellement large qu'elle commande non seulement l'applicabilité de la loi choisie mais peut légitimement commander aussi la validité substantielle de son contenu.

---

<sup>589</sup> HOLLEAUX, FOYER, DE LA PARADELLE, *Droit International privé*, n°1380, p. 594.

<sup>590</sup> A. TOUBIANA répond à cette objection en observant que « *Si le contrat de choix est suffisamment distinct du contrat lui-même, l'objection formulée à l'encontre de la soumission des vices du consentement à la loi contractuelle perd de sa force. Le contrat peut être vicié sans que la désignation de la loi soit nécessairement affectée du même vice ; il n'y a dès lors aucun illogisme à apprécier la validité du consentement en fonction de la loi choisie* », *Le domaine de la loi du contrat international privé*, Dalloz, 1972, pp. 23 et 24.

<sup>591</sup> CH. KOHLER, L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme (Volume 359), 2012, pp. 285-477, spéc. p. 333.

En effet, c'est par référence à la règle de conflit du for, que sera admise la compétence de la loi choisie par les parties. Mais son application effective à la relation contractuelle sera tributaire d'une certaine validation par une législation interne. Serait-elle, alors, la législation du for ? Le juge compétent devrait-il apprécier si le contrat de choix de la loi applicable tel que conclu par les parties est valable en se référant à son propre système du for ou plutôt en se basant sur la loi choisie elle-même ou encore sur la loi objectivement applicable à défaut de choix par les parties ?

Théoriquement, toutes ces solutions peuvent être concevables. En Tunisie, l'article 62 du Code de droit international privé, qui donne compétence en matière contractuelle à la loi d'autonomie ne soumet pas la validité du choix à une loi bien déterminée. Mais, à l'image de la solution proposée pour l'accord d'*electio fori*<sup>592</sup>, parmi les propositions qui peuvent être avancées est de soumettre la clause de choix de droit applicable insérée dans le contrat de travail à la loi régissant le contrat lui-même. En France, et en application de l'article 3 paragraphe 5 du Règlement Rome I, le contrat de choix est soumis à la même loi que le contrat lui-même pour ce qui concerne le consentement et la validité du fond, la validité formelle et l'incapacité<sup>593</sup>. Cette solution reprise de la Convention de Rome, présente le mérite de la simplicité<sup>594</sup>.

En réalité, l'accord relatif à la loi applicable peut n'être qu'une ratification d'un choix unilatéral fait par la partie qui prend l'initiative<sup>595</sup>. Le silence de l'autre partie contractante, est généralement interprété, dans un pareil cas, comme un consentement implicite à l'offre du contrat relative au droit applicable à laquelle elle aurait pu ne pas consentir<sup>596</sup> notamment en invoquant une autre loi telle la loi de sa résidence habituelle. Ce consentement « passif » ne s'élève pas au rang d'une expression d'une véritable volonté libre<sup>597</sup> ce qui met en question la légitimité de l'application de la loi compétente au fond à régir la validité du choix du droit applicable.

---

<sup>592</sup> A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, CPU, 1999, p. 139.

<sup>593</sup> L'article 3 *infra* du Règlement Rome I, dispose que « L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13. » Ces articles de 10 à 13 régissent les conditions de validité du fond et de forme du contrat.

<sup>594</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 JUIN 1980 », article précité, p. 303.

<sup>595</sup> CH. KHOLLER, cours précité, p. 359.

<sup>596</sup> *Ibid*, p. 360. CH. KHOLLER, considère « (qu') en effet pour établir qu'elle n'a pas consenti et que notamment, son silence n'équivaut pas à un consentement, la partie concernée peut invoquer la loi de l'Etat de sa résidence habituelle ».

<sup>597</sup> M.-A. FRISSON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD. Civ.* 1995, p. 573.

Nonobstant ses aspects pratiques, la solution donnant compétence à la loi choisie pour l'examen de la validité du contrat de choix semble être la solution préférée en droit conventionnel. C'est ainsi, par exemple, que l'article 2 de la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels donne compétence, en matière de vente à la loi interne du pays désigné par les parties. Dans son 3<sup>ème</sup> alinéa, le même article prévoit que « *les conditions relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi* ».

De même, l'avant-projet initial de la Convention de la CEE de 1972<sup>598</sup>, retenait la même solution dans l'alinéa 2 de son article 2. Ses rédacteurs justifiaient leur option pour la compétence de la loi choisie en matière de validité du consentement à cette même loi, par son intérêt pratique. Ils répondaient à l'objection selon laquelle la volonté des parties domine aussi bien le contrat de vente et le contrat par lequel est désignée la loi à régir cette même vente, par l'absence de toute contradiction<sup>599</sup>. En dépit des avantages que peut présenter l'application de la loi qui régir le contrat principal pour régir la validité du choix de loi, celle-ci n'est pas unanimement considérée comme étant la solution idéale.

***Applicabilité de la lex fori à la validité du contrat de choix.*** Certains auteurs, s'attachent plutôt, à une compétence voire même naturelle<sup>600</sup> et exclusive de la *lex fori* quant à l'examen de la validité du choix<sup>601</sup>. Leur idée trouve son écho chez une partie de la doctrine<sup>602</sup> notamment en Italie.

Cette position se justifie par la compétence toujours retenue de la *lex fori* dans l'interprétation et la qualification de la règle de conflit et de ses différentes composantes notamment le critère de rattachement. Or, le choix de la loi lui-même est en premier lieu un critère de rattachement retenu par une règle de conflit par des expressions juridiques qui

---

<sup>598</sup> Le rapport de 1972 prévoyait « (qu') *il s'agit d'une disposition qui vient répondre à des exigences d'ordre pratique qu'à des exigences d'ordre théorique* ».

<sup>599</sup> Le même rapport prévoit « (qu') *il n'y a rien de contradictoire ou d'illogique, en effet, dans la soumission des conditions relatives à la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable, à la même loi que celle désignée par celles-ci, car c'est la volonté du législateur, non pas la volonté des parties, qui en dispose ainsi* ».

<sup>600</sup> C. GIALDINO, cours précité, p. 871.

<sup>601</sup> M. Giuliano estime que « *A la rigueur, l'appréciation de l'existence et de la validité du choix des parties quant à la loi applicable devrait donc s'effectuer exclusivement sur la base de la lex fori* », M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI*, volume 158, 1977, p. 228.

<sup>602</sup> WIGNY « *La règle de conflit applicable aux contrats* », *Revue de droit international et de législations comparées*, 1933, pp. 687 et ss. L'idée est partagée également par C. GIALDINO, qui soutient même l'idée de « La vocation naturelle de la *lex fori* à régler la formation de l'accord sur le droit applicable » cours précité, p. 871.

peuvent lui être propres ce qui incite, donc, à revenir au système dont elle émane pour tout besoin de qualification et d'interprétation<sup>603</sup>.

Les tenants de cette position la justifient, également, par la qualification qu'ils accordent au contrat de choix lui-même. Celui-ci n'étant rien autre qu'un « morceau » du contrat où il s'insère. L'application de la loi du for était également soutenue en raison de sa capacité à résoudre le cercle vicieux de la loi applicable au contrat de choix. Ainsi, son intervention totalement indépendante par rapport à la volonté des parties lui permettra de valider le contrat de choix d'une loi à appliquer à une relation contractuelle sans que ceci soit tributaire de sa désignation par les parties et « *sans savoir si le contrat est préalablement valide* »<sup>604</sup>.

Néanmoins, les avantages de l'application de la *lex fori* pour les questions relatives à la validité du contrat de choix du droit applicable ne dissimule pas son inconvénient majeur, celui de « (l') *éparpillement des règles de conflit applicables au contrat de choix* »<sup>605</sup>. De plus, ce n'est pas la *lex fori* en tant que la loi substantielle qui intervient en premier lieu et qui résoudra le problème du cercle vicieux au niveau du contrat de choix dans un contrat international. C'est plutôt la règle de conflit du for « *qui est la première règle de droit international privé à appliquer* »<sup>606</sup>. Or celle-ci ne désigne pas nécessairement la loi du for. De plus, c'est uniquement dans les rapports internes que la cohérence de l'ordre juridique justifie l'application de la loi nationale. Ainsi, avancer cet objectif de droit interne, dans un rapport international pour appliquer la loi du for, serait une négation des rapports internationaux.

Aussi faut-il ajouter que l'application directe de la *lex fori* pour valider le contrat de choix serait une source d'incertitude et d'imprévisibilité des solutions pour les contractants internationaux du fait que l'intervention de celle-ci serait tributaire de la compétence de l'ordre judiciaire de l'Etat auquel elle appartient. Une 3<sup>ème</sup> solution a pu alors, être avancée pour déterminer la loi compétente à régir le contrat de choix. Elle a été proposée par une partie de la doctrine qui suggère l'application de la loi du lieu de conclusion de l'accord de choix<sup>607</sup>. Cette solution ne semble pas convaincante. Elle ne se justifie ni par des liens de

---

<sup>603</sup> Ainsi pour C. GIALDINO, « *La raison fondamentale de la compétence (de la lex fori) doit toujours être recherché dans la cohérence de l'ordre juridique* » ce qui implique que les règles de conflit « *doivent être interprétées et fonctionnent en rapport avec les normes, les conceptions et les notions du système même dont elles font parties* », cours précité, p. 871.

<sup>604</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 87.

<sup>605</sup> *Ibid.*

<sup>606</sup> *Ibid.*

<sup>607</sup> F.-E. KLEIN, « *Autonomie de la volonté et arbitrage* », RCDIP, 1958, pp. 479-491, spéc. p. 483.

proximité avec l'accord de choix du droit, ni par une logique de liberté ni encore par l'aspect procédural de l'accord d'*electio juris*.

**Recommandations.** Vue cette divergence doctrinale quant à la loi compétente à régir le contrat de choix conclu par les parties, nous proposons d'ajouter un alinéa à l'article 62 précisant la soumission de la validité du contrat de choix à la même loi régissant le contrat au fond. Nous regrettons que le projet de réforme du Code de droit international privé, en sa version actuelle, ne prévoit pas de clarifications relativement à cette question. Notons à cet effet, que les rédacteurs de la Convention de Rome et par la suite du Règlement Rome I ont bien fait de trancher sur ce sujet en assurant plus de sécurité juridique. La solution n'est pas nouvelle. Elle était adoptée en droit conventionnel dès la Convention de la Haye de 1955<sup>608</sup>. Il paraît également que cette même sécurité était à la base d'une délimitation du champ d'intervention de la loi applicable au contrat de choix. Celle-ci étant limitée aux questions relatives à la validité du consentement, la forme et la capacité. Elle ne peut, donc, remettre en question le droit des parties à choisir une loi pour régir leur rapport contractuel. Ce droit dérive du droit conventionnel (Convention de Rome et Règlement Rome I), son existence n'est pas laissée à la libre appréciation des juges étatiques qui ne peuvent en contrôler que la mise en œuvre par les parties<sup>609</sup>.

Ainsi, la liberté des parties de choisir une loi applicable à leur contrat repose sur une règle de droit international privé. Mais serait-elle une règle de conflit ou plutôt une règle de droit matériel. Il semble que l'autonomie de la volonté ne peut s'adapter qu'avec un raisonnement matériel. Elle ne peut nullement reposer sur un rattachement conflictuel dans le cadre d'une règle de conflit<sup>610</sup>. Ainsi, « *la règle de droit matériel, liberté accordée aux parties dans les contrats internationaux, est la source de ce pouvoir des parties, l'expression concrète en étant la convention de ces parties contractantes formant electio juris, convention dénuée de tout formalisme, et qui peut naturellement prendre place à n'importe quel moment* »<sup>611</sup>.

---

<sup>608</sup> Il s'agit de l'article 2 alinéa 3 de la Convention de la Haye qui fut adopté à la suite du rejet de plusieurs propositions d'amendements lors de la VIIème session de la Conférence de la Haye. « Actes de la VIIème session de la Haye de droit international privé » pp. 44 et ss. et « Documents de la VIIème session de la Conférence 9/31\_X\_1951 » Imprimerie Nationale, La Haye, 1951.

<sup>609</sup> Paul LAGARDE soutient que ces lois qui régissent le contrat de choix « *ne peuvent remettre en question le principe même de la validité du contrat de choix, qui dérive de la convention elle-même* », « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p. 305.

<sup>610</sup> F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, n° 320, p. 255.

<sup>611</sup> *Ibid* n° 321, p. 257.

Cependant, rien n'a été du moins expressément prévu par le Règlement quant à une compétence plus large dont peut bénéficier la loi applicable au contrat de choix au moment où elle est appliquée pour apprécier la validité du contrat de choix. Ne sera-t-il pas risqué dans ce cas que soit remis en cause le contrat lui-même ?

## 2) La validité du choix en cas d'invalidité du contrat

**Complexité de la question.** Il s'agit réellement du cas où, en vertu de la loi choisie, le contrat principal est nul ou invalide. Certes, la situation est complexe. Si on part de l'idée que c'est la même loi qui s'applique aussi bien à la validité du contrat fondamental qu'à celle du contrat de choix, on admet mal que celle-ci puisse valider l'accord par lequel elle est désignée et invalider le rapport contractuel qu'elle a été appelée à régir. Sa raison d'intervention perd alors, de son principal si le contrat est à son sens nul. Quelle fonction pourrait-elle alors, jouer et quel sens peut avoir le contrat de choix dans ce cas ? Les cocontractants auraient-ils perdu leur temps à chercher et choisir une loi qui sanctionne leur rapport contractuel par la nullité ? C'est face à une certaine absurdité qu'on se trouve dans ce cas. Puisse la liberté des gens tourner à leur rencontre ?

**Les solutions.** Deux solutions théoriques semblent se proposer dans de pareilles hypothèses. Soit qu'on va admettre que le contrat principal et le contrat de choix du droit applicable sont deux contrats totalement indépendants et qu'il s'agit de deux accords de volontés autonomes et qu'ainsi l'exécution de l'un à savoir le contrat de choix peut entraîner l'annulation de l'autre. Soit qu'on va relativiser cette séparation des deux contrats et estimer que le contrat de choix n'a de raison d'être qu'en vertu du contrat principal et qu'il n'intervient que pour lui régler certaines parties de son contenu ce qui rend absurde et sans valeur un contrat de choix qui entraînerait une annulation du contrat principal du quel il tire tout son sens.

En droit international privé tunisien, la question n'a pas été abordée. La commission de réforme du code ne s'y est pas intéressée. Nous estimons nécessaire de prévoir, à l'occasion de la révision du Code de droit international privé, que la validité du choix devait être maintenue indépendamment de la validité du contrat principal. La solution serait en cohérence avec notre proposition d'introduction de la loi d'autonomie dans le cadre d'une règle de conflit alternative applicable au contrat de travail. Elle permettra également d'éviter

les effets inadmissibles d'une solution différente retenue en droit comparé. En fait, les législations sont partagées relativement à la validité du choix en cas d'invalidité du contrat<sup>612</sup>.

Quant aux textes conventionnels ils ne se sont pas prononcés sur cette question. Le renvoi par la Convention de Rome, par exemple, à la loi choisie pour examiner la validité du contrat lui-même, lui attribue, selon M. LAGARDE le pouvoir d'annuler ce contrat<sup>613</sup>. La Convention accepte, ainsi « *l'éventualité de voir le contrat annulé en application de la loi choisie par les parties* »<sup>614</sup>.

Cette interprétation de la Convention de Rome n'est pas partagée par une autre partie de la doctrine qui y voit plutôt un signe d'illogisme<sup>615</sup>. Elle est du moins discutable<sup>616</sup>.

Néanmoins, l'interprétation qu'a fait M. LAGARDE de la Convention de Rome semble être en harmonie avec d'autres textes internationaux qui se sont ralliés à la position européenne tel est le cas, par exemple, pour les « Principes de la Haye » qui énoncent dans leur article 7 que « *Le choix de la loi ne peut pas être contesté uniquement sur la base du fait que le contrat n'est pas valable* ».

Le texte européen ainsi que les « Principes de la Haye » ont montré un attachement étendu à l'autonomie des parties en sacrifiant ainsi une certaine sécurité juridique. Moins fidèles à cette autonomie de la volonté, sont les Etats-Unis et le Canada où on trouve une *rule of validation*, une *lex validatis*<sup>617</sup>. Cette règle de validation trouve une consécration classique aux Etats Unis dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine<sup>618</sup>.

## B- Le moment d'intervention de la détermination volontaire du droit applicable

---

<sup>612</sup> « *La réponse à cette question est loin de faire l'unanimité, les droits contemporains ainsi que les auteurs étant profondément divisés* » CH. KHOLLER, cours précité. p. 360.

<sup>613</sup> « *C'est la loi du contrat, telle que déterminée par les articles 3 à 6 (de la convention), qui est applicable et qui le cas échéant frappera le contrat de nullité* », P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p. 326.

<sup>614</sup> *Ibid.*, note n° 99.

<sup>615</sup> Notamment, V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, Paris, 1990. p. 139 et s. et P. COURBE, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 oct. 1989, RCDIP, 1990, p. 732.

<sup>616</sup> Selon CH. KHOLLER, « *Lorsque tous les autres droits entrant en ligne de compte considèrent le contrat comme valide, il paraît discutable d'invalider celui-ci sur la base de la loi choisie, surtout lorsqu'il ne présente que peu de liens objectifs avec cette loi* ». CH. KHOLLER, cours précité, p. 362.

<sup>617</sup> L'article 3112 du Code civil du Québec stipule que « si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'Etat qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte ».

<sup>618</sup> *Kossick v. Unitted States Fruit Co.*, 365 US 731, 741 (1961). Dans cet arrêt, le juge énonçait que le fait d'assumer volontairement des obligations « *creates in itself some presumption in favor of applying that law tending toward of the validation of the alleged contract* ».



***Moment du choix et flexibilité des solutions.*** Partant de l'idée que le contrat de choix du droit applicable est un contrat à part, indépendant par rapport au contrat principal, il n'est pas nécessaire qu'il soit conclu simultanément à la conclusion du contrat principal. Certes, le contrat principal et le contrat de choix du droit applicable peuvent être conclus simultanément, mais rien n'empêche que le contrat de choix intervienne à une date postérieure à celle de la conclusion du contrat au fond.

L'article 62 du Code de droit international privé tunisien est silencieux quant au moment d'intervention du choix. M. MEZGHANI affirme que l'esprit libéral qui anime cet article pousse à retenir les trois hypothèses. Ainsi, selon l'auteur, le choix « *peut intervenir lors de la conclusion du contrat, pendant son exécution ou même, lors de la naissance du litige. De même, faut-il admettre que les parties puissent changer leur choix initial* »<sup>619</sup>.

Le même esprit libéral, a commandé la solution retenue à ce sujet par le Règlement Rome I. Le Règlement n'exige pas que le choix du droit applicable soit effectué au moment de la conclusion du contrat principal. Mieux encore, il autorise une modification de ce choix « à tout moment »<sup>620</sup>. En fait, l'article 3. 2 du Règlement dispose que « *les parties peuvent convenir, à tout moment de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement* ». Ainsi, le Règlement, par l'admission de la mutabilité du statut contractuel, « autorise la prise en compte d'une éventuelle désignation –même seulement tacite- postérieurement à la conclusion du contrat de la loi qui le régit »<sup>621</sup>.

Trois hypothèses sont alors, envisageables, à partir de cette disposition. Soit que les parties ont pris la peine de régler la question du droit applicable au moment de la conclusion du contrat. Le choix qu'elles ont fait en faveur d'une loi à régir leur relation contractuelle prendra, généralement, la forme d'une clause insérée dans le contrat. Soit que postérieurement à la conclusion du contrat, les parties décident d'user de leur faculté d'élection de droit et choisissent ainsi le droit applicable au contrat qu'elles ont antérieurement conclu. Une troisième hypothèse se rapporte également, à un choix postérieur à la conclusion du contrat mais cette fois-ci non pas pour combler une lacune

---

<sup>619</sup> A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, précité, p. 140.

<sup>620</sup> Article 3 paragraphe 2 du Règlement Rome I.

<sup>621</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 107.

quant à l'exercice de la volonté en matière de droit applicable, mais plutôt pour modifier un choix antérieur.

**Les effets d'une intervention tardive de la volonté.** Certes, « *la loi choisie tardivement régit, alors, le contrat rétroactivement depuis sa conclusion* »<sup>622</sup>. Mais se pose un problème quant à son étendue. Un choix postérieur pourrait-il affecter la validité du contrat principal ? Il semble que, contrairement à certains législateurs internes, les rédacteurs des conventions internationales sont plus soucieux des questions pratiques qui peuvent se poser. Ainsi, le Règlement Rome I prévoit dans son article 3. 2 que « *toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ». La même disposition figurait dans la Convention de Rome. Il s'agit dans les deux textes de deux limites au choix tardif de la loi applicable. D'une part, ce choix tardif ne peut pas affecter la validité formelle du contrat si celui-ci était valable en application soit de la loi du lieu de sa conclusion soit de la loi qui le régit au fond avant l'intervention du choix tardif<sup>623</sup>. Ces limites sont raisonnables et doivent être retenues en droit tunisien même en l'absence d'une prescription explicite des textes.

**Le choix antérieur à l'internationalité du contrat de travail.** La jurisprudence française a considéré que le choix de loi, fait alors que le contrat ne présente pas encore de caractère international, est inopérant<sup>624</sup>. La solution est intéressante dans la mesure où le choix de la loi applicable avant l'apparition des éléments d'extranéité n'exprime pas la volonté réelle des contractants notamment le travailleur.

### C- Rôle de la volonté dans la détermination du droit applicable

**La loi d'autonomie, entre fonction de rattachement et fonction de détachement.** Le débat entre les objectivistes et les subjectivistes quant à l'intervention de l'autonomie de la volonté s'est projeté, en droit international privé, non seulement sur sa

---

<sup>622</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p. 304.

<sup>623</sup> Il s'agit réellement de la loi choisie au début avant qu'elle soit changée ultérieurement soit de la loi applicable en l'absence de choix.

<sup>624</sup> Soc. 15 déc. 2004, n° 02-43.489; Soc. 8 nov. 2005, n° 03-46.970; Soc. 14 mars 2006, n° 04-43.119, *RDC* 2006. 867, note Deumier et Soc. 23 juin 2010, n° 09-40.969, écartant dans les relations avec la société mère la loi choisie dans le contrat conclu entre le salarié et la filiale.

manifestation, mais aussi sur la nature de la fonction qui lui est allouée<sup>625</sup>. L'étendue de la liberté accordée aux cocontractants dans la réglementation de leur rapport contractuel n'est pas objet de consensus doctrinal. C'est en fonction du degré de libéralisme que varient les positions entre une fonction purement conflictuelle et une fonction substantielle. Ainsi à la question de savoir quelle fonction accorder à la volonté dans la détermination de la loi applicable au contrat, deux thèses monistes étaient généralement opposées. Dans la présentation objectiviste du rôle de la volonté des parties qu'avait avancé dès 1938 Henri BATIFFOL et que la Cour de cassation française avait fait sienne depuis l'arrêt *Mercator Press* de 1980, la volonté « n'est qu'un indice de localisation pour déterminer le point de rattachement non ce point lui-même »<sup>626</sup>. Alors que « pour les subjectivistes purs, la volonté n'aurait pas une fonction de rattachement mais une fonction de « détachement » qui constituerait une règle de droit international privé matériel »<sup>627</sup>.

Entre ces deux thèses monistes, se situe une position intermédiaire. Ses tenants affirment que « les deux fonctions se complètent et s'équilibrent »<sup>628</sup>. Ainsi, « assurant la fonction d'une règle de conflit, le principe d'autonomie n'en remplirait pas moins une fonction substantielle inhérente à la faculté de choix confiée aux parties »<sup>629</sup>.

Certes, l'hésitation entre les différentes positions doctrinales est autorisée tant que comme l'affirmait M. Mayer, « la loi d'autonomie n'est pas une règle de conflit pure et simple »<sup>630</sup>. Le caractère atypique marque essentiellement sa fonction conflictuelle qui cède de plus en plus à une fonction plutôt matérielle. Ainsi, « elle est une règle de conflit complexe ou composite, puisqu'à la règle qui autorise le choix par les parties doit s'ajouter le choix effectif pour que soit désignée la loi applicable, mais il n'en reste pas moins vrai qu'elle est une règle de conflit, puisqu'elle a pour seul objet la désignation de la loi qui régira le contrat »<sup>631</sup>.

Il semble, alors, que la doctrine s'oriente aujourd'hui vers l'admission d'une fonction *ad hoc* de l'autonomie de la volonté dans la détermination du droit applicable au contrat.

---

<sup>625</sup> J-CH. POMMIER considère, dans ce même ordre d'idées que « les oppositions entre autonomistes et anti autonomistes sont à notre sens une cause déterminante et impulsive de l'échec des tentatives de codification internationale en matière contractuelle, favorables à l'un ou à l'autre de ces courants. En effet comment, au niveau international se mettre d'accord si au plan interne les désaccords font jour ? », J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit. p. 42.

<sup>626</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 52.

<sup>627</sup> *Ibid.*

<sup>628</sup> J-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie de la volonté entre consolidation et évolution », article précité, p. 728.

<sup>629</sup> *Ibid.*

<sup>630</sup> P. MAYER, « Le mythe de l'ordre juridique de base », in *Mélanges Berthold Goldman, L'actualité de la pensée de Berthold Goldman : droit commercial international et européen*, Ed. Panthéon Assas, 2004, pp. 199-216 spéc. p. 205.

<sup>631</sup> A. KASSIS, *Droit européen des contrats internationaux*, LGDJ Paris, 1993, p. 201.

Aucune des fonctions conflictuelle et substantielle n'a pu prendre l'assaut sur l'autre. On a pu même affirmer que les deux fonctions se complètent et s'équilibrent.

Appliqué au contrat de travail international, ce débat doctrinal pousse à se demander si le rattachement à la volonté peut contribuer à la prise en compte des impératifs sociaux propres à la relation de travail. La réponse dépend de la formulation de la règle de conflit et des conditions qu'elle édicte pour l'application de la loi d'autonomie.

#### D-La flexibilité quant au contenu du choix du droit applicable

**Aspects de la question.** Le contenu du choix pose plus qu'une question : le choix doit-il porter sur une loi « neutre » par rapport au contrat, une loi qui n'a aucun lien avec le rapport contractuel ? Doit-on choisir une loi étatique ou peut-on, également, choisir un droit non étatique ? Des règles de droit matériel international et transnational ont de plus en plus tendance à régner en matière contractuelle et à être utilisées par les cocontractants. Peut-on choisir plusieurs lois et assigner à chacune un champ d'intervention spécifique en fonction de certains aspects du contrat ? D'où la fameuse opération de dépeçage. Ces questions ne sont pas propres aux contrats de travail. Elles sont liées à la liberté de choix en général. Néanmoins, elles peuvent commander dans le contrat de travail international des réponses spécifiques, voire même des restrictions au principe de l'autonomie des parties.

##### 1) La liberté quant au lien de la loi choisie avec le contrat

**Libéralisme et risque de dumping social.** Le libéralisme des solutions aussi bien en droit français qu'en droit tunisien a commandé que ne soit exigé aucun lien entre la loi choisie par les parties et le rapport contractuel en cause. « *Les parties peuvent donc choisir n'importe quelle loi, par exemple une loi « neutre », sans avoir à justifier des raisons de leur choix* »<sup>632</sup>.

Sans envisager une solution particulière à cette dernière situation<sup>633</sup>, l'article 62 du CDIP tunisien semble affranchir le choix de la loi de toute limite. Les rédacteurs du code

---

<sup>632</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p. 301.

<sup>633</sup> Le Code de droit International privé tunisien régit la question de la fraude à la loi de manière générale dans son article 30 qui prévoit que : « *La fraude à la loi est constituée par le changement artificiel de l'un des éléments de rattachement*

ont choisi une formule large : « *le contrat est régi par le droit choisi par les parties* ». Ils n'exigent, ainsi, aucun lien entre le contrat et la loi choisie. La doctrine a interprété libéralement les dispositions de l'article 62. M. MEZGHANI affirme à cet effet, que « *le choix d'une loi qui entretient un lien objectif avec la solution litigieuse relève d'une conception ancienne des contrats internationaux* »<sup>634</sup>.

Une loi neutre a le mérite de s'accommoder avec les préoccupations des cocontractants dans certains contrats internationaux et de répondre à des besoins d'ordre pratique<sup>635</sup>. En admettant le choix d'une loi sans lien avec le contrat, l'article 62 du CDIP tunisien ainsi que l'article 3, alinéa 3 du Règlement Rome I mettent en avant l'impératif de sécurité juridique.

La solution n'est pas nouvelle en droit européen. Elle fût adoptée, depuis 1973, dans l'avant-projet de la Convention de Rome. Elle se justifiait, selon M. LAGARDE, par le fait que « *dans les situations internationales les parties ne choisissent pas une loi par pur esprit caprice, que si les parties font choix d'une loi qui objectivement ne présente pas de lien évident avec le contrat, c'est parce qu'elles y trouvent un intérêt, qui n'est pas nécessairement un intérêt de fraude* »<sup>636</sup>. Pour illustrer cette idée d'intérêt, l'auteur cite le choix de la loi anglaise par les parties au contrat de vente de céréales même si le contrat n'a aucun rattachement avec l'Angleterre.

L'intérêt de la loi choisie peut résider dans la justesse de la solution qu'elle apporte. Ainsi, selon M. FOUCHARD, « *si les parties désignent une loi apparemment sans lien avec l'opération, c'est sans doute qu'elles la connaissent et que cette loi leur paraît juste et particulièrement adaptée au problème* »<sup>637</sup>.

Aujourd'hui le Règlement Rome I a libéré le choix fait par les parties de toute condition. Aucun intérêt n'est exigé dans la loi choisie<sup>638</sup>. Ce qui prouve que les rédacteurs

---

*relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éluider l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable. Lorsque les conditions de la fraude à la loi sont réunies, il ne sera pas tenu compte du changement de l'élément de rattachement.*

<sup>634</sup> A. MEZGHANI, *Droit international privé. Etas nouveaux et relations privées internationales*, Cérès, 1991, n° 844, p. 328.

<sup>635</sup> J-M. JACQUET considère que « *limiter le choix des parties à une loi ayant quelque lien objectif avec le contrat oblige à emprunter une voie étroite et impraticable* », *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris : Economica, 1983, n° 332, p. 227.

<sup>636</sup> P. LAGARDE, Examen de l'avant-projet de la convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, in *travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1971-1973*, Dalloz, 1974, p. 153.

<sup>637</sup> Y. FOUCHARD, « *La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé français* » in *Colloque de Bâle et Francfort sur le Main*, 1983, p. 92.

<sup>638</sup> A. KASSIS affirme que « *la convention autorise à choisir une loi sans lien quelconque avec le contrat, même si les parties ne trouvent pas un intérêt particulier à choisir cette loi, voire même si elles la choisissent par pur caprice, dès lors qu'elles n'ont pas à justifier les raisons de ce choix* », *op. cit*, p. 354.

du Règlement n'ont pas adopté la théorie de la localisation largement défendue par les tenants de l'objectivisme<sup>639</sup>.

En matière contractuelle, et en dehors du contrat de travail, une seule limite est apportée à cette liberté par le Règlement dans son article 3 alinéa 3. Il y est prescrit que « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ». Les rédacteurs du Règlement semblent par cette restriction, vouloir empêcher un choix frauduleux de la loi applicable. Il s'agit réellement du cas où les parties, par l'élection de droit qu'elles font, cherchent uniquement à échapper aux dispositions impératives de l'Etat dans lequel le contrat se trouve naturellement localisé par tous ses éléments de localisation objectifs.

## **2) Etendue de la liberté quant à la nature du droit choisi : droit étatique - droit non étatique**

***Le silence des textes.*** Ni le Code de droit international privé tunisien ni le Règlement Rome I <sup>640</sup> n'ont envisagé l'hypothèse d'un choix qui porte sur un droit non étatique tel que des principes généraux de droit et des règles de *lex mercatoria*. Ce silence a donné lieu notamment en droit français, à une controverse doctrinale. Selon certains auteurs, le silence des textes ne signifie pas que le choix d'un droit non étatique est condamné<sup>641</sup>.

Le considérant 13 du Règlement Rome I prévoit que « *le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* ». Selon M. Muir Watt, cette disposition « *aurait pu justifier la liberté accrue des parties de rendre applicable une source non étatique (lex mercatoria ou autre), mais on sait que cette voie n'a pas été choisie* »<sup>642</sup>. De sa part, M. LAGARDE propose que « *le contrat qui comporterait un tel*

---

<sup>639</sup> Selon A. KASSIS, « *l'abandon de l'exigence d'un tel lien (lien d'intérêt) est le corollaire de l'abandon par la convention de la théorie de la localisation qui comportait cette exigence* ». Ibid.

<sup>640</sup> P. LAGARDE et A. TENENBAUM affirment que « *derrière cet abandon, on imagine les arguments bien connus contre le contrat sans loi et sans doute aussi les inquiétudes de plusieurs États membres vis-à-vis de ce qui, sous la nébuleuse multiforme d'un « cadre commun de référence », pourrait devenir une codification européenne du droit des contrats, offerte comme un droit optionnel aux parties* », « De la Convention de Rome au Règlement Rome I ».

<sup>641</sup> P. LAGARDE affirme que « *ce n'est pas à dire qu'un tel choix soit condamné par la convention. Simplement, il n'est pas un choix de loi au sens de celle-ci* », « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p. 300.

<sup>642</sup> H. MUIR-WATT, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in « *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux* », Actes du Colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, p. 344.

*choix serait régi, semble-t-il, au sens de la convention par la loi applicable à défaut de choix et c'est à cette loi qu'il appartiendrait de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties* »<sup>643</sup>.

En commentant le Code de droit international privé tunisien, M. MEZGHANI affirme plutôt, que « *l'étendue de la liberté autorise les parties à désigner aussi bien une ou plusieurs lois étatiques que le droit a-étatique ou encore la lex mercatoria* »<sup>644</sup>. Selon l'auteur, l'idée est en harmonie avec les règles de l'interprétation retenues en droit tunisien<sup>645</sup>. De plus, « *la formule utilisée par le texte autorise aussi l'adoption d'une conception large quant à l'étendue du choix. L'article 62 du Code soumet le contrat au « droit désigné par les parties ». L'usage du terme « droit » est significatif. Il permet le choix d'un droit étatique ou d'un droit non-étatique* »<sup>646</sup>. Contrairement à l'article 73 du Code de l'arbitrage tunisien qui utilise, dans sa version française l'expression « loi » en discordance avec la version arabe qui fait référence à la notion de « règles de droit », l'article 62 du Code de droit international privé utilise dans les deux versions la notion de « droit », ce qui signifie que « *l'on peut facilement soutenir que cet article permet aux parties dans un contrat de choisir un droit non étatique* »<sup>647</sup>.

***L'interprétation extensive de la liberté par la jurisprudence tunisienne.*** Par l'interprétation qu'elle a faite de l'article 62 du Code de droit international privé, la jurisprudence tunisienne a adopté la même conception libérale que celle préconisée par la doctrine. C'est dans ce sens que dans son arrêt du 9 avril 2001, *Interco c/North African International Bank*, la Cour d'appel de Tunis a admis « *la possibilité pour les parties de soumettre d'emblée leur contrat à un droit a-étatique* »<sup>648</sup>. Elle a même reconnu une « juridicité autonome » aux règles a-étatiques auxquelles se sont référées les parties indépendamment de tout choix fait par celles-ci. Par son alignement sur une voie libérale, l'arrêt de la Cour d'Appel de

---

<sup>643</sup> *Ibid*, p. 301.

<sup>644</sup> A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, précité., p 140.

<sup>645</sup> L'article 533 du Code des obligations et des contrats prévoit que « ... lorsque la loi s'exprime en termes généraux il faut l'entendre dans le même sens » et l'article 541 du même code prévoit que « l'interprétation peut, en cas de nécessité, modérer la rigueur de la loi ; elle ne doit jamais l'aggraver ».

<sup>646</sup> S. BEN ACHOUR, « L'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé tunisien », article précité, spéc. p. 357.

<sup>647</sup> W. BEN HMIDA, « Le Code de droit international privé et le droit non étatique », in *Ben Achour (S), Triki (S), (dir.), Le Code de droit international privé, vingt ans d'applications, (1998-2008)*, Latrach Editions, 2020, p. 49., spéc. p. 59.

<sup>648</sup> C. app. Tunis, décision du 9-4-2001, affaire *Interco c/North African International Bank*. Il s'agit dans cette affaire d'une convention de crédit documentaire. La cour a admis la possibilité pour les parties de se soumettre aux Règles et Usages de la Chambre de Commerce internationale relatives aux crédits documentaires. S. BOSTANJI, « De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique (à propos de l'affaire *Interco c/North African International Bank*) », *JDI*, 2005, n° 4, p 1067, spéc. pp. 1071 et 1072.

Tunis a permis « (d') illuminer toute la matière contractuelle »<sup>649</sup>. Il s'inscrit ainsi, dans un sens post moderniste du droit et il « consacre la conception actuelle et extensive de la notion de juridicité »<sup>650</sup>.

Il semble, d'ailleurs, que c'est à la lumière de cette position doctrinale et jurisprudentielle que les rédacteurs du projet de réforme du Code de droit international privé, ont opté pour une modification de l'article 62 afin de préciser que « le contrat est régi par les règles de droit choisies par les parties ».

Cette orientation doctrinale et jurisprudentielle libérale renforce l'idée de l'inadmissibilité de l'exclusion totale de la loi d'autonomie dans le contrat international de travail. Paradoxalement, en droit français, où le choix du droit applicable est admis dans cette matière, le contenu du choix est par contre limité.

***La limitation de la liberté par la jurisprudence française.*** Récemment, la Chambre sociale de la Cour de cassation française a rendu un arrêt, relatif à un contrat de travail international, où elle refuse de reconnaître le choix d'un droit non étatique<sup>651</sup>. En se basant sur une interprétation littérale et téléologique de la Convention de Rome, la Cour, affirme qu'« il résulte de la lettre de l'article 3, § 1, de la Convention de Rome, de l'intention de ses rédacteurs et de la lecture qui en est faite par les institutions de l'Union qu'une convention internationale et, partant, le droit dérivé d'une convention, tel le statut ou le règlement du personnel d'une organisation internationale, ne constituent pas une loi au sens de cette disposition ». L'affaire se rapporte à un litige opposant un comptable égyptien recruté par la League des Etats arabes, organisation internationale reconnue en France, pour travailler dans son bureau à Paris. La League voulait faire valoir que le règlement intérieur auquel le contrat de travail se réfère a valeur de loi et peut être choisi comme loi applicable au contrat de travail au sens de la Convention de Rome. Selon la Cour, le choix doit porter sur une loi étatique<sup>652</sup>. La Cour compare le texte de la Convention de Rome avec la proposition de règlement Rome I prévoyant la possibilité de choisir comme loi applicable un droit non étatique, comme « des principes et règles de droit matériel des contrats,

---

<sup>649</sup> S. BOSTANJI, « De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique (A propos de l'affaire *Interco c/ North African International Bank* », *JDI*, 2005, p. 1067, spéc. p. 1070, n° 5.

<sup>650</sup> TH. AHMADI, *Les mutations du contrat sans lois : Contribution à l'étude de l'évolution récente du droit non étatique*, thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, Université Tunis El Manar, 2021, p. 499.

<sup>651</sup> Soc., 13 janvier 2021, *Ligue des États arabes c/ M. Y... M...*, arrêt n° 75 FS-P, pourvoi n° 19-17.157, *D.* 2021. 139 ; *Ibid.* 923, obs. S. Clavel et F. JAUKLT-SESEKE ; *Dr. soc.* 2021, p. 470, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.* 2021. 376, obs. Laurence USUNIER.

<sup>652</sup> La Cour est, sur ce point fidèle à sa jurisprudence antérieure. Voir à ce sujet Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 2017, n° 15-28.767, *D.* 2018. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2017. 431, note D. SINDRES.



reconnus au niveau international ou communautaire » et relève que cette proposition n'a pas été retenue dans le texte devenu le règlement Rome 1.

Mais étant donné la particularité de la référence à un règlement intérieur rédigé par une organisation internationale, il était préférable que la Cour mette en œuvre la règle de conflit relative au contrat de travail afin de déterminer la loi applicable au contrat de travail. Seule cette loi permet d'identifier la place qu'elle accorde à cette norme particulière et de la compléter<sup>653</sup>.

### 3) L'admission du dépeçage

***Ambiguïté des textes et risque de déviation.*** En choisissant plusieurs lois pour régir chacune une partie du contrat, les parties se permettent de « *se tailler un statut sur mesure* »<sup>654</sup>. En dépit de son intérêt pour les parties<sup>655</sup>, l'opération de dépeçage est objet de discussion en raison de ses effets notamment sur la cohérence du contrat.

En droit tunisien, l'idée même d'admission du dépeçage n'a pas été évoquée par le Code de droit international privé. Face à ce silence, la doctrine a interprété l'article 62 du Code dans un esprit libéral. M. MEZGHANI estime, à cet égard, que « *la loi d'autonomie s'impose maintenant au juge et a une portée générale* ». Il ajoute que « *la liberté des parties est donc totale...L'étendue de la liberté autorise les parties à désigner aussi bien une ou plusieurs lois* »<sup>656</sup>. Cette analyse libérale<sup>657</sup> s'aligne sur les solutions législatives retenues, en droit tunisien, en matière d'arbitrage<sup>658</sup> et en matière de commerce maritime<sup>659</sup>.

---

<sup>653</sup> F. JAULT-SESEKE, « Loi applicable au personnel d'une organisation internationale », *Dr. soc.* 2021. 471.

<sup>654</sup> P. MAYER, *Droit international privé, op. cit.*, n° 710, pp 482 et 483.

<sup>655</sup> K. MEDJAD, souligne que « *le splitting (l'équivalent en langue anglaise du terme dépeçage) n'est pas un jeu d'érudition pour académiques oisifs. Son intérêt repose sur des considérations tout à fait pratiques* », *Droit international des affaires : le contrat international*, Nathan, 1998, p 68.

<sup>656</sup> A. MEZGHANI, *op. cit.*, p. 140.

<sup>657</sup> La Tunisie s'est toujours dotée d'une législation libérale en matière de contrats internationaux même à l'époque où régnait le modèle socialiste en économie nationale. A. MEZGHANI, *Le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie*, Tunis, C.E.R.P., 1980, p. 423.

<sup>658</sup> L'article 73 du Code de l'arbitrage dispose que « Le tribunal arbitral tranche les différends conformément à la loi désignée par les parties ». La doctrine a interprété cet article comme autorisant le tribunal arbitral à trancher les différends conformément « aux règles de droit désignées par les parties », O. BEN FADHEL, « L'ordre public et les contrats internationaux », *cours de 1<sup>ère</sup> année D.E.A Droit des contrats et investissements*, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1999-2000, p. 8. Du même point de vue K. MEZIOU, « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », in *Colloque : L'arbitrage international dans le nouveau Code tunisien* organisé le 26 et 27 novembre 1993, p. 62.

<sup>659</sup> L'article 164 du Code de commerce maritime dispose que « Les parties sont libres, sous réserve des restrictions et interdictions édictées par le présent code, de régler leurs conventions comme elles l'entendent, notamment en se

On aurait préféré que le projet de réforme du Code de droit international privé, en admettant le dépeçage, délimite les conditions de sa mise en œuvre par les contractants. En fait, dans sa version actuelle, le projet propose d'ajouter à l'alinéa 2 de l'article 62 que « *Les parties peuvent choisir le droit applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* »<sup>660</sup>. La formulation est identique à celle de l'article 3. 1 de la Convention de Rome. On regrette que la commission chargée de la rédaction du projet de réforme n'ait pas tiré des leçons du débat doctrinal autour de l'article 3. 1 de la Convention de Rome et des reproches qui lui sont adressées. Aux termes de cet article, « *les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ». M. LAGARDE estime que par cette expression, « *la Convention n'autorise pas expressément les parties à pratiquer elles-mêmes le dépeçage* »<sup>661</sup> et que « *ce dépeçage devrait être cohérent* »<sup>662</sup> faute de quoi il serait « *considéré comme ineffectif et le juge devrait rechercher la loi objectivement applicable* »<sup>663</sup>. A titre d'illustration, l'auteur cite la soumission des obligations de l'une des parties à une loi différente et contradictoire avec celle choisie pour régir les obligations du cocontractant auquel cas le dépeçage ne serait pas admissible. Le dépeçage ne devrait pas, selon M. LAGARDE, être admis inconditionnellement afin d'éviter qu'il mène à un « *pot-pourri juridique* » et à une application de lois contradictoires à un même contrat<sup>664</sup>. M. MAYER semble aussi hésitant quant à l'autorisation du dépeçage par la convention. Il considère qu'elle « *sous-entend peut-être la possibilité de choisir une loi pour chaque partie du contrat* »<sup>665</sup>. M. AUDIT fait, plutôt, lier l'autorisation du dépeçage à l'hypothèse du contrat sans loi. Il considère que « *le fait que le texte vise une désignation partielle peut également être interprété comme autorisant les parties à détacher la partie non visée de toute loi* »<sup>666</sup>. M. KASSIS s'est opposé à une pareille interprétation en affirmant que la convention a exclu les contrats sans lois<sup>667</sup>. L'objection de M. KASSIS est fondée. Elle est conforme à la position de la Cour de cassation, telle que formulée dans ses arrêts les plus récents<sup>668</sup>.

---

référant à toutes lois étrangères, à toutes conventions-types, ou en combinant différentes lois ou conventions-types ou en créant de nouvelles ».

<sup>660</sup> Le projet de réforme précise que sous sa nouvelle formule, l'article 62 est repris de l'article 68 de la loi monégasque : loi 14-48 du 28 juin 2017, non publié.

<sup>661</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 302.

<sup>662</sup> *Ibid.*

<sup>663</sup> *Ibid.*

<sup>664</sup> *Ibid.*

<sup>665</sup> P. MAYER, *Droit international privé, op. cit.*, n° 698, p. 438.

<sup>666</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 1991, n° 798, pp. 634 et 635.

<sup>667</sup> « *Nous croyons que cette opinion n'a pas de place dans l'optique de la Convention de Rome, pour la raison ... que cette convention exclut le concept de contrat sans loi* », A. KASSIS, *op. cit.*, p. 360.

<sup>668</sup> L. USUNIER, « Une jurisprudence constante : le refus du contrat sans loi », *RTD civ.*, 2021, p. 376.

Par ce manque de clarté, la Convention de Rome laisse, ainsi, une marge d'appréciation au juge dans l'admission du dépeçage. Celui-ci aura à vérifier que le dépeçage ne porte pas atteinte ni à la cohérence du contrat ni à celle des lois appliquées ni encore à l'autorité de la loi du contrat. Il s'agit d'éviter, notamment, que le dépeçage soit effectué pour échapper à certaines dispositions impératives de la loi écartée<sup>669</sup>. Ainsi, « *les parties en choisissant plusieurs lois, pourraient, par la combinaison qu'elles établissent entre ces lois, soustraire leur contrat aux règles impératives de chacune d'elles* »<sup>670</sup>. Certes, l'hypothèse peut n'être qu'« *une vue de l'esprit* »<sup>671</sup>. Mais, en matière de contrat de travail international, elle est contrecarrée par la condition de faveur. La loi choisie, quand elle sera admise en droit tunisien, devrait être déclinée en présence d'une solution plus favorable dans la loi objectivement applicable.

---

<sup>669</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>670</sup> *Ibid.*

<sup>671</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Dans sa conception individualiste, « *la justice sociale renforce l'obligation fondamentale de considérer la liberté de chacun* »<sup>672</sup>. La méconnaissance, par le Code de droit international privé tunisien, du libre choix du droit applicable par les parties au contrat international de travail, est une atteinte à un droit fondamental et est l'expression d'un dirigisme et protectionnisme excessifs. Elle ouvre la voie, au *forum shopping* et à l'exercice indirect de la liberté par mise en œuvre des règles de compétence judiciaire dont le régime libéral paraît en discordance totale par rapport à la réglementation conflictuelle du contrat de travail. De plus, l'exclusion du choix direct repose sur des préjugements quant au contenu de la loi choisie qui réellement, peut-être plus favorable au travailleur, que celle désignée en fonction de la proximité.

Il devient alors, indispensable de revoir la règle de conflit tunisienne relative au contrat international de travail en vue de l'introduction de la possibilité de choix direct de la loi applicable. Il convient également, de pallier aux lacunes de l'article 62 du Code de droit international privé régissant les conditions générales d'exercice de la liberté de choix en matière contractuelle. Il est préconisé à cet effet, de préciser que la validité du contrat de choix doit être soumise à la même loi qui régit le contrat au fond. On devrait également admettre que le choix soit explicite ou implicite mais certain et qu'il puisse intervenir à tout moment même après la conclusion du contrat.

Mais, afin de garantir une fonction sociale à l'autonomie de la volonté, il est indispensable que le principe du libre choix du droit applicable soit mis au service de la solution substantielle la plus équitable, celle qui sert le plus le rétablissement du déséquilibre contractuel qui marque généralement le contrat de travail.

---

<sup>672</sup> M. VAN DE PUTTE, « Les aspects juridiques de la justice sociale », in *La justice sociale en question : Contributions à une recherche réalisée par l'Association des dirigeants et cadres chrétiens (ADIC), avec le concours des Facultés universitaires Saint-Louis (FUSL)*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2019, p. 97.

## **CHAPITRE SECOND : LA CONTRIBUTION RELATIVE DE LA JUSTICE DE LIBERTE DANS LA REALISATION DE LA JUSTICE SOCIALE**

*Le dualisme orienté.* Si le rattachement à la volonté doit être retenu dans la règle de conflit applicable au contrat de travail international, c'est essentiellement parce que la justice sociale passe par la reconnaissance de la liberté des parties. Ce n'est alors, que lorsque cette liberté s'exerce dans un sens défavorable à son auteur, essentiellement la partie la moins avantagée dans le contrat à savoir le travailleur et qu'elle s'avère inapte à produire un résultat socialement juste, qu'elle doit, être écartée au profit d'un rattachement de proximité édictant une solution plus équitable. Pour que la règle de conflit relative au contrat de travail international soit mise au service de l'idéal de justice sociale, il est évident qu'elle doit chercher à concilier liberté et égalité. L'égalité suppose l'application de la loi de proximité en tenant compte de l'intégration du travailleur dans la communauté salariale du pays du lieu d'exécution du travail. La solution prescrite par la loi de proximité devrait être susceptible d'amélioration lorsque, par consentement mutuel avec son employeur, le travailleur participe au choix d'une loi qui lui est plus favorable.

Le principe de faveur devant ainsi, commander la détermination de la loi applicable, ne constitue pas une défaveur pour l'employeur, qui a librement consentit au choix d'une loi et qui exerce le pouvoir de direction lui permettant d'affecter le travailleur au lieu du travail qui convient à ses intérêts et devrait, à cet effet, prévoir l'éventuelle application de la loi de proximité. En conséquence, l'application de l'une ou de l'autre des deux lois ne peut en aucun cas le choquer.

Au regard des impératifs de justice sociale, la première loi satisfait la justice de liberté, la seconde est au service de la justice d'égalité. Mais, l'application de celle qui favorise le travailleur est la solution la plus raisonnable parce qu'orientée vers la réalisation d'une justice d'équité, manifestation suprême de l'idéal de justice sociale. Il convient alors, que la règle de conflit applicable au contrat de travail soit formulée de manière que le principe de faveur conditionne le jeu de la volonté (**Section 1<sup>ère</sup>**).

***Le dualisme malmené.*** Si la justice sociale commande, aussi bien en droit tunisien qu'en droit français, à conjuguer les rattachements à la liberté et à la proximité dans un sens favorable au travailleur, il n'est pas pourtant certain que le résultat concrètement obtenu soit socialement satisfaisant. Cela peut revenir au rôle limité accordé au principe de faveur au sein même de la règle de conflit. Il revient également et de façon plus certaine à la nature de la règle de conflit et des conditions de sa mise en œuvre. La justice de liberté censée favoriser une solution plus juste et plus équitable, n'a en réalité qu'un effet relatif (**Section 2<sup>nd</sup>e**). La méthode conflictuelle ne s'adapte que de façon limitée avec le principe de justice sociale.

### **Section 1<sup>ère</sup> : Le principe de faveur conditionne l'intervention de la volonté**

***La transposition du principe de faveur de l'ordre interne à l'ordre international, les prérequis.*** Par définition, le principe de faveur sert, en droit interne, à régler un conflit de normes. Il autorise d'appliquer parmi les normes concurrentes, celle qui est la plus favorable au salarié. Contrairement au droit français, où la valeur constitutionnelle du principe de faveur, est en question<sup>673</sup>, en droit tunisien, le principe de faveur est bien reconnu par le Code de travail. Le principe autorise la conclusion de conventions collectives prescrivant des solutions plus avantageuses au salarié que celles des textes législatifs. Le principe de faveur, se trouve ainsi, affirmé et sans limitation de son champ d'intervention. Sa transposition au niveau des rapports internationaux, devient alors, possible. Elle exige de donner compétence, parmi les différents rattachements retenus par la règle de conflit à celui qui correspond à la loi la plus favorable au travailleur. La loi d'autonomie pourra dans ce cas avoir une vraie fonction sociale. La limitation de la liberté par des exigences de faveur

---

<sup>673</sup> Dans un premier temps, le Conseil d'Etat français a reconnu au principe de faveur la valeur d'un principe général du droit, CE Ass. 8 juill. 1994, n° 105471, Lebon p. 356. Il affirme dans cet arrêt que « *la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* ». De même, la Cour de cassation française, lui a reconnu la valeur d'un principe fondamental, Cass. soc. 17 juillet 1996, D. 1996, n° 95-41.745, IR p. 208, la Cour affirme dans cet arrêt, l'existence d'un « *principe fondamental en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable* ». Mais, le Conseil d'Etat, a renoncé, dans une seconde phase, à sa position dans un arrêt de 2002, CE. 13-01-2003, n° 2002-465-DC, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 642. Dans cet arrêt, le Conseil constitutionnel français précise que « *le principe de faveur ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946* ».

par rapport à l'ensemble des dispositions de la loi objectivement applicable, est une solution requise (§ 1).

***Le passage d'un principe de faveur à une protection minimale, les déformations.*** En accordant à l'une des lois en conflit, loi d'autonomie et loi objectivement applicable une prépondérance par rapport à l'autre, on limite sensiblement le champ de la faveur. C'est dans ce sens que la règle de conflit européenne ne permet d'écarter la loi d'autonomie qu'en présence de normes impératives protectrices du travailleur dans la loi objectivement applicable. Par cette articulation, la règle de conflit, constitue plus une règle de protection minimale qu'une véritable règle de faveur. Sa contribution à la production d'un résultat équitable est remise en cause (§ 2). Le législateur tunisien est invité à tenir compte de ses insuffisances à l'occasion d'une éventuelle réforme de la règle de conflit tunisienne.

### **§ 1 La condition de faveur par rapport à l'ordre juridique objectivement applicable, une solution requise**

***Les éléments de l'analyse.*** La recherche de l'équité par instauration de la justice de liberté commande à formuler pour le contrat de travail international une vraie règle de conflit alternative. Celle-ci doit donner compétence à la loi la plus favorable au salarié parmi, d'une part, la loi d'autonomie et, d'autre part, la loi objectivement compétente à savoir la loi du lieu d'exécution habituelle du travail sinon si elle existe, la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat. Si cette solution est recommandée aussi bien pour le législateur tunisien que pour le législateur français, c'est parce qu'elle permet de donner effet à un principe fondamental, celui de la liberté contractuelle. Elle a le mérite également, de l'inscrire dans un contexte de faveur en prenant en compte, dans l'ordre juridique local, non seulement les normes impératives favorables au salarié, mais également les normes supplétives dont l'importance n'est pas négligeable. Cette articulation s'accommode avec « *la nécessité de ne faire reposer ni sur le principe d'autorités, ni sur le seul principe de liberté individuelle, les relations de patron à ouvrier, mais d'introduire entre eux l'idée du contrat et de l'équité dans le contrat* »<sup>674</sup>.

---

<sup>674</sup> A. FOUILLÉE, « L'idée de justice d'après les écoles contemporaines », *Revue de deux mondes*, Paris, 1899, p. 24.

***Le préalable de l'affirmation du principe de liberté.*** Dans une règle de conflit orientée vers la production d'un résultat juste et équitable, il est nécessaire de se conformer au principe de liberté contractuelle et de reconnaître aux parties la possibilité de choisir le droit applicable à leur contrat. Ce principe de liberté est bien affirmé en droit civil tunisien. L'article 242 du Code des obligations et des contrats, tunisien dispose que « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ». Le droit international privé reconnaît également à ce principe une fonction importante qui n'est pas nécessairement en conflit avec les impératifs sociaux. En fait, un résultat juste, est dans une certaine mesure un résultat prévisible assurant la sécurité juridique pour les parties. La liberté constitue un principe fondamental de la réglementation des rapports privés. Elle prend en droit international privé, une valeur renforcée et de plus en plus étendue.

L'examen du droit comparé permet, à cet effet, de constater l'importance du rôle attribué à la volonté des parties dans la résolution du conflit de lois, en dehors même de la règle de conflit. C'est dans ce sens que la loi néerlandaise portant sur les conflits de loi qui forme le livre 10 du Code civil des Pays-Bas a instauré, dans son article 9, une nouvelle exception au fonctionnement normal de la règle de conflit qu'on peut qualifier « (d') exception de prévisibilité »<sup>675</sup>. Le but de cette clause est « *de corriger un grave défaut de prévisibilité né de l'application des effets juridiques de la loi compétente en vertu de la règle de conflit normale qui, soit, constitue une violation inacceptable d'une croyance légitime, mais erronée, des parties au litige, soit, plus généralement, se traduit par une insécurité juridique (legal certainty)* »<sup>676</sup>. Le principe de liberté occupe, alors, en droit international privé une place incontestable. Il assure la prévisibilité des solutions et favorise la stabilité et la sécurité juridique du rapport contractuel.

Lorsqu'elle est conjuguée avec des impératifs sociaux de protection de la partie faible, l'intervention de la liberté peut être conditionnée mais pas totalement écartée par la règle de conflit. Une solution inverse qui méconnaît tout rôle à la volonté est une solution qui va

---

<sup>675</sup> Aux termes de cet article « Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique ». Traduit du néerlandais par Dorothee van Iterson, ancien Conseiller au ministère néerlandais de la Justice, *RCDIP*, Documentation, III. — Union européenne. IV. — Informations diverses, 2012/3 (N° 3), pages 674 à 684.

<sup>676</sup> G. Goldstein, « L'exception de prévisibilité », *RCDIP*, 2018, n° 1, 09-04-2018, pp. 3-32, spéc. p. 3.



à contre sens par rapport à la nouvelle orientation du droit international privé marquée par un retour de plus en plus fort à la liberté et une désintégration de la méthode de localisation objective. Les valeurs liées à la liberté, la sécurité et la stabilité sociale peuvent être mises en interaction au service d'un résultat socialement juste. « *L'idée de défendre la prévisibilité et les attentes légitimes des parties se rattache donc à la notion de justice et de préservation de la paix sociale* »<sup>677</sup>. En droit international privé, elle favorise également une meilleure coordination des systèmes par rapprochement des solutions.

De plus, le principe de liberté, commande en droit du travail de tenir compte de la dimension contractuelle du rapport liant l'employeur au salarié. Il permet de mettre l'accent sur l'avantage que peuvent tirer les deux parties de leur lien contractuel. En fait, depuis longtemps, « *la focalisation habituelle sur la seule subordination du salarié laisse, en effet, de côté un fait essentiel : le contrat de travail, à l'image du contrat de société, organise la création en commun de valeur en vue d'en assurer le partage* »<sup>678</sup>.

C'est en fonction de ces différentes données, que le législateur tunisien est invité à changer sa conception de la relation de travail et par conséquent sa solution de conflit de lois pour les contrats qui prennent une dimension internationale. La reconnaissance de la liberté des parties au contrat de travail pourrait également avoir des effets économiques et satisfaire les besoins des investisseurs étrangers de se soumettre à une même loi pour les différents contrats les liant à leurs salariés. La loi choisie ne devrait pas être préjugée défavorable au salarié. Dans tous les cas, le principe de faveur permettra de garantir la protection nécessaire au salarié et d'atténuer, dans la règle de conflit, les effets du libéralisme.

***L'atténuation du libéralisme par mise en œuvre du principe de faveur.*** Le contrat de travail international diffère sensiblement des autres contrats internationaux. Il met en jeu des intérêts multiples difficilement conciliables au centre desquels figure la question de la protection de la partie faible. « *Celle-ci est certes au confluent des « intérêts des parties », des « intérêts généraux dont l'Etat a la charge » et, dans une certaine mesure, des intérêts de la communauté internationale mais elle doit compter aussi avec « les intérêts du commerce international » qu'elle peut affecter directement ou indirectement et qui, à leur tour, l'affectent* »<sup>679</sup>. La prise en compte

---

<sup>677</sup> G. Go DSTEIN, « L'exception de prévisibilité », *RCDIP*, 2018, n° 1, 09-04-2018, pp. 3-32.

<sup>678</sup> G. DUCHANGE, « La nature juridique du contrat de travail », *Dalloz*, 2022, pp. 2108-2014, spéc. 2108.

<sup>679</sup> M.S MOHAMED MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 2005, Volume 315 p. 141, spéc. p. 178.

de ces intérêts multiples suppose que le principe de liberté soit reconnu et que son intervention soit conditionnée. En fait, une atténuation du libéralisme permet mieux qu'une logique de localisation objective rigide de concilier les impératifs politiques, économiques et sociaux que le contrat de travail met en interaction. Il en résulte que pour que la liberté soit mise au service de la justice sociale, ses effets doivent être limités par application de la loi objectivement applicable lorsque cette loi s'avère plus favorable au salarié. Le principe de faveur permet ainsi, de prévoir le risque que la liberté du travailleur exprimée par le choix de la loi applicable ne soit pas réelle. Parce qu'on ne peut pas vérifier l'existence d'un consentement sain et éclairé de la part du travailleur, on présume que sa volonté n'est pas dans tous les cas, effective. Il devient alors, plus équitable de prévoir comme alternative, l'application de la loi de l'Etat où il est professionnellement intégré. Celle-ci correspond à priori, à la loi de l'Etat sur le territoire duquel il exerce ses fonctions sauf s'il se trouve le mieux intégré dans la communauté salariale d'un autre Etat qui sera identifié par mise en œuvre de la clause d'exception. L'application de la loi la plus favorable, permet ainsi, d'inscrire la justice de liberté et la justice d'égalité dans une perspective de recherche de l'équité.

Cette articulation des deux libertés exige, en droit tunisien spécialement que les solutions édictées par la loi choisie et par la loi objectivement désignée soient comparées sans sélection préalable des normes en fonction de leur impérativité. Les normes impératives et les normes supplétives sont bien des normes faisant partie de l'ordre juridique objectivement applicable et doivent être appliquées si leurs contenus sont plus favorables au salarié que les normes de la loi choisie. Par cette configuration des rattachements, le principe de faveur aurait une fonction réelle dans la règle de conflit. En fait, il n'est pas rare qu'une norme bien que supplétive dans le système juridique compétent à défaut de choix soit plus avantageuse au travailleur que celle de la loi choisie.

Le principe de faveur n'aurait pas une véritable fonction si on opte pour une solution identique à la règle de conflit européenne. Cette règle n'autorise d'écarter la loi d'autonomie que par les normes impératives protectrices du travailleur dans l'ordre juridique objectivement applicable. C'est ce qui prouve, comme le notait M. LAGARDE, que « *la solution favorisée-ici, la protection de la partie faible- ne l'est pas pour elle-même. On cherche moins à*

augmenter la protection qu'à empêcher la règle protectrice désignée par le critère objectif d'être trop facilement tournée »<sup>680</sup>. Une telle formulation de la règle de conflit aura, alors, pour objectif d'empêcher le contractant le plus fort d'échapper aux règles impératives de la loi du lieu d'exécution du travail que le salarié est supposé connaître le mieux. Celle-ci étant « *la plus proche et donc prévisible, indépendamment de son contenu effectif* »<sup>681</sup>.

Le principe de faveur suppose que toutes les normes de l'ordre juridique objectivement désigné soient appliquées si elles sont plus favorables au salarié. Il diffère ainsi, de l'idée de protection minimale que consacre la norme européenne. Dans cette norme, « *l'objectif ne doit pas être de favoriser a priori une partie, mais de la protéger efficacement, en évitant le choix d'une loi peu protectrice imposée par la partie forte* »<sup>682</sup>.

La distinction entre ces deux finalités renvoie à la question de la légitimité du principe de faveur dans le contrat de travail international. Certains auteurs y sont réticents. Ils estiment qu'il produit une surprotection du salarié au détriment des intérêts de l'employeur. Cette idée que défend M. Mayer n'est pas totalement erronée. Il est vrai qu'un traitement systématiquement inégalitaire peut engendrer une sorte de « *discrimination à rebours* »<sup>683</sup> et que la partie faible ne doit pas bénéficier d'avantages non justifiés<sup>684</sup> dont le cumul pourrait dans certains cas aboutir à une surprotection, bouleverser de nouveau l'équilibre de forces et créer une nouvelle catégorie de forts.

Néanmoins, ce raisonnement suppose que le travailleur puisse avoir dans la loi du lieu d'exécution du travail la protection suffisante à laquelle il peut aspirer à comparer par la législation de son Etat d'origine. Or, la réalité des relations sociales est totalement différente et les écarts entre les législations sociales nationales sont parfois très profonds notamment par l'effet du dumping social.

---

<sup>680</sup> P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaisons franco-belges*, Bibliothèque de droit privé, tome 261, 1996, p. 529.

<sup>681</sup> S. BARATTI, « Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix dans les contrats internationaux, Actes du colloque du 9 et 10 septembre 2010*, Dijon, p. 326.

<sup>682</sup> P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », article précité, p. 529.

<sup>683</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye) » in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 190.

<sup>684</sup> H. BATIFFOL écrivait que « ... Dans la majorité des cas on ne se trouve pas en face « d'utilité privée » évidente... il y a simplement conflit de deux intérêts, l'un et l'autre défendables », *Le pluralisme de méthodes en droit international privé, Aspects philosophiques de droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 223.

Il ne s'agit donc moins de faveur que de rétablissement d'équilibre contractuel auquel on peut nuire par une « faveur aveugle ».

De plus, il nous paraît excessif de vouloir traiter un contrat international comme un contrat interne. Selon M. Mayer, il n’y a pas de raison pour que la partie faible dans un contrat international soit « *systématiquement mieux traitée que si elle avait conclu un contrat interne* »<sup>685</sup>. Or, les exemples sont multiples à démontrer les risques qui entourent les situations de mobilité internationale et qui peuvent se rapporter à la situation politique et sociale du pays d’accueil. Ces risques devraient légitimement être contrebalancés par un traitement de faveur et pas uniquement par une protection minimale à travers l’ordre public de la loi du lieu d’exécution.

## **§ 2 La condition de faveur par rapport à l’ordre public de la loi objectivement applicable, une solution restrictive**

*La consécration de la faveur par le rattachement à l’ordre public de la loi objectivement applicable, atypisme et insuffisances de la solution.* La limitation de l’intervention de la loi d’autonomie par l’existence de règles d’ordre public plus favorables dans la loi objectivement applicable est une solution sélective. Elle exclut l’application des normes supplétives de l’ordre juridique objectivement compétent et élargit en conséquence le champ de la loi d’autonomie. Le principe de faveur auquel donne lieu un tel raisonnement n’est en réalité, qu’une transposition imparfaite du même principe de l’ordre interne à l’ordre international.

En conséquence, la remise en cause du principe de faveur en droit interne résultant de la diversification des catégories d’ordre public impacte directement le contrat de travail international et limite la fonction de justice sociale dans la règle de conflit.

### **A- La restriction inhérente à la nature de l’ordre public désigné par la règle de conflit**

*Qualification de la norme impérative et loi compétente.* L’identification des dispositions qui constituent des normes impératives dans le système juridique compétent à défaut de choix est d’une délicatesse certaine. Ces normes correspondent aux règles

---

<sup>685</sup> *Ibid.*

auxquelles la loi objectivement compétente n'autorise pas d'y déroger. Par ces normes, l'ordre juridique objectivement applicable assure son emprise non seulement sur les contrats internes mais aussi internationaux. La raison étant que c'est cette même loi qui aurait régi le contrat s'il n'y a pas eu choix. La volonté des parties est réduite ainsi à un simple outil d'aménagement du rapport contractuel dans les limites des dispositions supplétives de la loi objectivement compétente. On se trouve, ainsi, au carrefour de l'interne et de l'international<sup>686</sup>. La détermination de la norme qui serait qualifiée d'impérative échappe dans cette hypothèse au principe de la qualification *lege fori*<sup>687</sup>. Il ne s'agit certes pas d'une qualification au besoin de l'identification de la règle de conflit correspondante. C'est plutôt au besoin de mise en œuvre de la loi applicable déjà désignée par la règle de conflit que la qualification de la norme impérative s'impose ici. Mais, des difficultés peuvent surgir dans ce processus de qualification surtout que « *certaines systèmes juridiques peuvent ne pas théoriser la distinction entre l'impératif et le supplétif* »<sup>688</sup>.

***Le critère de la finalité et l'exclusion des lois de police.*** Face à l'absence de critère préétabli, certains auteurs, proposent d'appréhender les lois impératives en fonction de leur finalité<sup>689</sup>. M. Coursier affirme à cet égard, « (qu') *exclusion faite des règles de droit public, sont donc concernées toutes les dispositions de droit privé marquées du sceau de l'ordre public* »<sup>690</sup>. Seront ainsi qualifiées de dispositions impératives, celles qui sont nécessaires à « *l'organisation politique, sociale ou économique* »<sup>691</sup>. Le critère de distinction de ces dispositions par rapport à celles de droit public est le résultat qu'elles cherchent à atteindre. Elles ne visent pas « *l'organisation des structures de l'Etat qui les a édictées* »<sup>692</sup>. Elles visent plutôt « *l'organisation de la société dont l'Etat*

---

<sup>686</sup> J-C. Pommier souligne, à cet égard, que « *Dès lors si la règle de conflit consacre la projection, dans le conflit de lois, du principe de droit interne de l'ordre public social, la protection de base du salarié sera alors garantie en droit international privé comme en droit interne* », J-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 175.

<sup>687</sup> PH. Coursier affirme que « *seul le système juridique auquel elles participent permet de les qualifier ou non d'impératives* », PH. COURSIER *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 207.

<sup>688</sup> H. MUIR WATT « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat » in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, p. 343.

<sup>689</sup> P. RODIERE, op.cit., p. 206.

<sup>690</sup> PH. COURSIER, op. cit, p. 12.

<sup>691</sup> *Ibid.*

<sup>692</sup> Selon M. PH. Coursier, cette catégorie constitue « *celle des « lois de police » regroupe les dispositions de droit public. Nécessaires aux structures mêmes de l'Etat qui les a édictées, elles sont l'expression forte de la souveraineté de ce dernier* ». PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 218.

*a la charge* »<sup>693</sup>. Sont exclues ainsi, les dispositions du droit public<sup>694</sup>. Celles-ci visent à assurer la souveraineté de l'Etat et se situent hors du domaine contractuel. Il en est, ainsi, des dispositions relatives au contrôle exercé par les inspections de travail et des autorités de police<sup>695</sup>. Il en est également des dispositions relatives à l'emploi des étrangers ainsi que leur entrée et séjour sur le territoire d'un Etat donné<sup>696</sup>. Ces questions touchent à la souveraineté étatique et à la protection du territoire.

Ajoutons que les incriminations de comportements sur les lieux de travail ainsi que la détermination des sanctions pénales qui leur sont correspondantes relèvent de l'aspect public du droit pénal et sont à ce titre qualifiées de dispositions supra impératives donc de police<sup>697</sup>.

Ne sont pas couvertes également par la règle de conflit, les normes reconnaissant les droits et libertés fondamentaux qui se trouvent généralement, dans la constitution. Tel est le cas pour le droit à un travail digne, pour le droit de grève, pour la liberté syndicale reconnus aussi bien par la Constitution Tunisienne et la Constitution Française. Ces droits sont d'application immédiate sur le territoire qui les reconnaît et ne peuvent dépendre du rattachement retenu par la règle de conflit. Néanmoins, les textes relatifs aux conditions de leur exercice relèvent plutôt de l'ordre public. Elles peuvent être rattachées à la catégorie des dispositions impératives au sens de l'article 6 de la Convention de Rome. Peu importe la catégorie d'ordre public dont elles relèvent en droit interne. Celle-ci n'est pas nécessairement à finalité protectrice. « *En droit international privé, (ces normes) relèvent toutes d'une seule catégorie : celles des « dispositions impératives non de police* »<sup>698</sup>.

Il s'agit alors, pour les contrats de travail internationaux, de considérer comme impératives toutes les dispositions qui sont d'ordre public dans la loi du lieu d'exécution du travail.

---

<sup>693</sup> Seulement, ce critère de distinction n'est pas utilisé dans un sens identique en doctrine. M. JACQUET, par exemple, l'utilise pour identifier les lois de police. Celles-ci sont selon l'auteur, celles qui « sont organisatrices de la société dont l'Etat a la charge, alors que les lois de structure sont organisatrices de l'Etat lui-même relativement à son « *auto-régulation* », *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, n° 428 p. 280.

<sup>694</sup> Selon M. Coursier, « *« le droit public » ne relève pas de l'ordre public. Les dispositions en relevant sont, par essence, hors du champ contractuel, donc d'application impérative. Il n'est nul besoin de recourir à la notion d'ordre public pour en imposer l'application. Il s'agit de lois de police au sens de l'article 3 alinéa premier du Code civil* », PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 209 et s.

<sup>695</sup> A. LYON-CAEN et G. LYON-CAEN, *Droit international social et européen*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 991, n° 34, p. 28.

<sup>696</sup> *Ibid*, n° 128 et s, pp. 99 et s.

<sup>697</sup> Le droit pénal étant un droit mixte, il se trouve à la frontière du droit public et du droit privé.

<sup>698</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 217.

Cependant, on peut se demander si cette catégorie comporte toutes les dispositions d'ordre public ou bien uniquement celles auxquelles on ne peut pas déroger par contrat<sup>699</sup>. La question est d'importance notamment en droit français où il existe différentes catégories d'ordre public<sup>700</sup>. S'agit-il, alors, d'une transposition dans l'ordre international d'une classification des ordres publics internes.

En droit du travail français, certaines dispositions sont intangibles. Elles relèvent de l'ordre public absolu et restreignent la liberté contractuelle. Ces règles ne peuvent pas être écartées même dans un sens plus favorable au travailleur. Elles se rapportent généralement à des sanctions pénales ou plus généralement à des dispositions de droit public et se rapprochent donc de la catégorie des lois d'application immédiate<sup>701</sup>. En conséquence, le mécanisme par lequel elles interviennent au niveau international est celui prévu par l'article 7 de la Convention de Rome pour les lois de police.

On en déduit que, par « *normes impératives* », l'article 6 de la Convention de Rome ne vise pas les normes intangibles qui interdisent toute dérogation à leur contenu. Il s'agit plutôt des dispositions d'ordre public destinées à assurer une fonction sociale et protéger le travailleur, lesquelles font partie en droit français de l'ordre public social<sup>702</sup>. Les mutations que subit cette catégorie d'ordre public met en question l'efficacité de la règle de conflit.

***Identification des normes impératives et diversité des sources.*** L'article 6 de la Convention de Rome donne compétence aux normes impératives protectrices du travailleur. « *Ces dispositions impératives sont d'origines diverses : lois, règlements, conventions collectives,*

---

<sup>699</sup> La distinction nous rappelle la différence de formule entre l'article 3 § 3 et l'article 6 § 1 de la Convention de Rome. Le premier, limite l'application de la loi choisie par *les dispositions auxquelles la loi applicable à défaut de choix ne permet pas de déroger par contrat*. Le second impose l'application des *dispositions impératives* de la loi applicable à défaut de choix lorsqu'elles sont plus protectrices pour le travailleur.

<sup>700</sup> Certains auteurs préfèrent distinguer lois de police et ordre public sans classifications au sein de cette dernière notion. Ainsi, selon M. PH. Coursier, « *il n'existe pas plusieurs ordres publics. Si une distinction doit être opérée, elle oppose les lois de police, au sens de l'article 3 du Code civil, et les dispositions de droit privé ayant un caractère impératif, selon l'article 6 du même code* », PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 217.

<sup>701</sup> Le Conseil d'Etat français définit cette catégorie d'ordre public intangible comme comportant « *des dispositions qui, par leurs termes, présentent un caractère impératif, les principes énoncés par la Constitution et les règles de droit interne lorsque ces principes ou ces règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels* », Avis du Conseil d'Etat du 22mars 1973, *Dr. Soc.*, 1973, p. 514, n° 11.

<sup>702</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE affirment que l'ordre public en droit du travail est une notion spécifique. « *Ni ordre public de direction, en ce qu'il peut la plupart du temps y être dérogé, ni ordre public de protection, en ce qu'il ne peut pas toujours y être renoncé, l'ordre public en droit du travail n'entre pas non plus dans les traditionnelles catégories de l'ordre public absolu versus ordre public dérogeable. L'ordre public social semble, donc, un ordre public à part.* », « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. Soc.*, n° 11 novembre 2016, p. 886.

usages »<sup>703</sup>. Une convention collective peut à ce titre s'appliquer en tant que norme impérative de la loi du lieu d'exécution du travail<sup>704</sup>.

En droit tunisien, les conventions collectives sont soumises à ratification par le ministre des affaires sociales et sont publiées au journal officiel de la république tunisienne. Elles constituent à partir de la date de leur publication, une partie intégrante de la législation de travail. Par conséquent, dans les cas où le droit tunisien se trouve désigné applicable dans une affaire soulevée devant un juge européen, la convention collective tunisienne doit être appliquée comme norme impérative de la loi objectivement applicable. Le choix d'une loi autre que la loi tunisienne doit être confronté à l'ensemble de la législation de travail tunisienne y compris les conventions collectives afin de vérifier l'étendue de sa faveur pour le travailleur international.

En droit français, la solution n'est pas aussi aisée. C'est ce qui découle de la jurisprudence de la Cour de cassation française. En fait, dans un arrêt rendu le 29 septembre 2010<sup>705</sup>, la Cour de cassation avait jugé de l'impérativité des conventions collectives. Elle affirmait « *qu'une convention collective nationale ne constituait pas une disposition légale impérative au sens de l'article 6 de la Convention de Rome du 18 juin 1980 ; qu'en faisant néanmoins application de la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien au prétexte qu'il y aurait eu lieu de faire application des protections offertes par les dispositions impératives de la loi française, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ». On en déduit que, selon la Cour, les conventions collectives n'avaient pas à elles seules, titre d'application. La Cour ajoutait que « *mais attendu que les règles d'application des conventions collectives étant fixées par des normes légales et impératives tendant à protéger les salariés, l'application du droit français emporte celle des conventions qu'il rend obligatoires* ». On en constate que les conventions collectives n'ont pas une impérativité intrinsèque. Leur application dépend de la compétence du système juridique auquel elles appartiennent, à régir le contrat.

La même remarque vaut pour les normes issues du droit européen dérivé. Celles-ci ne manquent pas de caractère impératif. Il s'agit des normes européennes qui sont destinées à

---

<sup>703</sup> *Ibid*, p. 215.

<sup>704</sup> P. RODIERE, *La convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, n° 186, p. 134. L'auteur souligne « *le caractère d'ordre public de la convention collective* ».

<sup>705</sup> Cass. soc. 29 septembre 2010, n° 09-68.851, 09-68.852, 09-68.853, 09-68.854, 09-68.855 Soc. 29 septembre 2010, *Customer Ground Service c. M<sup>me</sup> X. et autres*, notes F. JAULT-SESEKE, « *Compétence et loi applicable à la rupture de contrat de travail s'exécutant habituellement en France et comportant une clause de choix d'une loi étrangère* », *RCDIP*, 2011, p. 72.



être intégrées dans les systèmes juridiques des Etats membres et porter ainsi législations communes entre eux.

Cette diversité des sources qui caractérise généralement les législations nationales de travail, ne doit pas, par contre dissimuler les écarts qui séparent ces législations en termes de protection du travailleur. En fait, les préférences étatiques sont d'un grand impact à ce niveau. « *Selon le pays concerné, le droit du travail peut comporter une dimension impérative plus au moins étendue* »<sup>706</sup>. Une question peut faire l'objet d'une norme impérative dans un Etat et ne pas le faire dans un autre. De plus, deux normes impératives différentes n'assurent pas pour le travailleur le même degré de protection.

Mais, en dépit de ce décalage, le droit du travail s'est vu assigné, dans les différents droits nationaux, une fonction de protection du travailleur par des normes d'ordre public social. En fait, à la différence de l'ordre public absolu, l'ordre public social est axé autour du principe de faveur.

#### B- La restriction résultant d'une transposition imparfaite du principe de faveur de l'ordre interne à l'ordre international

***Le rattachement à l'ordre public interne, les imperfections.*** Le principe de faveur que consacre, en droit interne, l'ordre public social sert à régler un conflit de normes. Ainsi, entre une loi et une convention collective, c'est la convention collective qui s'applique si elle est plus favorable au salarié. Le même raisonnement vaut également pour le rapport entre un contrat et une convention collective<sup>707</sup>. Employeur et salarié peuvent déroger à celle-ci uniquement dans un sens favorable au travailleur<sup>708</sup>.

Certes, aucun texte ne formule ce principe de faveur<sup>709</sup> dans une règle générale<sup>710</sup>. Mais, son application par plusieurs textes législatifs tunisiens et français le fait apparaître en

---

<sup>706</sup> PH. COURSIER affirme que « *seul le système juridique auquel elles participent permet de les qualifier ou non d'impératives* », PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 219.

<sup>707</sup> L'article L. 135-2 du Code de travail dispose que les clauses d'une convention ou d'un accord collectif « s'appliquent aux contrats de travail (...) sauf dispositions plus favorables ».

<sup>708</sup> G. LYON-CAEN, *Relations de travail internationales*, op. cit., p. 24.

<sup>709</sup> Ce principe est appelé aussi, « principe de faveur » ou « principe d'application de la disposition la plus favorable ».

<sup>710</sup> « *C'est l'œuvre du juge, qui a élevé le principe de faveur au rang de principe général du droit du travail* ». F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », *Dr. Soc*, n° 3 mars 2001, p. 255.

droit du travail, « *comme un principe consubstantiel à cette branche du droit, sinon comme son « âme » même* »<sup>711</sup>.

C'est pour consacrer cette idée de faveur que l'article 31 du Code du travail tunisien prévoit que « dans tout établissement compris dans le champ d'application d'une convention (collective), les dispositions de cette convention s'imposent aux rapports nés des contrats individuels ou d'équipe, sauf si les clauses de ces contrats sont plus favorables aux travailleurs que celles de la convention »<sup>712</sup>. Sans prévoir expressément la même condition pour les conventions collectives agréées, l'article 37 du même Code exige, par contre, que celles-ci soient approuvées par arrêté pris par le Secrétaire d'Etat à la jeunesse, aux sports et aux affaires sociales après avis de la « Commission Nationale du Dialogue social ». La décision d'approbation suppose que l'autorité concernée vérifie la conformité de la convention collective agréée à la convention collective générale. Nous estimons, par ailleurs, que la logique de faveur qui anime les dispositions du Code du travail tunisien commande à ce que soit admise toute dérogation à la convention générale du moment où elle est plus avantageuse pour le salarié. Ceci paraît d'autant plus logique que le Code admet les dérogations à la convention collective agréée par les dispositions d'une convention collective d'établissement lorsque celles-ci sont plus favorables aux travailleurs<sup>713</sup>.

L'idée de faveur au profit du travailleur semble ainsi, animer la législation du travail aussi bien en Tunisie qu'en France. Les normes impératives ne constituent pas ainsi une limite à l'intervention de la volonté. L'exercice de la liberté peut améliorer la solution édictée par une norme impérative. En fait, l'ordre public « *n'inhibe pas toujours la liberté contractuelle. Dans cette branche du droit, les dispositions, pourtant impératives, qui relèvent de la technique de l'ordre public social, permettent aux parties au contrat de travail, comme aux parties à l'accord collectif, de s'exprimer, pourvu que ce soit dans un sens favorable aux salariés* »<sup>714</sup>.

Un raisonnement parallèle aurait permis de choisir parmi la loi d'autonomie et la loi locale, celle qui soit la plus favorable sans condition supplémentaire tenant à la nature des normes en conflits. Une présélection des normes, au sein de l'une des deux lois en concurrence constitue une déformation de la notion d'ordre public qu'on a cherché à

---

<sup>711</sup> F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », article précité, p. 255.

<sup>712</sup> Cet article 31 figure dans le chapitre I « dispositions générales » du Titre III « les conventions collectives » du Code de travail tunisien.

<sup>713</sup> En fait, aux termes de l'article 44 du Code du travail tunisien, « les conventions collectives d'établissement ne peuvent contenir des dispositions moins favorables pour les travailleurs que celles de la convention collective agréée ».

<sup>714</sup> F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, th. Paris 1, LGDJ 2007 n°45.

transposer dans l'ordre international. Par ailleurs, l'affaiblissement de la fonction sociale de l'ordre public interne aura pour effet de limiter son rôle de faveur dans l'ordre international. En fait, on assiste actuellement à « l'émergence d'une mutation de la conception de(s) l'ordre(s) public(s) au sein de cette branche du droit »<sup>715</sup>. Plus de liberté est laissée aux acteurs sociaux, essentiellement en droit français, sans que sa fonction principale soit orientée vers la protection du travailleur.

### C- Restriction due aux mutations de l'ordre public interne

***Les mutations du droit du travail.*** Au carrefour de l'économique et du social, le droit du travail s'est toujours influencé par les données nationales et internationales. En droit tunisien, le développement du droit du travail par ses sources professionnelles a subi des perturbations remarquables durant cette phase de transition démocratique, après la révolution. Le débat social s'est trouvé parfois bloqué limitant soit la conclusion des conventions collectives soit leur mise en œuvre effective<sup>716</sup>. Le principe de faveur qui devrait être consacré par l'ordre public social se trouve ainsi affecté ce qui se répercute nécessairement sur les rapports internationaux de travail notamment lorsque la loi locale est déclarée applicable en raison de ses règles impératives.

Parfois, le recul de la fonction sociale du droit du travail n'est pas dû au ralentissement du débat social, mais plutôt au résultat même de ce débat qui débouche sur une redéfinition de l'ordre public social. En droit français, l'ordre public est en mutation continue. Il « *n'est pas un monolithe de règles impératives. C'est un ensemble composite associant des règles d'autorité variable, comme un dégradé normatif. Au socle des droits fondamentaux s'agglomèrent des règles d'ordre public fondamental mais qui ne sont pas toujours d'ordre public absolu* »<sup>717</sup>. Certes, la caractéristique commune à toutes les règles qui forment l'ordre public social est leur finalité protectrice du travailleur. Néanmoins il y en a celles qui sont plus fondamentales et plus essentielles que d'autres. Le Conseil d'Etat français a eu l'occasion de les définir dans un avis de 1973<sup>718</sup>. Il

---

<sup>715</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », article précité, p. 891.

<sup>716</sup> Voir sur cette question, H. LAAMOURI, *Le dialogue social en Tunisie après 2011 : défis et perspectives dans une conjoncture de transition démocratique*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Tunis-Tunisie, 2020.

<sup>717</sup> *Ibid*, p. 887.

<sup>718</sup> Cons. D'Etat, 22 mars 1973, *Dr. Soc.* 1973. 514.

s'agit de « dispositions impératives, les principes fondamentaux constitutionnels ou énoncés en droit interne, ou international ».

En janvier 2016, ces normes fondamentales ont été formulées en 61 principes par la commission dite « Badinter »<sup>719</sup>. L'unification et l'identification de ces normes permet de déceler en droit du travail « *un socle de règles fondamentales* »<sup>720</sup> sans pour autant les soumettre à un régime unifié. Certaines de ces normes n'admettent pas de dérogation et sont rattachables à l'ordre public absolu. Les autres tolèrent des aménagements notamment dans un sens favorable au salarié à l'image de l'ordre public social.

Toutefois, ces normes fondamentales ou essentielles sont spécifiques, « *répondant non seulement à une finalité de protection individuelle des salariés mais à celle de protection de l'intérêt général* »<sup>721</sup>. La loi du 8 août 2016 dite loi *El Khomri* en fait une bonne illustration.

Sans remettre en cause l'existence d'un ordre public permanent formé d'ordre public absolu, d'une part, et d'ordre public social, d'autre part, elles ont pour effet de faire émerger un nouveau genre d'ordre public social, à savoir « *l'ordre public conventionnel* ».

***Emergence de l'ordre public conventionnel et affaiblissement du principe de faveur.*** Pensé différemment de l'ordre public social traditionnel, l'ordre public conventionnel présente plusieurs particularités.

D'un côté, il est moins large puisqu'il fait une sélection parmi les règles protectrices du travailleur et ne retient que celles qui sont plus essentielles et forment des principes servant de structure pour le régime relatif à une question de droit donnée<sup>722</sup>.

D'autre côté, il est plus contraignant. Procédant d'une autre logique, il « *est le référentiel de règles sur la base desquelles les partenaires sociaux sont libres d'élaborer leurs propres normes pour aller au-delà, en complétant ou en précisant ces règles* »<sup>723</sup>.

---

<sup>719</sup> Commission chargée de définir les principes essentiels en droit du travail, rapport au premier ministre, *Doc. Fr.*, janv. 2016.

<sup>720</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », article précité, p. 887.

<sup>721</sup> *Ibid.*, p. 888.

<sup>722</sup> Les dispositions d'ordre public social au sens traditionnel ne sont pas toutes fondamentales. Certaines sont neutres et ne servent pas des intérêts primordiaux. Tel est le cas par exemple de l'article L. 3121-4 du Code de travail français qui prévoit que « le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif ».

<sup>723</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », article précité, p. 889.

Aux vues de ces spécificités, on constate que si l'ordre public social vise à assurer une meilleure protection du travailleur en se basant sur le principe de faveur, l'ordre public conventionnel se fait assigné trois fonctions<sup>724</sup>.

La première est celle de la hiérarchisation des normes. Il fournit ainsi un référentiel, une infrastructure sur la base de laquelle devrait intervenir les normes conventionnelles et, à défaut, seront appliquées les normes légales supplétives. Le principe de faveur n'est plus, ainsi, le critère d'hiérarchisation des normes<sup>725</sup>.

Par sa seconde fonction, l'ordre public conventionnel vise à favoriser la négociation collective et tenir ainsi compte de la spécificité de l'entreprise ou de la branche. C'est sur la base du cadre commun de référence qu'il fournit que seront élaborés les accords d'entreprise sinon à défaut interviennent les normes légales supplétives. Encore par cette fonction, la protection du travailleur n'est plus au centre de l'ordre public.

La voie conventionnelle étant ainsi privilégiée dans l'élaboration des normes, elle va engendrer un pluralisme normatif ; d'où la troisième fonction de l'ordre public conventionnel celle de la régulation normative. Tant plurales qu'elles soient, les normes conventionnelles et à défaut les normes légales supplétives ne doivent pas toucher au socle de normes fondamentales.

De cette nouvelle structure de l'ordre public, ce n'est pas le principe de faveur qui constitue la base de la réglementation. La notion d'impérativité, elle aussi, va avoir un nouveau sens fonctionnel. Seules sont impératives et forment le référentiel commun intangible, les normes qui « *ne doivent pas varier au gré de la négociation collective* »<sup>726</sup>. Les autres sont supplétives<sup>727</sup>.

Avec cette notion d'ordre public conventionnel, la fonction protectrice du droit du travail français est sensiblement remise en cause. Le principe de faveur ne constitue plus l'idée maîtresse de l'ordre public. On assiste actuellement à une véritable mutation du droit du travail. La protection du travailleur n'en est plus la fonction principale. A cela s'ajoute,

---

<sup>724</sup> *Ibid.*

<sup>725</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE soulignent que « *des règles qui relevaient jusqu'à présent de l'ordre public social n'ont plus leur place dans l'ordre public conventionnel et peuvent être préemptées par des dispositions conventionnelles indépendamment de l'application du principe de faveur* », *Ibid.*

<sup>726</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE considèrent que ce critère de distinction est déductible de la loi du 8 août 2014, *Ibid.* p. 890.

<sup>727</sup> Deux niveaux pour les normes supplétives sont à dégager : les textes législatifs et réglementaires sont supplétifs par rapport aux textes conventionnels et les conventions de branches sont supplétives par rapport aux conventions d'entreprises ou d'établissement.

qu'avec la place qu'est en train d'avoir l'ordre public dérogatoire, elle n'a pas une fonction certaine.

***Développement de l'ordre public dérogatoire et impact sur le principe de faveur.*** Des interrogations sérieuses se posent, quant à l'avenir du principe de faveur. Il paraît qu'il est de plus en plus tempéré notamment avec l'émergence de l'ordre public dérogatoire ou supplétif. Apparu depuis l'ordonnance française du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail, cette catégorie relativement récente, autorise les partenaires sociaux dans des hypothèses circonscrites à diminuer dans une mesure qu'elle définit les droits reconnus au salarié. Il s'agit avec ce concept « *de l'apparition d'une nouvelle catégorie d'actes conventionnels dont la finalité n'est pas seulement l'amélioration du sort des salariés mais l'assouplissement de l'organisation de l'entreprise* »<sup>728</sup>. Bien que les dérogations touchent essentiellement la durée et l'aménagement du temps de travail, les interventions législatives dans ce sens se sont multipliées. On peut citer l'article L. 132-24 du Code du travail qui autorise les acteurs sociaux de déroger, au niveau de l'entreprise ou l'établissement, aux modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. Il en est, également, du décret français du 28 décembre 1988 qui autorise à déroger par accord d'entreprise ou d'établissement à la règle de l'examen médical annuel.

Certes, les clauses dérogatoires ne sont pas nécessairement moins avantageuses. Leur « *objectif n'est pas de faire « plus » ou « moins » que la loi, mais de faire différemment* »<sup>729</sup>. D'ailleurs, certaines dérogations ont un caractère neutre à l'égard des salariés. D'autres peuvent être considérées diversement par eux<sup>730</sup>. Un exemple est celui de changer une majoration de salaire pour heures supplémentaires de travail en un repos compensateur équivalent.

Le caractère défavorable n'étant pas, alors, un indice pour déduire la qualification dérogatoire de la norme. A cela s'ajoute le droit d'opposition reconnu par l'article L. 132-26 du Code de travail aux organisations non signataires. C'est sur ce fondement que le Conseil d'Etat français, dans son arrêt du 8 juillet 1994, a considéré qu'un accord ne peut

---

<sup>728</sup> F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » », article précité, p 255.

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 257

<sup>730</sup> Y. CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. Soc.* 1998, p 359. Dans le même sens, P. ORTSCHIEDT, « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales. Evolutions récentes, Etudes en hommage à Mme le professeur Hélène SINAY*, Ed. Peter Lang, Allemagne, 1994, p. 256.

être qualifié comme dérogatoire et méconnaître le principe de faveur tant qu'il est conditionné par des contreparties obligatoires<sup>731</sup>.

La position de la Haute juridiction administrative n'est pas partagée par la doctrine. M. BOCQUILLON, par exemple, considère que « *peu importe en réalité le caractère plus ou moins avantageux du contenu des accords dérogatoires. C'est l'indifférence au caractère plus favorable de leur contenu qui en fait une catégorie distincte des accords qui visent l'amélioration de la condition des salariés* »<sup>732</sup>.

**Ordre public dérogatoire et le risque de confusion entre normes impératives et normes supplétives.** L'apparition de l'ordre public dérogatoire pousse à s'interroger sur le champ laissé aux normes impératives. La question nécessite une clarification des notions. Est-ce que toute norme susceptible de dérogation constitue une norme supplétive ? Répondre positivement serait signe de confusion.

En fait, la norme supplétive, constitue dans le cadre hiérarchique des normes, celle qui ne s'applique qu'à défaut de norme différente adoptée par les parties. Par contre, la norme susceptible de dérogation est celle qui autorise les partenaires sociaux à l'écartier et adopter une règle différente.

On s'aperçoit alors, que le critère de distinction n'est pas trop aisé à dégager. Les deux normes sont susceptibles d'éviction par accord des partenaires sociaux. Il paraît plus opportun d'utiliser un critère fonctionnel afin de procéder à une pareille distinction. Les normes dérogatoires viennent assouplir l'impérativité des normes. Par contre, les dispositions supplétives s'insèrent dans une autre logique. Celles-ci se définissent par asymétrie aux normes impératives.

Elles ne constituent pas une solution subsidiaire pour combler le vide laissé par l'abstention des acteurs sociaux à exercer leur liberté d'action, autant qu'elles constituent « *le modèle que l'ordre juridique juge préférable à tous* »<sup>733</sup>. La norme supplétive « *impose un modèle et jouit d'une référence* »<sup>734</sup>.

---

<sup>731</sup> L'affaire se rapporte à une demande d'annulation du décret n° 88-1198 du 28 décembre 1988 dont l'article 14 autorise les acteurs sociaux à déroger par accord collectif à la règle de l'examen médical annuel imposé par l'article R. 241-49 du Code de travail tout en exigeant, en contrepartie, des améliorations à l'action en milieu de travail conformément à l'article R. 241-47. Le Conseil d'Etat affirme que « *compte tenu des contreparties ainsi rendues obligatoires (...) les dispositions de l'article 14 du décret attaqué ne peuvent être regardées comme méconnaissant le principe général du droit du travail* » celui de la faveur.

<sup>732</sup> F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » », article précité, p. 258.

<sup>733</sup> C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ 2004, n° 492 et s.

<sup>734</sup> *Ibid*, n° 493.

***Limitation du champ de l'impérativité et effet sur la réalisation de la justice sociale dans le contrat de travail international.*** Face à ces transformations profondes, le développement du supplétif et l'affaiblissement de l'ordre public au sein du droit du travail en France, on peut se demander quant à l'effet de l'application des normes impératives françaises du lieu d'exécution habituelle d'un contrat de travail international. On sait très bien que ces normes impératives viennent au sein de la règle de conflit limiter le jeu aveugle de l'autonomie de la volonté et protéger le travailleur.

Or, l'apparition au niveau des sources du droit du travail notamment les sources professionnelles d'un mode « concurrentiel »<sup>735</sup> d'articulation des normes mettant à l'écart le principe de faveur<sup>736</sup> pousse à s'interroger quant à l'effet protecteur de l'application des normes impératives. Les négociations collectives supposées améliorer les dispositions législatives dans un sens favorable au salarié, se voient attribuées une autre fonction avec l'apparition de l'ordre public dérogatoire. Des doutes naissent, en conséquence, quant à la persistance d'« un principe de faveur ». Certes, la faveur constitue encore une « règle de principe » applicable en l'absence de règles spéciales. Mais, « est-ce encore un principe au sens d'une règle présentant une autorité particulière du fait de sa « très large vocation à s'appliquer » et donc au « poids particulier » qui lui est reconnu « pour l'interprétation d'autres dispositions » ? »<sup>737</sup>. Les mutations sont tellement remarquables qu'on peut se demander si c'est « la fin d'une certaine conception de la loi en droit du travail ? C'est en tout cas sûrement l'émergence d'une mutation de la conception de(s) l'ordre(s) public(s) au sein de cette branche du droit »<sup>738</sup>. Son impact direct sur le contrat de travail international est de restreindre la faveur procurée au travailleur par le rattachement combiné avec la loi d'autonomie. La justice sociale minimale recherchée à travers l'application de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail se trouve ainsi sensiblement remise en cause. Les inquiétudes s'accroissent du fait que le Règlement Rome I ne se réfère pas aux normes impératives. Il se réfère plutôt aux normes qui n'admettent pas de dérogation, ce qui crée des interrogations quant à la qualification des normes du droit du travail français relevant de l'ordre public dérogatoire.

---

<sup>735</sup> M-L. MORIN, « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. Soc.* 1998, p. 419.

<sup>736</sup> F. BOCQUILLON affirme qu'« explicitement ou implicitement, la loi autorise les acteurs sociaux à déroger à des règles conventionnelles de plus large étendue à des fins que l'amélioration du sort des salariés », « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », article précité, p. 259.

<sup>737</sup> *Ibid.* p. 262.

<sup>738</sup> G. LOISEAU, L. PECAUT-RIVOLIER et G. PIGNARRE, *op. cit.*, p. 891.



*Normes impératives ou normes « auxquelles il ne peut être dérogé par accord », la restriction de la faveur par le Règlement Rome 1.* En application de l'article 6 de la Convention de Rome, la loi choisie « ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix ». Avec l'adoption du Règlement Rome I, la référence aux normes impératives a été remplacée par celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable ». La différence entre les deux textes conventionnels n'est pas une simple différence de formulation. Elle touche également au fond puisqu'une norme impérative ne signifie pas nécessairement une norme qu'on ne peut pas écarter par accord. Les questions relevant de l'ordre public dérogatoire en droit français est la meilleure illustration des difficultés qui peuvent naître au moment de la qualification de la norme.

L'identification des normes impératives peut être davantage compliquée en raison de l'interférence de la CJUE à définir ce qui relève des normes impératives. Dans un arrêt récent rendu le 15-07-2021, la Cour européenne a affirmé que « lorsque la loi régissant le contrat individuel de travail a été choisie par les parties à ce contrat, et que celle-ci est différente de celle applicable en vertu des paragraphes 2, 3 ou 4 de cet article, il y a lieu d'exclure l'application de cette dernière, à l'exception des « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » en vertu de celle-ci, au sens de l'article 8 § 1 de ce règlement dont peuvent, en principe, relever les règles relatives au salaire minimal »<sup>739</sup>.

Face à cette délicatesse, et afin de satisfaire les exigences de justice sociale que poursuit la règle de conflit, il nous paraît nécessaire de retenir une définition large des normes impératives en droit français comprenant celles relevant de l'ordre public dérogatoire. Par la notion d'« accord » dans l'article 8 du Règlement Rome I, il est recommandé de se limiter au seul accord contractuel entre le travailleur et employeur. Les accords collectifs, même ceux conclus dans le champ de l'ordre public dérogatoire, doivent être admis, par mise en œuvre de l'article 8 du Règlement, à écarter la loi d'autonomie lorsqu'ils sont plus favorables au travailleur.

On pourra ainsi limiter, en matière de contrat de travail international, les effets de la régression de la fonction de faveur que connaît actuellement le droit du travail national.

---

<sup>739</sup> CJUE, 1<sup>re</sup> ch. 15-07-2021, n° C-152/20, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 1428.

## Section 2<sup>nd</sup>e : Portée incertaine de la faveur dans la règle de conflit à rattachements combinés

*Justice sociale et mécanisme conflictuel, l'adéquation de la méthode en question.* La coexistence dans une même règle de conflit du rattachement volontariste et du rattachement objectif localisateur du lieu d'exécution habituelle du travail est très significative. Elle exprime une conception distinguée de l'autonomie de la volonté en fonction de laquelle justice de liberté et justice d'égalité peuvent être conjuguées dans le sens de la recherche de l'équité, manifestation suprême de la justice sociale. L'idée est originelle et imprègne la règle de conflit d'un atypisme accru.

Néanmoins, la justesse de l'objectif recherché ne doit pas dissimuler les insuffisances du résultat que la combinaison des rattachements produit. Le classicisme et la rigueur de la méthode de localisation pure sont sacrifiés dans un raisonnement de faveur sans que soit garantie la réalisation parfaite de l'équité. La combinaison des rattachements s'avère d'une efficacité limitée (§ 1). De plus, l'idée de faveur qu'elle poursuit est tributaire, d'une part, de la méthode de comparaison adoptée par le juge, et c'autre part, de l'autorité de la règle de conflit à son égard. C'est ce qui rend la combinaison des rattachements d'une effectivité limitée (§ 2).

Toutes ces limites sont inhérentes à la nature du mécanisme conflictuel qui s'adapte très relativement avec l'idéal de justice sociale. C'est pour cette raison que malgré ses insuffisances, une règle de conflit édictant un rattachement alternatif à la loi d'autonomie et à la loi objectivement applicable devient une nécessité en droit tunisien.

### § 1 Une combinaison des rattachements à efficacité limitée

*Règle de conflit combinatoire et objectifs recherchés, une adéquation limitée.* Il n'est pas contestable que la combinaison des rattachements au sein de la règle de conflit présente des avantages pour le salarié. Elle s'inscrit dans une logique de recherche de l'équité, axe fondamental de la justice sociale, justifiant un traitement de faveur. Néanmoins, l'efficacité de la solution retenue présente des limites d'ordre méthodologique et substantiel.

## A- Intérêt social de la combinaison des rattachements

***Justice sociale et autonomie de la volonté, l'essai de conciliation.*** Une règle de conflit à rattachements alternatifs à la loi d'autonomie et la loi objectivement applicable présente le mérite de vouloir concilier libéralisme<sup>740</sup> et protection du travailleur partie faible<sup>741</sup>. Par la place qu'elle accorde à la volonté, elle s'inscrit dans une logique conflictuelle trouvant dans l'autonomie de la volonté le rattachement le plus adéquat aux rapports contractuels. Mais, elle poursuit également une finalité fondamentaliste limitant le rattachement à la volonté par la loi objectivement applicable plus favorable au travailleur<sup>742</sup>.

En fait, l'existence d'une partie faible au contrat ne remet pas en cause l'idée défendue de la liberté. Elle justifie seulement « *l'intervention législative minimale* »<sup>743</sup> en édictant un rattachement subsidiaire qui joue en l'absence de choix exercé par les parties, d'une part, et en restreignant le jeu de la volonté pour protéger le faible, d'autre part.

Formulé dans l'article 62 du Code de droit international privé tunisien et dans l'article 3 de la Convention de Rome, sous un principe de rattachement en matière contractuelle, la compétence de la loi d'autonomie doit être rappelée dans l'article 67 du Code de droit international privé tunisien à l'instar de ce que prévoit son équivalent, l'article 6 de la Convention de Rome. La solution est opportune du moment qu'elle permet d'unifier les règles de conflits de lois en matière contractuelle avec des aménagements que suscite la protection du salarié<sup>744</sup>.

---

<sup>740</sup> Il est à noter que le libre choix du droit applicable est défendu par une certaine doctrine individualiste allemande en tant que droit fondamental de la personnalité humaine. Voir sur cette question, W. GOLDSCHMIDT, « *Anknüpfungsanordnungen und Anknüpfungen* », Festschrift M. Ferid (1978), p. 142. Cite par S. VRELLIS, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice », *RCADI*, 2007, tome 328, p. 385.

<sup>741</sup> L'idée de protection des parties faibles est renforcée davantage au niveau du Règlement Rome I. les catégories concernées par la protection se trouvent élargies par rapport à la Convention de Rome. Le Règlement prévoit des règles de conflits protectrices des passagers, des preneurs d'assurance pour les risques localisés dans l'Union. Pour ces catégories le libre choix du droit applicable est admis mais il est limité à la loi de certains Etats auxquels le contrat est rattaché.

<sup>742</sup> La question de la fonction de la règle de conflit a depuis longtemps fait écouler beaucoup d'encre. M. Y. LOUSSOUARN intitulait sa communication dans les travaux de Comité Français de droit international privé, « La règle de conflit est-elle neutre ? », *Trav. Du Com. Fr. de droit international privé*, 1980-1981 II p 43 et s.

<sup>743</sup> L'expression est empruntée à S. VRELLIS qui considère que dans une pareille perspective, le rôle du législateur dans la détermination du droit applicable se limiterait aux cas de défaut de choix par les parties. S. VRELLIS, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice », S. VRELLIS *RCADI*, 2007, tome 328, p. 385.

<sup>744</sup> I. PINGEL affirmait que « *le légitime souci de protection des salariés est à l'heure actuelle organisé par le biais d'un aménagement des mécanismes classiques du droit international privé, qu'il ne s'agit nullement de remettre en cause d'une manière globale (en décidant, par exemple, que la loi française est applicable à toute relation de travail, dès lors qu'un salarié français s'y trouve impliqué ou que le travail s'exécute en France, et ce, quand bien même le contrat entretiendrait des liens plus étroits avec un ordre juridique que l'ordre juridique français)* », « La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur) », *Dr. Soc.* n° 2 février 1986, p. 134.

Par ailleurs, le « *dualisme protecteur* » de la règle de conflit binaire sert également l'objectif d'équité permettant d'éviter les solutions injustes auxquelles pourrait aboutir un rattachement unique<sup>745</sup>. La dimension sociale du droit international privé se trouve ainsi recherchée par une harmonisation de la justice conflictuelle et la justice matérielle. La combinaison de rattachement objectif et de rattachement subjectif permet d'inclure dans la règle de conflit des « *valeurs sociales, économiques, politiques, dont s'inspire le droit matériel, car elle est le produit de la même société* »<sup>746</sup>. On intègre, ainsi, dans le raisonnement conflictuel les objectifs protecteurs du droit matériel interne. Se faisant, la règle de conflit se voit perméable aux impératifs sociaux<sup>747</sup>. Elle se présente comme une règle « *dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par (son) auteur* »<sup>748</sup>. Si la protection du salarié est une préoccupation législative, elle se trouve mieux atteinte par une règle de conflit dite à coloration matérielle ou substantielle que par une règle de conflit *savignienne* classique.

L'idée n'est pas nouvelle. Elle est au cœur de la mutation méthodologique que connaît depuis des décennies la matière des conflits de lois. La prolifération des règles de conflits à caractère matériel<sup>749</sup> est, entre autres, à la base du débat relatif à la crise des conflits de lois<sup>750</sup>. La technique des règles de conflit à caractère substantiel est un signe de la matérialisation ponctuelle de la justice conflictuelle en réaction aux critiques adressées par la doctrine américaine à la méthode des conflits de lois<sup>751</sup>. Classiquement cette méthode européenne repose sur une technique de localisation donnant naissance à des règles de conflit neutres, mécaniques et aveugles. Il a fallu, pour sa « survie », un renouvellement fonctionnel par l'intégration de valeurs sociales. La règle de conflit « *n'est plus alors, le modèle*

---

<sup>745</sup> J. FOYER affirme que « Le choix de la loi la plus favorable est tout au plus un correctif d'équité d'une solution qui pourrait aboutir parfois à des résultats injustes », *Les conflits mobiles de lois en matière de filiation illégitime*, Paris, Dalloz, 1963, n° 179, p. 124.

<sup>746</sup> F. POCAR, « La protection de la partie faible », *cours précité*, p. 355.

<sup>747</sup> M. Coursier affirme, à cet égard, que le droit conventionnel a consacré « *le parallélisme de la fonction protectrice en droit matériel et en droit international privé en matière de contrat de travail et de contrat de vente au consommateur. La technique du droit international privé est alors mise au service d'une finalité originalement de droit substantiel interne, et consiste à protéger la partie faible* », PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 13.

<sup>748</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986, n° 41.

<sup>749</sup> Différentes techniques peuvent être utilisées dans l'élaboration d'une règle de conflit à caractère substantiel, telles que les rattachements subsidiaires, les rattachements alternatifs et les rattachements cumulatifs.

<sup>750</sup> Voir, Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux du Comité Français de droit international privé*, 1980-1981, tome 2.

<sup>751</sup> V. HEUZE affirme à cet égard que « *depuis plusieurs dizaines d'années, la méthode des conflits de lois est l'objet de violentes critiques de la part, essentiellement d'auteurs américains. Si leurs objections n'ont reçu qu'un très faible écho dans la doctrine européenne, elles n'en ont pas moins eu pour mérite d'obliger à une reconsidération de la règle de conflit* », *La réglementation française des contrats internationaux*, ouvrage précité, p. 95.

de la neutralité qu'elle croyait avoir pourtant observée »<sup>752</sup>. Moyen d'une justice répartitrice, elle est devenue régulatrice des rapports internationaux.

Mais, l'efficacité de la règle de conflit ne se mesure pas par la volonté de ses rédacteurs de concilier des intérêts multiples et de satisfaire justice conflictuelle et justice matérielle. Encore faut-il que les objectifs recherchés soient réalisés et que l'idée de faveur qui l'anime soit effective.

## B- Limites de la combinaison des rattachements

***Satisfaction imparfaite des exigences de justice sociale et incohérences méthodologiques.*** Bien qu'elle soit recommandée notamment pour le législateur tunisien, une règle de conflit retenant, pour le contrat de travail international, des rattachements alternatifs à la loi d'autonomie et la loi objectivement applicable présente des limites à double sens : au regard des méthodes du droit international privé, en général, et au regard du résultat matériel qu'elle cherche à satisfaire en droit du travail spécialement. Sa nature composite formée d'un élément conflictuel et d'un élément matériel est source de difficultés. La conciliation entre impératifs de justice de rattachement et justice substantielle n'est pas systématique. Elle dépend des circonstances de chaque espèce. Dans l'hypothèse où aucune loi n'a été choisie, seul le rattachement subsidiaire rigide a vocation à s'appliquer. Même dans l'hypothèse où les parties ont effectué leur choix de loi, il n'est pas garanti que cette loi améliore le sort du salarié. Des aléas de toutes natures sont envisageables.

Est encore plus critiquable la règle de conflit qui, à l'instar de la règle européenne, donne compétence à une partie de la loi objectivement applicable, celle des « normes impératives ». Par une formulation très particulière, elle est orientée vers la conciliation d'intérêts substantiels multiples irréductibles à la seule justice sociale.

En règle générale, la recherche de la justice sociale à travers un rattachement alternatif à la volonté des parties est révélatrice de multiples incohérences. Elles résultent d'une certaine inadéquation des rattachements retenus avec l'objectif recherché, de la difficile identification de la *lex contractus* et de l'atypisme de la règle de conflit.

---

<sup>752</sup> PH. COURSIER, « Conflit de lois en droit du travail », *J-CL*, 2000, fasc. 573-10, p 15.

## 1) Les inadéquations des rattachements retenus avec l'objectif de faveur

***Les aléas du rattachement alternatif à la volonté.*** La première appréciation que soulève la règle de conflit comprenant un rattachement alternatif à la loi d'autonomie est celle de sa compatibilité avec le principe d'équité nécessitant un traitement de faveur au profit de la partie faible. Le rattachement à la volonté est par nature, subjectif. Il dépend de l'exercice par les parties de leur liberté de choix.

Sur le plan pratique, qu'on se trouve dans l'hypothèse de choix du droit applicable exercé par les parties ou dans l'hypothèse de non choix, on aboutit à sacrifier soit la justice conflictuelle soit la justice matérielle. Bien que soit recommandé pour le législateur tunisien d'introduire dans la règle de conflit relative au contrat de travail un rattachement alternatif à la volonté, la réalisation de la justice sociale à travers ce mécanisme n'est pourtant que relative. En fait, la conciliation entre le substantiel et le conflictuel paraît difficile à atteindre en raison de la nature même du rattachement subjectif. Ainsi, comme le souligne M. LAGARDE, pour la règle de conflit française, « *ou bien les parties au contrat de travail n'ont pas choisi la loi du contrat et le rattachement rigide prétendument protecteur retenu par la Cour de cassation risque de tuer la protection. Ou bien les parties ont choisi la loi applicable, mais la protection ponctuelle ainsi assurée au travailleur l'est sur les décombres de la règle de conflit* »<sup>753</sup>.

***L'hypothèse d'absence de choix de la loi et le dogme d'une règle de conflit neutre.*** C'est spécialement dans l'hypothèse d'absence de choix que l'inadéquation des rattachements retenus avec la finalité protectrice sont plus manifestes.

En fait, l'absence de choix se réfère à l'hypothèse où les parties n'ont pas pris la peine de désigner une loi applicable à leur contrat. Cela signifie à *priori* que la volonté des deux parties ne s'est pas manifestée, mais ne signifie nullement qu'elle n'existe pas du moins du côté de l'employeur partie forte au contrat<sup>754</sup>. Le non choix pour lui peut s'interpréter comme un choix de rester sous l'égide de la loi du lieu d'exécution peu protectrice du

---

<sup>753</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, L'auteur qualifie de paralogisme la situation actuelle du droit positif français. *Article précité*, p. 96.

<sup>754</sup> M-L. Niboyet affirme, à cet égard, qu'« on peut observer, en effet, que la loi choisie dans le contrat sera vraisemblablement l'expression de la volonté de la partie la plus forte, en l'occurrence l'employeur, qu'il y ait choix exprès ou absence de choix ». M-L. NIBOYET, « Contrat internationaux- Détermination du droit applicable- Principes concurrents au principe d'autonomie », *J-CL. Droit international*. 11, 1998, Fasc. 552-40, n° 10, p. 4.

travailleur. Il en résulte que « *la loi d'autonomie ne pourra donc pas, assurer sa fonction de protection complémentaire* »<sup>755</sup>. Certaines décisions de la Cour de cassation française en témoignent<sup>756</sup>.

De plus, au cas où les parties n'ont pas exercé leur faculté de choix, c'est la loi du lieu d'exécution qui va assurer toute son emprise sur le contrat. Des exemples illustratifs peuvent être constatés en jurisprudence française où le travailleur français n'ayant pas exigé l'insertion dans son contrat d'une clause d'élection de son droit national, se trouve soumis à l'application de la loi du lieu d'exécution qui s'avère peu protectrice<sup>757</sup>. Il en résulte que la règle de conflit de lois ne conduit pas, toujours, à l'application d'une loi protectrice du travailleur.

L'hypothèse d'absence de choix anéantit l'approche matérielle dans la résolution du conflit de lois. Le dogme de la règle de conflit neutre « *trouve par ailleurs son expression, à défaut d'une élection de for, lorsque la règle de conflit spéciale indique l'ordre juridique compétent pour régir la question de droit posée, sans examiner le contenu matériel des lois en présence* »<sup>758</sup>.

Ce qui est inquiétant davantage est que, par un rattachement alternatif à la volonté, on sacrifie la cohérence méthodologique de la règle de conflit sans garantir la satisfaction des exigences de justice sociale.

## 2) Difficultés quant à l'identification de la *lex contractus*

***Différents essais d'identification de la lex contractus.*** Une seconde limite à la règle de conflit, qui retient alternativement un rattachement objectif et un rattachement subjectif, tient aux difficultés qui entourent l'identification de la loi du contrat en présence d'une loi choisie par les parties. L'articulation de deux rattachements, l'un à la volonté des parties, l'autre à la loi applicable à défaut de choix dans un système *in favorem*, rend douteux tout essai de détermination de la *lex contractus*.

La question ne présente pas seulement un intérêt théorique, l'identification de la loi du contrat s'impose « *lorsqu'il s'agira de combler les lacunes du contrat, ou encore lorsque l'une des deux lois en concours viendra à être modifiée après la conclusion du contrat mais en cours d'exécution de celui-*

---

<sup>755</sup> *Ibid.*

<sup>756</sup> Cass. Soc., 6 nov. 1985, RCDIP 1986, p. 501, note P. Lagarde ; Cass. Soc., 7 mai 1987, RCDIP 1988, p. 78, note, H. Gaudemet-Tallon ; Cass. ch. mixte, 28 févr. 1986, *Air Afrique*, RCDIP, 1986 p. 501, 2<sup>ème</sup> esp., note Lagarde ; JDI 1986, p. 699, note A. Lyon-Caen.

<sup>757</sup> Soc. 25 oct. 2007, n° 06-42.222, inédit.

<sup>758</sup> J.-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op.cit., p. 176.

ci »<sup>759</sup>. De plus, c'est de la réponse à cette question que dépend le statut de la loi choisie. Si celle-ci ne constitue pas la loi du contrat et est assimilée à une clause contractuelle, devient possible la technique de son incorporation et en conséquence écartées les éventuelles modifications ultérieures qui peuvent lui être apportées aussi favorables qu'elles soient pour le salarié.

Plusieurs auteurs<sup>760</sup> ont posé cette question dont le premier semble M. JACQUET<sup>761</sup>. En présence de choix fait par les parties, la loi choisie n'a pas vocation illimitée à régir le contrat. Son intervention est conditionnée par la loi applicable à défaut de choix. Laquelle des deux lois est dans ce cas la loi du contrat ?

Pour répondre à cette question, deux hypothèses sont envisageables. La première est celle où la loi choisie est la loi du lieu d'exécution. Les deux rattachements se confondent et il devient inutile de déterminer laquelle est la *lex contractus*.

La Cour de cassation tunisienne n'a pas rendu son avis relativement à ce sujet. La jurisprudence française, en a pris des positions fluctuantes. Dans maintes décisions, les tribunaux français, face à l'absence d'une volonté explicite, imputent aux parties, la « *commune volonté de se soumettre* » à la loi du lieu d'exécution<sup>762</sup>. Peut-on en tirer la constatation que c'est la loi choisie qui constitue la loi du contrat. Il ne semble pas, que telle soit l'intention des juges. La référence à la loi d'autonomie est, selon M. HEUZE, « *purement gratuite et ne constitue qu'un prétexte au rattachement de principe du contrat à cette loi* »<sup>763</sup>. D'autres décisions procèdent différemment. Après avoir constaté une manifestation explicite de la volonté matérialisée par une clause d'élection de droit, elles prennent le soin de préciser que la loi choisie est celle du lieu d'exécution du travail et justifient sur cette base l'application de cette loi<sup>764</sup>. La doctrine est partagée quant au titre d'application de la loi du lieu d'exécution par la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. M. LYON-CAEN en tire la conclusion qu'il s'agit d'une règle de conflit spéciale au contrat de travail en fonction

---

<sup>759</sup>P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 93.

<sup>760</sup> P. RODIERE, *J-CL. dr. int.*, fasc. 573-1, n° 17 et s. ; V. HEUZE, *Le droit international privé français des contrats, Etude critique des méthodes*, thèse, Paris I, 1988, multigraphiée, pp. 590, 612 et s. ; P. LAGARDE, « sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 92 et s.

<sup>761</sup> J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op.cit.*, n° 451.

<sup>762</sup> Cass. Soc., 25 mai 1977 : *Bull. civ.*, V, n° 328, p 267 ; *RCDIP*, 1978, p. 701, note A. LYON-CAEN.

<sup>763</sup> V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, *op. cit.*, p. 268.

<sup>764</sup> Cass. Soc., 12 février 1985 : *D.*, 1985, IR 456 obs. A. LYON-CAEN, *RCDIP*, 1986, p. 469, note NIBOYET-HOEGY ; Cass. Soc. 7 mai 1987 : *Gaz. Pal.*, 29-30 juillet 1987, panor. 182. Paris 9 octobre 1962 : *Clunet*, 1963, p. 766 ; *RCDIP*, 1964, p. 467, note SIMON-DEPITRE ; Cass. Soc., 8 octobre 1969, *RCDIP*, 1970, p. 684, note M.S.D.



de laquelle c'est la loi du lieu d'exécution du travail qui constitue la loi du contrat. Pour M. Lagarde une telle conclusion est excessive, la Cour n'a, en aucune occasion, déclaré de façon explicite que la loi du contrat de travail est la loi du lieu de son exécution<sup>765</sup>.

Dans une deuxième hypothèse où la loi choisie ne coïncide pas avec celle du lieu d'accomplissement du travail, le caractère le plus favorable de la loi élue ne peut pas suffire pour lui accorder la qualité de *lex contractus*. Selon M. HEUZE, si la loi du lieu d'exécution autorise les parties d'accorder au salarié un avantage qu'elle-même ne lui attribue pas de façon impérative, « *elle ne peut pas perdre sa qualité de lex contractus par le fait seulement qu'un tel avantage est aménagé par la loi choisie plutôt que par une clause particulière de la convention. C'est au contraire la loi choisie qui doit bien plutôt être considérée comme un document contractuel* »<sup>766</sup>.

A la question de savoir de quelle loi le contrat tire-t-il sa force obligatoire, il ne semble pas qu'il peut y avoir une réponse claire. Même en droit européen où la règle de conflit combine en matière de contrat de travail international, un rattachement subjectif et un rattachement objectif, la question de l'identification de la loi du contrat sépare encore la doctrine. Deux lectures, de la règle édictée par l'article 6 de la Convention de Rome sont envisageables.

La première est celle proposée par M. HEUZE. Favorable à la qualification de la loi du lieu d'exécution en tant que loi du contrat. Il considère que, « *la loi ainsi choisie (n'est applicable) que dans la seule mesure où la loi du lieu d'exécution permet aux contractants d'aménager librement leurs relations* »<sup>767</sup>. En fonction de cette analyse, la loi choisie est ravalée au rang d'une simple disposition contractuelle.

Néanmoins, la thèse de M. HEUZE est confrontée à l'hypothèse où la *lex contractus*, à savoir pour l'auteur, la loi du lieu du travail n'admet pas certaines dérogations mêmes favorables au salarié. Pour surmonter cet obstacle méthodologique, l'auteur fait recours à la notion de lois de police. Il considère que, dans une pareille situation, la disposition restrictive de la *lex contractus* intervient en tant que loi de police mais peut être écartée par le juge du for au nom de l'ordre public pour que puisse être appliquée la loi choisie<sup>768</sup>.

---

<sup>765</sup>P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité.

<sup>766</sup> V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, op. cit, p. 268 s.

<sup>767</sup> *Ibid*, p. 265.

<sup>768</sup> *Ibid*, p. 270 et s.

Différemment, Mme. MOREAU-BOURLES avance une deuxième interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome. Elle défend l'idée selon laquelle, la *lex contractus* serait la loi d'autonomie. Pour l'auteur, la Cour de cassation française « a voulu consacrer un principe d'application générale de la loi d'autonomie »<sup>769</sup>, principe qui est une conséquence de la notion de lois de police. Ainsi, l'application de la loi choisie doit être combinée avec l'intervention des dispositions protectrices de la loi locale, jouant ainsi le rôle de lois de police mais dans le seul sens de l'intérêt du salarié. Mme MOREAU-BOURLES en déduit que la méthode adoptée par l'article 6 est celle des lois d'application immédiate exigeant un minimum de protection. C'est ce qui peut conduire ou bien à l'exclusion de la loi d'autonomie parce que peu protectrice ou bien à l'application cumulative des dispositions protectrices de la loi locale, d'une part, et de la loi choisie, d'autre part.

Il semble, comme l'a bien remarqué M. LAGARDE, que si l'idée de Mme. MOREAU-BOURLES permet d'éviter les difficultés rencontrées par la thèse de M. HEUZE, elle n'est pas trop convaincante. Ainsi « si la loi d'autonomie est la *lex contractus*, faut-il aussi abandonner, au détriment du salarié, les dispositions ultérieures de la loi du lieu d'exécution qui lui seraient plus favorables ? »<sup>770</sup>.

***Dissolution de la lex contractus dans la norme combinatoire relative au contrat de travail.*** Il nous paraît plus logique de constater que la règle de conflit combinatoire fait diluer la loi du contrat. C'est ce que constate, d'ailleurs M. Lagarde, qui conclut que la notion de *lex contractus* est sacrifiée dans le système de l'autonomie *in favorem* retenu aussi bien par la Cour de Cassation française que par la Convention de Rome<sup>771</sup>.

La dissolution de la loi du contrat est une conséquence de la méthode de comparaison analytique et *in concreto* entre le contenu de la loi d'autonomie et celui de la loi du lieu d'exécution utilisée pour la détermination de la loi qu'il faut appliquer dans une espèce donnée au contrat de travail. Au lieu de la construction de la *lex contractus* qualifiée par M. Leclerc comme étant le moyen de « tirer vers le haut »<sup>772</sup> le régime du contrat, on aboutit à une « destruction »<sup>773</sup> de celle-ci par une « décomposition de chaque système national, (à) la prise en

---

<sup>769</sup> M.A MOREAU-BOURLES, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », *Droit social*, 1986, p. 28.

<sup>770</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 94.

<sup>771</sup> *Ibid*, p. 95.

<sup>772</sup> F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*

<sup>773</sup> P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », article précité, p. 95.

*compte des éléments les plus favorables au salarié dans chacun d'eux et (à) l'application éventuelle d'une mosaïque de règles »<sup>774</sup>.*

En raison de ces multiples difficultés méthodologiques et pour un élargissement du champ de la faveur à accorder au travailleur, il devient très conseillé pour le législateur tunisien de retenir un rattachement alternatif à la loi d'autonomie et à la loi objectivement applicable. Celle-ci est en principe la loi du lieu d'exécution habituelle du contrat, sauf si le contrat présente des liens plus intenses avec une autre loi. La solution proposée permet de limiter les difficultés méthodologiques, résultant en droit européen de la référence aux « normes impératives de la loi objectivement applicable » et qui crée des ambiguïtés quant à la qualification de la règle de conflit.

### 3) Atypisme de la nature de la règle de conflit

***La qualification de la règle de conflit et le flou qui persiste.*** Trop spéciale est la règle de conflit combinant le rattachement à la volonté et à la loi locale. Elle témoigne d'une véritable mutation de la méthode conflictuelle de désignation du droit applicable. Totalement éloignée du modèle classique des règles de conflit, elle pose des interrogations quant à son éventuelle classification parmi les règles de conflit renouvelées dites à coloration matérielle<sup>775</sup>. S'agit-il d'une règle alternative, ou plutôt cumulative, d'une règle hiérarchisée ou distributive de compétences législatives ? Il semble que la réponse n'est pas aisée à fournir. Un autre aspect d'analyse sépare, de nouveau, la doctrine.

La règle de conflit est dans son aperçu général, une règle en cascade. Comme pour toute règle de conflit comprenant un rattachement subjectif à la volonté, notamment la règle de conflit propre à la matière contractuelle, elle prévoit un rattachement subsidiaire objectif localisateur au cas où le rattachement principal n'est pas fonctionnel. Ce dualisme contractuel n'est pas source de difficulté.

Toute la particularité réside au niveau du rattachement principal. Celui-ci n'étant pas constitué exclusivement de la volonté. Par un aménagement spécifique des conditions

---

<sup>774</sup> M-L. NIBOYET, « Contrats internationaux, détermination du droit applicable, principes concurrents du principe d'autonomie », article précité, p. 5.

<sup>775</sup> J-CH. Pommier souligne, à cet égard, que « *La mission du juge sera alors de résoudre cette complication atypique que ne présentent ni une règle de conflit localisatrice, ni la règle de conflit résolvant généralement le conflit de lois en matière contractuelle* », J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 177.

d'application de la loi choisie et de la loi applicable à défaut de choix, le rattachement principal se présente comme un rattachement concurrentiel dont la résolution dépend des circonstances de la cause. En se faisant, « *l'agencement des rattachements est inversé par rapport à celui retenu par la règle de conflit généralement applicable au contrat* »<sup>776</sup> que ce soit en droit tunisien ou en droit français.

En fait, si dans la règle de conflit relative au contrat en général, le rattachement à la volonté constitue le rattachement principal, il se trouve dans la règle de conflit applicable au contrat de travail en état de dépendance par rapport au rattachement subsidiaire. « *Ainsi, se trouve remis en cause l'état de subsidiarité du rattachement objectif qui détrône la volonté dans sa fonction de rattachement principal* »<sup>777</sup>. M. POMMIER déduit de ce dualisme original, qu'il qualifie de « *dualisme protecteur* » que c'est « *à titre subsidiaire et non principal* », comme dans la règle de conflit généralement applicable au contrat, que le rattachement subjectif à la volonté est retenu pour le contrat de travail.

Originellement, le rattachement objectif intervient, non seulement en tant que rattachement principal par rapport à la volonté, mais aussi de façon « *relativement impérative* »<sup>778</sup> puisqu'il autorise aux parties d'y déroger dans un sens favorable au travailleur.

Notons que la répartition de compétence entre la loi d'autonomie et le rattachement objectif, en fonction de la faveur accordée au travailleur, rend par nature complexe la règle de conflit applicable au contrat de travail. Il devient en conséquence, difficile d'accorder l'attribut « *principal* » ou « *subsidiaire* » à l'un ou l'autre rattachement en présence d'une élection de droit. En fait, bien que la loi d'autonomie puisse jouer un rôle subsidiaire de protection complémentaire pour la partie faible, ce « *rattachement subsidiaire de la volonté risquait fort de devenir le principe en tant que garantie plus favorable des droits des consommateurs et des salariés* »<sup>779</sup>.

Il paraît, alors, que toute distinction entre rattachement principal et rattachement subsidiaire est utopique. Tout est affaire de circonstances. En présence d'une élection de droit, seule la comparaison du contenu des deux lois en concours déterminera laquelle va régir le contrat.

---

<sup>776</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>777</sup> *Ibid.*

<sup>778</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>779</sup> *Ibid.*, p. 174.

En droit français, où il existe déjà un rattachement combiné à la loi d'autonomie et la loi objectivement applicable, la question du rapport principe et exception des rattachements retenus est posée.

La Cour de cassation française a eu l'occasion d'y répondre dans son arrêt du 29 septembre 2010<sup>780</sup>. La Cour a rejeté le pourvoi avancé par l'employeur qui voulait voir dans l'application de la loi choisie le principe et celui de la loi objectivement applicable l'exception. Elle affirme que le principe est l'application combinée de la loi choisie et des dispositions impératives de la loi du lieu d'exécution habituelle et l'exception est le recours à une loi qui présenterait des liens plus étroits. « *La répartition des rôles entre les parties et le juge découle de cette compréhension du rapport principe / exception et opère de façon favorable au salarié* »<sup>781</sup>.

En l'espèce, la Cour suprême avait reproché aux juges de fond de ne pas avoir basé leur application des dispositions impératives françaises du lieu d'exécution sur leur caractère plus favorable. Elle annonçait « *qu'en affirmant en l'espèce que même si les parties ont valablement opté pour le droit suisse dans les contrats de travail, il y avait lieu de faire application des dispositions impératives du droit français qui protègent les salariés en matière de rupture de la relation de travail, de durée du travail, et de rémunération des heures effectuées, sans constater que l'application du droit suisse aurait été moins favorable et aurait ainsi eu pour conséquence de priver les salariés de la protection offerte par la loi française, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ».

Il devient, alors, plus opportun de parler d'« *une règle de conflit ouverte* » qui est la négation de tout rattachement préétabli et fait dépendre la solution de l'examen des circonstances de la cause dans chaque cas d'espèce »<sup>782</sup>.

Confrontée à la méthode classique de résolution du conflit des lois, une règle de conflit retenant un rattachement subjectif et un rattachement objectif dans un sens de faveur avec évidemment une compétence exclusive du rattachement objectif en l'absence de choix de la loi, remet en question les différentes qualifications de la règle de conflit. Elle laisse ouvert le débat doctrinal que suscite la détermination de sa nature.

Pour certains, c'est une règle de conflit en cascade. Du fait qu'elle est édictée dans un domaine généralement laissé à l'autonomie de la volonté, elle prévoit un rattachement

---

<sup>780</sup> Soc, 29 septembre 2010, *RCDIP*, 31 mai 2011, p. 71, F. JAULT-SESEKE

<sup>781</sup> *Ibid.*

<sup>782</sup> J. DEPPEZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », article précité, p. 323.

impératif auquel il ne peut être dérogé que dans un sens favorable au travailleur. Se faisant, la règle incorpore dans son énoncé un présupposé de droit matériel<sup>783</sup>.

Pour d'autres, c'est une règle alternative<sup>784</sup>. Or ni sa structure ni sa finalité ne permettent de l'affirmer<sup>785</sup>. Au regard de leur structure, les rattachements jouent en premier lieu en alternance et en second lieu en cascade.

***L'atypisme de la règle de conflit et ses effets sur la sécurité juridique.*** Il est évident que la règle de conflit qui devrait être formulée en droit tunisien dans un sens favorable au travailleur heurte les classifications des règles de conflit et remet en question certaines assises du mécanisme conflictuel. La satisfaction de la justice sociale par une articulation *in favorem* des rattachements manifeste dans une certaine mesure des incompatibilités avec la méthode du conflit de lois.

Face aux difficultés entourant toute tentative de classification de la règle de conflit à édicter par le législateur tunisien et auxquelles est déjà confrontée la règle française, il nous semble plus opportun de la qualifier de règle *sui generis*. Au regard des intérêts qu'elle cherche à satisfaire, la règle combine intérêts économiques et sociaux auxquels s'ajoute les intérêts étatiques de l'ordre juridique objectivement compétent. La justice sociale suppose l'ordonnancement de ces différents intérêts dans le sens de l'équité sauf que « *l'intrusion de l'élément volontariste dans le règlement des conflits de lois a sa contrepartie négative, qui est une certaine perturbation de ce règlement* »<sup>786</sup>.

Ces incohérences ne peuvent pourtant pas être évités, en droit tunisien, par une règle de conflit autre que celle que nous proposons en raison des limites inhérentes à la nature même du mécanisme conflictuel.

Il est, en conséquence, certain que la reconnaissance d'une fonction conditionnée à la loi d'autonomie s'inscrit dans un objectif de justice et d'équité. Mais, en contrepartie sacrifie la sécurité juridique des parties au contrat. En fait, par sécurité juridique, on vise la possibilité pour les parties de « *concevoir et d'ajuster leurs actes et comportements en fonction des normes*

---

<sup>783</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, p. 57.

<sup>784</sup> Voir notamment, PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, op.cit., p. 35.

<sup>785</sup> En droit français, et s'agissant des articles 5 et 6 relatifs respectivement au contrat de vente au consommateur et au contrat de travail « *la doctrine les assimile souvent à des règles de conflit alternatives, auxquelles elles ressemblent en effet formellement* », P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », article précité, p. 529.

<sup>786</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, p. 58.

*juridiques applicables au rapport de droit visé* »<sup>787</sup>. Autrement dit, c'est la possibilité pour eux de prévoir la loi applicable et d'agir en fonction d'elle ce qui suppose certitude et prévisibilité<sup>788</sup>. La première se rapporte à la connaissance de la règle de conflit. La seconde, intervenant à un moment différent du raisonnement conflictuel, vise la connaissance préalable de la loi applicable. Or, ce n'est qu'après avoir comparé le contenu de la loi choisie et celui de la loi objectivement applicable que sera identifiée la loi à appliquer<sup>789</sup>. De plus, « *un droit peut être favorable à une partie sur certains points et défavorable sur d'autres* »<sup>790</sup>. La détermination du droit applicable est en conséquence, très imprévisible. Elle s'accompagne parfois de dépeçage<sup>791</sup>.

***Atypisme de la règle de conflit et effet sur l'harmonie internationale des solutions.*** Il est évident que l'instauration de la justice sociale dans les règles de droit international privé relève d'un choix étatique. Elle ne coïncide pas nécessairement avec les choix des autres membres de la communauté internationale. Pourtant, la réforme de l'article 67 du Code de droit international privé tunisien pour la formulation d'une solution socialement plus juste que la solution actuelle ne doit pas être freinée par la recherche de la meilleure harmonisation des solutions. Un compromis très étendu quant à l'adoption de règles de conflits orientées vers la réalisation de la justice sociale n'est pas évident. C'est ce qu'on remarque d'ailleurs à propos de la conclusion des textes européens et le refus du Royaume-Uni de signer le Règlement Rome I. Creusant ainsi, un écart entre les solutions nationales et les solutions conventionnelles, la règle de conflit à coloration matérielle provoque une certaine « *politisation du droit international privé et est peu favorable au développement des conventions internationales de conflit de lois* »<sup>792</sup>. D'où des difficultés quant à l'internationalisation des sources du droit international privé et à l'harmonisation internationale des solutions<sup>793</sup>. On a pu d'ailleurs remarquer que « *ces règles qui ne sont que le*

---

<sup>787</sup> J-CH. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 17

<sup>788</sup> La distinction est empruntée à M. J-CH. Pommier, *Ibid.*

<sup>789</sup> J-CH. Pommier, affirme que « *La liberté laissée au juge pour apprécier la solution qui est la mieux adaptée aux données de l'espèce qui, finalement, garantit le plus favorablement le contractant faible assure alors une certaine flexibilité au système de droit international privé conventionnel mais aussi, corrélativement, une certaine imprévisibilité des solutions judiciaires* » *Ibid.*, p. 178.

<sup>790</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye) », article précité, p. 188.

<sup>791</sup> P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, n° 616.

<sup>792</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye) » article précité, p. 189.

<sup>793</sup> Dans une analyse comparable relative au contrat conclu par le consommateur et qui est valable également pour le contrat de travail, Mme IMHOFF-SCHEIJER souligne qu'« *au fur et à mesure que se développe le droit matériel de la protection des consommateurs dans les divers pays, phénomène auquel on assiste aujourd'hui le procédé de la recherche de la loi la plus favorable s'avérera difficile à mettre en pratique et aussi moins nécessaire. En effet, même si la politique législative qui inspire ces réformes est fondamentalement la même, les moyens de la réaliser varient considérablement d'un pays à l'autre et reflètent des divergences de conception*

*reflet de politiques législatives étatiques, risquent de cristalliser sur le terrain des conflits de lois, les divergences existantes entre les règles matérielles concurrentes des différents Etats. Dans cette mesure, elles peuvent être un frein à l'harmonisation internationale des solutions »<sup>794</sup>.*

Dans tous les cas, l'instauration de la justice sociale à travers les règles de conflit est un choix national. Son effet sur la coordination des systèmes et la conclusion des conventions internationales est paradoxal. Il met les Etats entre l'une de deux situations. Ou bien, le consensus est obtenu à propos de la règle entre les systèmes juridiques concernés ce qui fait perdre à la Convention son intérêt. Ou bien, les positions des Etats membres à l'égard de la règle sont tellement divergentes ce qui rend difficile sinon impossible l'adoption de la Convention<sup>795</sup>.

## **§ 2 Une combinaison des rattachements à effectivité limitée**

***L'effectivité de la règle de conflit en question.*** Si l'efficacité de la règle de conflit combinatoire dépend des rattachements retenus et de leur articulation qui s'est révélée relativement satisfaisante en termes de satisfaction des exigences de justice sociale, son effectivité est tributaire de son autorité à l'égard du juge et des parties. Cette question de l'autorité de la règle de conflit n'est pas spéciale au contrat de travail. Mais elle revêt, en cette matière, une importance particulière en raison de la nature même du contrat et des intérêts sensibles qu'il met en jeu. Pourtant, des insuffisances se constatent quant à l'office du juge dans la mise en œuvre des rattachements et dans la mise en œuvre de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Elles sont moins importantes en droit tunisien qu'en droit français.

### **A- Autorité relative de la règle de conflit au niveau de la mise en œuvre des rattachements**

---

sur la notion de l'intérêt du consommateur ». A.C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux, Etudes suisses de droit international*, vol. 22, Georg, Genève, 1981, p. 198 et s.

<sup>794</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », RCADI, 1986-I, volume 196, p.9-238, spéc. p. 58.

<sup>795</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye) » article précité, p. 189.



***L'autorité de la règle de conflit, les deux sens de l'analyse.*** Il est incontestable qu'une règle de conflit effective est une règle qui gagne en autorité à l'égard du juge, ce qui suppose qu'il ait l'obligation de la soulever d'office. Cette solution retenue en droit tunisien, n'est admise que relativement en droit français où l'impérativité de la règle de conflit à l'égard du juge dépend encore de critères critiquables. Mais, la question de l'autorité de la règle de conflit se pose également à l'égard des parties. Elle détermine l'étendue de la liberté dont elles disposent pour l'écarter en faveur de la loi du for à travers un accord procédural. En matière de contrat de travail international, et en vue de la réalisation des objectifs d'ordre matériel que poursuit la règle de conflit, les conditions d'exercice de cette liberté devraient être strictement définies.

1) Autorité de la règle de conflit à l'égard du juge

***Office du juge et limite de la solution française.*** Contrairement au droit international privé tunisien où la règle de conflit est toujours obligatoire pour le juge, son application d'office par celui-ci dépend en droit international privé français du caractère d'ordre public lorsque la règle de conflit est de source européenne et dans les autres cas du critère de l'indisponibilité des droits. En matière de contrat de travail, ce critère est critiquable et est de nature à rendre trop ineffective la protection supposée être procurée par la règle de conflit au travailleur. Les limites de ce critère sont aggravées par l'insuffisance du contrôle exercé par la Cour de cassation française sur la mise en œuvre de la règle de conflit par les juges du fond.

a) Limites des critères retenus

***Critères de détermination de l'office du juge et impact sur l'effectivité de la règle de conflit.*** La question de l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge est au cœur de la méthode conflictuelle. Elle requiert le plus d'importance lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère<sup>796</sup>. Le débat autour de cette question est toujours d'actualité. Le plus récent est celui qui a eu lieu le 17 mai 2021 au sein de la Cour de cassation française,

---

<sup>796</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125.

lors de la conférence consacrée au droit international privé par le cycle « Penser l’office du juge »<sup>797</sup>. Les critères retenus pour fonder l’office du juge dans l’application de la règle de conflit tiennent à la nature même de la règle et à la nature des droits objets du litige. Des insuffisances sont à relever à propos des deux critères.

i) Les confusions autour de la nature de la règle de conflit

***Statut de la règle de conflit et transposition inopportune des catégories de droit interne.*** La règle de conflit est avant tout une règle de droit. On aurait pu par ce seul fondement justifier son application d’office par le juge. C’est la solution pour laquelle a opté le législateur tunisien. Mais, en dépit de sa pertinence, elle n’est pas retenue en droit français où on exige pour les règles de conflit de source européenne, qu’elles soient d’ordre public. Ce raisonnement résulte d’une transposition critiquable des règles de procédure prescrivant aux parties et non au juge, la présentation des moyens de leur défense notamment lorsque ceux-ci ne font pas l’objet de normes d’ordre public.

- Le caractère juridique de la règle de conflit, un critère pertinent

***Caractère obligatoire de la règle de conflit à l’égard du juge et justesse de la solution tunisienne.*** Si la question de l’office du juge est encore débattue c’est en raison du flou qui entoure la qualification de la règle de conflit. Constitue-t-elle une règle supplétive, ou impérative ou encore plus une règle d’ordre public ?

En droit international privé tunisien, la réponse est plus claire qu’en droit français. En fait, en application de l’article 28 du Code de droit international privé tunisien, « la règle est obligatoire pour le juge » même lorsqu’elle n’est pas d’ordre public. Le juge est tenu donc de soulever d’office la règle de conflit. Afin de garantir la justice conflictuelle que sert la règle de conflit, il convient que cette règle soit soulevée d’office par le juge, qu’elle désigne la loi du for ou une loi étrangère<sup>798</sup>.

---

<sup>797</sup> Septième conférence du cycle « penser l’office du juge », organisé le 17 mai 2021 par la Cour de cassation, la Société de législation comparée, l’Université de Toulouse 1 Capitole et l’Université de Nîmes.

<sup>798</sup> S. BOSTANJI, « la loi étrangère devant le juge tunisien », in cycle d’études sur le Code tunisien de droit international privé, le 4 et 5 mai 2001, centre d’études juridiques et judiciaires, Tunis, 2002, p. 57 et s.

Dans le projet de réforme du Code de droit international privé, l'office du juge dans l'application de la règle de conflit devient plus clair. En fait, selon la nouvelle formule proposée pour l'article 38 alinéa 1<sup>er</sup>, « le juge doit soulever d'office la règle de conflit. Il doit dans ce cas inviter les parties à présenter leurs observations ».

Selon M. CHEDLY, cette obligation découle de la nature même de la règle de conflit qui est avant tout une règle de droit. A ce titre, elle doit être toujours impérative à l'égard du juge<sup>799</sup>. Cette interprétation est conforme à l'article 175 du Code de procédure civile et commerciale tunisien qui ouvre le recours en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort « si le jugement contient une violation de la loi ou s'il a été rendu suite à une erreur dans l'application ou l'interprétation de la loi ». Selon M. CHEDLY et M. GHAZOUANI<sup>800</sup>, il paraît que la solution tunisienne concernant l'office du juge en matière de conflit de lois a été inspirée des écrits de MOTULSKY qui considère que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »<sup>801</sup>. Ces règles renvoient en droit international privé français à l'article 12 du Code de procédure civile, l'équivalent de l'article 175 en droit tunisien.

Il convient toutefois de remarquer, que la mise en œuvre effective de l'office du juge à l'égard de la règle de conflit se heurte en pratique à deux obstacles essentiels. Le premier se rapporte à la qualification internationale du litige qui mène le juge à soulever d'office l'application de la règle de conflit. Cette qualification se base sur des faits et non pas sur du droit. Le juge n'est pas alors, obligé de la soulever par lui-même. En conséquence le silence des parties quant au caractère international de leur relation est de nature à mettre à l'écart toute la règle de conflit. Cette situation est condamnable. Elle renforce la tendance chez le juge à appliquer sa propre loi.

Le second obstacle tient à la preuve du droit étranger désigné par la règle de conflit. Aux termes de l'article 32 du Code de droit international privé tunisien, « le juge peut dans la limite de sa connaissance et dans un délai raisonnable, rapporter d'office la preuve de

---

<sup>799</sup> L. CHEDLY, « l'office du juge et la règle de conflit (deux ans après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé) » in *le Code de droit international privé, deux ans après*, CPU, 2003, p. 97.

<sup>800</sup> L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé commenté*, Centre des études juridiques et judiciaire, Tunis, 2008, p. 404.

<sup>801</sup> H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges MAURY*, 1960, T. 1, p. 337 ; voir également, H. MOTULSKY, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 681.

contenu de la loi étrangère désignée par la règle de rattachement et ce avec le concours des parties le cas échéant ».

Pour surmonter ces obstacles et assurer une mise en œuvre plus effective de la règle de conflit, M. CHEDLY et M. GHAZOUANI proposent l'édiction de règles procédurales spéciales imposant au juge de soulever d'office le caractère international de la relation objet du litige et mettant à sa charge l'obligation de rapporter le contenu du droit étranger, le cas échéant, avec le concours des parties au conflit<sup>802</sup>.

En droit français, la question de l'office du juge paraît plus compliquée. En l'absence de texte précisant la nature de la règle de conflit et son autorité à l'égard du juge, on a procédé à une transposition des solutions procédurales du droit interne au droit international privé. La transposition était source de plusieurs difficultés tenant essentiellement à la spécificité du droit international privé et à son autonomie par rapport au droit interne. Elle s'est traduite essentiellement par des hésitations multiples en jurisprudence qui a duré plus que quarante ans, lancées depuis l'arrêt Bisbal du 12 mai 1959 jusqu'à très récemment l'arrêt de la Cour de cassation française du 26 mai 2021. Mais ce qui est certain c'est qu'en aucun moment, on n'a formulé une obligation générale imposant au juge de soulever toujours l'application de la règle de conflit. A ce stade de l'analyse, on ne peut que constater qu'en droit français, « *la solution actuelle dénie la nature première de la règle de conflit, qui est une règle de droit même lorsqu'elle poursuit une finalité uniquement répartitrice* »<sup>803</sup>. L'office du juge à l'égard de la règle de conflit dépend de critères établis par la jurisprudence dont notamment celui du caractère d'ordre public de la règle de conflit.

- Le caractère d'ordre public de la règle de conflit, un critère discutable

***Evolution des critères jurisprudentiels relatifs à l'office du juge en droit français et apparition du critère de l'ordre public.*** L'apparition du critère de l'ordre public est récente en droit français et ne concerne que les règles de conflit européennes. Mais étant donné l'importance des sources européennes du droit international privé français, il convient de s'y arrêter afin d'apprécier leurs effets sur les solutions substantielles

---

<sup>802</sup> L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé commenté, op. cit.*, p. 416 et 417.

<sup>803</sup> F. ANCEL et G. CERQUEIRA, « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et la règle de conflit de lois », *D*, 2021, p. 1035.

en matière de contrat de travail. Leur examen nécessite de partir de l'évolution jurisprudentielle quant à la question de l'office du juge.

En fait, dans une première étape, la Cour de cassation française a affirmé dans son arrêt *Bisbal* que la règle de conflit n'est pas d'ordre public lorsqu'elle désigne un droit étranger. Il convient alors aux parties d'en réclamer l'application<sup>804</sup>. En 1988, la Cour de cassation a renoncé à cette position dans deux arrêts de revirement rendus le 11 et 18 octobre 1988. La Cour y a imposé aux juges du fond, l'application d'office des règles de conflit. Cette position n'a pas duré longtemps et la Cour a rendu un arrêt le 4 décembre 1990, dans lequel elle a restreint l'office du juge aux seules matières dans lesquelles les parties n'avaient pas la libre disposition de leurs droits ou aux seuls cas où la règle de conflit est issue d'une convention internationale<sup>805</sup>. En 1999, la Cour de cassation française a changé de nouveau sa position pour ne retenir que le critère de la disponibilité des droits. Le critère de l'origine conventionnelle fut abandonné<sup>806</sup>. Le juge n'est tenu d'appliquer d'office la règle de conflit que dans les cas où les droits litigieux sont indisponibles. Lorsqu'ils sont disponibles, le juge n'a aucune obligation de mettre en œuvre la règle de conflit. Il dispose d'une simple faculté de le faire, à moins que l'application du droit étranger désigné par la règle de conflit ne soit proclamée par l'une des parties.

Très récemment, la Cour de cassation rend un arrêt le 26 mai 2021 où elle reformule les critères exigeant la mise en œuvre d'office de la règle de conflit par le juge. Deux niveaux de l'office du juge se dégagent de cet arrêt<sup>807</sup>. Dans un premier niveau, sont classées les règles de conflit de lois de source européenne. Ces règles doivent être appliquées d'office par le juge sans aucune distinction en fonction de la disponibilité des droits. Pour les besoins de mise en œuvre de ce critère, la Cour précise que les règles de conflit conventionnelles d'ordre public sont celles que les parties ne peuvent pas écarter. Il paraît que la mise en

---

<sup>804</sup> En fait, la Cour de cassation a précisé dans l'arrêt *Bisbal*, que « les règles françaises de conflits de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé ».

<sup>805</sup> Voir sur cette évolution jurisprudentielle, F. MELIN, « Règles de conflit de lois : un nouveau critère d'impérativité », note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 2021, FS-P, n° 19-15-102, *Dalloz actualité*, 8 juin 2021 ; voir également A. FRIGNATI et H. MUIR WATT, « Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois », *Rép. internat.*, avril 2017, n° 19 s.

<sup>806</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1999, n° 96-16.361, *Société Mutuelle du Mans LARD c. M. Boedec et autres*, RCDIP, 1999. 707, note H. MUIR WATT.

<sup>807</sup> F. MELIN, « Règles de conflit de lois : un nouveau critère d'impérativité », note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 2021, article précité.

œuvre de ce critère va être source de difficultés notamment lorsque le texte conventionnel qui édicte la règle de conflit ne précise pas s'il est possible d'y déroger.

Le deuxième niveau, comprend les règles de conflit de source européenne mais qui ne sont pas d'ordre public et les règles de conflit autres qu'européennes. Pour ces deux types de règles, la Cour applique le critère de la disponibilité des droits. Se renouvelle ainsi, la question de l'insuffisance de ce critère et ses limites essentiellement en matière de contrat de travail international.

Pour analyser le critère de l'ordre public en tant que relevant du premier niveau d'appréciation de l'office du juge, il convient de constater qu'il est source de confusion. En fait, l'identification des règles de conflits auxquelles il est interdit de déroger n'est pas évidente. On peut hésiter entre deux interprétations. En fonction de la première, la règle de conflit d'ordre public est celle qui désigne une loi objectivement applicable à laquelle il est interdit de déroger par un choix de loi. La seconde interprétation est celle qui commande à qualifier d'ordre public, la règle de conflit à laquelle il est interdit de déroger par un accord procédural. Certains auteurs ont opté pour la première interprétation parce que plus cohérente et répond mieux à la logique qui sous-tend les règles de conflit de lois européennes<sup>808</sup>. Bien qu'admettant le choix du droit applicable dans plusieurs matières, les règles de conflit européennes excluent la possibilité de choix dans les matières les plus sensibles pour les remplacer par des rattachements rigides. Peu importe que ce rattachement vise à protéger des intérêts publics ou des intérêts purement privés. Donc, à priori, pour garantir la mise en œuvre effective de la règle de conflit et l'application de la loi à laquelle renvoie le critère de rattachement, il a fallu d'abord interdire la possibilité de choix de la loi applicable et exiger que la règle de conflit soit appliquée d'office par le juge.

Nous trouvons que cette interprétation n'est pas admissible essentiellement en matière de contrat de travail international où coexistent un rattachement rigide et un rattachement volontariste. En fait, dans la norme combinatoire de source conventionnelle, le rattachement à la volonté n'est pas écarté. Il est plutôt conditionné. La règle de conflit interdit de déroger au rattachement rigide uniquement dans la limite de ses normes impératives. Faut-il, alors, admettre que cette interdiction partielle de déroger conduit à une qualification d'ordre public de la règle de conflit ? Adopter un tel raisonnement suppose

---

<sup>808</sup> J. GUILLAUME, « L'office du juge face à une règle de conflit de lois européenne », *D*, 2021, pp. 1522-1525, spéc. p. 1524.

que, sur le point litigieux, on a identifié l'existence de normes impératives dans la loi objectivement désignée. Or, une telle identification n'est possible qu'après mise en œuvre de la règle de conflit. De plus, une pareille solution conduit à deux obstacles méthodologiques importants. D'une part, en fonction de ce raisonnement, la qualification de la règle de conflit comme étant d'ordre public dépendra de chaque espèce. D'autre part, elle conduira au dépeçage. Dans une même affaire, la règle de conflit sera d'ordre public sur certaines questions et ne le sera pas sur d'autres. Pour surmonter ces impasses, on sera mené à vérifier si la loi objectivement applicable est dans son ensemble d'ordre public, ce qui n'est en réalité qu'un retour au critère de la disponibilité des droits.

Il paraît que le critère de l'ordre public adopté par la Cour de cassation française vise essentiellement à assurer la primauté et l'effectivité du droit européen. Mais il est incapable de créer une solution suffisante quant à l'office du juge et l'autorité de la règle de conflit. Le critère proposé ne résout pas la question au niveau conflictuel. Il renvoie à une appréciation matérielle. On aurait préféré que le droit international privé français opte pour l'impérativité de la règle de conflit à l'égard du juge indépendamment du caractère d'ordre public de celle-ci et de la nature des droits objets du litige. On peut même se demander s'« *il n'a pas atteint, une autonomie suffisante au regard du droit interne dans ses qualifications et dans ses objectifs matériels, pour que l'autorité de la règle de conflit de lois, vis-à-vis du juge et des parties, s'apprécie au niveau conflictuel et non plus au niveau matériel ?* »<sup>809</sup>.

ii) Les insuffisances du critère tenant à la nature des droits objets du litige : le critère de la disponibilité des droits

***Mise en œuvre du critère et ambiguïtés méthodologiques.*** Selon la dernière jurisprudence de la Cour de cassation française, lorsque la règle de conflit de source européenne n'est pas d'ordre public ou lorsque la règle de conflit n'est pas de source européenne, le juge n'est tenu de la soulever d'office que dans les cas où les droits objets du litige sont indisponibles. Ce critère de disponibilité de droits n'est retenu en droit tunisien que pour déterminer l'autorité de la règle de conflit à l'égard des parties. Il soulève dans les deux systèmes juridiques les mêmes problèmes mais avec un impact moins grave en droit

---

<sup>809</sup> J. GUILLAUME, « L'office du juge face à une règle de conflit de lois européenne », article précité, p. 1525.

tunisien puisqu'il n'a aucun effet sur l'office du juge. En fait, la première question qui se pose est celle de la détermination de ce qu'on vise par droits disponibles.

La Cour de cassation française n'a pas donné de définition claire de ces droits, bien que le régime procédural qu'elle a construit, est articulé autour de ce critère de disponibilité des droits<sup>810</sup>. En fait, le critère a été proposé par H. BATIFFOL, après l'arrêt Bisbal<sup>811</sup>.

En doctrine, on a pu retenir que « *le droit litigieux est disponible lorsqu'il vise à satisfaire un intérêt particulier et que la situation de dépendance de son titulaire, qui justifiait sa reconnaissance, a cessé* »<sup>812</sup>. C'est le cas par exemple lorsque le litige se rapporte à la résiliation du contrat de travail. La rupture du lien contractuel rend les droits du travailleur disponibles étant donné qu'il a récupéré son indépendance par rapport à son employeur<sup>813</sup>. C'est ce qui correspond en pratique au plus grand nombre de contentieux en matière de travail international. La règle est critiquable dans la mesure où elle a donné lieu à une double confusion.

D'abord, elle a créé une confusion entre disponibilité des droits et normes d'ordre public. En droit du travail spécialement, « *la plupart des dispositions applicables au contrat de travail sont d'ordre public social. Ce caractère ne rend pas pour autant les droits nés de la relation de travail indisponibles* »<sup>814</sup>. Une confusion est généralement faite entre règles d'ordre public et indisponibilité des droits<sup>815</sup>.

Ensuite, la deuxième confusion tient à la nature de l'intérêt protégé. Les droits indisponibles supposent que l'intérêt en jeu soit un intérêt privé. Cette dichotomie intérêt privé, intérêt public est de plus en plus remise en cause. Le droit du travail qui est classiquement présenté comme étant le droit de protection du travailleur n'est plus destiné à réaliser cette seule finalité. Dans le contexte actuel, il devient un instrument de réalisation de la politique économique et sociale du pays, laquelle dépend en large mesure des orientations internationales.

---

<sup>810</sup> Voir sur cette question, B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, LGDJ, 1996.

<sup>811</sup> H. BATIFFOL, note sous civ. 12 mai 1959, *RCDIP*, 1960, p. 62.

<sup>812</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, *op. cit.*

<sup>813</sup> Pour l'application jurisprudentielle de cette règle en droit français, voir, Soc. 16 déc. 1992, n° 89-44.187, Bull. civ. V, n° 593.

<sup>814</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité, p. 256.

<sup>815</sup> C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préface. G. Viney, n° 246 et s.



De plus, le critère de la disponibilité des droits est source de difficultés en droit international privé en général. Plusieurs auteurs appellent à son abandon<sup>816</sup>. En fait, il a été jugé d'une pertinence très relative puisque dans une même matière on peut trouver des droits disponibles et des droits indisponibles. En conséquence, on ne peut pas dégager une solution d'ensemble pour toute la matière.

Par ailleurs, la disponibilité des droits dépend d'un facteur temporel. « *Le caractère disponible des droits va donc dépendre du moment auquel la réalisation de ces droits est demandée* »<sup>817</sup>.

Se pose également la question de la détermination de la loi en fonction de laquelle est décidé le caractère disponible des droits. Sur cette question, la jurisprudence française est constante à admettre la compétence de la *lex fori*<sup>818</sup>. La solution est bien approuvée par la doctrine<sup>819</sup>. La détermination du caractère disponible des droits litigieux se rapporte à l'office du juge et la mise en œuvre d'une règle nationale à savoir, la règle de conflit. Contrairement à l'arbitre, le juge est lié par son système de droit international privé notamment les règles de conflit qu'il édicte. La *lex causae* n'a qu'une compétence éventuelle et ne peut pas intervenir à ce stade.

Ce qui est remarquable c'est qu'au-delà des obstacles méthodologiques auxquels il donne naissance, le critère de la disponibilité des droits a donné lieu, en droit français, à plusieurs déviations aboutissant à l'application du droit du for.

***Les déviations liées aux effets du critère, tendance au lex forisme.*** La mise en œuvre jurisprudentielle du critère de la disponibilité des droits, en matière de contrat de travail international a révélé une tendance à l'application de la loi française au détriment de la mise en œuvre de la règle de conflit. Dans un arrêt rendu le 16 décembre 1992, la Cour de cassation française avait considéré qu'il n'appartenait pas au juge de rechercher si la loi du lieu d'exécution était plus favorable<sup>820</sup>. Cette appréhension de l'office des juges face à la règle de conflit est de nature à anéantir l'intérêt de la combinaison des rattachements. M.

---

<sup>816</sup> Voir sur cette question, F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité ; voir aussi A. VERDOT, « L'applicabilité de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle en question », *D.* 2006, p. 260.

<sup>817</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité, p. 256.

<sup>818</sup> Cass. 1re civ. 9 mars 1983, 24 janv. 1984, 19 avr. 1988 et 6 déc. 1988, préc. ; CA Paris 23 janv. 1990, *JCP* 1991, II, 21637, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RCDIP* 1991, p. 92, note Y. LEQUETTE

<sup>819</sup> B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *JDI*, 1981, p. 227, spéc. p. 251 s. ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, thèse, Paris II, 1985, p. 251 s.

<sup>820</sup> Soc. 16 déc. 1992, n° 89-44.187, *RJS* 1993, n° 14. Cet arrêt reprend la même position adoptée en 1991 dans l'arrêt Mjorndal, Soc. 29 mai 1991, n° 88-42.335, *RCDIP* 1992. 468, note MUIR WATT.

NORD rappelle que « *la justification essentielle de la solution actuelle, fondée sur la disponibilité du droit en cause, est pragmatique et non juridique : simplifier le travail du juge en réduisant les occasions d'appliquer un droit étranger* »<sup>821</sup>.

***Effectivité de la norme combinatoire et limitation de l'office du juge par le critère de l'indisponibilité des droits.*** De prime abord, il faut remarquer que le critère de la disponibilité des droits met en danger les droits du travailleur. Lorsque ses droits sont disponibles, celui-ci est supposé soulever devant le juge la question du droit applicable et demander la mise en œuvre de la règle de conflit dont il ne connaît pas nécessairement la teneur. Le juge n'est pas dans ce cas obligé de soulever d'office la règle de conflit. En conséquence, « *si les parties se placent sur le terrain du seul droit français, on ne pourra pas lui reprocher de ne pas avoir fait application des dispositions de la loi du lieu d'exécution du travail, même si elles se révélaient être davantage protectrices du salarié que celles issues du droit français* »<sup>822</sup>.

L'objectif matériel de réalisation de la justice sociale que la règle de conflit est supposée poursuivre en matière de contrat de travail international se trouve, en fait, neutralisé que ce soit en présence d'un choix de droit par les parties ou en l'absence de choix.

En présence de choix, la Cour de cassation a bien précisé que les juges du fond n'ont pas à rechercher d'office si la loi du lieu d'exécution, est plus favorable que la loi choisie<sup>823</sup>. Il est incontestable que dans la règle de conflit combinatoire, la recherche de la justice sociale suppose le concours de la loi du lieu d'exécution et de la loi d'autonomie. En conséquence, il est aberrant de subordonner sa mise en œuvre effective à l'allégation par le travailleur du contenu plus favorable de l'une des deux lois par rapport à l'autre.

En l'absence de choix exprès, la situation paraît plus compliquée. En effet, si le litige porte sur des droits disponibles, le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la règle de conflit. Peu importe dans ce cas que la loi applicable à défaut de choix soit plus favorable que la loi du for. Mais, au cas où le litige porte sur des droits indisponibles, « *le juge peut-il découvrir, ou se laisser convaincre par un choix implicite, sans que lui soit reprochée une recherche divinatoire risquant*

---

<sup>821</sup> F. ANCEL et G. CERQUEIRA, « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et la règle de conflit de lois », *D.* 2021, 1035.

<sup>822</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité, p. 256.

<sup>823</sup> Soc. 16 déc. 1992, précitée. Il est à signaler que dans l'affaire objet de cet arrêt, la loi française était la loi du lieu d'exécution. Ce qui montre une faveur à son application en tant que loi du for indépendamment de toute mise en œuvre du principe combinatoire.

d'être « orientée » afin d'aboutir à l'application de la loi française »<sup>824</sup>. Les risques de déviations persistent et limitent l'effectivité de la règle de conflit.

b) Insuffisance du contrôle exercé par la Cour de cassation

***Désintérêt de la Cour de cassation française et effectivité de la règle de conflit combinatoire.*** L'office du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit dépend, en droit français, de la nature de la règle et de la nature des droits objets du litige. Le pouvoir d'appréciation exercé par les juges du fond à ce stade suppose un contrôle strict de la part de la Cour de cassation. Un pareil contrôle conditionne l'effectivité de la règle de conflit essentiellement lorsqu'elle poursuit une finalité matérielle de réalisation de justice sociale. Le contrat de travail international est un exemple typique à démontrer le rôle central que doit jouer la Cour de cassation en tant que Cour régulatrice.

Néanmoins, l'examen de la jurisprudence de la chambre sociale est révélateur d'un effacement certain de la haute juridiction face au pouvoir souverain des juges du fond. Il démontre un désintérêt à contrôler la mise en œuvre des rattachements combinatoires<sup>825</sup>. Dans un premier ensemble de situations, la Cour de cassation n'a pas démontré une rigueur à contrôler l'identification d'un choix implicite. Ainsi, dans une affaire par exemple, les juges du fond ont pu constater un choix implicite en faveur de la loi portugaise du simple fait que les parties ont incorporé dans leur contrat des dispositions du statut portugais concernant le personnel détaché à l'étranger. La Cour de cassation s'est contentée d'affirmer le pouvoir souverain de la Cour d'appel dans l'appréciation de la commune volonté des parties<sup>826</sup>.

En fait, la tendance à appliquer le droit français soit par recherche d'un choix implicite soit par mise en œuvre de la clause d'exception est favorisée par la Cour de cassation<sup>827</sup>. La Cour ne tient que rarement à clarifier sa position refusant d'admettre un choix implicite en faveur du droit français lorsque la compétence de ce même droit peut se fonder sur des liens étroits avec le contrat en cause<sup>828</sup>. Mais parallèlement, la Cour considère

---

<sup>824</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité, p. 260.

<sup>825</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité, p. 259 s.

<sup>826</sup> Soc. 17 octobre 2000, n° 98-45864.

<sup>827</sup> Soc. 4 juill. 2001, n° 99-44.519 ; Soc. 29 nov. 2000, n° 98-41.724 . – V. égal. Soc. 7 octobre 2003, n° 01-45.015

<sup>828</sup> Voir dans ce sens, Soc. 28 mars 2012, n° 11-12.778 , *RCDIP* 2012. 588, note CORNELOUP.

que la mise en œuvre de la clause d'exception doit être réclamée par les parties et que le juge ne doit pas le faire d'office<sup>829</sup>. Cette position de la Cour est critiquable. En fait, « *si l'on considère qu'il appartient aux parties de démontrer les liens étroits justifiant le jeu de la clause d'exception, on expose le salarié qui aura simplement fondé ses demandes sur cette loi à se voir débouté, sans pouvoir ensuite critiquer devant la Cour de cassation le choix opéré par les juges du fond* »<sup>830</sup>. Par ces positions, la Cour de cassation française contribue à limiter l'effectivité de la règle de conflit à l'égard du juge à laquelle s'ajoute d'autres limites tenant à l'autorité de la règle à l'égard des parties.

## 2) Autorité de la règle de conflit à l'égard des parties

***Autonomie des parties et force obligatoire de la règle de conflit.*** En droit français, il est admis que lorsque le litige porte sur des droits disponibles, le juge n'est pas obligé de mettre en œuvre d'office la règle de conflit. Il a par contre une simple faculté de le faire. Parallèlement, c'est à la partie intéressée par l'application du droit étranger désigné par la règle de conflit de demander son application. Mais, les parties peuvent également décider, lorsque les droits sont disponibles d'écarter la règle de conflit et ce par le moyen d'un accord procédural régulier. L'accord procédural, constitue une forme typique de la privatisation de la procédure.

Il reste dans ce cas à savoir si l'accord procédural peut être tacite. En fait, la jurisprudence française paraît généralement favorable au « quasi-accord procédural, permettant de considérer que le silence des parties au sujet de la loi étrangère vaut accord tacite d'écarter la règle de conflit »<sup>831</sup>. Il y a là une interprétation positive du silence<sup>832</sup> qui n'est pas automatique. En fait, le silence peut aussi être interprété négativement. Ainsi, on peut considérer que « *le silence des parties, de même que le défaut d'invocation circonstanciée ou d'accord procédural régulier, offre au juge le pouvoir de relever d'office le moyen tiré de la règle de conflit* »<sup>833</sup>. De plus, la validité formelle de l'accord procédural tacite est incompatible avec le régime des règles de conflit européennes d'ordre public puisque si elles n'ont pas été invoquées par les

---

<sup>829</sup> Soc, 18 mai 1999, n° 2267 P, Ferwerda c./ Banque nationale de Paris *Bull.* V, n° 215, *Dr. soc.*, note M. ANGE MOREAU, p. 1110.

<sup>830</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », article précité, p. 271.

<sup>831</sup> A. FRIGNATI et H. MUIR WATT, *Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois*, précité, n° 72.

<sup>832</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *D.* 199, p. 132 ; *RCDIP*, 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON.

<sup>833</sup> B. ANCEL et H. MUIR WATT, « De l'office du juge dans l'application de la loi étrangère et de la force probante d'un acte notarié étranger », *RCDIP*, 2005, p. 645.

parties, le juge doit les appliquer d'office. Il faudrait donc exiger du juge qu'il invite les parties à exclure expressément la règle de conflit, si telle est leur volonté.

Ce débat autour de l'admission d'un accord procédural tacite ne se pose pas en droit tunisien. L'article 28 du Code de droit international privé est clair sur ce sujet. Il prévoit que lorsque la règle de conflit n'est pas d'ordre public, elle est obligatoire pour le juge « à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son application ». Nous regrettons qu'une pareille précision quant à la validité formelle de l'accord procédural ne figure pas dans le projet de réforme du Code.

Nous estimons qu'aussi bien en droit tunisien qu'en droit français, seule l'exigence d'un accord explicite est de nature à renforcer la force obligatoire de la règle de conflit à l'égard des parties surtout que son effectivité peut être remise en cause en raison des difficultés inhérentes à la preuve de la loi étrangère éventuellement désignée.

#### B- Autorité discutée de la règle de conflit au niveau de l'application de la loi étrangère

##### ***Effectivité de la règle de conflit et mise en œuvre de la loi étrangère.***

L'effectivité de la règle de conflit dépend en large mesure de la détermination de la charge de la preuve de la loi étrangère applicable. Etant donné le caractère combinatoire de la règle de conflit en matière de contrat de travail international, la question de la preuve est particulièrement délicate. Elle passe aussi bien par la recherche de la loi étrangère que par la comparaison du contenu des lois mises en concurrence à savoir la loi choisie par les parties et la loi applicable à défaut de choix. C'est ce qu'on peut déduire clairement de la jurisprudence de la Cour de cassation française depuis 1997<sup>834</sup>.

#### 1) Office du juge quant à la preuve du contenu de la loi étrangère

***Conditions d'application de la loi étrangère.*** En droit français, l'intérêt de la question de la preuve du contenu de la loi étrangère se manifeste essentiellement lorsque la

---

<sup>834</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1997, *Driss Abou*, n° 95-17.925, *Bull. civ. I*, n° 222 ; *RCDIP* 1998. 60, note P. MAYER; V. aussi Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Belaid*, n° 97-16.684, *Bull. civ. I*, n° 174 ; *RCDIP* 1999. 707, note H. MUIR WATT; *JCP* 1999. I. 10192, note MELIN.

règle de conflit n'est pas d'ordre public. En fait, dans les cas où la règle de conflit est d'ordre public ou porte sur des droits indisponibles, il incombe au juge de l'appliquer, d'en chercher, donc, la teneur. L'efficacité de la règle de conflit est tributaire d'une telle obligation.

La solution est différente en matière de droits disponibles. Deux hypothèses peuvent se présenter : soit que le juge exerce sa faculté de choix de soulever d'office la règle de conflit, soit que l'application de la loi étrangère est demandée par l'une des parties. Si le juge prend l'initiative d'appliquer la règle de conflit, il est tenu, dans la limite du possible, d'en rapporter le contenu<sup>835</sup>. Dans les autres cas, le juge applique la loi française à moins que la partie, qui aurait intérêt à l'application de la loi étrangère, lui demande son application parce que désignée par la règle de conflit. Dans ce cas, il revient à cette partie de prouver que la teneur de cette loi est différente de la loi du for<sup>836</sup>.

**Limites de la solution.** La solution est insatisfaisante pour des raisons multiples. En effet, la justice sociale est un mélange de plusieurs intérêts dont notamment l'intérêt général, l'intérêt des États et l'intérêt de l'ordre international et les parties ne sont pas toujours à même de balancer ces intérêts<sup>837</sup>. En matière de contrat de travail international, spécialement, la satisfaction de la justice sociale doit être appréciée aussi bien au niveau conflictuel qu'au niveau matériel. En conséquence, « *il ne paraît pas opportun de laisser le salarié supporter le coût de la recherche du droit étranger susceptible de lui être favorable* »<sup>838</sup>.

De plus, l'argument procédural tenant aux difficultés entourant la recherche du droit étranger, n'est plus fondé étant données les évolutions technologiques et la numérisation des ressources juridiques.

**Recommandations.** Il convient alors, pour une meilleure effectivité de la règle de conflit combinatoire de mettre à la charge du juge la preuve du contenu de la loi étrangère applicable et « (d') *abandonner purement et simplement le critère de la libre disponibilité des droits* »<sup>839</sup>.

La même recommandation vaut pour le droit tunisien. Nous estimons essentiel que le législateur reformule la règle de conflit en prévoyant des rattachements alternatifs dans un sens favorable au travailleur et introduise les garanties d'effectivité de la règle. Ces

---

<sup>835</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 1998, n° 95-20.600, *Bull. civ.* I, n° 27 ; *JCP* 1998. II. 10098, note H. Muir Watt.

<sup>836</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, *Agora Sopha*, n° 94-16.515, *Bull. civ.* I, n° 243 ; *RCDIP*, 1997, p. 65, note P. Lagarde ; *JDI* 1996. 941.

<sup>837</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, Dalloz., n° 82 et 83, p. 5.

<sup>838</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *article précité*, p. 278.

<sup>839</sup> *Ibid.*

garanties supposent que le juge ait l'obligation d'apporter la preuve du droit étranger applicable. C'est ce que propose déjà la commission chargée de la réforme du Code. En effet, l'article 38, dans le projet de réforme prévoit que « *le juge rapporte d'office la preuve du contenu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, et ce, avec le concours des parties, le cas échéant* ».

## 2) Office du juge quant à la comparaison des lois en concours

***Méthode de comparaison des lois en concours et impact sur la conciliation des intérêts en jeu.*** Tout l'intérêt de la création d'une règle de conflit à rattachements alternatifs, telle que préconisée en droit tunisien, réside dans sa fonction de faveur. Les parties doivent être autorisées de choisir un droit applicable, mais uniquement dans un sens plus avantageux au travailleur que la loi applicable à défaut de choix. Le juge est ainsi tenu de comparer le contenu des deux lois en question. Néanmoins, l'effectivité de ce rattachement binaire serait tributaire de la méthode de comparaison à utiliser. Entre méthode analytique et méthode globale, l'enjeu est parfois important. Il tient essentiellement à l'étendue de la faveur procurée au travailleur et par conséquent la place accordée à la justice sociale dans la réglementation du contrat de travail international. Il convient alors de préciser, au moment de la reformulation de la règle de conflit tunisienne, que le juge est tenu pour chaque question litigieuse de procéder à la recherche de la loi la plus favorable. Une pareille solution permettrait mieux la production d'une solution socialement juste. Elle permet, par ailleurs, d'éviter le débat auquel a donné lieu la règle de conflit européenne qui ne précise pas la méthode de comparaison que le juge doit mettre en œuvre.

Dans les situations les plus simples, la comparaison ne pose pas des difficultés. Il en est, ainsi, lorsque l'une des lois n'édicte aucune solution favorable au travailleur alors que l'autre loi lui accorde une protection parfaite. L'appréciation globale des deux lois peut suffire à identifier la loi la plus favorable<sup>840</sup>. Par contre, la question de la comparaison paraît trop plus délicate lorsque chacune des deux lois comprend un ensemble de normes protectrices du travailleur. Faut-il dans ce cas comparer l'ensemble du dispositif protecteur

---

<sup>840</sup> Cour d'appel de Paris, 6 oct. 1999, *RJS.*, 2000, n° 382.

dans les deux lois, c'est-à-dire procéder à une comparaison globale ou opter plutôt pour une comparaison analytique et comparer les solutions relatives à chaque point.

En jurisprudence française, la question s'est posée le plus fréquemment à propos des indemnités de licenciement. Dans un arrêt rendu le 20 octobre 2004, la Cour de cassation française a reproché aux juges de fond d'avoir fait application simultanée « de la loi française pour le calcul de l'indemnité de licenciement et de la loi espagnole pour le calcul de l'indemnité pour licenciement injustifié, sans nullement caractériser que ces indemnités n'avaient pas le même objet ni la même cause, ni justifier de ce qu'une comparaison avait été effectuée entre les deux systèmes de droit »<sup>841</sup>. Il ressort de cet arrêt que la Cour a écarté la comparaison portant sur les deux systèmes de licenciement dans leur ensemble. Elle recommande de comparer chaque type d'indemnité à part en recherchant s'il a un équivalent dans l'autre droit en concours. On en déduit que chaque norme impérative dans la loi du lieu d'exécution est applicable du seul fait qu'elle n'a pas d'équivalent dans la loi choisie par les parties, et ce, indépendamment du degré de protection que procure cette loi au travailleur.

Cette méthode de comparaison a été condamnée par certains auteurs parce que surprotectrice du travailleur notamment lorsque la loi du lieu d'exécution est la loi française. Certains considèrent qu'elle peut aboutir à un cumul d'avantages pour le salarié ce qui est de nature à décourager les employeurs à insérer des clauses de choix de droit applicable dans les contrats de leurs salariés. Ces critiques ne paraissent pas fondées étant donné que la justice sociale qui doit être instaurée dans la règle de conflit relative au contrat de travail se base essentiellement sur la combinaison des rattachements. Sa teneur se trouve très réduite en l'absence de choix de droit applicable ou en comparant globalement la loi choisie et la loi objectivement applicable<sup>842</sup>.

---

<sup>841</sup> Soc. 20 oct. 2004, n° 02-41.796.

<sup>842</sup> Voir sur cette question F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail international », *Répertoire de droit du travail*, Février 2019, n° 108.



## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

L'instauration de la liberté dans une règle de conflit à vocation sociale est un travail délicat étant donnée les excès qui entourent, généralement, l'exercice de la volonté. Toutefois, son inscription dans le cadre du principe de faveur permettra, notamment en droit international privé tunisien, de surmonter les difficultés et d'assurer la protection nécessaire du travailleur par et contre la loi d'autonomie. La règle de conflit doit, alors, être reformulée de manière que la loi choisie soit l'expression d'une « autonomie *in favorem* »<sup>843</sup>, elle ne peut assurer sa fonction sociale que dans le cadre d'une règle de conflit à rattachements alternatifs donnant compétence concurrente à la loi objectivement applicable.

Il en résulte que toute déformation dans la construction de la règle de conflit limitant, par exemple, l'intervention de la loi de proximité à ses normes impératives, tel qu'en droit français, bascule dans le libéralisme au détriment d'une liberté réelle et rend douteuse la production d'une solution équitable. Elle renforce les incohérences de la règle de conflit qui, par nature, se trouve très peu adaptée à la satisfaction des intérêts multiples que la justice sociale met en jeu. Les incohérences constatées sont, en partie, substantielles tenant essentiellement aux hypothèses d'absence de choix ou du choix de la loi objectivement applicable. Dans ce cas, les deux branches de la règle de conflit fusionnent et l'idée de faveur se trouve anéantie.

Mais, les incohérences sont essentiellement méthodologiques, moins remarquables en droit tunisien qu'en droit français. Toute la fonction sociale de la règle de conflit est tributaire de sa mise en œuvre par le juge, à l'égard du quel, elle n'a qu'une autorité relative.

---

<sup>843</sup> P. LAGARDE, compte rendu A.-C. Imhoff-Scheier, « Protection du consommateur et contrats internationaux », *RCDIP*, 1988, p. 462 spéc. p. 463.

## CONCLUSION DU TITRE SECOND

L'articulation des rattachements en fonction de principes radicalement différents, à savoir le principe d'autonomie de la volonté et le principe de proximité, est révélatrice des contradictions qui traversent la matière au fond. A la croisée des impératifs économiques et des exigences sociales, le contrat de travail semble difficilement faire l'objet d'une réglementation équitable, conciliatrice des intérêts, en droit international privé tunisien.

Les tiraillements entre les valeurs d'égalité et les valeurs de liberté, valeurs fondamentales de la justice sociale, ne sont pas uniquement d'ordre idéologique et culturel. Ils impactent, en droit du travail international, les solutions du conflit de lois et expliquent les différences de préférences, en droit tunisien et en droit français, au profit d'un rattachement de proximité ou d'un rattachement à la volonté.

Mais, la règle de conflit n'est pas uniquement le résultat de son auteur et de ses choix législatifs. Ses destinataires contribuent à sa « modélisation » voire « réorientation » par leur comportements judiciaires. C'est dans ce sens que le choix du législateur tunisien au profit de rattachements exclusifs de proximité peut être contrecarré par la mobilisation des règles de compétence judiciaire autorisant aux parties un choix indirect du droit applicable. Parallèlement, la bipolarité de la règle de conflit française peut être neutralisée lorsqu'en exerçant leur liberté de choix du droit applicable, les parties ne font que regagner la voie de la proximité. La présentation des deux types de rattachements sous une forme antagonique ne paraît pas, dès lors, opportune. La primauté accordée à l'un ou l'autre des deux rattachements aurait pour résultat de favoriser un aspect de la justice sociale au détriment de l'autre.

Une conception cumulative des valeurs d'égalité et de liberté est par contre possible dans le cadre d'une règle de conflit à rattachements alternatifs axée autour du principe de faveur. L'application de la loi la plus favorable à la partie la moins avantagée et dont la liberté est parfois alternée devient la voie la plus équitable que le législateur tunisien est invité à emprunter. Elle n'a pas également pour effet de défavoriser l'employeur qui peut, en raison de sa position contractuelle, orienter les deux rattachements par le choix du lieu d'exécution qui lui convient ou la désignation de la loi d'autonomie qui lui est la mieux

appropriée. La solution qui opte, en droit français, plutôt pour une protection minimale du travailleur par un rattachement atypique à l'ordre public de la loi de proximité, constitue dans cette conception, un choix sélectif et n'est pas à ce titre, préconisée pour le droit tunisien.

Toutefois, bien qu'inscrite dans une logique d'équité, la règle de conflit préconisée, ne pourra avoir, que des effets limités. Des facteurs liés à la valeur juridique de la règle impactent son effectivité et restreignent son efficacité. On constate, alors, que plus l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge et des parties est renforcée plus le résultat escompté de ses rattachements est abordable. La solution tunisienne est à cet égard acceptable mais perfectible.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La justice sociale dans sa dimension juridique comporte deux aspects complémentaires. La première mesure « *ce qui est possible à un moment donné, et il peut par-là être amené, à la limite, à justifier l'ordre établi ; on peut l'appeler réaliste. Le second est prophétique : il anticipe toujours en quelque sorte l'égalité parfaite entre les hommes* »<sup>844</sup>.

Sous son aspect réaliste actuel, l'ordonnancement des rapports nés des contrats de travail internationaux se fait principalement dans un sens conflictuel. La désignation de la loi qu'on estime être la plus juste à régir le contrat résulte, en droit tunisien, d'une mise en œuvre du principe de proximité et d'une articulation des principes de proximité et d'autonomie, en droit français. Les rattachements qui en résultent ne permettent pas une appréhension convenable de la spécificité du contrat de travail international et de la sensibilité des intérêts qu'il met en jeu, notamment l'aspiration à la liberté et le besoin d'une égalité de traitement. Ils recommandent une réforme qui devait être plus profonde en droit tunisien par la reconnaissance de la liberté des parties de choisir le droit applicable et par une orientation de cette liberté dans le sens de l'équité par mise en œuvre du principe de faveur.

Par la révision de la règle de conflit dans la forme proposée, on ne prétend, pourtant pas, pallier à toutes les insuffisances de la réglementation conflictuelle du contrat de travail. Celles-ci ne résultent pas uniquement des critères de rattachement retenus. Elles sont inhérentes pour une large mesure, à la nature même de la règle de conflit qui renforce « les inégalités justes ». Les solutions qu'on estime au niveau conflictuel convenables parce que provenant d'un rattachement prédéfini et abstrait, transposent au niveau international les inégalités résultant de la disparité des législations sociales nationales. On constate alors, que la justice sociale s'accommode très peu avec la méthode *savignyenne* dont le paradigme s'attache à la coordination des systèmes « *tout en se donnant pour postulat qu'une ordination ne saurait consister dans la destruction des unités à ordonner* »<sup>845</sup>. Au moyen de ses règles de conflit, chaque Etat est conduit à affirmer sa propre conception des relations privées transfrontières

---

<sup>844</sup> M. VAN DE PUTTE, « Les aspects juridiques de la justice sociale », article précité, p. 98.

<sup>845</sup> Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », cours précité, p. 625.

en les réglementant « *pour son propre compte mais en espérant que la qualité de (son) intervention puisse engendrer des solutions véritablement internationales* », *c'est-à-dire acceptables par la communauté des Etats concernés* »<sup>846</sup>.

Ces incohérences, qui sont manifestes dans les contrats internationaux de travail, ont fait depuis une bonne période la crise du droit international privé. Elles commandent une réflexion sur des correctifs plus profonds adaptés à la dimension « prophétique » et avant-gardiste de la justice sociale.

---

<sup>846</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », dans *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*. E. Debout et S. Touzé (dir. Publ.), Pedone, 2010, p. 165 ss, spéc. p. 170.

## DEUXIEME PARTIE

### UNE PERCEPTION EVOLUTIVE DE LA JUSTICE SOCIALE PAR CORRECTION DE LA METHODE CONFLICTUELLE

#### *Correctifs classiques et correctifs renouvelés ; une complémentarité orientée.*

Bien que la révision des rattachements retenus par la règle de conflit soit nécessaire, elle ne suffit pas à corriger toutes les insuffisances de la réglementation conflictuelle du contrat international de travail. La concrétisation des objectifs de justice sociale suppose l'adoption de solutions substantielles orientées vers la protection du travailleur, le respect des principes d'égalité et de liberté et la préservation des différents droits fondamentaux. Méthodologiquement, la règle de conflit est inadaptée à intégrer convenablement toutes ces valeurs, en raison de son aspect indirect. Pour y remédier, la discipline a classiquement développé des mécanismes de correction, à savoir les lois de police et les règles matérielles internationales, permettant de donner des solutions substantielles directes aux problèmes de droit posés et d'instaurer de la justice *en* droit international privé. Ces deux mécanismes ont permis à un certain moment de dépasser les crises qu'a subi la technique de la règle de conflit et ont participé au pluralisme méthodologique en droit international privé. Il devient alors, indispensable de déterminer, dans un premier titre de cette partie, leur apport et leur contribution à la correction des solutions conflictuelle en vue d'une perception plus efficiente de la justice sociale dans le contrat international du travail.

Mais, il convient également, de se demander si ces moyens de correction intrinsèques permettent de satisfaire des valeurs sociales qui intègrent l'ordre de l'universalité ou se limitent à des approches purement nationales renforçant les écarts entre les solutions étatiques.

Nous estimons que la réponse à cette question dépend pour l'internationaliste de sa conception même du droit international privé ; droit des solutions minimales ou droit avant-gardiste. Elle dépend également de la fonction des Etats à l'égard de la vie privée internationale. *Réservés* jusqu'à une longue période, les Etats commencent à participer au développement d'une *communauté internationale de travail* par le rapprochement de leur législations sociales nationales permettant ainsi, l'élaboration d'un socle de solutions uniformes pour les questions les plus fondamentales touchant les rapports de travail

internationaux. Leur œuvre est consolidée par les pouvoirs privés notamment les multinationales dont la production normative intense impacte sensiblement les rapports sociaux internationaux. Les normes sociales produites par ces autorités privées, parfois conjointement avec les représentants sociaux méritent d'être exploitées dans un sens favorable à l'instauration de solutions justes. Elles mettent l'accent, en droit du travail, sur la complémentarité entre réglementation et régulation. L'intersection de ces normes supranationales publiques et privées orientées vers la préservation d'un noyau de droits sociaux fondamentaux favorisent le développement d'un ordre public social réellement international, qu'on peut désigner également de supranational ou transnational. Nous réserverons le second titre de cette partie à l'analyse des fondements de cet ordre public, son contenu et surtout son rapport avec les méthodes classiques de droit international privé.

Si nous accordons une attention particulière à cet « ordre public » en formation, c'est en raison du remède qu'il peut apporter aux solutions de droit international privé. Au centre de la justice sociale, il marque le renouveau méthodologique de la discipline. En fait, l'histoire du droit international privé était réputée pendulaire et marquée par un « *lexforisme stérile* ». Mais, elle subit actuellement une évolution discrète. Son décroisement constitue aujourd'hui une méthode et un parti pris didactique.

Dans ce schéma, l'ordre public social transnational, sans heurter totalement, les méthodes classiques plurielles du droit international privé, contribue à leur enrichissement permettant d'évoluer la perception de la justice sociale dans sa dimension universelle.

Cette perception évolutive de la justice sociale nécessitant une correction de la méthode conflictuelle invite alors, à saisir le sens de l'évolution en deux étapes. Nous nous intéresserons, dans une première étape à **Une évolution initiée par les mécanismes classiques de correction en droit international privé, le pluralisme méthodologique** (Titre premier) et dans une seconde étape à **Une évolution stimulée par le développement d'un ordre public social transnational, le renouveau méthodologique** (Titre second).

**TITRE PREMIER :**

**UNE EVOLUTION INITIEE PAR LES MECANISMES**

**CLASSIQUES DE CORRECTION EN DROIT**

**INTERNATIONAL PRIVE, LE PLURALISME**

**METHODOLOGIQUE**

*La pluralité des méthodes du droit international privé à l'épreuve de l'objectif suprême de justice sociale : Quel apport ?* Il ne fait pas de doute, que le droit international privé comme toutes les autres branches du droit doit être dominé « *par l'idée de justice qui est la base de tout droit. Elle a pour sujet les individus et non les Etats, elle n'existe que dans la mesure où les représentants de chaque système juridique l'admettent, elle est faite de considérations d'équité et d'utilité* »<sup>847</sup>.

Pris sous cet angle sociologique, le droit international privé a manifesté les limites de sa méthode conflictuelle à appréhender les spécificités du contrat de travail, dans une matière où « *la protection du faible est l'une des fonctions essentielles du droit. Elle est une composante de la justice, elle doit permettre d'assurer à chacun sa juste part* »<sup>848</sup>. Ces limites s'insèrent dans le cadre d'un phénomène plus large, celui de l'érosion du « *paradigme conflictuel*<sup>849</sup> »<sup>850</sup>, du moins, du changement de ce paradigme<sup>851</sup>.

Ce phénomène a commencé à apparaître depuis que des concurrents à la règle de conflit ont été créés prenant surtout la forme de lois de police et de normes matérielles internationales. Ils contribuent au pluralisme des méthodes du droit international privé que

---

<sup>847</sup> P. ARMINJON, « L'objet et la méthode du droit international privé », *RCADI*, Volume 21, 1928.

<sup>848</sup> CH. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, collection thèses de sciences humaines n° 12, Academia, Bruylant, 2003, p 9.

<sup>849</sup> L'expression « *paradigme* » renvoi aux fondements de la théorie. En épistémologie et dans les sciences humaines et sociales, un paradigme est une représentation du monde, une manière de voir les choses, un modèle cohérent du monde qui repose sur un fondement défini (matrice disciplinaire, modèle théorique, courant de pensée).

<sup>850</sup> M. A. BERTRAND intitule son cours de doctorat à l'Université Panthéon-Assas durant les années 2005-2009, « *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel* ».

<sup>851</sup> Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé (2015) », *RCADI*, t. 387, 2018, pp 9-644. L'auteur annonce au début de son cours que « *de l'érosion* » du paradigme conflictuel au « *changement* » de paradigme, il y a plus qu'une nuance », p. 24. Voir aussi, C. PAMBOUKIS, « *Droit international privé holistique, droit uniforme et droit international privé* », *RCADI*, t. 330 (2007), p. 51 ss.



ce soit en droit tunisien ou en droit français. Et c'est « *ce pluralisme organisé qui justifie d'ailleurs parfaitement l'expression de système* »<sup>852</sup>. Pourtant, la doctrine n'est pas encore convergente quant à leur qualification de « procédés » ou de « méthodes ». La distinction peut avoir certains intérêts. Mais, il serait, « *plus réaliste de rechercher où en est le droit international privé positif* »<sup>853</sup>. Examinée sous l'angle de la justice sociale dans le contrat de travail international, la question nécessite de comparer les méthodes et le contenu par rapport à l'objectif recherché.

Lois de police et droit matériel international, doivent alors, être interrogés dans cette perspective d'adaptation des solutions et de correction des insuffisances de la règle de conflit. Nous essayerons de démontrer à partir des caractéristiques de chaque mécanisme les limites de sa contribution à la correction de la solution conflictuelle du contrat de travail et de son orientation dans un sens socialement juste. Les insuffisances de chaque instrument seront relevées en fonction de leur inadaptation ou incohérence avec une perception évolutive universelle de la justice sociale dépassant les variations des conceptions nationales.

C'est ce qui nous permettra de relever les limites de **la correction par les lois de police** (Chapitre 1<sup>er</sup>) et les limites de **la correction par les règles matérielles de droit international privé** (Chapitre 2<sup>nd</sup>).

---

<sup>852</sup> M-L. NIBOYET et G-DG. DE LA PRADELLE, Droit international privé, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2013.

<sup>853</sup> *Ibid.*, p. 287.

## CHAPITRE PREMIER

### LA CORRECTION PAR LES LOIS DE POLICE

*Propriétés du mécanisme et exigences d'ordre social : l'étendue de la concordance.* Bien que la justice sociale se présente comme une finalité suprême, un objectif à atteindre progressivement, elle commande pour sa réalisation des solutions concrètes. A ce titre, elle semble, à priori, s'adapter parfaitement au mécanisme des lois de police en droit international privé. En fait, la méthode des lois de police s'entend du « *mécanisme d'application d'une loi interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit* »<sup>854</sup>. Les lois de police se distinguent, ainsi, aussi bien des règles matérielles de droit international privé qui donnent une solution substantielle directe aux conflits de lois, que des règles de conflit bilatérales. Elles sont généralement présentées comme étant « *des lois matérielles unilatérales* »<sup>855</sup>. A priori, les lois de police semblent, de par leur nature, adaptées à la concrétisation de la politique sociale des Etats essentiellement, celles relatives à la protection des travailleurs, aux principes d'équité et d'égalité de traitement et aux conditions de travail décent. Si cette concordance est possible c'est parce que leur application dans les contrats de travail internationaux n'est pas tributaire de leur désignation par la règle de conflit. En fait, « *sortant du paradigme du droit privé et n'étant pas internationalement fongibles, elles ne font pas partie de la communauté de droits et ne se prêtent pas par conséquent à la méthode de recherche du siège du rapport de droit* »<sup>856</sup>.

Les différentes études qui ont porté sur les méthodes du droit international privé les présentent comme un remède, une réaction notamment contre les inconvénients de la règle de conflit classique<sup>857</sup>.

---

<sup>854</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> édition, Economica, 2004, spéc. n° 112.

<sup>855</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », cours précité, p. 56.

<sup>856</sup> H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2018, t. 389, pp. 9-410 spéc. p. 196).

<sup>857</sup> P. MAYER affirme à cet effet que « l'intérêt substantiel, concret attaché au respect d'une loi de police du for, l'emporte sur celui que protège la règle de conflit et qui tient seulement au souci assez abstrait d'une localisation objective de la question de droit », « Lois de police », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998, p. 4.

A ce titre, elles sont présumées aboutir à un résultat meilleur que celui obtenu en application de la règle à laquelle elles dérogent. En matière de contrat international de travail, les lois de police sont supposées pallier aux insuffisances de la règle de conflit grâce à leurs propriétés méthodologiques. Pourtant des limites se constatent à cet égard. Elles sont dues aux caractéristiques mêmes des lois de police.

En fait, au regard de la méthode, plusieurs théories ont été utilisées afin de justifier la dérogation qu'opèrent les lois de police au fonctionnement normal de la règle de conflit bilatérale. Elles contribuent toutes à renforcer le caractère exceptionnel du mécanisme. D'où une première limite tenant à la nature même de ces lois qui ne peuvent pas corriger de façon fondamentale les insuffisances de la règle de conflit (section 1<sup>ère</sup>).

***Conceptions finalistes des lois de police et remise en question de leur fonction sociale.*** Si les lois de police constituent un mécanisme d'exception par rapport à la règle de conflit, c'est parce que le droit international privé autorise la diversité par l'application de la loi désignée par un critère de rattachement neutre. Or, l'idéal de justice sociale est fondé sur l'harmonisation des législations nationales autour de valeurs universelles. Ainsi, une solution socialement juste devrait être équitable et réduire les inégalités résultant de la disparité des solutions nationales. Ces aspects nous emmènent à analyser les lois de police sous un autre angle, celui de leur finalité.

En fait, historiquement, le recours croissant à cette catégorie de lois a eu lieu au cours du XX<sup>ème</sup> siècle à un moment marqué par l'ampleur du rôle de l'Etat<sup>858</sup>. C'est ce qui a fait de ces lois « *un instrument de protection d'intérêts légitimes, que la localisation abstraite de la situation conduirait à méconnaître* »<sup>859</sup>. Leur développement était surtout marquant en droit social en vue d'assurer directement ou indirectement « *la protection des salariés avant que n'émerge une règle spécifique de conflit largement inspirée des considérations à l'origine de la loi de police* »<sup>860</sup>.

Mais, la protection des salariés n'est pas la seule raison d'être des lois de police. Ces lois ont pu servir d'instrument permettant aux Etats de maintenir les contrats internationaux sous l'empire de leur législation<sup>861</sup> et d'imposer ainsi, chacun, sa politique sociale et économique sur son territoire.

---

<sup>858</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Tome I, 8<sup>ème</sup> édition, 1993, p 425.

<sup>859</sup> P. MAYER, « Lois de police », article précité, p. 4.

<sup>860</sup> M.S.M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection des parties faibles en droit international privé », cours précité, p. 165.

<sup>861</sup> E. MOREAU, *Loi de police et contrat international de travail*, thèse doct., Paris X, 1993, p. 35

Cette coexistence d'intérêts différents ; intérêt individuel et intérêt étatique ou intérêt de la communauté ; rend floue voire incertaine la finalité des lois de police. D'où des incertitudes quant à l'apport social de ces lois essentiellement en matière de protection des travailleurs. Les incertitudes sont d'autant plus importantes que la doctrine n'était jamais convergente quant à la fonction des lois de police. Pour certains auteurs, ces lois doivent se contenter de sauvegarder la politique législative *stricto sensus* excluant de la sorte, les intérêts substantiels des individus. Prises dans ce sens les lois de police présentent des limites à satisfaire les exigences de justice sociale où l'individu est censé occuper une place centrale.

Pour d'autres, les lois de police devraient avoir un champ d'intervention plus large. Les tenants de cette deuxième position, attribuent aux lois de police une fonction matérielle notamment de protection des parties faibles. Il est vrai que cette conception s'accorde mieux aux impératifs de protection du travailleur. Mais, c'est au prix d'une méconnaissance du caractère exceptionnel de ces lois voire de leur dénaturation que cette protection pourra être opérée. Un élargissement excessif de la catégorie des lois de police aboutit à un nationalisme injustifié, perturbe la cohérence des méthodes du droit international privé et sacrifie la dimension internationale du rapport de travail. D'où une seconde limite tenant aux finalités sociales des lois de police (section 2<sup>nd</sup>e).

### **Section 1 : Un remède limité en raison du caractère exceptionnel du mécanisme**

***Une intervention conditionnée des lois de police.*** Au regard du mécanisme qu'elle représente en droit international privé, la méthode des lois de police « *complète la construction conflictualiste et apparaît comme un correctif aux déficiences de ce système lorsque celui-ci n'est pas à même de proposer, en raison de l'objectif particulier attaché à certaines institutions, une solution satisfaisante* »<sup>862</sup>. Comme telle, elle constitue une réaction à l'excès de neutralité de la règle de conflit et au traitement égalitaire qu'elle réserve aussi bien à la loi du for qu'à la loi étrangère.

Revêtant une impérativité extrême, il a fallu leur donner une application immédiate, indépendamment d'une éventuelle désignation de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, par la règle de conflit bilatérale. La formulation de ce *statut* dont bénéficient

---

<sup>862</sup> J-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PULIM, Paris 1977, p. 200.

actuellement ces dispositions, qu'on appelle aujourd'hui communément lois de police est le résultat de toute une évolution essentiellement doctrinale. Son examen au fur et à mesure de notre étude est révélateur de deux principaux constats. D'abord, le mécanisme des lois de police s'est développé progressivement dans le *bercé* de l'ordre public. Il restera imprégné par les caractéristiques de cet *enfant terrible* du droit international privé, dont la raison d'être principale est de jouer *contre l'internationalité*. C'est ce qui se révèle à travers ses critères d'application et qui met en question leur efficacité à rapprocher les solutions nationales autour de l'idéal de justice sociale (§ 2).

Ensuite, les premières applications de ces dispositions d'« ordre public », résultaient d'une mise en œuvre de la règle de conflit elle-même. Pour s'en séparer, il a fallu, prouver l'inadaptation de leur nature avec la méthode conflictuelle bilatérale. Cependant cette séparation n'est en fait que relative. Les lois de police n'interviennent que sur les questions rentrant dans leur champ d'application. Elles ne remplacent donc, pas en totalité la règle de conflit. C'est pour cette raison qu'il est abusif de parler de méthodes concurrentes<sup>863</sup>. En droit international privé, la méthode de la règle de conflit et les lois de police interviennent en complémentarité. Les secondes n'opèrent en principe qu'*en faveur des conceptions nationales* du for. C'est dans ce sens qu'elles sont considérées comme une rivale de la première. Mais elles n'éliminent pas définitivement la mise en œuvre de la règle de conflit. Elles y dérogent d'une manière exceptionnelle et ponctuelle au point que les hésitations quant à leur nature n'ont pas pu jusqu'à l'heure actuelle être totalement dissimulées. La spécificité méthodologique des lois de police en fait un mécanisme de régulation qui joue principalement en faveur des conceptions du for indépendamment de l'importance de leur dimension sociale (§1).

### **§ 1 Spécificités méthodologiques du mécanisme**

***L'utilité des lois de police en question.*** Aujourd'hui, l'existence du « phénomène » des lois de police ne fait plus de doute. Son développement « *ne saurait être nié* »<sup>864</sup>. Pourtant, ces lois continuent à être présentées sous des qualifications différentes : « catégorie »,

---

<sup>863</sup> M. H. BATIFFOL affirme à cet effet qu'il ne s'agit pas entre les deux méthodes, « d'une concurrence en quelque sorte sauvage dans laquelle chacune chercherait à s'assurer le plus grand domaine possible », H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, t. 139, (1973-II), pp. 77-147, spéc. p. 145.

<sup>864</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, t. 139, 1973, p. 269 s. spéc. p. 383.

« mécanisme », « méthode »<sup>865</sup>. L'utilisation de l'une ou l'autre de ces terminologies est chargée de sens. Elle exprime une position quant au degré d'autonomie des lois de police par rapport à la règle de conflit<sup>866</sup> et une hésitation quant à leur utilité<sup>867</sup>.

Ce débat peut être dû au fait, que tout au long de sa construction, la théorie des lois de police était rapprochée à d'autres concepts. « *Parce qu'elles ont été découvertes dans l'ordre juridique du for, elles ont d'abord été assimilées aux lois territoriales alors, qu'en fait, leur méthode s'apparente à celle de l'unilatéralisme* »<sup>868</sup>. C'est par rapport à ces deux thèses, le territorialisme et l'unilatéralisme que la spécificité de la méthode des lois de police doit être vérifiée. Cet examen nous permettra de déterminer l'impact de ces théories sur le fonctionnement et le mode d'intervention des lois de police. On en pourra alors, répondre à la question de savoir si cette méthode de correction s'adapte mieux aux exigences de justice sociale. C'est uniquement en cas de réponse affirmative qu'on pourra déduire que les insuffisances des solutions apportées par le droit international privé aux conflits de lois en droit du travail sont purement méthodologiques, qu'elles résultent de la nature même du mécanisme de la règle de conflit et qu'elles sont corrigées par le recours aux lois de police. Par contre une réponse négative, ne fera que relancer les critiques longtemps adressées au droit international privé, considéré comme un droit peu soucieux du but social de ses règles et orienté vers la satisfaction des intérêts purement égoïstes de l'Etat qui les édicte.

---

<sup>865</sup> M. P. DE VAREILLES SOMMIERE affirme dans ce sens que « le besoin d'adapter les mécanismes classiques de conflit de lois afin de parvenir à des résultats cohérents dans la réglementation des relations privées internationales s'est fait sentir et a conduit à la mise au jour d'une nouvelle méthode de solution volontiers baptisée, dans la doctrine francophone contemporaine, « méthode des lois de police » », P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP*, 2011, pp. 207-290, spéc. p. 212.

<sup>866</sup> Pour P. FRANCESKAKIS, la règle de conflit devrait avoir un caractère subsidiaire par rapport à la méthode des lois de police, « Quelques précisions sur les « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP*, 1966, pp 1-18, p.17. Par contre d'autres auteurs, comme M. VITTA affirme clairement son « manque de sympathie pour les normes d'application nécessaire » à cause notamment du caractère flou et indéfini que ces normes partagent avec leur ancêtre « l'ordre public ». Mais ceci n'empêche pas l'auteur d'affirmer « qu'elles ont fini par être reconnues en droit positif de plusieurs Etats comme cadre de certains phénomènes réels, se produisant dans la sphère des relations individuelles de droit privé », E. VITTA, Cours général de droit international privé, *RCADI*, t. 162, 1979, pp 11 ss. spéc. p. 145 s.

<sup>867</sup> Voir notamment V. HEUZE, La réglementation française des contrats internationaux, *op. cit.*, p. 171 s. L'auteur affirme que même si la présentation des lois de police est défendable sur le plan théorique, son extrême fragilité se révèle aussitôt que l'on s'interroge sur sa mise en œuvre ». V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, p. 172 ; voir dans le même sens, P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, pp 277-345, spéc. p. p. 277. Pour une position contraire en faveur de la méthode des lois de police, voir P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », *article précité*, p. 212.

<sup>868</sup> A. MEZGHANI, *Droit international privé. Etats Nouveaux et Relations Privées internationales système de Droit Applicable te Droit Judiciaire International*, *op. cit.*, p. 163.

## A- Spécificité des lois de police au regard de la théorie territorialiste

***Les lois de police à la frontière du territorial et de l'extraterritorial.*** La dimension territoriale des lois de police prend des aspects renouvelés en fonction de l'évolution des théories de droit international privé. Sous ses formes les plus récentes, elle appelle à des interrogations quant à l'efficacité du mécanisme des lois de police à affronter les questions sociales notamment celles qui prennent une dimension extraterritoriale.

### 1) La dimension territoriale dans les lois de police

***Lois de police et évolution de la théorie territorialiste.*** Le territorialisme constitue, l'une des approches principales qui ont marqué l'histoire du droit international privé. Cette approche constitue dans une certaine mesure le prolongement de la doctrine statutaire<sup>869</sup>. En fait, le XIX<sup>ème</sup> siècle était marqué par la montée de deux méthodes concurrentes mais liées à la souveraineté des Etats : le territorialisme et le personalisme<sup>870</sup>. La première exige l'application quasi systématique de la *lex fori* avec la prise en compte exceptionnelle de la loi étrangère. Par contre la seconde reconnaît à chaque individu le droit d'être soumis à sa propre loi. Mais les deux, n'ont pas pu dominer face au développement de la méthode de la localisation dont la règle de conflit est l'instrument<sup>871</sup>.

Seulement, la théorie territorialiste a été utilisée par la suite en vue de justifier l'application immédiate de certaines lois jugées cruciales pour la sauvegarde du système du for. C'est dans ce sens que la doctrine contemporaine<sup>872</sup> considère que l'assimilation des lois de police aux lois territoriales peut avoir un fondement législatif. Elle s'appuie en droit français, sur l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code Civil qui prévoit que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». En application de ce texte, la présence d'une

---

<sup>869</sup> Cette méthode « statutaire », est apparue au moyen âge notamment en Italie. Elle réglait le conflit de lois en déterminant pour chaque commune, le champ d'application des règles municipales dites *statua* qui leur sont applicables tout en réservant au droit romain, *jus commune*, la tâche de régler les conflits entre les différents statuts.

<sup>870</sup> C'est pour cette raison, que « territorialisme et personalisme ont en commun d'être des doctrines publicistes », B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalisme. Cours général », *RCADI*, Volume 305, (2001), p. 147.

<sup>871</sup> Aujourd'hui, « territorialisme et personalisme s'expriment l'un et l'autre aisément au moyen de règles de conflit, dont le mécanisme est totalement neutre à l'égard de cette opposition », *Ibid.*, p. 148.

<sup>872</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé (cours général) », *RCADI*, t. 155, (1977-II) pp. 1- 424 ; Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », cours précité.

loi de police a pour effet d'écarter tout le mécanisme conflictuel car « *il existerait une antinomie entre la notion de territorialité et celle de conflit de lois* »<sup>873</sup>.

En jurisprudence, le rapport entre lois de police et territorialisme a été établi, à une certaine époque par les tribunaux français. « *Partant de l'idée que les lois de police sont des lois d'application territoriale, (ils) ont parfois analysé les lois territoriales en des lois de police, en des règles en marge de la règle de conflit* »<sup>874</sup>.

Cette conception territoriale était source de plusieurs critiques parce qu'elle « *définit une notion obscure par une autre qui ne l'est pas moins* »<sup>875</sup>. En fait, on peut trouver dans cette catégorie, différents types de lois : loi du domicile, *lex fori*, *lex rei sitae* alors que l'application de ces lois est soumise dans la plupart des cas à leur désignation par la règle de conflit bilatérale.

A l'inverse, l'application territoriale des lois de police ne signifie pas qu'elles constituent une manifestation pure de la territorialité. Cette notion est « polysémique » selon l'expression de M. Mezghani. En fait, la doctrine a pu dissocier la territorialité matérielle et la territorialité formelle. En fonction de cette distinction, une loi est territoriale sur le plan matériel, « *dans la mesure où elle s'applique aux personnes, aux choses et aux situations se trouvant sur le territoire de l'Etat dont elle émane. Elle est aussi territoriale dans le sens formel, lorsque seules les autorités et les juridictions dont elle émane peuvent en faire application* »<sup>876</sup>. Dans le même sens M. D'AVOUT qualifie la territorialité substantielle ou normative comme étant la « *manifestation la plus vieillie de la territorialité* »<sup>877</sup>. « *Cette territorialité représente l'applicabilité immédiate d'une législation, sur le territoire de leur auteur, aux situations juridiques considérées comme y étant localisées en tout ou pour partie* »<sup>878</sup>. Elle se distingue de la territorialité institutionnelle ou opérationnelle en fonction de laquelle, « *l'Etat dicte par son droit la conduite de son administration et est, corrélativement, muet sur le comportement attendu des administrations étrangères* »<sup>879</sup>.

Mais, le recoupement entre les deux types de territorialité n'est pas systématique que ce soit au moment de la mise en œuvre de la règle de conflit ou au moment de l'intervention des lois de police. Lorsque le lien territorial est retenu comme critère de rattachement, il

---

<sup>873</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>874</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », cours précité, p. 324.

<sup>875</sup> *Ibid.*

<sup>876</sup> A. MEZGHANI, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, volume 303, 2003, pp. 119-430, spéc. p. 274.

<sup>877</sup> L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI*, 2019, tome 397, p. 99.

<sup>878</sup> *Ibid.*

<sup>879</sup> *Ibid.* p. 102.



peut dans maintes situations aboutir à une loi étrangère. Celle-ci bien que manifestant une territorialité matérielle, est extraterritoriale sur le plan formel du moment qu'elle est appliquée par le juge du for. Il en est ainsi, lorsque le juge applique une loi étrangère au contrat de travail parce qu'elle correspond au lieu d'exécution habituelle du travail. Il en fait une application territoriale au sens matériel mais extraterritoriale dans le sens formel. Cette extraterritorialité est parfaitement justifiée par le droit international privé. Elle est le résultat de la mise en œuvre du critère de rattachement d'une règle de conflit bilatérale. Il en est également pour certaines lois se rapportant à l'organisation du travail sur le territoire de l'Etat qui les a édictés et dont l'application est indispensable pour la sauvegarde de son système économique et social. Formant des lois de police, dans le pays du lieu d'exécution, elles peuvent avoir une application extraterritoriale par le juge tunisien choisi par les parties.

Au niveau de la théorie, la distinction des deux types de territorialité correspond à l'une des mutations les plus importantes du droit international privé<sup>880</sup>. Elle a permis de dépasser la liaison que fait l'école des statuts entre conflits de lois et conflits de souveraineté. Elle traduit également une renonciation à la confusion classique entre lois de police et droit public. D'après M. MEZGHANI, « *le caractère de droit public a été collé à l'ensemble des lois de police* »<sup>881</sup>. C'est ce qui explique d'ailleurs, leur inapplicabilité d'origine par un juge étranger. Cette catégorie était exclue du droit international privé et n'était pas alors, compatible avec les techniques du conflit de lois. Elle échappe ainsi, à toute application extraterritoriale.

Pour, M. MAYER le refus d'application se situe au niveau des organes et non au niveau de la compétence de la loi étrangère. Il est lié à l'office du juge. Par contre pour M. MEZGHANI, cet argument n'est que relatif. Il ne se justifie que pour les rapports de pur droit public. « *Le principe d'inapplicabilité ne concernerait alors que le droit public/public, dès qu'est en cause la compétence décisionnelle et d'exécution* »<sup>882</sup>. A l'inverse, il n'y a aucun empêchement à l'application du droit public étranger à un rapport de droit privé puisque dans une situation pareille « *l'application de la loi étrangère de droit public ne se rapporte pas au fonctionnement d'un service public. Il s'agit seulement d'envisager l'application de cette loi non pas dans sa dimension organique mais pour la détermination des droits et des obligations des parties à une relation de droit privé* »<sup>883</sup>.

---

<sup>880</sup> *Ibid.*

<sup>881</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>882</sup> *Ibid.*, p. 276.

<sup>883</sup> *Ibid.*, p. 277.

En conséquence, et du moment qu'une loi de police qui prend la forme d'une règle de droit public peut être appliquée par un juge étranger, elle cesse d'être qualifiée de « territoriale ». Par ce raisonnement, l'auteur donne la priorité à la nature du rapport juridique en question et non à la nature de la loi pour décider de sa territorialité. Faut-il alors, en déduire qu'une loi cesse d'être territoriale, lorsque rentre dans son champ d'application des rapports de droit privé ?

En droit tunisien, le législateur, soucieux de surmonter une éventuelle objection contre l'applicabilité de la loi de police étrangère en raison de sa qualification, a prévu expressément dans l'article 38 alinéa 3 du CDIP que « le caractère de droit public de la loi étrangère n'empêche pas son application ou sa prise en considération ».

De même en droit français, la conclusion de la Convention de Rome met presque fin aux hésitations à ce sujet. On doit, en effet, reconnaître que « *la formule de l'article 7 vise aussi bien les lois de droit public que les lois de droit privé, et que les directives adressées au juge par ce texte peuvent fonctionner de façon satisfaisante aussi bien pour les unes que pour les autres* »<sup>884</sup>.

Toutefois, les solutions législatives autorisant l'application des lois étrangères de droit public à titre de lois de police ne règlent pas totalement la question de la territorialité des lois de police. Prenant l'exemple d'une question qui se rapporte à une norme exigeant le respect d'une mesure d'hygiène imposée par l'Etat du lieu d'exécution du travail à laquelle ne s'est pas conformé un employeur lié par un contrat de travail à un travailleur étranger. La norme relève du droit public. On demande son application dans un cas d'espèce à un rapport privé. Rien n'empêche qu'elle soit appliquée en tant que loi de police étrangère par le juge du for puisqu'elle n'exprime pas l'exercice d'un pouvoir décisionnel ou coercitif selon l'expression de M. MEZGHANI. La loi de police étrangère reçoit ainsi, une application extraterritoriale. Mais, imaginons que sa non observation est assortie d'une sanction pénale. Il n'est pas admis qu'elle soit mise en œuvre par un juge étranger puisqu'il s'agit dans ce cas de l'exercice du pouvoir coercitif par l'Etat éditeur de la norme outre le fait que le rapport pénal n'est pas un rapport de droit privé. Tel est le cas par exemple de l'article 24 du Code de travail tunisien qui prévoit que « quiconque met obstacle à l'accomplissement de la mission d'un agent chargé de l'inspection de travail, est puni d'une

---

<sup>884</sup> P. MAYER, « Lois de police », *Rép. Internat. Dalloz*, 1998, p. 4.

amende de 144 à 720 dinars, sans préjudice de l'application des dispositions du Code pénal qui répriment l'outrage à l'égard d'un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions ».

De plus, contrairement au droit international privé où on admet la dissociation entre conflit de lois et conflit de juridictions, la matière pénale exige la concordance entre les deux types de compétences. Une loi de police qui a un aspect pénal, est, dans cette conception, une loi purement territoriale.

Plusieurs jugements rendus en droit français sont illustratifs à ce sujet. Ils se rapportent au travail dissimulé. Parmi ces jugements, on peut citer celui rendu le 17 juin 2019 par le Conseil d'Etat français se référant directement aux lois de police telle que réglementées dans le Règlement Rome I. La haute juridiction administrative a rappelé que l'article L. 8251-1 du code du travail interdisant « d'embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France », s'imposait « ainsi d'ailleurs que le prévoit l'article 9 du règlement Rome I »<sup>885</sup>. Il est à noter que cet emploi irrégulier des étrangers constitue une infraction au même titre que le travail dissimulé<sup>886</sup>.

Ainsi, les dispositions régissant les rapports de travail aussi bien internes qu'internationaux accompagnées de sanctions pénales restent caractérisées par la territorialité.

On constate alors, que la dimension territoriale des lois de police est polysémique. Parfois, la qualification d'une norme en tant que loi de police se justifie par sa territorialité. Mais, une application extraterritoriale d'une loi de police étrangère est largement admise.

Cette complexité de l'aspect territorial des lois de police, se répercute incontestablement, sur l'efficacité de leur fonction sociale dans les rapports de travail.

## 2) Effet de la territorialité des lois de police sur leur fonction sociale

***Le mécanisme des lois de police à l'épreuve des problèmes sociaux.*** Si la question de la territorialité des lois de police en droit du travail se pose encore, c'est

---

<sup>885</sup> Le Conseil d'Etat 17 juin 2019, 1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> ss-sect. ré., n° 417837, Lebon ; *AJDA* 2019. 2031 ; *D.* 2019. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *ibid.* 2020. 298, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *RDC* 2019/4, p. 65, note B. Haftel. L'arrêt soulève également la question de l'application des lois de police par les juridictions administratives. Voir en ce sens, D. B., H. M. W. et A. O. « Sur les lois de police devant le Conseil d'Etat », *RCDIP*, 2020, vol. 2, no. 2, 2020, pp. 378-382.

<sup>886</sup> C'est ce qui résulte de l'article L. 8221-1 du Code de travail français.

essentiellement pour deux raisons. D'abord, parce que la notion de territorialité des lois, contrairement à ce que l'on peut penser, n'est jamais abandonnée. En droit international privé, « *plutôt que de déclin du concept, mieux vaut évoquer sa mutation* »<sup>887</sup>. Ensuite, cette survie de la territorialité ne permet pas de saisir plusieurs types de situations internationales où la production d'une solution équitable dépend de la prise en considération de la dimension transnationale du problème posé, voire dans certains cas de son aspect universel.

A) La territorialité des lois de police, un frein à l'instauration de la justice sociale dans les relations de travail transnationales

### ***Rapports de travail transnationaux et territorialité des lois : les inadaptations.***

Nombreuses sont les relations de travail qui se déploient dans un cadre transnational. Elles se rapportent essentiellement à la mobilité du travailleur dans le cadre d'une multinationale ou d'un réseau d'entreprises qui bien que composé d'entités juridiquement indépendantes, est caractérisé par une structure économique ordonnée. Le travail transnational pose différentes problématiques dont essentiellement celle de l'identification de l'employeur, étant donné que le bénéfice de la prestation de travail et l'exercice du pouvoir de direction ne sont pas généralement monopolisés par l'entreprise liée par le contrat de travail. Pourtant, les règles de droit international privé ne réservent pas un traitement spécial aux situations de travail transnational. Celles-ci sont régies par les mêmes méthodes de conflit de lois applicables au contrat international de travail largement marquées par la territorialité. Ainsi, l'application des règles protectrices du travailleur lorsqu'elles sont qualifiées de police, dépend, en principe, d'un critère territorial, celui du lieu d'exécution, que celui-ci correspond à la loi du for ou à une loi étrangère.

La territorialité de la loi a pour effet dans les situations de travail transnational de désunifier, l'unité sociale dans laquelle le salarié exerce ses fonctions ce qui crée, au sein du même groupe ou réseau des solutions sociales différenciées introduisant une inégalité de traitement. Les droits des salariés appartenant à une même structure économique transnationale se trouvent fractionnés en raison d'une application territorialement circonstanciée de la loi. Les exemples les plus significatifs se rapportent à la dimension

---

<sup>887</sup> L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI*, 2019, tome 397, p. 99.

collective du travail, qui impacte sensiblement la position du travailleur dans le rapport individuel qui le lie à son employeur. En fait, par sa participation à l'élection de ses représentants dans le comité d'entreprise<sup>888</sup> ou l'exercice de ses droits syndicaux, le travailleur renforce sa position contractuelle vis-à-vis de son employeur. De même, l'affaiblissement des droits collectifs renforce le déséquilibre de positions dans le contrat de travail.

En conséquence, et en raison de la disparité des solutions sociales entre les Etats, « *les entreprises transnationales vont choisir d'implanter les collectivités de travail dans les Etats qui leur sont socialement plus favorables* »<sup>889</sup>. Le *law shopping* comprend dans ce cas, toute la législation locale y compris ses lois de police. Les entreprises exerçant en réseau peuvent être tentées d'affecter leurs personnels dans leurs unités économiques qui se trouvent dans des Etats qui soit n'admettent pas, soit restreignent l'exercice des droits syndicaux tels que le droit de créer ou de s'affilier à un syndicat, le droit à la grève et autres actions syndicales. De plus, la territorialité des conventions collectives nationales fait que les travailleurs appartenant au même groupe de sociétés ou réseau d'entreprises soient soumis à des règles différentes ne procurant pas le même degré de protection. La standardisation du statut régissant les salariés du groupe ou réseau n'est pas dans ce cas possible par choix du droit applicable, dans la mesure où la question posée fait l'objet d'une loi de police.

Le paradoxe de la territorialité dans la gestion des relations de travail dans l'entreprise transnationale est également significatif en matière d'élection des représentants des salariés au sein de l'entreprise. En droit tunisien, et aux termes de l'article 157 du Code de travail, les membres de la commission consultative paritaire, équivalent du comité d'entreprise en droit français, sont en partie élus par les salariés et ce dans les entreprises employant au moins quarante travailleurs permanents. En raison de l'importance du rôle qui est alloué à la commission en matière de santé et sécurité au travail, les dispositions du Code du travail qui régissent sa formation et son fonctionnement doivent être qualifiés de lois de police. Cette solution devrait être utile dans les cas où le salarié en mobilité internationale garde un rapport avec son entreprise d'origine et ne se trouve pas, intégré dans une collectivité salariale plus large répartie sur plusieurs territoires. Par contre son application aux relations

---

<sup>888</sup> Il convient de noter que les règles relatives aux institutions de représentation du personnel ont été qualifiée par la Cour de cassation française comme lois de police (Cass. soc. 3 mars 1988, Thorensen & Townsend, *JDI*, 1989. 78, obs. M.-A. MOREAU, faisant suite à l'arrêt C<sup>ie</sup> des Wagons-lits, *RCDIP*, 1974. 344, concl. Questiaux).

<sup>889</sup> M. LAFRAGUE, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, p. 112.

de travail mobile qui se nouent dans le cadre de relations commerciales transnationales est révélatrice des limites du droit international privé tunisien comme bien d'autres droits analogues à appréhender un aspect qui devient très fréquent dans les contrats internationaux de travail. On constate à cet effet, que « *quant aux rapports de travail véritablement transnationaux, comme l'est l'entreprise à laquelle ils se rattachent, ces droits nationaux n'en peuvent prétendre saisir que leur dimension nationale* »<sup>890</sup>.

On regrette à cet effet que le droit tunisien ne tient pas compte des nouvelles données économiques et leurs effets sociaux. En fait, les statistiques montrent que le nombre des entreprises étrangères implantées en Tunisie s'élève à 16084 entreprises<sup>891</sup>. Plusieurs d'entre elles, relèvent de groupes économiques transnationaux où interviennent dans le cadre d'un réseau bien ordonné ce qui appelle à en tenir compte pour une meilleure instauration de la justice dans la réglementation des rapports de travail. Il aurait été d'ailleurs souhaitable de prendre en considération le nombre des salariés mis à la disposition d'une autre entité du groupe ou réseau dans le calcul du seuil minimal exigeant la mise en place d'une commission consultative paritaire. C'est dans ce sens d'ailleurs, que la jurisprudence française a pu adapter la notion d'unité économique et sociale autorisant le dépassement du critère de la personnalité morale. En fait, il devient incontestable que ce critère « *n'est plus le critère central ; c'est au contraire à la réalité de la constitution d'une communauté de travail qu'il conviendrait de s'attacher* »<sup>892</sup>. Dans son arrêt du 21 novembre 2018, Syndicat/ Generali<sup>893</sup>, la Cour de cassation française a fait un usage réfléchi de la notion d'unité économique et sociale instaurée en droit français « *pour contourner le cloisonnement d'un groupe de sociétés en personnalités morales différentes* »<sup>894</sup>. Dans l'arrêt Generali, la Cour de cassation française était appelée à concilier la réalité et le droit en vue de retrouver « la vérité de la communauté du travail »<sup>895</sup>. La Cour a considéré à cet effet qu' « *au sein d'un groupe, une unité économique et sociale (UES) peut*

---

<sup>890</sup> P. VERGE, « Droit national du travail et transnationalité des rapports du travail », in *Droit international du travail- Perspectives canadiennes*, Ed. Y. Blais, 2010, pp. 37-58, spéc. p. 58.

<sup>891</sup> Statistiques issues du Répertoire national des entreprises, Statistiques Tunisie, Institut National de la Statistique, édition 2020, impression Simpac, p. 44.

<http://www.ins.tn/sites/default/files/publication/pdf/RNE-2020.pdf>

<sup>892</sup> E. PATAUT, « Territorialité des conventions collectives de travail : A propos de l'unité économique et sociale », *RCDIP*, 2019, p. 1012, spéc. p. 1014.

<sup>893</sup> Soc., 21 novembre 2018, n° 16-27.690, Generali, *D.* 2018. 2241, et les obs. ; *ibid.* 2019. 2153, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Rev. Sociétés* 2019. 349, note N. de Sevin et A. Couret ; *Dr. soc.* 2019. 141, étude C. Radé ; *RDT*, 2019. 51, obs. H. Nasom-Tissandier ; *Ibid.* 133, obs. B. Joly

<sup>894</sup> E. PATAUT, « Territorialité des relations collectives de travail : A propos de l'unité économique et sociale », article précité, p. 1014.

<sup>895</sup> L'expression a été utilisée par la Cour de cassation française dans sa note explicative se rapportant à son arrêt Generali et publiée sur son site.

*être reconnue par convention ou par décision de justice entre des entités juridiquement distinctes qu'elles soient ou non dotées de la personnalité morale, dès lors qu'est caractérisée entre ces structures, d'une part, une concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi qu'une similarité ou une complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, d'autre part* ». Par une interprétation flexible et désincarnée de la notion d'unité économique et sociale, la Cour de cassation française a pu redéfinir la dimension territoriale d'une loi de police française issue de l'arrêt Wagons-lits du Conseil d'Etat français aux termes de laquelle, « les lois françaises de représentation des salariés seraient des lois de police ».

Deux principaux enseignements peuvent être tirés de l'arrêt Generali, transposables en droit tunisien. D'abord, l'appréhension des relations de travail transnationales en vue d'une meilleure instauration de la justice au sein de la communauté des salariés relevant d'un groupe d'entreprises, appelle à une adaptation de la dimension territoriale des lois de police. Ensuite, aussi bien qu'elle soit nécessaire, cette adaptation n'a que des effets sociaux relatifs. Les droits des salariés relevant d'un même groupe économique sont toujours appréciés en fonction de la loi nationale du pays d'implantation de l'entreprise à laquelle ils sont rattachés. Il en résulte, pour une même collectivité salariale, une inégalité de traitement, préjudiciable aux salariés mais aussi au groupe aspirant à une stratégie de fonctionnement unifiée. La prise en compte de la réalité des relations de travail transnationales, prouve de nouveau, les limites du droit international privé notamment par son mécanisme de correction qu'est les lois de police à instaurer des solutions sociales adaptées et territorialement désincarnées. « *Dans cette perspective, la loi nationale peut, certes, être protectrice, mais elle peut tout aussi bien être un carcan ; et lorsque que, comme aujourd'hui, la mondialisation a largement déterritorialisé les entreprises, faire de l'ancrage national de la relation de travail la norme est très problématique* »<sup>896</sup>.

Par mise en œuvre des lois de police, les Etats cherchent à assurer leurs emprises sur les entreprises implantées sur leurs territoires, abstraction faite de la complexité des rapports sociaux établis au sein du groupe dans lequel ces entreprises agissent et qui en font un organisme atomisé<sup>897</sup>. La prise en compte de la déterritorialisation des relations de travail dans les entreprises transnationales appelle à des solutions plus substantielles assurant une

---

<sup>896</sup> E. PATAUT, « Territorialité des conventions collectives de travail : A propos de l'unité économique et sociale », article précité, p. 1017.

<sup>897</sup> L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », cours précité, p. 279.

meilleure coordination des systèmes. Dans le cadre de l'Union européenne, le pas a été franchi, bien que modeste, par la création d'un comité d'entreprise européen<sup>898</sup>. Pour les autres Etats profitant de l'investissement économique des multinationales, notamment la Tunisie il devient nécessaire de penser à des méthodes assurant, mieux que les lois de police un traitement socialement et territorialement désincarné du travail transnational. L'aspiration à une solution plus équitable s'impose également, pour les questions de droit du travail ayant un aspect universel.

B) La territorialité des lois de police, une limite à l'harmonisation des solutions face aux problèmes sociaux universels

***Les lois de police, une forme de territorialité dans un monde qui s'universalise.***

La confrontation des méthodes de droit international privé à la réalité du nouvel ordre économique marqué par la globalisation permet de mettre l'accent sur une asymétrie normative remarquable dissociant valeurs marchandes et valeurs non marchandes. Alors que les premières s'internationalisent et unissent la communauté internationale, les secondes séparent et désunissent les ordres juridiques parce que protégées par des instruments nationaux, principalement les lois de police et l'ordre public. Les valeurs sociales, en tant que fondement de la justice sociale, font encore l'objet de conceptions territoriales, nationales et s'adaptent mal à l'universalisme. Cela revient principalement au fait, que « *les dispositifs liés aux droits de l'homme, bien que proclamés universels, resteraient dépendants de l'ordre juridique national, donc soupçonnés d'arrière-pensées protectionnistes [...]* »<sup>899</sup>.

***La territorialité des lois à l'épreuve de la pandémie sanitaire et au télétravail.***

Produites sur un territoire étatique limité et traduisant une conception purement nationale, les lois de police en droit du travail ne semblent pas, en raison de cet ancrage territorial nationaliste, capables de corriger parfaitement les excès nés de l'internationalisation des rapports de travail. Ces rapports s'intègrent dans un ordre mondial « déboussolé »<sup>900</sup>. En

---

<sup>898</sup> Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *Journal officiel n° L 254 du 30/09/1994 p. 0064 – 0072*.

<sup>899</sup> M. DELMAS-MARTY, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Éditions Thémis, Montréal, 2004, p. 11.

<sup>900</sup> *Ibid.* p. 7.



fait, « en confiant la défense des quatre libertés économiques<sup>901</sup> aux instances régionales et mondiales, dont la production juridique se situe en haut de la hiérarchie des normes, et en laissant les protections (celles des valeurs non marchandes) dans la sphère des États nations, le système a provoqué de façon mécanique un renversement de la hiérarchie des valeurs »<sup>902</sup>. La plus récente situation qui en témoigne est celle de la crise sanitaire provoquée par la pandémie de la Covid 19 et l'ensemble des mesures auxquelles elle a donné naissance notamment celles qui se rapportent au télétravail, au confinement et des dispositions procédurales relatives au calcul des délais. A l'universalité de la crise correspondent des mesures nationales divergentes et d'une efficacité variable ce qui a renforcé les inégalités sociales dans le monde, telles que constatées par l'Observatoire de l'OIT<sup>903</sup>.

En droit tunisien, et en raison de l'absence d'un cadre juridique réglementant le télétravail dans le secteur privé<sup>904</sup>, il était difficile de protéger les travailleurs dans les périodes de confinement total. Pour faire face à l'état d'urgence qui se présentait, des appels doctrinaux ont été lancés menés principalement par M. Kotrane invitant le chef du gouvernement à intervenir et combler les lacunes du Code du travail<sup>905</sup>. Elles consistent principalement, à « *Conférer la possibilité à l'employeur d'adapter les conditions d'exécution du travail aux difficultés engendrées par la mise en œuvre des mesures de mise en confinement total pour la prévention de la propagation du Coronavirus « Covid-19 » et d'organiser, avec l'accord du salarié, ou directement, le travail selon la formule du télétravail* »<sup>906</sup>.

---

<sup>901</sup> Il s'agit de la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux.

<sup>902</sup> M-A. HERMITTE, « L'illicite dans le commerce international des marchandises », dans Philippe KAHN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *L'illicite dans le commerce mondial*, Paris, Litec, 1996, p. 163.

<sup>903</sup> Observatoire de l'OIT : « le COVID-19 et le monde du travail ». Huitième édition Estimations actualisées et analyses, 27 octobre 2021. Le rapport est accessible à distance à travers le lien suivant : [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_824094.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_824094.pdf)

<sup>904</sup> Il est à noter à cet effet qu'après la crise sanitaire, l'État tunisien d'est doté d'un texte réglementant le télétravail dans le secteur public. Il s'agit, du décret présidentiel n° 2022-310 du 5 avril 2022, portant organisation du régime de télétravail pour les agents de l'État, des collectivités locales et des établissements, entreprises et instances publics, Journal officiel, 2022-04-12, n° 40. On regrette qu'un texte parallèle n'était pas adopté pour réglementer le télétravail dans le secteur privé qui devient fréquent en pratique. Dans tous les cas, il semble utile de s'inspirer de la définition donnée à la notion de télétravail par le décret présidentiel du 5 avril 2022 pour l'examen des problématiques qu'il pose dans le secteur privé. Ainsi, aux termes de l'article 2 du décret, le régime du télétravail correspond « à une méthode permettant à l'agent public d'exercer ses missions et ses obligations professionnelles hors du site de travail d'origine auquel il est affecté, et ce, en faisant recours aux technologies modernes de communication et d'information » et le télétravailleur est l' « agent public qui exerce ses missions et obligations professionnelles à distance ».

<sup>905</sup> Hatem Kotrane, Covid-19, « couvre-feu et contrats de travail », publié dans le magazine *Leaders*, 18 mars 2020. <https://www.leaders.com.tn/article/29394-hatem-kotrane-covid-19-couvre-feu-et-contrats-de-travail>

<sup>906</sup> H. KOTRANE, « Covid-19 : Regards sur les mesures sociales d'accompagnement arrêtées par les décrets-lois du Chef du Gouvernement du 14 avril 2020 », publié dans *Leaders* le 20 avril 2020. <https://www.turess.com/fr/leaders/29726>

Dans tous les cas, et en l'absence d'un texte protégeant les salariés par recours obligatoire au télétravail, tel que c'était le cas en droit français, et dans maintes autres législations en période de confinement, plusieurs entreprises en Tunisie ont opté, pour une décision unilatérale pour un travail distant. Ceci paraît totalement légitime puisque, si le Code du travail ne régleme pas le télétravail, il ne l'interdit pas non plus<sup>907</sup>.

Le choix, ainsi fait par les entreprises s'explique principalement par leur besoin économique de maintenir le rythme de leur production. Il s'explique aussi, par les incohérences du décret-loi n° 2020-4 du 14 avril 2020<sup>908</sup> qui ne prévoit en période de confinement, que la possibilité de recours à des congés payés, sous des conditions qui ne se vérifient pas dans tous les contrats de travail<sup>909</sup>. Les salariés dont les contrats ne répondent pas aux conditions exigées ne pouvaient ni recevoir un salaire<sup>910</sup> ni bénéficier d'un congé payé, ce qui les a mis dans des situations précaires, puisqu'ils n'étaient ni rémunérés ni pris en charge par les caisses sociales<sup>911</sup>.

On constate ainsi, qu'une mesure de passage obligatoire au télétravail en période de confinement pour une durée bien déterminée aurait pu être adoptée et imposée aux entreprises. Elle aurait permis de protéger aussi bien les travailleurs tunisiens que ceux en mobilité internationale en Tunisie et pour lesquels, elle aurait été qualifiée de loi de police. En conséquence, l'application impérative, aux travailleurs internationaux, des mesures adoptées pour faire face aux circonstances exceptionnelles liées à la crise sanitaire, sur le

---

<sup>907</sup> A. BOUSSOFARA, « Le télétravail », note, Boussayene Knani & associés, société d'avocats, p. 2.

<https://bkassocies.tn/fr/2020/09/24/anissa-boussofara-le-teletravail/>

<sup>908</sup> Décret-loi du Chef du Gouvernement n° 2020- 4 du 14 avril 2020, édictant des mesures (ou actions) sociales exceptionnelles et provisoires pour l'accompagnement des entreprises et la protection de leurs salariés lésés par les répercussions de la mise en œuvre des mesures de mise en confinement total pour la prévention de la propagation du Coronavirus « Covid-19 », *JORT* n° 32 du 14 avril 2020, page 769.

<sup>909</sup> Décret-loi du Chef du Gouvernement n° 2020-2 du 14 avril 2020, portant suspension exceptionnelle et provisoire de certaines dispositions du Code du travail, *JORT* n° 32 du 14 avril 2020, page 767.

<sup>910</sup> Aux termes de l'article 134-2 du Code de travail tunisien, « il est entendu par rémunération, ce qui est dû au travailleur en contrepartie du travail réalisé u profit de son employeur ». Il convient, par contre de préciser que le décret-loi n° 2020-4 du 14 avril 2020, *JORT* n° 32 du 14 avril 2020, p. 769, a prévu le versement d'une indemnité exceptionnelle et provisoire et d'une faible valeur de 200 DT au profit de certaines catégories de salariés. La mesure ainsi prise, s'avère insuffisante à procurer une protection matérielle suffisante des salariés.

<sup>911</sup> H. KOTRANE, « Faire bloc derrière le gouvernement pour la sauvegarde de l'économie, des entreprises et l'emploi », publié dans le magazine *Leaders* le 23 mars 2020, <https://www.leaders.com.tn/article/29452-hatem-kotrane-faire-bloc-derriere-le-gouvernement-pour-la-sauvegarde-de-l-economie-des-entreprises-et-l-emploi>

L'auteur rappelle à cet effet que l'État tunisien n'a pas mis en place un système d'indemnisation du chômage technique. La seule loi qui l'a instauré pour une période limitée et pour un champ d'application restreint est la loi n° 2008-79 du 30 décembre 2008, portant mesures conjoncturelles de soutien aux entreprises économiques pour poursuivre leurs activités, telle que modifiée par la loi n° 2009-35 du 30 juin 2009. Aux termes de l'article 2 de cette loi, seules bénéficient de ce système et pour une période limitée jusqu'au 30 juin 2010, les entreprises totalement exportatrices, les entreprises implantées dans les parcs d'activités économiques et les entreprises ayant réalisé une moyenne des 50 % au moins de leur chiffre d'affaires à l'export au titre des années 2007 et 2008.

territoire tunisien a renforcé les inégalités sociales. Celles parmi ces mesures se rapportant à l'organisation du travail et qualifiables de lois de police « étant donné le motif de leur promulgation », n'étaient pas suffisantes pour la production d'un traitement juste et équitable des relations internationales de travail sur le territoire tunisien.

Les inégalités sont également renforcées entre systèmes juridiques par une application territoriale de mesures de police très divergentes, à des questions procédurales suscitées par un même phénomène universel, celui de la pandémie de la Covid 19. Ainsi, et en prévention du risque lié à la mise en œuvre par les entreprises de l'article 14-C du Code de travail tunisien qui autorise la rupture du contrat de travail en cas de force majeure, le décret-loi n° 2020-2 du 14 avril 2020<sup>912</sup> a suspendu l'application de cet article. En alignement sur ce raisonnement, le Conseil Supérieur de la magistrature a émis un avis en date du 25 mars 2020 qualifiant la pandémie du Covid 19 comme étant un cas de force majeure. Une solution différente a été retenue en droit français où on a décidé que seuls les effets de la pandémie peuvent avoir la qualification de force majeure. On a regretté que le législateur tunisien « *a manqué, en même temps, l'occasion d'introduire la théorie de l'imprévision, encore inconnue du droit tunisien, et ce, en vue d'autoriser les parties à renégocier les contrats les liant, voire à rompre leurs relations contractuelles* »<sup>913</sup>. La théorie de l'imprévision aurait permis un aménagement plus juste des relations de travail et une meilleure harmonisation internationale des solutions.

La crise sanitaire liée à la pandémie Covid, constitue une illustration parfaite des écarts qui se creusent davantage entre le fait et le droit. Tandis que la réalité prouve que les problèmes sociaux, s'universalisent appelant à une coopération internationale renforcée, les Etats continuent à édicter, au nom de la souveraineté des solutions territoriales divergentes ce qui impacte sensiblement les rapports privés internationaux. Ce constat s'explique également,<sup>914</sup> par le faible rôle joué par les organisations internationales, telles l'Organisation mondiale de la santé et l'OIT. Une meilleure satisfaction des exigences de la justice sociale de dimension internationale voire universelle suppose le détachement du

---

<sup>912</sup> Décret-loi du Chef du Gouvernement n° 2020-2 du 14 avril 2020, portant suspension exceptionnelle et provisoire de certaines dispositions du Code du travail, JORT n° 32 du 14 avril 2020, page 767.

<sup>913</sup> H. KOTRANE, « Covid-19: Regards sur le décret-loi du Chef du Gouvernement n° 2020-8 du 17 avril 2020, relatif à la suspension des procédures et des délais », *Leaders*, 28 avril 2020, n° 24.

<https://www.leaders.com.tn/article/29786-hatem-kotrane-covid-19-regards-sur-le-decret-loi-du-chef-du-gouvernement-n-2020-8-du-17-avril-2020-relatif-a-la-suspension-des-procedures-et-des-delaix>

<sup>914</sup> Sur l'apport limité de l'OMS, voir E. BROSSET, « La part du droit international et européen dans le domaine de la santé », *Revue de Droit Sanitaire et Social, Dalloz Librairie*, 2022, p. 15. L'auteure remarque à juste titre que « l'OMS, malgré des compétences normatives importantes, a peu élaboré d'instruments juridiques de nature contraignante (...) leur préférant la « soft law » et la coopération informelle avec les États », p. 15-28, spéc. 17.

prisme de la territorialité. Elle suppose également, un rapprochement des solutions nationales. L'apport social des lois de police, en tant que procédé unilatéral est ainsi, à l'épreuve.

## B- Adaptation des lois de police au procédé unilatéraliste

***L'étendue de l'adaptation.*** Les lois de police sont par définition des lois unilatérales traduisant les choix fondamentaux de leur auteur et contribuant à la sauvegarde de son organisation politique, économique et sociale. On se demande alors, si cet aspect unilatéral ne risque pas de heurter l'objectif d'universalisation des valeurs de justice sociale.

### 1) L'aspect unilatéral des lois de police

***Lois de police et méthode unilatérale, l'adéquation de principe.***  
L'unilatéralisme<sup>915</sup> correspond à la méthode par laquelle la règle de conflit se borne à énoncer que la loi du for régit telle question. Il en est ainsi par exemple, pour l'article 10 du Code des sociétés commerciales tunisien, qui prévoit que « les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire tunisien sont soumises à la loi tunisienne ».

Le rapport entre la méthode des lois de police et l'unilatéralisme est marquant depuis sa présentation qui semble avoir été entamée pour la première fois en Allemagne avec Wengler et Zweigert et aux Pays Bas avec De Winter et ce après la deuxième guerre mondiale. Mais, il revient à Phocion Francescakis, le mérite de l'avoir développée sous forme d'une véritable théorie.

Au niveau de la jurisprudence, les lois de police étaient au départ, utilisées à titre d'exception par rapport à une application de principe de la règle de conflit savignienne. Un arrêt du Parlement de Paris du 20 juin 1689 en est un exemple illustratif<sup>916</sup>.

---

<sup>915</sup> Cette méthode a eu sa principale apparition en Allemagne puis a été reprise en France par Niboyet, développé en Italie par Quadri puis approfondi en droit positif contemporain par Gothot. Voir notamment « La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats », *Travaux du Comité Français de droit international privé*, 1975, 201.

<sup>916</sup> Dans cet arrêt, la coutume de Paris, en tant que coutume du domicile validait l'intercession d'une femme parisienne pour son mari. Elle a été écartée à l'égard des poursuites que les créanciers voulaient exercer sur les immeubles sis en Normandie et on a appliqué la coutume de Normandie qui prohibait l'intercession au motif que celle-ci devait être respectée pour ne pas troubler le régime foncier normand.

Expression de l'unilatéralisme, elles sont conçues dans la doctrine moderne comme un mécanisme parallèle au mécanisme conflictuel. Leur développement « *correspond sur le plan méthodologique, à un renouveau de l'unilatéralisme* »<sup>917</sup> contribuant ainsi au pluralisme des méthodes.

En fait, les lois de police renvoient « *à une méthode particulière de désignation de la loi applicable. De fait, on parle d'une « méthode des lois de police » que l'on oppose à la méthode classique du conflit de lois, dont l'élément central est la règle de conflit bilatérale décrite par Savigny* »<sup>918</sup>. Pourtant, le mécanisme des lois de police n'est pas totalement absent du système établi par Savigny. Sans le présenter sous cette appellation, Savigny, le vise directement en parlant des « *lois qui revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique* » et qui sont « *d'une nature positive rigoureusement obligatoire* » eu égard à leur objet<sup>919</sup>.

Cependant, le fonctionnement des deux méthodes reste radicalement opposé. Si la règle de conflit consiste à partir du rapport juridique pour le localiser dans un Etat donné en fonction du critère de rattachement retenu pour la catégorie juridique à laquelle il correspond, le mécanisme des lois de police opère inversement. Il consiste à se demander si l'on est en présence d'une loi dont l'application s'impose pour la sauvegarde des intérêts suprêmes de l'Etat et de lui donner directement compétence indépendamment de la loi qui aurait régi la situation en fonction de la règle de conflit. Ce faisant, la loi de police « *articule la règle de droit international privé (...) sur le domaine d'application dans l'espace de la loi, non sur la recherche du siège de la situation particulière* »<sup>920</sup>. En conséquence de cette inversion du raisonnement, on considère que les résultats sont totalement opposés sur le plan méthodologique, bien que peuvent aboutir substantiellement à la désignation de la même loi. La règle de conflit par l'abstraction qu'elle fait au résultat matériel opère une répartition des compétences entre la loi du for et la loi étrangère alors que les lois de police « *déterminent elles-mêmes leur propre champ d'application dans l'espace abstraction faite de tout recours au système du conflit de lois* »<sup>921</sup>.

---

<sup>917</sup> A. MEZGHANI, *Droit international privé. Etats Nouveaux et Relations Privées internationales système de Droit Applicable te Droit Judiciaire International*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>918</sup> P. MAYER, « Lois de police », article précité, p. 2.

<sup>919</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, traduction M. CH. Guénoux, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1856, § 349.

<sup>920</sup> F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projet de codification de la dernière décennie », *RCDIP* 1985, pp. 3-46, spéc. p.10.

<sup>921</sup> H. BATIFFOL, « *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* », *RCADI*, t. 139, (1973-II), pp. 77-147, spéc. p. 136. Voir aussi, Y. LOUSSOUARN, « *Cours général de droit international privé* », *RCADI*, t. II., 1973, p 319 ; Y.

L'aspect unilatéraliste dans l'application des lois de police est alors, incontestable. Il sert à expliquer la façon par laquelle ces lois interviennent pour régir une question de droit. Les lois de police « *fixent et déterminent les rapports qui doivent obligatoirement rentrer dans leur prévision. Les prévisions de la loi l'emportent sur la localisation du rapport de droit* »<sup>922</sup>. Il sert également de moyen permettant aux lois de police la satisfaction de leur finalité. C'est à ce titre que le procédé unilatéraliste « *est particulièrement bien adapté pour répondre aux impératifs de certitudes qu'elles réclament* »<sup>923</sup>. Il permet également aux lois de police de réaliser leur finalité matérielle. C'est dans ce sens que M. Lagarde affirme que les lois de police « *sont des règles matérielles unilatérales revendiquant pour atteindre leur objectif leur application aux situations entrant dans leur champ* »<sup>924</sup>.

Les prémices de ce rapport entre les lois de police et l'unilatéralisme reviennent notamment à l'étude faite par M. Gothot et publiée à la Revue critique de droit international privé en 1971 dans laquelle l'auteur démontre l'utilité de l'unilatéralisme à expliquer plusieurs solutions de droit international privé dont notamment les lois de police<sup>925</sup>. Ce rapport a été développé par M. Loussouarn dans son cours à l'Académie de droit international de la Haye en 1973.

Mais, l'application concrète des lois de police était parfois source de controverses quant à la nature du procédé. Le statut des vendeurs représentants itinérants (VRP) en droit français constitue un exemple utile à démontrer les hésitations doctrinales quant à la qualification méthodologique des lois de police. La Cour de Cassation française a fait application de ce statut dans des situations trop différentes. Les premières concernaient des contrats exécutés en France mais soumis à une loi étrangère<sup>926</sup>. Les seconds se rapportaient à des contrats exécutés hors du territoire français mais soumis à la loi française<sup>927</sup>. Cette jurisprudence a pu paraître une manifestation de l'unilatéralisme par application immédiate des lois de police. M. Gothot estime qu'il y avait là un cas topique d'intervention de la

---

LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Paris, Précis Dalloz, 2014, 10<sup>ème</sup> édition, p. 150 s.

<sup>922</sup> *Ibid.* p. 170.

<sup>923</sup> *Ibid.*

<sup>924</sup> P. LAGARDE, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé* », cours précité, p. 56.

<sup>925</sup> P. GOTHOT, « *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé* », *RCDIP*, 1971, p. 1 et s.

<sup>926</sup> Cass. 5 mai 1969, *RCDIP*, 1970, p. 279.

<sup>927</sup> Cass. 9 novembre 1959, *RCDIP*, 1960, p. 566, note SIMONE-DEPITRE ; Cass. 1<sup>er</sup> juillet 1964, *Clunet*, 1965, p. 128.

méthode unilatérale sans méconnaître le principe de la bilatéralité de la règle de conflit<sup>928</sup>. D'autres y voient une règle matérielle favorable au voyageur représentant partie faible au contrat. Pour M. Batiffol, « *cette position complexe apparue dans les arrêts n'était pas inacceptable, mais avait un caractère quelque peu boiteux : il s'agissait d'un compromis entre les deux méthodes des lois de police et des conflits de lois* »<sup>929</sup>.

**Lois de police et règle de conflit. Quelle autonomie ?** En plus de sa difficile distinction par rapport aux normes de droit matériel international, la méthode des lois de police n'est pas totalement indépendante de la règle de conflit. Elle intervient en corrélation avec celle-ci. Deux arguments au moins, justifient cette idée.

D'abord, lorsque dans une situation donnée, la loi de police qui revendique son application, est en même temps la loi désignée par la règle de conflit, faut-il l'appliquer à son titre de loi de police ou par mise en œuvre de la règle de conflit ? La position de la doctrine n'est pas claire à ce sujet. Pour M. Mayer par exemple, « *s'il y avait coïncidence, l'application de la règle de conflit bilatérale suffirait à assurer le respect des lois de police contenue dans la loi désignée, dans toutes les hypothèses où cela serait nécessaire à la sauvegarde de l'organisation du pays* »<sup>930</sup>. L'auteur justifie la solution qu'il propose, par le fait qu'une loi ne s'applique à son titre de loi de police que si elle satisfait deux conditions : la première conceptuelle, consiste dans le caractère impératif de son contenu. La seconde est fonctionnelle et met l'accent sur son applicabilité immédiate. Or, lorsque des lois sont de police et sont désignées en même temps par la règle de conflit, la seconde condition leur fait défaut. Ainsi, « *elles n'en demeureraient pas moins des lois de police selon la définition conceptuelle de Francescakis, mais elles ne justifieraient pas cette qualification selon la définition fonctionnelle de la Convention de Rome, puisque celle-ci met en avant l'éventualité d'application d'une loi de police n'appartenant pas à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit* »<sup>931</sup>.

Les arguments avancés par M. P. Mayer laissent entendre que même en présence d'une loi de police, le juge consulte la règle de conflit mais ne doit la mettre en œuvre que dans le seul cas où celle-ci désigne l'ordre juridique dont émane la loi de police en question.

---

<sup>928</sup> P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé international privé », cours précité, p. 218.

<sup>929</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », cours précité, p. 144.

<sup>930</sup> P. MAYER, « Lois de police », article précité, p. 2.

<sup>931</sup> *Ibid.*

En fonction de ce raisonnement, on peut alors, se demander si les lois de police jouent une fonction *préventive* ou une fonction *curative* par rapport à la règle de conflit.

Ensuite, il faut se rappeler que dans tous les cas, la loi de police agit, sur le plan conflictuel. On dit qu'elle est conflictuellement obligatoire. Elle n'intervient que sur le point qui revendique son application. « *Ce qui reste en dehors de ce domaine conclut M. Francescakis, est du ressort des règles de conflit du type de Savigny* »<sup>932</sup>. Le recours concomitant pour un même rapport de droit, à deux méthodes différentes entraîne ainsi, le dépeçage. D'où un inconvénient majeur, celui de l'imprévisibilité des solutions.

Dans le contrat de travail international, cette dimension unilatérale des lois de police soulève un autre problème, celui de son adaptation à la production de solutions substantielles justes et équitables.

## **2) Une adaptation relative du procédé unilatéral dans les lois de police à la conception procédurale de la justice sociale**

*L'unilatéralisme des lois de police confrontée à une conception universaliste de la justice sociale.* Si les lois de police ont eu apparition pour corriger la neutralité de la règle de conflit à l'égard des choix du for traduits par des lois internes, leur limite réside pour la même raison dans leur indifférence par rapport aux exigences sociales de la société internationale d'où une incohérence avec la notion de justice sociale. Examinée sous un angle procédural mis en place depuis la création de l'OIT, l'idée de justice sociale suppose un changement de stratégies de la part des Etats et un « ajustement de trajectoire » du droit international classique sous l'impulsion d'une finalité providentialiste. C'est dans ce sens que le droit international public ne doit pas se satisfaire de la gestion des rapports inter-étatiques. La satisfaction des besoins sociaux des individus y devient une composante principale permettant la réalisation de la paix sociale internationale. Dans ce schéma, « *la souveraineté-liberté des Etats n'est pas pour autant éradiquée puisque la vraie liberté souveraine consiste pour l'Etat à pouvoir participer à la construction et la préservation du lien social de solidarité qui permet*

---

<sup>932</sup> PH. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles des conflits des lois », *RCDIP*, 1966, p. 16.



*de pérenniser son existence même* »<sup>933</sup>. Néanmoins, le rôle accordé aux Etats dans l'instauration de la justice sociale doit être conjugué avec d'autres parties, intervenant au sein de l'OIT, à savoir les organisations professionnelles syndicales et patronales. Sous ce schéma, la justice sociale serait le « *produit d'une procédure et d'une méthode impliquant la confrontation des intérêts divergents des Etats et des groupes professionnels* »<sup>934</sup>.

La confrontation de cette approche à l'unilatéralisme des lois de police permet de constater une asymétrie de raisonnement. En mettant en avant l'intérêt de la *communauté* étatique dont elles émanent, les lois de police favorisent des conceptions purement nationalistes du droit. En conséquence, « *leur « champ de vision » paraît se trouver limité à priori* »<sup>935</sup>. Dans la doctrine de Francescakis, ces lois « *doivent se voir assigner d'emblée un domaine d'application adéquat* »<sup>936</sup>. Ce faisant, se trouvent exclues non seulement la loi étrangère mais aussi les règles de rattachement du for. Or, « *ce sont précisément ces règles-ci qui, dans l'ordre juridique du for, ont pour fonction propre d'appeler l'interprète à une réflexion sur les éventuelles particularités internationales d'une donnée* »<sup>937</sup>.

Par ailleurs, en raison de leur nature exigeant une interprétation de la part du juge, les lois de police étendent le domaine de la loi du for, au détriment de celui de la loi étrangère. En conséquence, « *de lege ferenda, et du point de vue de l'harmonie internationale on pourra regretter la multiplication de telles règles unilatérales exclusives* »<sup>938</sup>. Celles-ci exprimant uniquement les préoccupations propres à leur auteur, ont tendance à favoriser le nationalisme. Dans les rapports de travail, elles étendent au niveau international la conception purement nationale de la justice sociale. Il est vrai que cette transposition comprend les normes sociales adoptées en harmonie avec les conventions de l'OIT notamment celles se rapportant aux droits sociaux fondamentaux. Mais elle comprend également, les normes nationales qu'on peut qualifier au regard du droit du travail international de normes antisociales et qui pourraient être édictées par un Etat donné en violation des valeurs sociales universelles. Il en résulte que les insuffisances des droits internes à protéger les travailleurs dans des

---

<sup>933</sup> M. DUBUY, « La consécration de la justice sociale dans le système de l'OIT : une contribution à l'émergence des finalités providentialistes du droit international public », Dans *Civitas Europa* 2014/2 (N° 33), Éditions IRENEE / Université de Lorraine, pp. 111 à 130, spéc. p. 113.

<sup>934</sup> F. MAUPAIN, « OIT, justice sociale, mondialisation », *RCADI*, 1999, pp. 205-396, spéc. p. 390.

<sup>935</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », cours précité, p. 149.

<sup>936</sup> PH. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles des conflits des lois », article précité, p. 13.

<sup>937</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », cours précité, p. 149.

<sup>938</sup> *Ibid.*, p. 144.

situations multiples dont les plus récentes celles de l'épidémie sanitaire, peuvent être véhiculées dans les rapports internationaux à travers le mécanisme des lois de police. L'impact ne peut être, alors, que grave pour le droit international privé surtout que la matière est traversée « *en retour par les oppositions qui s'y affrontent autour de la place de l'extranéité au sein de la société nationale* »<sup>939</sup>.

L'aveuglement que Cavers reproche à la règle de conflit classique est ici inversé. Au regard des considérations de justice et de paix dans la société internationale, l'aveuglement des lois de police est « *érigé en dogme* »<sup>940</sup> puisque la méthode d'application de ces lois « *invite le juge à exclure à priori ses propres règles de rattachement et à s'affubler d'œillères nationalistes* »<sup>941</sup>.

Exprimant uniquement la conception de leur auteur, les lois de police se trouvent ainsi marquées d'un caractère *étatiste* qui pose le problème de son adaptation aux situations internationales. Mais, la portée de cette transposition dépend de l'identification de ce qu'on envisage par « *ordre international* ».

Pour certains, il est prématuré de parler d'une société internationale bien construite<sup>942</sup>. Celle-ci ne constitue pas une entité autonome. Selon ce courant doctrinal, la société internationale exprime plutôt la coexistence de plusieurs entités étatiques. En conséquence, elle n'a pas d'intérêts propres en dehors de la multitude des intérêts étatiques des différentes entités qui la composent<sup>943</sup>. En prolongement à cette position, la conception de la justice sociale reprend une dimension nationale ce qui limite le rapprochement des solutions autour de valeurs communes à l'ensemble des Etats et aux salariés exerçant dans différents territoires.

Francescakis, a construit sa théorie sur la base de cette donnée, essentiellement la conception de la société internationale à son époque. Il affirme que « *sur le plan de la pensée internationaliste, l'idée trouve, croyons-nous, son fondement dans l'état actuel de la société internationale. Dans celle-ci, la protection de leur ordre interne reste pour l'heure le premier et immédiat devoir que les Etats*

---

<sup>939</sup> H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) », *RCADI*, 2018, pp. 9-406, spéc. p. 40.

<sup>940</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », cours précité, p. 150.

<sup>941</sup> *Ibid.*

<sup>942</sup> B. REMY affirme que ni la loi de police ni la règle de conflit à laquelle elle déroge ne peut prendre en considération l'intérêt de la société internationale, celle-ci n'existe pas selon l'auteur, B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 48 s.

<sup>943</sup> En fait, comme le remarque M. P. LALIVE, « *il est certain que le droit des gens n'exige pas d'une manière générale qu'un Etat modifie ses structures, et par exemple, son droit constitutionnel interne, pour satisfaire aux obligations de la coexistence internationale* », P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », cours précité, p. 151.

*doivent exercer pour le bien même de l'ordre international... C'est cela qui justifie... la permission donnée aux Etats de fixer librement le domaine de leurs lois d'organisations ».*

A l'heure actuelle, où l'internationalisation des relations s'accroît à un rythme intense, la construction de l'ordre international devient de plus en plus sûre. Il est vrai qu'il est prématuré de le concevoir en tant que *système organisé*. Mais, on ne peut également ignorer que les Etats ne sont plus les seuls acteurs et la seule composante de cet ordre. Les *individus* y occupent de plus en plus une place prépondérante. Confrontée à ces nouvelles données, la théorie des lois de police, trouve l'un de ses fondements affaiblis.

On peut alors, se demander si elle peut continuer à être conçue sous un angle étatiste restreint. Il nous semble qu'il devient de plus en plus difficile de considérer, comme le préconisait Francescakis que l'application des lois de police du for se fait « *dans le bien même de l'ordre international* ». Bien à l'inverse, l'application de ces lois doit se limiter au strict nécessaire, c'est-à-dire aux seuls cas où leur non application risque de remettre en cause la souveraineté de l'Etat<sup>944</sup>.

## **§ 2 Les critères d'application**

***Précisions préliminaires.*** Dégager un critère d'application pour les lois de police peut être une œuvre difficile. « *Mais ceci semble être inhérent à leur nature et n'empêche pas de faire usage de la notion* »<sup>945</sup>. Le mot critère doit d'ailleurs, être employé au pluriel. Divers critères sont en fait, avancés pour *identifier* les lois de police, « *alors que la méthode, par comparaison avec celle du conflit de lois à laquelle elle déroge, est unique* »<sup>946</sup>. Il est préférable alors, de s'attacher aux critères qui touchent au seul élément constant à savoir *la méthode*. Abordées sous cet angle, les lois de police sont des dispositions dont l'application est immédiate et impérative.

Seulement, l'emploi de ces deux caractéristiques renvoie en droit positif à des *catégories de lois*. Alors qu'elles ne constituent pour les lois de police que des critères d'application sans aucune identité de sens, leur utilisation pour présenter les lois de police n'a pas manqué à

---

<sup>944</sup> Il faut souligner à cet égard, que la notion de souveraineté a subi en droit public, des transformations considérables en raison du dégagement de l'Etat de plusieurs secteurs notamment le secteur économique et du changement de son rôle vers un régulateur des rapports sociaux et économiques.

<sup>945</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », article précité, p. 279.

<sup>946</sup> *Ibid.*, p. 287.

susciter les confusions<sup>947</sup>. En droit tunisien, « *les lois de police du for sont d'application immédiate ou directe selon la terminologie utilisée par l'article 38 car leur désignation ne résulte pas de la règle de conflit* »<sup>948</sup>. Aux termes de l'article 38, ces lois sont « directement applicables ». Elles constituent ainsi, un procédé préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit<sup>949</sup>.

**Les critères à retenir.** Il nous paraît que le critère de l'application immédiate et celui de l'application impérative ou nécessaire se complètent pour donner une définition fonctionnelle des lois de police. Ainsi, nous envisageons l'application immédiate de ces lois en tant qu'elle permet de mettre l'accent sur l'une des caractéristiques de cette méthode qui la distingue de celle de la règle de conflit, à savoir l'applicabilité directe indépendante de la mise en œuvre d'un critère de rattachement<sup>950</sup>. Par ailleurs, le critère de l'application nécessaire ou impérative se rapporte plus au contenu de ces lois et de leur caractère impératif, qu'à la méthode de leur mise en œuvre par le juge. La conjugaison des deux critères fait des lois de police, un mécanisme d'exception qui ne règle qu'un nombre limité des questions juridiques que soulève un rapport de droit. En droit du travail où les confusions persistent entre ordre public interne et lois de police, il convient de s'arrêter sur l'application impérative et immédiate des lois de police afin de démontrer le caractère exceptionnel du mécanisme et par conséquent sa contribution relative à assurer un traitement socialement juste du rapport de travail.

Mais, il convient également, de préciser que l'application d'une loi de police est subordonnée à une autre condition, celle de l'existence d'un rattachement à la situation juridique en cause. Bien que ce critère d'application soit sous-entendu en droit tunisien, et se constate de la différence de traitements réservés aux lois de police du for et aux lois de

---

<sup>947</sup> M. BUCHER a pu à ce titre écrire que « *Le concept de lois de police est suffisamment imprécis pour pouvoir être confondu avec celui des lois d'application immédiate ou celui des règles d'ordre public* », A. BUCHER, « La dimension sociale de droit international privé. Cours général », *RCADI*, tome 341, 2009, spéc. p. 62. Pour M. Niboyet et M. De la Pradelle, il n'y a que quelques nuances entre les différentes appellations. C'est ainsi que pour les deux auteurs, celle « *de loi d'application immédiate (ou « loi d'application nécessaire »)* décrit le procédé. Celle de *loi de police (ou « dispositions internationalement impératives »)* décrit les finalités qui justifient qu'on y ait recours », M-L. NIBOYET et G-D.G DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2013, p. 186. Mais convaincus des limites de ces distinctions, les deux auteurs affirment que « *les lois d'application immédiate, qui ne sont pas de police, sont tellement exceptionnelles, que l'on peut prendre les deux expressions comme synonymes* » *Ibid.*

<sup>948</sup> M. BEN JEMIA, Cours de droit international privé, disponible sur : <https://fr.scribd.com/document/484950700/cours-dip-monia-ben-jmia#>

<sup>949</sup> *Ibid.*

<sup>950</sup> Bien que cet élément de distinction soit relatif. Pour certains, les lois de police interviennent en fonction d'un critère de rattachement sauf que ce critère est unilatéral. Mais, il s'agit ici tout simplement, d'expliquer comme le soutient FRANCESKAKIS lui-même, que « l'adjectif « immédiat » étant chargé de suggérer que le raisonnement ne passe pas par l'intermédiaire du procédé du conflit de lois tel que la doctrine contemporaine l'envisage », PH. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur « les lois d'application immédiates » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*, n°55, 1966, pp. 4.

police étrangères, il est plus explicite en droit conventionnel européen. Des interrogations se posent donc, quant au rapport de ce mécanisme avec la notion de proximité et en conséquence sur son effet sur le développement de valeurs sociales à vocation universelle.

#### A- L'application immédiate

***Intérêt de l'application immédiate des lois de police.*** Le caractère de l'application immédiate est généralement utilisé en matière de conflit de lois dans le temps. Son utilisation comme critère d'identification des lois de police, est considéré alors, pour certains auteurs, comme prêtant à confusion<sup>951</sup>. Ceci est dû au fait, que l'applicabilité d'une loi de police résout un conflit de lois dans l'espace. Son caractère immédiat est dans ce contexte, utilisé dans un sens spécial. Il sert à régler le rapport entre la loi de police et la règle de conflit, donc, à trancher un conflit d'une autre nature, un conflit de méthodes de droit international privé.

En présence d'une loi de police, il est préconisé de donner application immédiate à celle-ci puisqu'elle « *doit être appliquée, selon l'Etat qui l'a édictée à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle appartient lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de loi* »<sup>952</sup>. Ainsi, par son application immédiate, la loi de police étend sa compétence au-delà de ce qui résulte des règles ordinaires de conflit. Cette caractéristique a bien été mise en relief par la Cour internationale de justice dans son arrêt rendu en 1958 dans l'affaire *Boll*<sup>953</sup> opposant les Pays Bas et la Suède. La Haute juridiction précisait dans son arrêt que la Suède avait le droit de méconnaître la Convention de la Haye de 1902 sur la loi applicable à la tutelle et d'avoir appliqué directement la loi suédoise sur les mesures protectrices de l'enfant à une mineure résidente en Suède et née d'un père néerlandais et d'une mère suédoise décédée. La Cour admettait ainsi, l'existence en droit suédois de lois applicables immédiatement sans passage par la règle de conflit.

En doctrine, Wilhelm Wengler mettait l'accent sur cet aspect d'application immédiate de certaines normes impératives (*zwingenden sachnormen der lex fori*) dans l'ordre du for. Ces

---

<sup>951</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé. Cours général », *RCADI*, volume 155, 1977, p. 145.

<sup>952</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », article précité, p. 284.

<sup>953</sup> CIJ, arrêt *Boll*, *RCDIP*, 1958, p. 137.

normes sont applicables par le juge sans consultation de la règle de conflit et indépendamment de la loi désignée par celle-ci. Elles ont un champ d'intervention correspondant aux objectifs législatifs qui les sous-tendent. Ce champ d'application est soit fixé expressément par leur auteur<sup>954</sup> soit déterminé par le juge. L'apport fondamental de Wengler est d'avoir mis en relief l'applicabilité *a priori* de ces lois sans passage par la règle de conflit<sup>955</sup>. Wengler met ainsi en cause le principe du recours systématique à la règle de conflit qui dominait la pensée de plusieurs auteurs notamment Bartin.

Mais, il faut souligner que l'applicabilité immédiate des lois de police ne signifie pas que toutes les lois d'application immédiates sont des lois de police<sup>956</sup>. L'application immédiate de la loi de police, est désormais présentée en tant que marquant sa spécificité méthodologique par rapport à la règle de conflit en fonction de laquelle une loi n'est appliquée que si elle est désignée par le critère de rattachement. Par la méthode qui lui est propre, la loi de police fait face aux « *incertitudes qui sont inhérentes au jeu de la règle de conflit de lois* »<sup>957</sup>.

**Les limites.** Cependant cette caractéristique des lois de police qu'est leur application immédiate ne constitue pas une évidence. Certains auteurs<sup>958</sup> en contestent l'existence même. M. P. Lalive considère dans ce sens, « (qu') *il n'y avait pas d'application véritablement « immédiate » car l'application des « lois de police » du for a lieu « grâce à des rattachements analogues à ceux qui sont utilisés dans la plus pure tradition des conflits de lois* »<sup>959</sup>.

Mais, l'évolution qu'a connue la théorie des lois de police permet aujourd'hui d'affirmer leur spécificité méthodologique par rapport au mécanisme classique bilatéral. Par

---

<sup>954</sup> M. P. LALIVE précise à cet effet que l'intérêt d'un Etat donné à l'application de ses lois peut être exprimé de deux façons différentes, « soit par une règle expresse et distincte, c'est-à-dire une règle de rattachement « unilatérale » et spéciale (cf. L'idée de *Sonderanknufung*), soit aussi dans la loi matérielle elle-même (d'où le terme de norme matérielle autolimitée ou « spatialement conditionnée »), P. LALIVE, « Tendances et méthodes de droit international privé », cours précité, p. 144

<sup>955</sup> W. WENGLER, *Die Anknufung des zwingenden schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende studie* », *ZyglRWiss.*, 1941, p. 168 et s., cité par N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse de droit, Université Schuman Strasbourg III, 2003, p. 8.

<sup>956</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », article précité, p. 284 ; M-L. NIBOYET et G-D-G. DE LA PRADELLE, citent à ce titre, l'article 311-15 du Code Civil français qui déclare que la possession d'état (en matière de filiation) produit les conséquences prévues par la loi française. « Cet article déroge bien à la méthode conflictuelle, pour étendre une solution du droit matériel français à un certain type prédéterminé de situations internationales » *Droit international privé, op. cit.*, p. 188.

<sup>957</sup> M. S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », cours précité, p. 219.

<sup>958</sup> Notamment A. TOUBIANA, « Le domaine de la loi du contrat en droit international privé », Bibliothèque de droit international privé, vol. XIV, Paris, 1973 et F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des contrats internationaux*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVI, Paris, 1973.

<sup>959</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », cours précité, p. 145.

l'applicabilité « immédiate » de ces lois, on vise leur détachement de la règle de conflit bilatérale. Les lois de police constituent bel et bien une méthode de résolution du conflit de lois basée sur des fondements et usant de mécanismes qui leur sont propres. Mais, il semble nécessaire de nuancer cet élément de distinction entre les deux méthodes de droit international privé. En fait, si la règle de conflit, n'est mise en œuvre que pour les situations juridiques qui rentrent dans son champ d'application c'est à dire rattachées à sa catégorie juridique, il en est de même pour la loi de police. Celle-ci a également un champ d'application qui n'est pas déterminé en fonction de la nature de la question posée mais plutôt en fonction d'un critère spatial qui lui est propre. Parfois le domaine d'application de la loi de police est déterminé par le législateur lui-même. C'est le cas par exemple de l'article L. 121-1 du Code du travail français dans sa version ancienne avant qu'il ne soit révisé par la loi n° 94-665 du 4 août 1994. L'article prévoyait que « le contrat de travail constaté par écrit et à exécuter sur le territoire français est rédigé en français ». Le critère d'application de cette disposition est l'exécution du contrat sur le territoire français. La jurisprudence s'est satisfaite en application de cet article d'une exécution même partielle sur le territoire français<sup>960</sup>.

Mais dans la plupart des cas, c'est le juge qui doit, compte tenu de la finalité de la loi, décider si elle constitue une loi de police. C'est ce qui risque d'ouvrir la voie à l'arbitraire et donc à un élargissement excessif de la catégorie « d'exception » que constitue les lois de police. En droit tunisien et vue la jurisprudence précédente au Code de droit international privé qui appliquait en matière de statut personnel<sup>961</sup>, la loi tunisienne dès qu'elle constate que l'une des parties au conflit est de nationalité tunisienne, la doctrine<sup>962</sup> n'a pas arrêté de demander une qualification restrictive des lois de police pour éviter un retour au privilège de nationalité<sup>963</sup>.

En droit du travail, la jurisprudence est rare. Mais, il convient, afin d'éviter des éventuelles déviations méthodologiques, d'appréhender restrictivement l'application immédiate des dispositions du Code du travail. A cet effet, il est nécessaire de préciser que

---

<sup>960</sup> Cass. Soc., 19 mars 1986, *RCDIP*, 1987. 554, note Lequette, *D.* 1987. 359, note G. Légier).

<sup>961</sup> *Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille*, Thèse pour le doctorat en droit, Tunis II, 14 novembre 1997, spéc. p. 61 et s

<sup>962</sup> L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté*, Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis, 2008, (en arabe) p. 543.

<sup>963</sup> Sur le privilège de nationalité dans la jurisprudence tunisienne, voir M. CHARFI, « Abolir les privilèges », *RTD*, 1972, p. 11.

les dispositions du Code se rapportant à l'organisation du travail et à la procédure du licenciement et qui sont d'ordre public en droit interne, ne sont pas toutes qualifiables de lois de police. Admettant par exemple, qu'un travailleur tunisien était en mobilité internationale sur le territoire d'un Etat étranger, et qu'à la suite de son licenciement a saisi les tribunaux tunisiens, il paraît inadéquat de donner application immédiate aux dispositions du Code du travail se rapportant à l'intervention de l'inspection du travail et la commission du contrôle du licenciement en matière de conciliation et d'approbation de la décision de licenciement. Ces dispositions ne semblent pas, en raison de l'exécution du contrat de travail à l'étranger répondre au critère d'application des lois de police retenue par l'article 38 du CDIP qui prévoit que « sont directement applicables quel que soit le droit désigné par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison du motif de leur promulgation ».

Les dispositions se rapportant à l'intervention des différentes institutions administratives en matière de licenciement ne doivent avoir application immédiate que pour les contrats exécutés en Tunisie. Le critère de l'application immédiate est ainsi, associé à la territorialité ce qui n'autorise pas leur qualification de lois de police. La qualification de lois de police suppose, en principe, que la norme reçoit en raison de l'importance de son contenu une application immédiate et généralisée aux rapports internes et internationaux sans distinction. En conséquence, et pour les questions relatives au licenciement exigeant l'intervention d'une institution étatique, il serait plus cohérent d'appliquer la procédure prescrite par la loi désignée par la règle de conflit en tant que loi territoriale et d'application immédiate dans l'ordre juridique qui l'a édictée et de l'écarter, par le mécanisme de l'exception de l'ordre public s'il s'avère qu'elle ne procure pas au travailleur la possibilité de se défendre ou qu'elle ne prévoit pas un mécanisme de contrôle du licenciement par une autorité indépendante. Il convient en général de l'écarter à chaque fois qu'elle ne protège pas le travailleur contre un licenciement abusif décidé par l'employeur. Cette position est déjà retenue en droit français depuis l'arrêt de la Cour de cassation française du 29 mai 1991<sup>64</sup>. La Cour a bien précisé dans cet arrêt « qu'en décidant que la loi suédoise (loi choisie

---

<sup>64</sup> Soc., 29 mai 1991, n° 88-42.335, *Bull. civ.* V, n° 270 ; H. Muir Watt, « De la loi applicable à un salarié suédois détaché en France à durée déterminée », *RCDIP* 1992. 468



par les parties) devait régir la durée et la rupture du contrat, la Cour d'appel n'a porté atteinte à aucune loi de police ni à une loi d'application immédiate »<sup>965</sup>.

Il semble également exagéré de qualifier les règles tunisiennes relatives à la durée du travail comme étant des lois de police.

La Cour de cassation française a eu l'occasion de le préciser dans un arrêt rendu le 8 décembre 2021 pour un contrat exécuté au Qatar et comportant une clause d'élection du droit au profit du droit français à l'exception des normes impératives et des lois de police qatarienne. La Cour a reproché aux juges du fond d'avoir considéré « que la loi française relative à la durée du travail était « en France » une loi de police, cependant que la relation de travail ne s'exécutait pas en France, mais au Qatar »<sup>966</sup>. Pour la Cour, « la législation française sur la durée du travail ne constitue pas une loi de police mais relève des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord au sens de l'article 8, § 1, du règlement n° 593/2008 ». La confusion est ainsi levée, en droit français pour la question de la durée de travail, entre lois de police et ordre public interne. Mais, il convient de préciser que si la même question aurait été posée à propos d'une prestation de service dans le cadre de la communauté européenne, elle aurait été qualifiée de lois de police au sens de la Directive n° 96/71/CE.

L'application immédiate des lois de police appelle à une interprétation restrictive conforme à la nature même du mécanisme, qui en favorisant l'application directe de la loi du for consacre, dans l'ordre international, les conceptions sociales nationales qui ne coïncident pas dans tous les systèmes juridiques avec les valeurs universelles. Pour une meilleure coordination des systèmes autour d'un ensemble de valeurs sociales communes, il convient de réduire la catégorie des lois de police en tant que lois d'application immédiate et impérative.

## B- L'application impérative

---

<sup>965</sup> La Cour d'appel de Paris a décidé dans son arrêt du 20 novembre 2019 et en conformité de la jurisprudence de la Cour de cassation française de 1991, que le salarié ne peut se prévaloir de l'application de la loi française au titre de loi de police pour la rupture du contrat de travail, dès lors que les règles applicables à la rupture de ce contrat ne constituent pas des lois de police. Cour d'appel de Paris, 20 novembre 2019 / n° 18/01114.

<sup>966</sup> Soc. 8 déc. 2021, no 20-14.178 B: *D. actu.* 26 janv. 2022, obs. Fraisse ; *D.* 2021. 2237 ; *Dr. soc.* 2022. 162, note Lacoste-Mary ; *RJS* 2/2022, no 49; *JCP S* 2022. 1019, obs. Icard.

***L'impérativité des lois de police, un critère en quête de précision.*** Si les lois de police constituent des normes nationales véhiculant les valeurs de l'ordre juridique dont elles émanent, elles posent en raison de cette même impérativité des difficultés méthodologiques qui doivent être relevées. Pour éviter une interprétation large et injustifiée de cette catégorie de normes, il est nécessaire de procéder à un affinement du critère de l'impérativité.

1) Le critère de l'impérativité source de confusions

***Les imprécisions inhérentes à l'impérativité.*** Une norme est impérative lorsqu'elle s'impose aux parties et n'autorise donc pas une clause contraire. Elle régit obligatoirement toutes les situations qui rentrent dans son champ d'application. La question ne fait pas de doute pour le contrat interne. Par contre, elle est source de difficultés pour un contrat international. Si la norme garde son impérativité face à un contrat international, il n'y aura plus de sens pour la distinction entre contrat interne et contrat international. « *Il ne servirait à rien de désigner un droit étranger pour régir ce contrat, si toutes les règles impératives de ce droit étranger sont appelées à s'effacer devant celles de la lex fori du juge* »<sup>967</sup>. Le contrat international, impose, donc, une distinction au sein même des normes impératives nationales. La doctrine et la jurisprudence ont toujours essayé de relever l'existence de différentes catégories d'impérativité. Certaines de ces catégories ne s'imposent que dans les relations purement internes. D'autres n'interviennent que face à un rapport international. Elles assurent la défense des choix fondamentaux du for. D'autres le sont aussi bien pour les relations internes que pour les relations internationales. Elles sont désignées sous l'appellation lois de police.

Présentée sous ce schéma, l'idée de catégories d'impérativité ne correspond pas parfaitement à la réalité. Il y a tellement d'intersections entre les catégories citées au point qu'aucune n'est totalement indépendante des autres. Celle des lois de police, notamment n'est qu'une « *sous-catégorie d'un ensemble de règles qui s'inscrivent dans le cadre des règles impératives d'un Etat mais qui n'en forment qu'une partie, en quelque sorte le noyau dur* »<sup>968</sup>.

---

<sup>967</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 176.

<sup>968</sup> *Ibid.*

Face à un contrat international, le juge doit pouvoir identifier les normes qui sont impératives et qui doivent à ce titre s'appliquer au contrat. Une première difficulté surgit, c'est l'absence d'une liste préétablie de ces normes. Le juge doit alors, apprécier chaque disposition pour vérifier si elle constitue une norme impérative applicable directement au contrat en cause. Il convient donc, « de s'assurer dans chaque cas du bien-fondé de l'application revendiquée pour la loi de police au regard des circonstances »<sup>969</sup>. D'où une deuxième difficulté liée au raisonnement et procédure à mettre en œuvre dans ce travail de qualification. Les critères d'identification des normes dont l'application aux situations internationales est impérative et immédiate ne fait pas de consensus doctrinal.

En matière de détachement des travailleurs dans le cadre de l'Union Européenne, c'est le législateur européen qui a pris la peine, dans la directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996<sup>970</sup>, de dresser la liste des règles qui devaient être régies obligatoirement par la loi du pays d'accueil par dérogation à la règle de conflit<sup>971</sup>. Ces règles ont été qualifiées de lois de police écartant ainsi, le pouvoir d'appréciation du juge. C'est ce qu'on déduit d'ailleurs du deuxième considérant de la Directive se référant directement à l'article 7 de la Convention de Rome.

La détermination ainsi faite de la liste des dispositions applicables impérativement s'explique par des raisons de justice sociale. En fait, l'objectif étant d'éviter le *dumping* social qui peut résulter de la mise en concurrence de la loi du lieu d'accueil et de celles de la loi d'origine. La Directive vise également à contrecarrer le détachement frauduleux consistant pour une entreprise européenne de recruter des travailleurs domiciliés dans un autre Etat dont la législation est moins favorable pour les faire travailler dans un autre Etat<sup>972</sup>.

Néanmoins, la qualification de l'ensemble des règles de l'Etat d'accueil, telle que déterminées dans la Directive, en tant que lois de police est critiquée parce que très extensive. En fait, la directive assure l'application des dispositions impératives de la loi de

---

<sup>969</sup> B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général », *RCADI*, t. 305 (2003), pp. 9-487 spéc. p. 285.

<sup>970</sup> Directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, Journal officiel, 21 janvier 1997, no L 18, pp. 1-6.

<sup>971</sup> La directive reprend la jurisprudence de la Cour de justice qui, au nom de l'objectif de protection des travailleurs, a admis l'application des dispositions de la loi du détachement (CJCE 27 mars 1990, *Rush Portuguesa c/ Office national d'immigration*, aff. C-113/89).

<sup>972</sup> Voir sur la question du détachement frauduleux, E. PATAUT, « Détachement et fraude à la loi – Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2014, pp.23-34, spéc. p. 9.

l'État d'accueil et pas simplement celle de ses lois de police. En témoigne, la liste établie<sup>973</sup> dans la loi française de transposition de la Directive et qui comprend en plus des libertés individuelles et collectives, l'exercice du droit de grève et le travail illégal, le respect de toutes les conventions et accords collectifs français étendus quel que soit le secteur d'activité<sup>974</sup>.

On en déduit que l'identification des lois de police à partir de leur caractère impératif n'est jamais aisée, même lorsque cette identification provient d'un texte législatif.

Il semble que pour la qualification des lois de police, la seule donnée sûre est celle de l'effet des normes en question. En fait, l'existence d'une loi de police dans l'ordre juridique du for n'autorise pas l'intervention d'une norme étrangère concurrente. Elle s'impose alors, aussi bien aux parties qu'à la règle de conflit bilatérale. Il est d'ailleurs, annoncé dans l'article 38 du Code de droit international privé tunisien, que ces dispositions « sont applicables quel que soit le droit désigné par la règle de conflit ». De même aux termes de l'article 9 du Règlement Rome I, une loi de police est applicable « à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent Règlement ».

*Impérativité et application nécessaire des lois, une distinction nuancée.*  
L'impérativité d'une disposition de police se justifie par l'objectif qu'elle cherche à réaliser. C'est ce qui rend son application nécessaire et immédiate. On peut légitimement affirmer que la finalité et la méthode d'application se confondent dans cette catégorie de lois. Les différentes caractéristiques des lois de police sont tellement interdépendantes au point qu'on ne peut pas identifier si l'application nécessaire de la loi de police par exemple, est un aspect inhérent à la méthode de mise en œuvre de la loi ou à son contenu et à sa finalité. « *Il existe en effet, un lien entre l'objectif poursuivi et le domaine d'application nécessaire de la règle* »<sup>975</sup>.

Ajoutons, que les lois d'application nécessaire constituent une catégorie de normes qui ne recoupe pas toujours avec les lois de police. C'est dans ce sens qu'en droit tunisien, M. Chedly et M. Ghazouani considèrent que les lois de police ne s'identifient pas aux lois d'application nécessaire. Pour les deux auteurs, une loi d'application nécessaire ne doit être qualifiée de loi de police que lorsque sa finalité exige qu'elle soit appliquée

---

<sup>973</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 créant dans le code du travail français, un chapitre consacré au « détachement transnational de travailleurs », *JORF*, n° 0179 du 3 août 2005.

<sup>974</sup> A cette liste s'ajoute, depuis la directive n° 2018/957/UE, la rémunération due au travailleur détaché. Celui-ci a droit à la même rémunération qu'un travailleur qui relève de la législation de l'État d'accueil et non plus à la rémunération minimale déterminée par la loi de cet État.

<sup>975</sup> P. MAYER, « Lois de police », article précité, p. 3.

immédiatement<sup>976</sup>. En conséquence, en cas de silence du législateur quant à l'application nécessaire de la loi, le juge ne doit pas élargir la catégorie des lois de police et doit rechercher le motif de promulgation de la loi pour pouvoir lui donner une telle qualification.

En droit français, certains auteurs ont essayé de dégager un objectif général, une raison d'être pour les lois de police. C'est dans ce sens qu'on a pu affirmer que les lois de police ont pour principale finalité de faire échec à la loi d'autonomie. M. Mayer a écrit à cet effet que « *les lois de police constituent, « un complément nécessaire sans lequel le recours à la loi d'autonomie ne serait pas justifié* »<sup>977</sup>. L'idée est partagée par M. Heuzé qui considère que la seule justification des lois de police devrait être l'encadrement de l'autonomie de la volonté<sup>978</sup>.

Les lois de police, dans cette conception semblent jouer le rôle attribué en droit interne aux règles d'ordre public. D'où une manifestation de l'idée selon laquelle les lois de police constituent une projection au niveau international de l'ordre public interne.

Nombreuses difficultés peuvent surgir de ce raisonnement. On peut se demander par exemple, si une disposition impérative qualifiée dans l'ordre juridique auquel elle appartient comme étant une loi de police est applicable à un contrat international de travail soumis par une clause attributive de législation à ce même ordre juridique mais exécuté dans un autre Etat. Pour relever l'hésitation possible dans ce cas de figure, M. Neumayer cite une décision néerlandaise typique<sup>979</sup> jugeant inapplicable à un contrat de travail exécuté au Surinam, une disposition impérative de la loi néerlandaise choisie par les parties au motif que les intérêts socio-économiques du marché du travail néerlandais n'étaient pas affectés. On déduit de cette décision que pour les juges néerlandais, une disposition de police, si elle n'a pas été jugée applicable à ce titre elle ne l'est pas non plus en tant que norme de la loi désignée par la règle de conflit. La décision, reflète ainsi, une confusion entre loi de police et impérativité interne.

En fait, face à une disposition impérative dans le sens du droit interne, le juge doit passer par deux étapes dans son raisonnement. Il doit vérifier d'abord, si elle est applicable en tant que loi de police. Si ce n'est pas le cas, il doit vérifier si l'ordre juridique auquel elle

---

<sup>976</sup> L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op. cit.*, p. 543.

<sup>977</sup> *Ibid.*

<sup>978</sup> V. HEUZE, *La réglementation internationale des contrats internationaux, études critique des méthodes, op. cit.*

<sup>979</sup> K. H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP*, 1957, pp. 579-604, spéc. p. 593.

appartient, est désigné par la règle de conflit et l'appliquer alors, non au titre de loi de police mais en tant que partie intégrante de la loi conflictuellement compétente.

Une autre série de difficultés peut apparaître au sujet de la distinction entre ordre public interne et loi de police. Comment peut-on déterminer si une disposition donnée est impérative uniquement pour les rapports internes ou l'est également pour les rapports internationaux ? Cette difficulté est moins intense en droit tunisien qu'en droit français qui depuis la conclusion de la Convention de Rome, réserve dans la résolution des conflits de lois se rapportant à un contrat international de travail, une place aux dispositions impératives de l'Etat du lieu d'exécution du contrat. La fonction allouée aux lois de police, celle de l'encadrement de l'autonomie de la volonté, est ici accordée à l'ordre public interne. Un conflit de méthodes est alors, engendré. Faut-il, pour faire face à une clause contractuelle, considérer que la question est couverte par une loi de police auquel cas le juge devrait l'appliquer immédiatement, ou mettre en œuvre la règle de conflit, pour écarter par la suite la loi d'autonomie afin de ne pas priver le travailleur de la protection que lui procure telle ou telle disposition impérative de l'Etat du lieu d'exécution du contrat. L'hésitation est légitime et nous avons déjà relevé que la doctrine est partagée à ce sujet. On peut se référer à cet effet à la thèse de M. Coursier<sup>980</sup> pour qui, l'article 7 de la Convention de Rome n'a pas à s'appliquer au contrat de travail. Les lois de police, sont pour l'auteur absorbées par une conception large de ce que l'article 6 nomme « dispositions impératives ». Bien que nous n'adhérons pas à cette interprétation pour des raisons qui ont été déjà démontrées et qui résident essentiellement dans le fait que la formule de l'article 6 fait une distribution compliquée des compétences entre la loi d'autonomie et l'ordre public du lieu d'exécution, nous trouvons quand même qu'il est difficile de distinguer entre impérativité interne et application nécessaire ou impérative d'une loi de police. Une même disposition du lieu d'exécution habituelle du contrat de travail peut être appliquée impérativement à un rapport international auquel cas, elle est qualifiée de « norme impérative » ou « norme d'ordre public ». Mais, la même norme interne peut l'être également, dans un rapport international du moment que son application est nécessaire pour la concrétisation de la politique législative de l'Etat dont elle émane. Le juge peut être ainsi, confronté à une difficulté de choix, entre la mise en œuvre de la règle de conflit ou le recours au mécanisme des lois de

---

<sup>980</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 230, Paris, LGDJ, 1993.

police. Notons, que par le rôle qu'elle a attribué à l'ordre public interne en matière contractuelle en général et en matière de contrat de travail spécialement, la Convention a rendu trop confuses les frontières entre deux méthodes de résolution des conflits de lois. Tout est alors, question de qualification, souverainement effectuée par le juge du for.

De plus, les difficultés entourant l'identification des lois de police sont parfois inhérentes aux frontières brouillées entre les mécanismes du droit international privé. C'est ce qu'on constate d'ailleurs, de l'examen de l'article 5 bis du Code de travail tunisien<sup>981</sup> qui interdit tout traitement discriminatoire sur les lieux de travail. Le même principe d'interdiction de la discrimination est consacré par l'article L 1132-1 en droit français. Lorsqu'il est saisi d'un contrat de travail qui heurte ce principe, le juge tunisien doit appliquer cette disposition pour évincer la loi étrangère du lieu d'exécution qui ne prohibe pas les actes et comportements discriminatoires. Il usera ainsi du mécanisme de l'exception d'ordre public tel que décrit par l'article 36 du Code de droit international privé<sup>982</sup>.

Dans un exemple similaire où c'est la loi choisie qui ne prohibe pas la discrimination et que la loi du lieu d'exécution le fasse, le juge français saisi, peut se trouver face à une difficulté : soit protéger le travailleur par application de la disposition impérative du lieu d'exécution comme le prescrit la règle de conflit de l'article 6 de la Convention de Rome soit appliquer directement cette loi en tant que loi de police sans passer par le procédé conflictuel ordinaire soit encore l'évincer au profit de la loi du for par mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Se renouvelle ainsi, la difficile distinction entre d'une part, ordre public international que matérialisme au niveau procédural, l'exception d'ordre public et d'autre part, les lois de police.

Ceci ne s'explique pas uniquement par l'imprécision de la notion de lois de police mais revient également à « *la notion de « loi d'ordre public » qui n'est pas non plus d'une grande clarté, elle recoupe avec celle de « loi de police » et les exemples ne manquent pas qui montrent la confusion fréquente, dans la jurisprudence française entre ces diverses expressions et qui n'existe pas seulement, malheureusement, dans le vocabulaire* »<sup>983</sup>.

---

<sup>981</sup> L'article 5 Bis a été ajouté au Code du travail tunisien par la loi n° 93-66 du 5 juillet 1993. Il prévoit qu'« il ne peut être fait de discrimination entre l'homme et la femme dans l'application des dispositions du présent code et des textes pris pour son application ».

<sup>982</sup> L'article 36 du Code de droit international privé tunisien prévoit que « l'exception d'ordre public ne peut être soulevée par le juge que lorsque les dispositions du droit étranger désigné s'opposent aux choix fondamentaux du système juridique tunisien ».

<sup>983</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé. Cours général », cours précité, p. 122.

**Les critères de distinction proposés.** Pour lever cette confusion M. Lalive considère que la loi de police correspond à l'ordre public dans son aspect positif et non pas celui d'éviction<sup>984</sup>. Le même critère est retenu également par M. Mayer, qui affirme que « *la méthode des lois de police constituait un procédé de désignation de la loi applicable, reposant sur la considération des objectifs poursuivis par la loi de police, alors que l'exception d'ordre public tend à l'éviction de la loi étrangère normalement applicable, en raison du contenu de celle-ci* »<sup>985</sup>. Mais l'auteur ajoute deux autres points de différence. La loi applicable en tant que loi de police peut être la loi du for ou une loi étrangère. Par contre le mécanisme de l'exception d'ordre public n'opère qu'au profit de la *lex fori*. De plus, même en cas d'application de la loi du for, le motif de cette application n'est pas le résultat d'une appréciation du contenu de la loi étrangère par rapport aux choix fondamentaux du for mais en raison des objectifs qu'elle poursuit et qui exigent qu'on lui assure le domaine d'application qui lui revient<sup>986</sup>.

En dépit de leur importance, les critères avancés sont essentiellement procéduraux et semblent donc insuffisants à distinguer les deux mécanismes. Ils demandent des affinements afin de vérifier si on peut dégager des différences de méthodes entre lois de police et ordre public sans basculer sur la question des finalités. Celle-ci, constitue certes, un critère de distinction appréciable, voire le plus partagé en doctrine. Mais nous estimons, que la question de la finalité des lois de police exige dans le cadre de notre étude un examen à part. Elle servira à vérifier si les lois de police pourront, par les fonctions qui leur sont allouées à prendre en charge la protection des intérêts substantiels des parties à satisfaire les préoccupations de justice.

## 2) Affinement du critère de l'impérativité

**Les précisions au critère de l'impérativité et le renforcement du caractère exceptionnel des lois de police.** M. Loussouarn affirmait dans son cours à l'Académie de droit international à la Haye qu'« *il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les Etats modernes, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux... En réalité, il existe entre les lois de police et les autres lois une simple différence*

---

<sup>984</sup> *Ibid.* p. 123.

<sup>985</sup> P. MAYER, « Lois de police », article précité, p. 4.

<sup>986</sup> *Ibid.*



*de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile...s'agissant d'une question de degré, de mesure, la qualification de lois de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative »<sup>987</sup>.*

Ajoutons que si des confusions persistent c'est moins en raison de l'imprécision des lois de police que de l'imprécision de la notion d'impérativité. En droit international privé cette notion est utilisée pour désigner des normes et des mécanismes différents sans que ces usages soient accompagnés par les distinctions nécessaires. Nous estimons alors essentiel de mettre l'accent sur la spécificité méthodologique des lois de police par rapport à l'ordre public interne et par rapport à l'ordre public international.

a) Impérativité renforcée des lois de police par rapport à l'ordre public interne

***Une impérativité renforcée qui commande une qualification stricte.*** Les lois de police ne sont pas des normes édictées spécialement pour les rapports internationaux. Elles sont d'abord destinées à régir impérativement les rapports internes. Elles relèvent de l'ordre public interne. Mais étant donné le but qu'elles poursuivent et le motif de leur promulgation, elles doivent avoir la même impérativité dans les relations internationales. On en déduit que les lois de police sont également des normes qui relèvent de l'ordre public interne. Mais l'inverse n'est pas vrai. A côté des lois de police, demeurent des normes impératives qui ne concernent que les relations purement internes.

En droit international privé, tout l'effort doctrinal était dirigé vers la recherche d'un critère en fonction duquel la norme d'ordre public interne revêt un caractère de police dans l'ordre international. On ne s'intéressait donc pas aux normes qui n'ont qu'une impérativité interne. Celles-ci n'ont pas en tant que telles, un titre d'application au niveau international.

Mais des changements radicaux ont eu lieu en droit européen, avec l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Ce texte accorde à l'ordre public interne une fonction dans la résolution des conflits de lois en matière contractuelle. Le principal de cette fonction concernant le contrat de travail est de contrecarrer les excès de l'autonomie de la volonté et d'assurer la protection du travailleur. Ces deux finalités étaient historiquement assurées, en droit international privé par les lois de police et elles continuent à l'être. Si les deux types de normes coexistent et poursuivent à priori les mêmes finalités, ils doivent avoir alors, des

---

<sup>987</sup> Y. LOUSSOUARN, « *Cours général de droit international privé* », cours précité, p. 328.

rôles complémentaires. Lorsqu'il est saisi d'un conflit relatif à un contrat de travail international, le juge doit vérifier d'abord, si une loi de police revendique son application à la question de droit posée auquel cas il doit l'appliquer. Ce n'est qu'en l'absence de loi de police applicable que le juge doit mettre en œuvre la règle de conflit avec sa branche relative aux normes impératives de l'Etat du lieu d'exécution. Dans ce schéma, s'impose plus que jamais, la distinction entre normes impératives et lois de police. Elle commande, entre autres, la méthode de détermination du droit applicable.

L'objectif à atteindre n'est pas donc de créer des catégories de normes impératives, mais de déterminer à quel moment l'impérativité de la norme exige qu'elle soit appliquée immédiatement. A cet effet, M. Mayer remarque que le degré d'impérativité des lois de police est tellement fort, « *qu'il force la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent* »<sup>988</sup>. C'est pour cela que le champ des lois de police devrait être trop restreint par rapport à celui des dispositions d'ordre public interne. S'agissant du contrat de travail international, il faut admettre que même si en droit interne, les dispositions du droit du travail sont en large mesure des normes impératives, « *il est beaucoup plus délicat d'indiquer si elles conservent ce caractère dans l'ordre international : la Cour de cassation (française) l'a refusé pour les règles sur le licenciement* »<sup>989</sup>,<sup>990</sup>.

En droit tunisien, et après une longue confusion entre ordre public interne et lois de police<sup>991</sup>, la jurisprudence tunisienne a fini par admettre que les normes d'ordre public interne ne constituent pas toutes des lois de police, dans l'ordre international. C'est dans ce sens que la Cour d'appel de Tunis a affirmé en 2004, dans une affaire se rapportant à un contrat de transport international, « (qu'en) droit tunisien les règles régissant la responsabilité en matière de transport maritime de marchandises sont des règles d'ordre public posées pour protéger les chargeurs... Il en résulte... que les règles sur la responsabilité du transporteur de marchandises ne sont pas des règles d'application nécessaire et immédiate »<sup>992</sup>. L'intérêt de cet arrêt est qu'il se rapporte à l'ordre public de

---

<sup>988</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », article précité, p. 284.

<sup>989</sup> Soc. 29 mai 1991, Mjorndal, n° 88-42.335, à moins qu'il ne s'agisse d'un représentant du personnel (Cass., ass. plén., 10 juill. 1992, Air Afrique, n° 88-40.673, Rev. crit. DIP 1994. 69, note B. Audit.

<sup>990</sup> F. JAULT-SESEKE, Contrat de travail international, *Répertoire de droit international*, Février 2019, n° 127.

<sup>991</sup> On peut citer dans ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Tunis du 8 juin 1970, inédit cité par W. SLAMA, *L'identification des lois de police par la jurisprudence tunisienne*, mémoire en vue de l'obtention du Mastère en droit des affaires, Faculté des sciences juridiques et sociales de Tunis, 2006-2007, Université de Carthage.

<sup>992</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Tunis, du 7 avril 2004, inédit cité par W. SLAMA, *L'identification des lois de police par la jurisprudence tunisienne*, mémoire précité.

protection à l'image de l'ordre public en droit du travail. Bien que destiné à la protection de certaines catégories d'individus, cet ordre public ne revêt pas nécessairement la qualification de lois de police dans l'ordre international. En conséquence, une loi plus favorable à la partie protégée devrait être possible par la mise en œuvre de la règle de conflit.

Cette distinction entre ordre public interne et lois de police est d'autant plus nécessaire que l'ordre public constitue « *une notion tentaculaire, présente dans tous les domaines du droit* »<sup>993</sup>. Il y a même des matières qui sont formées dans leur totalité ou presque de dispositions d'ordre public. Tel est le cas en droit tunisien, pour les questions relatives à l'état et la capacité. Mais, cela n'empêche pas le jeu normal de la règle de conflit. Ces dispositions d'ordre public ne s'appliquent alors, que lorsque l'ordre juridique auquel elles appartiennent est désigné pour régir la situation en cause.

Le caractère exceptionnel des lois de police étant ainsi relevé en raison de leur qualification stricte par rapport aux autres normes d'ordre public interne. Il est davantage renforcé étant donné les « intérêts étatiques vitaux qu'elles mettent en jeu et qui les différencient de l'ordre public international.

#### b) Eléments de distinction des lois de police par rapport à l'ordre public international

Les lois de police et l'exception d'ordre public international sont deux mécanismes de correction et de défense en droit international privé. On peut affirmer que l'apparition des lois de police résulte en quelque sorte de l'évolution qu'a subie la notion d'ordre public<sup>994</sup>. Mais ce qui est marquant c'est que la notion même d'ordre public, point de contact entre les lois de police et l'exception d'ordre public international était dans ses origines axée autour de l'idée de justice. C'est dans ce sens qu'au XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècle, Bouhier mettait l'accent sur l'existence de « *lois exorbitantes du droit commun* » ou « *manifestement injustes* ».

Néanmoins, les deux mécanismes n'interviennent ni de la même façon ni au même stade du raisonnement. Tandis que le second mécanisme joue dans le cadre de la règle de

---

<sup>993</sup> N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse précitée, p. 6.

<sup>994</sup> M. H. MUIR WATT souligne à cet effet que se sont ces « *lois d'application immédiate (selon le terme de PH. Francescakis) qu'avait absorbées un temps l'exception bartonienne d'ordre public* », H. MUIR WATT, « discours sur les méthodes de droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) », Cours général de droit international privé », *cours précité*, p. 196.

conflit et précisément au moment de la mise en œuvre de celle-ci pour faire échec à *son résultat conflictuel* consistant dans la désignation d'un droit étranger à contenu choquant, le premier se situe en dehors de la méthode de la règle de conflit bilatérale classique.

Par ailleurs, l'exception d'ordre public n'est qu'un procédé permettant de déplacer, dans la limite de certaines questions litigieuses, le rattachement à la loi étrangère désignée vers celui de l'ordre du for. Par contre les lois de police jouent en même temps une fonction de rattachement et une fonction matérielle. Il y a là d'ailleurs, leur principal intérêt méthodologique. Dès qu'est *détectée* une situation internationale entrant dans son champ d'application, elles la rattachent directement et impérativement à l'ordre juridique dont elles émanent -principalement l'ordre du for- et revendiquent ainsi leur application immédiate. Sous ce schéma, les lois de police, s'auto-suffisent pour régir la question de droit posée et n'ont pas besoin d'être désignées par une règle de rattachement quelconque. Elles constituent de la sorte, des règles matérielles *à rattachement unilatéral*.

Seulement, la mise en œuvre de ce raisonnement n'est pas aussi évidente. Du moment que le procédé des lois de police et celui de l'exception d'ordre public vont permettre d'appliquer la loi du for, on risque que le juge n'accorde pas suffisamment d'intérêt à leur distinction.

Les hésitations sont envisageables en droit tunisien même si le législateur a tenté de distinguer les deux mécanismes. En fait, l'article 36 prévoit dans son alinéa premier que « l'exception de l'ordre public ne peut être soulevée par le juge que lorsque les dispositions du droit étranger désigné s'opposent aux choix fondamentaux du système juridique tunisien ». L'article ajoute dans un alinéa dernier que « le juge applique les dispositions de la loi tunisienne au lieu des dispositions de la loi étrangère écartée ». A la différence de ce mécanisme, l'article 38 du même code dispose que « sont directement applicables quel que soit le droit désigné par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison des motifs de leur promulgation ».

Dans leurs commentaires du CDIP tunisien, M. Chedly et M. Ghazouani soulignent que « *l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère peut se justifier lorsque la situation en cause ne touche pas à des intérêts vitaux de l'Etat. D'où l'indifférence du juge quant à l'application de la loi du for ou d'une loi étrangère qui peut par la suite être écartée si on se rend compte qu'elle contredit les choix fondamentaux du for. Par contre, si dans la situation en cause, il y a des intérêts vitaux de l'Etat,*

*la priorité doit être accordée à ces intérêts au détriment de la règle de conflit bilatérale* »<sup>995</sup>. Ainsi l'impérativité des dispositions se rapportant à des intérêts vitaux est une impérativité renforcée autorisant une application immédiate de la loi de police et une indifférence quant à une éventuelle compétence d'une loi étrangère. Par contre, en jouant une fonction de défense du système du for, l'ordre public international n'intervient qu'à posteriori après mise en œuvre de la règle de conflit, d'où une impérativité moins accentuée que celle des lois de police.

Le critère des « intérêts vitaux » utilisé par les deux auteurs permet de mettre en relief une donnée fondamentale quant aux intérêts protégés par l'un ou l'autre des mécanismes de droit international privé. L'Etat en tant qu'entité *souveraine* est au centre des normes qu'on peut qualifier de lois de police. Tandis que l'ordre public international sert plutôt à « *écarter les normes (lois et décisions) étrangères contraires aux choix fondamentaux de l'ordre juridique tunisien (articles 36 et 11 du Code de droit international privé tunisien). Ces choix sont plus précisément les principes que le juge induit de la loi, puise dans les conventions internationales régulièrement ratifiées par l'Etat tunisien et dans la constitution, étant entendu que les principes induits de la loi doivent être conformes à ces derniers textes, placés au sommet de la hiérarchie juridique* »<sup>996</sup>.

Mais, il semble qu'en dépit des efforts doctrinaux entrepris, la distinction entre lois de police et ordre public international<sup>997</sup> n'est pas définitivement réglée. Elle est toujours d'actualité et elle tient essentiellement au fait qu'historiquement, les deux notions étaient traitées ensemble même chez leurs précurseurs. Pour ne partir que des dernières théories ayant impacté le droit international privé contemporain, on peut citer Bartin<sup>998</sup> qui entamait les premières distinctions entre ordre public international et lois de police. Il remarquait que les notions d'ordre public et de police étaient utilisées en même temps pour écarter la loi compétente et pour désigner une autre, à savoir la loi du for. C'est ce qui n'était pas concevable pour l'auteur. De plus, Bartin remarquait que même dans la pensée de Mancini, l'ordre public jouait non seulement pour les lois territoriales mais aussi pour les lois personnelles. L'auteur procédait ainsi, aux premières distinctions entre ordre public et lois

---

<sup>995</sup> L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 541.

<sup>996</sup> M. BEN JEMIA, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public international ? », in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et L. CHEDLY, Latrach éditions 2015, pp. 43-58, spéc. p. 43.

<sup>997</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, op.cit.*

<sup>998</sup> E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence, françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, Tome I, 1930, § 92 et s.

de police. Il estimait que le mécanisme par lequel se fait l'éviction de la loi étrangère est un mécanisme d'exception qui intervient après la mise en œuvre de la règle de conflit. Il ne s'agit donc pas d'une catégorie de rattachement. Il écarte alors, l'idée de lois d'ordre public. Par contre, il retient celle de lois de police, recouvrant des dispositions dont l'application territoriale s'impose.

Néanmoins, dans la doctrine de Bartin, ces dispositions restent désignées par la règle de conflit. L'apport de ses travaux réside dans la distinction entre l'ordre public, mécanisme qui sert à écarter la loi désignée et les lois de police qui sont des lois qui s'appliquent normalement pour régir la situation en cause.

Ce critère de distinction a été repris et affiné par plusieurs autres auteurs<sup>999</sup>. Wengler en Allemagne et Francescakis en France l'ont développé en mettant l'accent sur l'applicabilité directe des lois de police sans mise en œuvre de la règle de conflit.

La distinction ainsi faite est jusqu'à l'heure actuelle retenue par la doctrine française mais aussi étrangère. Pour éviter tout retour en arrière et toute nouvelle confusion, on peut recommander d'utiliser uniquement l'expression *d'exception d'ordre public international* lorsqu'il s'agit du mécanisme d'éviction de la loi étrangère à contenu choquant pour le for. On utilisera par contre le concept de lois de police pour les dispositions impératives d'application immédiate. Le vocable est comme l'a noté M. Nord, « *est ainsi, en quelque sorte disponible et peut être employé pour caractériser une nouvelle technique* »<sup>1000</sup>. Sur le plan de la méthodologie, la distinction résulte du fait que le premier mécanisme a un rôle thérapeutique, alors que le second a plutôt un rôle préventif<sup>1001</sup>.

### C- Le lien de rattachement

***Le flou quant à l'exigence d'un lien de rattachement.*** L'application des lois de police pose la question de l'exigence de liens de proximité entre l'ordre juridique dont elles émanent et le rapport de droit en cause. Cette question a fait l'objet d'une évolution qui

---

<sup>999</sup> Voir notamment P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 15, préf. H. Batiffol, 1959.

<sup>1000</sup> N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.* p. 9.

<sup>1001</sup> J-P. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 200.

doit être examinée avant de vérifier l'utilité d'une interprétation restrictive des lois de police par le juge tunisien.

Au début, pour justifier l'application de certaines dispositions impératives françaises à l'encontre de la loi étrangère régissant le contrat, d'éminents auteurs français, se sont basés sur l'existence d'un rattachement spécial différent du rattachement général désignant le droit applicable<sup>1002</sup>. Cette règle de rattachement « *revêt beaucoup plus d'importance dès lors qu'il s'agit de lois étrangères* »<sup>1003</sup>. Les partisans mêmes de la théorie des lois de police ne nient pas l'existence de ce rattachement qui reste implicite. Ce rattachement spécial est manifeste par exemple, dans la norme exigeant une autorisation administrative de licenciement dans le cas d'un contrat de travail exécuté sur le territoire du for.

Puis, par un raisonnement bilatéraliste, on a conclu que dans l'hypothèse où le travail est exécuté à l'étranger, ces dispositions impératives du for ne sont pas applicables. « *Cette notion de rattachement spécial, sans être complètement abandonnée, risque de provoquer un dépeçage de la loi du for que ne réclame pas toujours la loi étrangère désignée à l'aide du rattachement spécial, et de même de créer une lacune dans le statut contractuel* »<sup>1004</sup>. On lui a alors, préféré le procédé unilatéraliste par utilisation de la notion de lois de police<sup>1005</sup>. La règle impérative du for ne s'appliquerait à ce titre que dans les cas où elle revendique son application. La loi désignée par la règle de conflit régit toutes les autres questions.

Aujourd'hui, les dispositions impératives du for qui exigent une application immédiate s'appliquent en tant que lois de police et non pas en raison de leur désignation par un rattachement quelconque. C'est le caractère impératif qui commande le plus, l'applicabilité de la loi de police. « *L'existence d'un lien effectif n'est pas elle-même décisive* »<sup>1006</sup>.

Mais, cela ne signifie pas que l'ordre juridique dont émanent ces lois n'est pas totalement concerné par le rapport de droit. Un lien devrait légitimement, exister entre les

---

<sup>1002</sup> F. DEBY-GERAR soutient qu'en présence d'une loi de police, on est face à une règle de rattachement particulière, une « *lex specialis dérogeant à la lex generalis que sont les rattachements classiques* », « Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des contrats internationaux », thèse précitée, n° 60 ; Voir aussi, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, Tome I, 8<sup>ème</sup> édition, 1993, p 426.

<sup>1003</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », cours précité, p. 146.

<sup>1004</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op.cit.*, 1993, p 426.

<sup>1005</sup> Bien que certains auteurs comme M. P. LALIVE doutent de l'apport de la théorie des lois de police en termes de simplification du raisonnement par abandon de la méthode du rattachement puisque le juge sera invité à « *découvrir par l'interprétation d'une norme matérielle si celle-ci « met en cause » des éléments d'organisation juridique intéressant directement « la société étatique » ou si dans des matières qui ne relèveraient pas de l'initiative directe de l'Etat, il s'agirait cependant de questions « d'une importance vitale pour lui* » », P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », Cours précité, p. 144

<sup>1006</sup> B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours de droit international privé », Cours précité, p. 285.

deux. En fait, « *la situation doit présenter effectivement avec l'Etat dont émane la norme un lien suffisamment étroit pour justifier l'irruption de cette loi dans une situation qui, par hypothèse, relève d'une autre selon le règlement de conflit (mais il faut garder à l'esprit que cela peut résulter de la seule désignation qu'ont faite les parties de la loi du contrat)* »<sup>1007</sup>. Ceci revient au fait, que l'applicabilité d'une loi de police se justifie en général, par l'idée que « *l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant avec lui un certain rattachement* »<sup>1008</sup>. L'apparition même des lois de police s'est justifiée par le besoin de sauvegarde du système du for. Si on a besoin de le sauvegarder c'est pour éviter qu'il ne soit mis en danger par application d'une loi étrangère<sup>1009</sup>.

**Les enjeux.** Cette logique risque de mener à des abus. Par l'usage qu'elles font du mécanisme unilatéraliste, les lois de police peuvent mener à favoriser les lois du for.<sup>1010</sup> Le risque de développer le *lexforisme* est d'autant plus fort si on se rappelle qu'il n'était pas possible de « *fixer un seuil minimum en deçà duquel, les raisons d'appliquer une règle seraient jugées insuffisamment pressantes pour forcer la compétence de l'ordre juridique* »<sup>1011</sup>. Par définition une loi de police est une loi « *dont l'application est indispensable en raison des motifs de sa promulgation* »<sup>1012</sup>. L'évaluation de ce caractère indispensable se fait donc, in abstracto. Si une disposition est qualifiée de loi de police, elle l'est dans toutes les situations qui peuvent se présenter. Ce n'est pas donc, en fonction de l'affaire tendue devant le juge qu'elle va l'être ou ne va pas l'être. Le législateur tunisien, tout comme son homologue européen, n'a pas exigé pour l'application des lois de police du for, que la situation en cause présente des liens avec son système. Il l'a par contre exigé pour les lois de police étrangères<sup>1013</sup>.

---

<sup>1007</sup> *Ibid.*

<sup>1008</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 10<sup>e</sup> éd. 2010, p. 91, n° 120.

<sup>1009</sup> C'est pour cette raison que certains auteurs estiment que le caractère exceptionnel des lois de police exige que ne soient appliquées les lois de police étrangères que lorsqu'elles présentent un lien pertinent avec la situation. Les détournements auxquels donne lieu une telle exigence. Voir P. DE VAREILLES SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité, p. 257.

<sup>1010</sup> A-P. GLENN, « La conciliation des lois, cours général de droit international privé », *RCADI*, t. 364 (2013), pp. 195-470, spéc., p. 329.

<sup>1011</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », article précité, p. 289.

<sup>1012</sup> C'est ce que prévoit l'article 38 du Code de droit international privé tunisien. La formule utilisée par l'article 9 nous paraît meilleure. Il est stipulé dans cet article que les lois de police sont les lois dont « le respect est jugé crucial » ce qui suppose un jugement, une appréciation qui pourrait tenir compte de l'espèce et de l'intérêt à l'application de la norme dans la situation en cause. Elle permet donc, d'éviter une évaluation totalement abstraite et indépendante des intérêts concrets de l'auteur de la norme.

<sup>1013</sup> L'article 38 du CDIP tunisien prévoit que « Le juge donne effet aux dispositions d'un droit étranger non désigné par les règles de conflit s'il s'avère que ce droit a des liens étroits avec la situation juridique envisagée et que l'application desdites dispositions est indispensable, eu égard à la fin poursuivie ».



Si une telle exigence ne figure pas à propos des lois de police du for, c'est parce qu'on suppose que la saisine même des juridictions tunisiennes est basée sur une attache à l'Etat tunisien. Donc la vérification du lien est supposée être faite au stade de la compétence juridictionnelle et avant tout débat au fond.

Seulement, ce présupposé ne se vérifie pas dans tous les cas. Il suffit de rappeler à cet effet, que l'article 4 du CDIP tunisien, autorise les clauses attributives de juridictions sans exiger aucun lien avec l'Etat tunisien. L'article a donné naissance en matière de statut personnel, à des situations de *forum shopping*. L'utilisation de l'article 4 du CDIP autorisant l'élection du juge tunisien est très envisageable en matière contractuelle. On pourrait même dire que c'est en cette matière que l'élection de for devrait être la plus légitime. De plus, le CDIP tunisien, n'a pas limité l'utilisation des clauses attributives de juridiction dans les contrats comportant une partie faible tel que le contrat de travail.

Dans tous les cas, la saisine du juge tunisien pour un rapport juridique ne présentant aucun lien avec l'Etat tunisien est source de plusieurs difficultés. Le juge est tenu en application de l'article 38 du CDIP, d'appliquer les lois de police du for. Priorité est donnée à ces lois par rapport aux lois de police étrangères. S'agissant d'un contrat n'ayant aucun lien avec la Tunisie, l'application des lois de police tunisiennes, pourrait paraître étonnante voire même inutile.

On pourrait reprocher au législateur tunisien de ne pas avoir limité la saisine volontaire de ses juridictions par un minimum de liens avec l'Etat. S'il l'a fait, il aurait évité l'application de ses lois de police à des contrats n'ayant pas de contact avec son système. Mais, il semble que cette objection est plus théorique que pratique. Une disposition n'est de police que du moment qu'elle met en jeu un intérêt de l'Etat. Il est vrai, que l'évaluation de cet intérêt se fait in abstracto indépendamment du rapport juridique en cause. Mais un examen concret des dispositions du code du travail tunisien permet de constater qu'en général, les dispositions qu'on peut qualifier de lois de police sont limitées. Il s'agit essentiellement de celles qui supposent l'intervention d'institutions, organismes et administrations nationales. De telles dispositions ne concernent donc que les contrats de travail exécutés sur le territoire tunisien. Elles ne revendiquent pas leur application aux contrats totalement rattachés à l'étranger.

Prise sous un autre angle, la saisine volontaire et inconditionnée des tribunaux tunisiens, pourrait être faite de manière frauduleuse afin d'échapper notamment à

l'application des lois de police étrangères du lieu d'exécution notamment lorsque ces lois sont jugées sévères. Le code tunisien n'a pas réservé un traitement spécial pour les lois de police du lieu d'exécution pour contrecarrer un pareil *forum shopping* malus<sup>1014</sup>. Face à cette lacune, les juges tunisiens sont appelés à tenir compte des « liens étroits » qu'entretient le contrat avec l'Etat de son lieu d'exécution pour appliquer ses lois de police.

En droit français, l'application de l'article 9 du Règlement Rome I permet de surmonter cette situation embarrassante. L'article réserve, parmi les lois de police étrangères, un traitement spécial pour celles du lieu d'exécution du contrat. La solution est envisagée de façon exceptionnelle puisque limitée aux cas où l'application de cette loi rend l'exécution du contrat illégale. Une disposition parallèle se retrouve en droit comparé dans l'article 3078 du Code civil québécois<sup>1015</sup>.

**Recommandations.** Pour le droit tunisien, la révision du CDIP serait une occasion propice pour ajouter un alinéa à l'article 38 recommandant l'application des lois de police du lieu d'exécution du contrat. L'insertion de cette disposition permettra de réaliser deux objectifs. Pour les contrats en général, elle serait un instrument en vue d'éviter le *forum shopping*. Et pour le contrat de travail principalement, elle servira à surmonter la confusion qui a duré longtemps entre loi de police et ordre public interne et qui était à la base du rattachement rigide et exclusif du contrat de travail à la loi de son lieu d'exécution.

On regrette que la commission chargée de la révision du CDIP n'a pas retenu une modification de l'article 38 garantissant l'application des lois de police du lieu d'exécution. Dans son projet, la commission propose de préciser que les dispositions du droit étranger auxquelles le juge donne effet sont celles dont l'application est indispensable eu égard à la fin « légitime » poursuivie. Il est certain que pour les contrats de travail, l'Etat du lieu d'exécution devrait naturellement avoir un intérêt légitime à l'application de ses dispositions qui se rapportent aux aspects administratifs de l'organisation du travail. Mais, il n'est pas évident que les juges tunisiens relèvent dans tous les contrats, l'existence d'un intérêt légitime propre à l'Etat du lieu d'exécution, alors que, l'application des lois de police de cet Etat devrait être garantie afin de lui permettre d'assurer sa politique en matière sociale. Elle

---

<sup>1014</sup> Voir sur la question, P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 2011, pp. 49-82.

<sup>1015</sup> Cet article prévoit que « lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il pourra être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application ».

facilitera également la reconnaissance et l'exécution dans cet Etat des jugements rendus en Tunisie suite une élection de for. Elle permettra, de même, une meilleure coordination des systèmes. Rien n'empêche que pour le reste des questions couvertes par le jeu normal de la règle de conflit bilatérale, on retienne des rattachements alternatifs en vue de favoriser le travailleur partie faible au contrat.

On affirme ainsi de nouveau le caractère exceptionnel qu'a et que doit avoir toujours le mécanisme des lois de police et qui l'empêche de remédier à l'ensemble des insuffisances de la règle de conflit relative au contrat de travail international. A ces limites d'ordre méthodologique s'ajoutent d'autres limites inhérentes à la finalité des lois de police.

## **Section 2<sup>nd</sup>e : un remède limité en raison de la finalité des lois de police**

*Fonction des lois de police et justice sociale, une adéquation limitée.* L'objectif parcouru par les lois de police en constitue un élément essentiel de définition. Pour ne s'en tenir qu'au sens littéral, le vocable retenu « *ne doit peut-être sa pérennité lexicale qu'au lien que la notion de « police » permet d'entretenir avec celle de « politique », lien encore renforcé en langue anglaise où la policy n'apparaît précisément comme rien d'autre qu'une politique* »<sup>1016</sup>. La détermination du champ d'application spatial de ces lois dépend de leur but, de leur teneur, donc du résultat qu'elles sont orientées à réaliser.

En fait, il ressort des différentes définitions législatives des lois de police, qu'elles poursuivent la réalisation d'intérêts suprêmes pour l'ordre juridique dont elles émanent. Ces intérêts sont généralement liés à la communauté nationale, des intérêts généraux dont la sauvegarde est confiée à des institutions étatiques. C'est ce qui se vérifie pour la plupart des dispositions de droit du travail justiciables de la qualification de lois de police. Il s'agit moins de la prise en considération de la situation internationale du travailleur en tant qu'individu que de l'appréhension de son existence dans la communauté nationale de travail. Les aspects internationaux liés à son contrat sont atténués par l'application systématique du droit interne qualifié comme loi de police. Les intérêts liés à la société internationale, sont en conséquence sacrifiés au profit d'une meilleure cohésion de l'ordre interne.

---

<sup>1016</sup> P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité. p. 224.

La primauté ainsi accordée aux intérêts publics de l'Etat par l'application des lois de police traduit une hiérarchisation des intérêts à prendre en considération (§1). C'est ce qui affaiblit le rôle que peuvent jouer les lois de police dans la réalisation de la justice sociale (§2).

### **§ 1 La hiérarchisation des intérêts dans la fonction des lois de police**

*Les intérêts étatiques, au centre de la finalité des lois de police.* La finalité des lois de police telle qu'elle se dégage des textes législatifs est axée autour de la sauvegarde des intérêts de l'Etat. C'est ce qui a donné lieu à une controverse doctrinale concernant la qualification des dispositions protectrices des parties faibles. Deux conceptions ont vu le jour : conception restrictive qui n'admet la prise en compte des intérêts individuels qu'en fonction de leur rapport avec l'intérêt public et une conception extensive qui étend le champ des lois de police à toutes les dispositions protectrices des parties faibles.

Nous proposons d'analyser en premier lieu, les conceptions que font les législateurs de lois de police afin de vérifier leur aptitude à absorber les valeurs de justice sociale. Les constatations tirées nous permettront dans une seconde étape de les confronter aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles à propos de ce même mécanisme et de démontrer par conséquent, les limites du mécanisme des lois de police à assurer une véritable fonction sociale.

#### **A- Les consécutions législatives**

*Le critère fonctionnel, un critère imprécis.* La conception tunisienne des lois de police semble plus large que celle retenue en droit français par application du Règlement Rome I. Elle se base sur un critère finaliste qui commande à chercher la raison d'être de la loi, le but qu'elle poursuit. Néanmoins, cette imprécision dans le texte législatif ne doit pas aboutir à un élargissement démesuré de la catégorie des lois de police. Le « motif de promulgation » de la loi doit être impérieux pour la « communauté » au point de commander son application impérative et immédiate.

- 1) L'intérêt de l'Etat, « motif de promulgation » des lois de police

***Imprecision des textes et intérêt d'une interprétation restrictive.*** En droit tunisien, l'article 38 réservé à cette catégorie de lois s'inscrit dans le chapitre premier intitulé : « dispositions générales : conflits de lois ». Il ne porte pas d'intitulé spécial et l'expression « lois de police » ne figure même pas dans le code. L'article 38 prévoit tout simplement que « sont directement applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison des motifs de leur promulgation ». Il ajoute dans son alinéa 2 que « le juge donne effet aux dispositions d'un droit étranger non désigné par les règles de conflit s'il s'avère que ce droit a des liens étroits avec la situation juridique envisagée et que l'application desdites dispositions est indispensable, eu égard à la fin poursuivie ».

Le texte ne fournit pas une définition claire des lois de police. Il préconise au juge de se baser sur « *la fin poursuivie* », « *le motif de promulgation* » de la loi pour déterminer si elle est justiciable de la qualification de loi de police. Ce faisant, il attribue au juge un large pouvoir d'appréciation dans l'identification de cette catégorie de normes.

Face à l'imprécision de cette définition législative, la doctrine tunisienne remarque que « *le législateur a choisi de ne pas adopter une définition conceptuelle pour les dispositions de police et ce pour éviter les critiques qui ont été adressées à ce type de définitions. Le législateur a opté plutôt pour une définition fonctionnelle qui fait que l'application de ces dispositions sans passage par les règles de conflit soit essentielle vu le motif de leur édicton* »<sup>1017</sup>. On a remarqué également, que le législateur tunisien exprime une ouverture qu'on a pu qualifier d'« *exagérée* » sur les lois de police étrangère<sup>1018</sup>.

Relativement au critère de définition des lois de police, le texte tunisien est proche de celui de la Convention de Rome<sup>1019</sup>. Les deux commandent au juge de se référer à la finalité de la loi, à sa raison d'être sans déterminer exactement quelle finalité, il faut retenir. C'est ce qui a ouvert la voie à l'interprétation. En droit comparé, et en application de l'article 7 de la Convention de Rome, le Bundesgerichtshof (BGH) allemand a jugé que la loi sur le crédit à la consommation allemande n'est pas une loi de police car la protection du

---

<sup>1017</sup> L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 542.

<sup>1018</sup> *Ibid.*

<sup>1019</sup> Il faut seulement signaler qu'en fonction de l'article 38, les lois de police en droit tunisien peuvent intervenir dans toutes les matières de droit (obligations, statut réel, droits des personnes, droits de la famille, biens...). Il en est de même pour les autres procédés qui modifient ou perturbent le jeu normal de la règle de conflit tels que l'exception d'ordre public ou la fraude à la loi. Par contre l'article 7 de la Convention de Rome, tout comme le texte dans lequel il figure, intéresse uniquement la matière contractuelle.

consommateur diffère de la protection de l'intérêt de la communauté<sup>1020</sup>. Cette position jurisprudentielle même restrictive, semble en cohérence avec l'esprit des textes.

Bien que la finalité à retenir pour la qualification des lois de police reste imprécise dans le texte conventionnel, des indices en vue de son identification sont proposés en vue de guider l'interprète. C'est dans ce sens qu'il est exigé de tenir compte de trois éléments : la nature de la loi, son objet et les conséquences de son application ou non application. Les mêmes recommandations ont été reprises dans le Règlement Rome I avec plus de précisions quant à la définition des lois de police. Le texte est plus explicite quant à la finalité de cette catégorie de lois axée dorénavant sur une distinction en fonction des intérêts protégés.

## 2) La notion d'intérêt public dans le Règlement Rome 1

*Notion d'« intérêts publics », un affinement du critère finaliste ?* On peut affirmer que le principal apport du Règlement européen réside, dans la finalité des lois de police qu'il met au cœur de la notion<sup>1021</sup>. Il est en fait stipulé « (qu') *une loi de police est une loi dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent Règlement* »<sup>1022</sup>. La définition ainsi formulée « *est d'abord frappante en ce qu'elle paraît bien constituer la première tentative jamais effectuée en ce sens par une législation de droit international privé* »<sup>1023</sup>. Mais il faut préciser, que par cette définition, les rédacteurs du Règlement n'ont fait que codifier la jurisprudence de la CJCE<sup>1024</sup>. Cependant, la définition avancée ne manque pas de flou. Elle nécessite des éclaircissements<sup>1025</sup> étant donné qu'elle se base sur des « *standards extrêmement généraux* »<sup>1026</sup>, renforçant ainsi, le pouvoir d'appréciation laissé au juge.

---

<sup>1020</sup> BGH 13.12.2005 cité par thèse lois de police p. 16.

<sup>1021</sup> Cette codification des lois de police qui est régionale au niveau européen se retrouve en droit comparé dans certaines législations nationales. On peut citer à titre d'exemple l'article 3076 du Code Civil du Québec qui s'insère dans le livre dixième sur le droit international privé et qui prévoit que « Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier ».

<sup>1022</sup> L'article 9 alinéa premier du Règlement Rome I.

<sup>1023</sup> P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité, p. 208.

<sup>1024</sup> CJCE, 23 novembre 1999, Arblade, aff. C-376/96, RCDIP, 2000. 710, note M. Fallon ; JDI, 2000. 493, note M. Luby.

<sup>1025</sup> C'est dans ce sens que M. De Vareilles Sommière, souligne que l'ambiguïté de la notion d'« intérêt public » qui figure dans l'article 9 du Règlement pourrait être dépassée par « la formulation des lois de police en termes d'efficacité des politiques législatives », P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité, p. 244.

<sup>1026</sup> P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité, p. 209.

La principale nouveauté qui se dégage de cette disposition est que la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique, largement utilisée depuis Francescakis n'est plus qu'une illustration de la sauvegarde d'un intérêt plus large « l'intérêt commun ». Est-ce la fin des ambiguïtés pour la notion de lois de police ? Il ne semble pas. Le concept de « l'intérêt public » introduit par le Règlement, a désormais suscité plusieurs études doctrinales<sup>1027</sup>. Il apparaît comme « *une incise nouvelle dans une définition classique* »<sup>1028</sup>.

Etant donné que la justice sociale suppose essentiellement la protection des travailleurs, se pose la question de savoir si les lois protectrices d'intérêts privés, poursuivent un intérêt commun. Ces lois, sont-elles justiciables de la qualification de lois de police ?

Une réponse affirmative n'est pas évidente. Jurisprudence et doctrine sont partagées à ce sujet. Le débat autour de la finalité des lois de police est déplacé sur le terrain de la notion de « l'intérêt public ». Il oppose les tenants d'une conception étroite à ceux qui défendent une conception plutôt large des lois de police. Pour les premiers, les dispositions de droit privé ayant essentiellement pour but la protection des intérêts privés ne peuvent pas affecter l'intérêt public de l'Etat<sup>1029</sup>. Les seconds estiment, que les dispositions protégeant des intérêts privés tels que ceux du travailleur ou consommateur ou toute autre partie faible touchent aux intérêts publics de l'Etat et sont justiciables de la qualification de lois de police<sup>1030</sup>.

## B- Les conceptions doctrinales et jurisprudentielles

***Intérêts protégés et divergence des solutions.*** Si l'intérêt général, celui de la communauté étatique ne fait pas de doute en tant que critère de qualification des lois de police, il n'en va pas de même pour l'intérêt individuel du travailleur. Bien qu'il soit au centre de la réalisation de la justice sociale, il semble difficile de l'admettre comme un facteur autosuffisant pour la qualification des lois de police, tant qu'il ne coïncide pas avec l'intérêt général de toute la communauté nationale.

---

<sup>1027</sup> Voir notamment, P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité.

<sup>1028</sup> P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité. p. 209.

<sup>1029</sup> Voir notamment, L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008. 2165.

<sup>1030</sup> Voir par exemple, 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 s, spéc. p. 184.

1) Le consensus quant à l'intérêt de l'Etat

***Les lois de police, instrument de concrétisation de la politique étatique.*** Parmi les premiers critères à être retenus il y a celui de la finalité politique qui a conduit à identifier les lois de police aux lois politiques. Ce critère est source de confusions puisque les lois politiques peuvent être orientées vers un règlement de comptes entre Etats, ce qui rend illégitime, leur application dans les rapports privés internationaux. C'est d'ailleurs, dans ce sens que s'inscrit la position de la jurisprudence tunisienne. Dans un arrêt qui se rapporte à un contrat international, la Cour de cassation tunisienne a affirmé que « le droit américain classant la banque destinataire du transfert international d'argent parmi les parties avec lesquelles est interdite toute transaction, et qui prévoit le gel de l'argent envoyé par elle ou reçue à travers elle, et qui a empêché l'opération de transfert et d'encaissement de l'argent par la banque destinataire, n'est ni une loi d'application nécessaire, ni une loi de police. Ce droit ne revêt pas le caractère d'une loi de droit public. Il fait plutôt partie des lois politiques puisqu'il vise à réaliser des objectifs politiques propres au gouvernement américain dans un conflit visant à assurer une pression sur le gouvernement libyen »<sup>1031</sup>.

Ce critère assimilant les lois de police aux lois politiques a été consacré par nombre de juridictions européennes notamment dans les années 1950. Un arrêt rendu par la Cour fédérale d'Allemagne le 17 décembre 1959 dans l'affaire des créances Wölert<sup>1032</sup> permet bien de l'expliquer. Selon la Cour, une situation juridique devrait être appréciée différemment si une restriction de droit public du pouvoir de disposer servait non pas à harmoniser des intérêts de droit privé dignes de protection, mais à réaliser les objectifs politiques ou économiques de l'Etat ayant édicté les restrictions en question. Mais il faut noter que cette jurisprudence est demeurée isolée. De plus, elle, n'a opéré que dans des hypothèses où on a refusé l'application de la loi étrangère. Seulement on peut remarquer que la distinction qu'elle fait entre intérêts de droit privé et intérêts étatiques est actuellement au cœur de la définition des lois de police telle qu'elle figure dans le Règlement Rome I.

Le critère qui a pu prévaloir est celui de l'organisation étatique, proposé par Francescakis. Selon l'auteur, « *les lois de police sont les lois dont l'observation est nécessaire pour la*

---

<sup>1031</sup> Arrêt de la Cour de cassation tunisienne n° 7146 du 26 avril 2005, inédit.

<sup>1032</sup> Arrêt de la Cour fédérale d'Allemagne le 17 décembre 1959 dans l'affaire des créances Wölert, *RCDIP*, 1961, 313.



saufgarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ; leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation »<sup>1033</sup>. Mais il n'est pas à l'abri des critiques. « Doit-on considérer comme une loi de police toute loi dictée par des impératifs socio-économiques ? »<sup>1034</sup>. Une réponse affirmative conduirait à une hypertrophie de la catégorie des lois de police, conçue à la base comme étant un mécanisme d'exception. En fait, la garantie de la politique sociale et économique n'est pas le monopole des lois de police. On peut même dire que dans les systèmes juridiques modernes toute loi tend à réaliser cet objectif. Pour la délimiter, M. Francescakis, se réfère à l'idée de structure.

Le critère ainsi proposé recoupe avec la proposition de M. Lerebours Pigeonnière qui recommande de qualifier de loi de police, la loi qui dans sa mise en œuvre, exige l'intervention d'un service public ou d'une autorité du for.

Les différentes conceptions ainsi proposées par la doctrine peuvent être expliquées par les circonstances historiques liées à l'apparition de ce concept. En 1973, M. Loussouarn affirmait dans son cours à la Haye, que « ce qui est plus actuel c'est la vogue que connaissent les lois de police depuis une quinzaine d'année, vogue dont l'intensité est telle que certains n'hésitent pas à les ériger en concurrentes de la règle de conflit »<sup>1035</sup>. Cette affirmation correspond à un moment marqué dans l'histoire de la plupart des Etats par l'obtention de l'indépendance. Pour affirmer leurs souverainetés sur leurs territoires, il leur a fallu édicter des normes impératives dont personne ne peut déroger même si elle est liée par un rapport international. Sur le plan économique et social, ceci s'est traduit par la montée de l'interventionnisme de l'Etat<sup>1036</sup> parce que celui-ci était considéré comme étant le seul garant de « l'intérêt général »<sup>1037</sup>.

Il paraît que le critère de « l'intérêt général » ou « intérêt de l'Etat » a été bien reçu en doctrine qui a continué à l'utiliser afin d'identifier les lois de police. C'est dans ce sens que l'Institut de droit international, a proposé dans ses recommandations concernant les techniques du droit international privé que les Etats adoptent des règles de conflit bilatérales

---

<sup>1033</sup> PH. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP*, 1971, p. 149.

<sup>1034</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », Cours précité, p. 327.

<sup>1035</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », cours précité, p. 317.

<sup>1036</sup> M. MEZGHANI remarque à cet effet que « l'irruption des lois de police dans l'ordre international est la conséquence de l'interventionnisme étatique dont l'une des modalités a été, et est encore, la réglementation impérative », « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », cours précité, p. 322.

<sup>1037</sup> On peut aujourd'hui constater des transformations profondes par rapport à cette politique. Le recul de l'Etat de la plupart des secteurs traduit un changement dans la conception même de la souveraineté et le monopole exercé par les services de l'Etat dans maints domaines a cédé la place pour une coopération de plus en plus intense entre acteurs de droit public et acteurs de droit privé. C'est la stratégie pour laquelle a opté la Tunisie notamment après la révolution. Voir, loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015, relative aux contrats de partenariat public privé, Journal Officiel de la République Tunisienne, n°1, décembre 2015.

uniformes donnant compétence, dans les mêmes conditions soit à la loi du for soit à la loi étrangère dans les cas où leur « intérêts essentiels » ne sont pas en jeu<sup>1038</sup>.

## 2) La controverse quant à la conciliation intérêt privé et intérêt public

***Dépendance de l'intérêt individuel du travailleur de l'intérêt étatique.*** Selon M. Mayer, les lois de police sont celles dont l'application apparaît nécessaire à la « *réalisation des objectifs d'intérêt général* »<sup>1039</sup>. Les règles protectrices des travailleurs, parties faibles au contrat, en est une illustration. L'auteur dénie l'objection selon laquelle, de telles règles sont tournées vers la protection de l'individu et ne touchent pas à l'organisation de l'Etat car « *il se mêle souvent un élément d'organisation sociale au souci de protection individuelle* ». On en déduit, que pour M. Mayer, les dispositions protectrices ne peuvent pas à ce seul titre être considérées comme lois de police. C'est pour cela que l'auteur préconise une qualification stricte de la faiblesse (seule est retenue la faiblesse qui se manifeste au moment de la conclusion du contrat) et une qualification stricte également pour les lois de police (les règles protectrices des concessionnaires ou des agents commerciaux ne sont pas par exemple des lois de police).

Selon M. Mayer, la fonction principale des lois de police est d'encadrer le jeu de l'autonomie de la volonté. L'idée paraît conforme à l'esprit de la Convention de Rome. Les lois de police, mécanisme d'exception ne doivent bouleverser que limitativement le fonctionnement de la loi d'autonomie.

En droit tunisien où le choix du droit applicable par les parties est écarté pour le contrat de travail, les lois de police ne peuvent pas avoir comme finalité d'encadrer le jeu de l'autonomie de la volonté. Pourtant, nous estimons que celles-ci doivent être conçues restrictivement non pas pour les raisons avancées par M. Mayer mais plutôt par conformité à la nature même de ce mécanisme qui doit rester toujours un mécanisme d'exception. Il est difficile par exemple d'admettre que les dispositions du Code de travail qui servent l'intérêt individuel du travailleur, puissent mettre en cause l'organisation politique,

---

<sup>1038</sup> Il a été bien stipulé « (qu') il est recommandé aux Etats : a) d'adopter dans leurs codifications nationales, lorsque leurs intérêts essentiels ne sont pas en jeu, des règles de conflit de lois fondées sur des rattachements uniformes qui peuvent conduire, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for », IDI, Annuaire, Vol-63, Tome I, session de Saint-Jacques-de compostelle, 1989, Pedone 1989, p. 305.

<sup>1039</sup> P. MAYER, « Lois de police », article précité, p. 3.

économique ou sociale de l'Etat tunisien. Nous estimons que les dispositions de droit tunisien protectrices du travailleur ne constituent des lois de police que dans la mesure où elles s'insèrent dans une logique plus large de cohérence de la communauté sociale. A cet égard, sont illustratives, les mesures adoptées par le chef du gouvernement tunisien à l'ère du covid 19, telles que celles de suspension de certains articles du Code de travail dont notamment, l'application de l'alinéa 3 de l'article 14 autorisant le licenciement en cas de force majeure<sup>1040</sup>. La solution ainsi prise, suite à un appel doctrinal essentiellement de la part de M. Kotrane<sup>1041</sup>, vise à éviter un recours massif à cette disposition qui serait préjudiciable aux travailleurs<sup>1042</sup>, mais qui aurait également pour effet d'augmenter le taux de chômage et d'accroître les problèmes sociaux qui en découlent. La protection des travailleurs, bien que préoccupation majeure dans ce contexte de pandémie, s'inscrit dans une politique générale d'ordre sanitaire, économique et social où sont pris en compte des intérêts multiples y compris l'intérêt des salariés et l'intérêt de l'entreprise. En fait, si les mesures prises visent la protection de la santé des travailleurs, elles sont destinées aussi à la protection de l'emploi.

C'est ce qu'on peut remarquer également, à propos des mesures adoptées par l'Institut de santé et de sécurité au travail formant un guide de planification pour un plan de prévention de l'épidémie de corona « Covid-19 »<sup>1043</sup>.

---

<sup>1040</sup> Décret-loi du Chef du Gouvernement n° 2020- 2 du 14 avril 2020, portant suspension exceptionnelle et provisoire de certaines dispositions du Code du travail, *JORT*, n° 32 du 14 avril 2020, p. 767.

<sup>1041</sup> H. KOTRANE, « Un guide pour soutenir les efforts de l'État face à l'épidémie de Corona "Covid 19" et ses implications sur les contrats de travail et les relations professionnelles : mesures de protection et recommandation », *Leaders*, 25 mars 2020.

<sup>1042</sup> Notant à cet effet que le Conseil Supérieur de la Magistrature a émis un avis en date du 25 mars 2020 dans lequel il qualifie l'épidémie de Covid 19 de « force majeure ». Voir sur les conditions de cette qualification, H. KOTRANE, Covid 19, couvre-feu et contrats de travail », publié dans le magazine *Leaders*, 18 mars 2020, article accessible en ligne via le lien suivant :

<https://www.leaders.com.tn/article/29394-hatem-kotrane-covid-19-couvre-feu-et-contrats-de-travail>

Voir également les actes du colloque international sur « La Force majeure à L'épreuve de la pandémie de la COVID-19 » organisé par le laboratoire Règlement des Litiges et Voies d'Exécution de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Université Tunis El Manar, en partenariat avec la Fondation Allemande de Coopération Juridique Internationale (IRZ), notamment les interventions de S. JERBI, « COVID-19 entre force majeure et fraternité » ; I. MEMICHE, « La force majeure et le contrat » et A. ESSID, « La notion de force majeure », A paraître.

<sup>1043</sup> Institut de santé et de sécurité au travail tunisien (ISSST), « *Guide de planification du plan de continuité de l'entreprise- Guide entreprise 2020, L'infection par COVID19* ». Le guide comprend, en plus des mesures de santé publique, des mesures spécifiques dans tous les travaux et lieux de travail pendant les situations épidémiques, dans le but de renforcer la surveillance, l'examen et le suivi des cas et des destinations Communication, amélioration des mesures de prévention et de contrôle des infections et identification des mesures thérapeutiques et diagnostiques pour les cas, afin de prévenir la propagation de cette infection à la communauté. Le guide est accessible en ligne via le lien suivant :

[http://www.issst.nat.tn/uploads/FCK\\_files/Guide%20entreprise\\_2020\\_infection%20par%20COVID19.pdf](http://www.issst.nat.tn/uploads/FCK_files/Guide%20entreprise_2020_infection%20par%20COVID19.pdf)

Etant donné cette « absorption » de l'intérêt individuel du travailleur par l'intérêt général de toute la communauté, il n'est pas logique de chercher par une qualification excessive des lois de police, à assurer la protection du travailleur et de pallier ainsi aux insuffisances du rattachement retenu par la règle de conflit. De plus, on risque par un élargissement de la catégorie des lois de police du for, être confronté à un refus d'exécution du jugement par les autorités de l'Etat du lieu d'exécution parce que dans la conception la plus partagée, le mécanisme des lois de police intervient seulement lorsqu'il s'agit de sauvegarder le système de l'Etat.

Par ailleurs, le critère même de « l'organisation politique économique et sociale » semble susciter une conception stricte des lois de police. En fait, l'organisation du travail dans sa dimension aussi bien individuelle que collective présente un intérêt social et économique pour l'Etat « *et l'Etat seul peut intervenir de façon que chaque contrat passé entre un salarié et un employeur respecte ses objectifs sociaux* »<sup>1044</sup>.

D'ailleurs, la mise en œuvre de ce critère tel que présenté par Francescakis fait qu'il ne peut y avoir de loi de police sans que l'Etat ne soit directement touché par son contenu et ses effets juridiques. L'Etat ici, est envisagé en tant qu'ensemble d'autorités exerçant un pouvoir de commandement sur une communauté vivant sur son territoire. Pour qu'une loi soit justiciable de la qualification de loi de police, son application ou non application doit avoir des répercussions directes sur cette *communauté*. Il était alors, préconisé que le critère de l'organisation étatique soit compris au sens large comme comprenant « *tout élément d'organisation juridique qui intéresse directement la société étatique* »<sup>1045</sup> et pas seulement celles qui nécessitent une intervention des organes administratifs de l'Etat. Rien n'interdit que l'intérêt de l'Etat soit réalisé à travers des structures privées, des associations par exemple. C'est ce qui ressort par exemple de la loi tunisienne sur l'économie sociale et solidaire<sup>1046</sup>. C'est pour cette raison que Francescakis n'a pas exigé une telle intervention. Ce qui importe c'est de vérifier que la loi est « *organisatrice de la société dont l'Etat a la charge* »<sup>1047</sup>. La difficulté réside comme le remarque M. Jacquet, dans « *la reconnaissance du seuil à partir duquel une loi qui ne cesse pas d'être organisatrice des rapports contractuels devient en même temps organisatrice pour le compte direct*

---

<sup>1044</sup> E MOREAU, *Loi de police et contrat international de travail*, thèse doctorat., Paris X, 1993, p. 35.

<sup>1045</sup> P. FRANCESCAKIS, « conflit de lois (principaux généraux) », *Répertoire Dalloz de droit international*, I, 1968, n° 125 s.

<sup>1046</sup> Loi n° 2020-30 du 30 juin 2020, relative à l'économie sociale et solidaire, *JORT* n° 63 du 3 juillet 2020.

<sup>1047</sup> J. M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, pp. 280 s.

*de l'Etat c'est-à-dire organisatrice des structures que l'Etat met en place pour lui-même* »<sup>1048</sup>. L'Etat est ainsi, au centre des finalités des lois de police. En conséquence, en matière de contrat de travail comme d'ailleurs dans tous les contrats comportant une partie faible, ce qui est visé ce n'est pas uniquement, un rapport contractuel équilibré mais surtout, des buts économiques et sociaux tels que par exemple l'organisation du marché du travail<sup>1049</sup>.

En fonction de ce raisonnement, l'intérêt substantiel de l'une des parties ne peut, à lui seul fonder une loi de police. Mieux encore, on peut légitimement affirmer que cet intérêt individuel se trouve dissout dans un intérêt plus large, celui de la communauté.

Il devient alors, délicat d'identifier la finalité exacte d'une loi donnée, à moins de retourner à la distinction classique entre droit privé et droit public, de plus en plus contestable.

M. Rémy, semble adhérer aussi à cette conception restrictive des lois de police. Selon l'auteur, tout Etat peut formuler un intérêt à l'application de sa propre loi au rapport juridique avec lequel il présente certains liens. Mais cet intérêt ne se manifeste pas avec la même intensité selon qu'il s'agit d'une loi ordinaire ou d'une loi de police. Dans le premier cas, l'intérêt législatif de l'Etat n'est pas intense. En conséquence il « *ne se considère pas comme la seule source concevable pour la composition du régime juridique applicable au rapport de droit en cause, et partant de la politique législative qui inspirera ce régime* »<sup>1050</sup>. M. Rémy considère qu'il y a même un désintérêt de l'Etat dans des situations pareilles<sup>1051</sup>. C'est ce qui permet de donner la priorité à la sauvegarde de l'intérêt des parties, intérêt que nous nous autorisons de qualifier de procédural parce que ne touchant pas au contenu substantiel de la loi applicable ni du résultat matériel auquel fera aboutir cette loi. Il s'agit de leur intérêt à se soumettre à la loi qui présente les liens les plus étroits avec leur rapport juridique et qui correspond dans leur pensée à la loi normalement applicable<sup>1052</sup>. « *Toutes les lois et les politiques qu'elles illustrent sont alors, interchangeables* »<sup>1053</sup>. Par contre, dans le second cas, la tolérance de l'Etat à l'égard des différentes autres politiques législatives n'est pas exprimée. Celles-ci ne sont pas, à ses yeux interchangeables avec la sienne. L'intérêt de l'Etat n'est pas, alors, satisfait par une simple

---

<sup>1048</sup> *Ibid.*

<sup>1049</sup> A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Paris 1972, p. 150.

<sup>1050</sup> P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité. p. 240.

<sup>1051</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.* p. 86.

<sup>1052</sup> *Ibid.*

<sup>1053</sup> P. DE VAREILLE SOMMIERE, « Lois de police et politiques législatives », article précité. p. 240.

résolution conflictuelle par mise en œuvre du principe de proximité mais plutôt par la prévalence de sa propre législation dans la résolution du problème posé.

Dans ce contexte, les dispositions du droit du travail français relatives à la représentation des travailleurs sont illustratives<sup>1054</sup>. Au-delà de la protection qu'elles procurent aux travailleurs, elles constituent un aspect de l'organisation du marché du travail.

Il en est de même pour les appels doctrinaux en droit français, à qualifier les règles régissant la forme du contrat de travail de lois de police<sup>1055</sup> contrairement aux règles régissant la forme des autres contrats<sup>1056</sup>. Bien qu'elle soit favorable au salarié, cette solution profite également à l'ordre étatique puisqu'elle permet de valider dans une large mesure les contrats conclus verbalement et de limiter les situations d'illégalité.

Il nous semble difficile de concevoir une protection des intérêts individuels des salariés indépendamment de l'intérêt étatique. C'est ce qu'on peut vérifier aussi au niveau des règles minimales de protection des travailleurs telles que définies par la loi française de transposition de la Directive européenne relative au détachement des salariés dans le cadre de la liberté de prestation de service. En fait, la protection que cette loi procure aux travailleurs détachés ne peut être effective qu'avec l'existence de contrôle administratif<sup>1057</sup>.

L'interférence de l'Etat dans les normes protectrices des intérêts privés est ainsi nette et commande une qualification stricte des lois de police. La CJCE semble adhérer à cette

---

<sup>1054</sup> H. P. GLENN, « La conciliation des lois, cours général de droit international privé », *RCADI*, t. 364 (2013), pp. 195-470, spéc. p. 328. Voir également, M. L. NIBOYET et G. De GEOUFFRE DE LA PARADELLE, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> édition, éd., Paris, LGDJ, 2011, pp. 215-220

<sup>1055</sup> F. JAULT-SESEKE, « Contrat de travail international », *Répertoire de droit international*, Février 2019, n° 118. Selon l'auteur, « Cette solution qui vaut pour tous les contrats s'avère inappropriée pour le contrat de travail pour lequel les règles de forme sont souvent impératives dans la mesure où elles assurent la protection du travailleur. Il serait alors nécessaire de raisonner en termes de loi de police », F. JAULT-SESEKE, *Contrat de travail international, Répertoire de droit international*, Février 2019, n° 118.

<sup>1056</sup> En application de l'article 11 du Règlement Rome I, la forme du contrat est régie par la loi de son lieu de conclusion ou de celle qui le régit au fond. Il est à noter que la même règle est retenue en droit tunisien. L'article 68 du CDIP prévoit que « Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions déterminées par la loi applicable au contrat ou par celle du lieu de conclusion. La forme d'un contrat, conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents, est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats ».

<sup>1057</sup> En fait, pour la mise en œuvre de ce contrôle, la loi exige que l'employeur transmette aux agents de contrôle, un ensemble d'informations énoncées à l'article R. 1263-1 du code du travail. Elle prescrit également, avant que le détachement ait lieu, la transmission à l'inspection du travail, des informations en langue française sur l'entreprise, son activité en France et sur le salarié détaché et ses conditions de travail et de vie au lieu du détachement.

Ce contrôle administratif a été par la suite renforcé avec l'adoption de deux lois : la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi « Macron » et la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite loi « El Khomri ». En application de ces deux lois, l'employeur est tenu d'adresser une déclaration préalable à l'inspection du travail et désigner un représentant en France qui assurera la liaison avec les agents de contrôle (c'est ce que prévoit désormais, l'art. L. 1262-2-1 du Code de de travail français). Ces obligations à la charge de l'employeur ne sont écartées que dans deux cas : le premier se rapporte aux opérations de courte durée (article L. 1262-6 du Code de travail français tel que modifié par l'article L. n° 2018-771), le second à l'aménagement convenu avec l'entreprise (article L. 1263-8, du Code de travail français tel que modifié par l'article L. n° 2018-771).

conception restrictive. Sa décision rendue le 26 octobre 2006, avant même l'entrée en vigueur du Règlement, est illustrative à cet égard<sup>1058</sup>. S'agissant d'une affaire qui se rapporte à un contrat conclu par un consommateur, la Cour met l'accent sur « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs ». L'intérêt privé du bénéficiaire de la norme et l'intérêt public de son auteur peuvent ainsi se confondre.

Force est, alors, de constater avec Mme. Lafargue « (qu') *il peut arriver que chacun des intérêts coïncide, comme c'est le cas du rapatriement et de la réintégration par la société mère du salarié licencié par une filiale étrangère. Mais, les lois de police ne poursuivent pas par elles-mêmes une finalité de protection du travailleur : leur fonction première resterait la sauvegarde des intérêts étatiques* »<sup>1059</sup>.

Mais la hiérarchisation des intérêts peut avoir un impact antisocial lorsque l'intérêt étatique s'avère préjudiciable au salarié. L'affaire Nikiforidis<sup>1060</sup> en est une illustration typique. Dans cette affaire, la CJCE était appelée à déterminer, à propos du contrat d'un enseignant grec exerçant en Allemagne, si le juge peut donner effet à des lois de police étrangères autres que celles visées à l'article 9, § 3. La loi de police en cause était la loi grecque prévoyant une diminution des salaires des enseignants. Préjudiciable aux intérêts particuliers des salariés, la loi exprimait pour la Grèce un choix d'ordre économique. Elle l'a, d'ailleurs, adoptée sous la pression de l'Union européenne en vue de réduire son déficit budgétaire. Dans sa réponse, la Cour a donné la faculté au juge allemand de prendre en compte cette loi, en tant qu'élément de fait, dans l'hypothèse où la loi du contrat le prévoit. L'intérêt économique étatique prévalait, selon cette jurisprudence, sur l'impératif social de protection des salariés.

## **§ 2 Les effets de la hiérarchisation des intérêts**

***Prévalence des intérêts étatiques.*** L'examen des fondements avancés par les théoriciens en vue de justifier la primauté de l'intérêt de l'Etat par rapport à celui des parties

---

<sup>1058</sup> CJCE, 26 octobre 2006, E-M. Mostaza Claro c/Centro Movil Milenium, aff. C-168/05, *Rev. arb.* 2007, 199, note L. Idot.

<sup>1059</sup> M. LAFARGUE, *les relations de travail dans les entreprises transnationales*, thèse de doctorat en droit privé, Bordeaux, 2015, p. 445.

<sup>1060</sup> CJUE 18 oct. 2016, Nikiforidis, aff. C-135/15, *RCDIP*, 2017. 238, note Bureau et Muir Watt ; *Dr. soc.* 2017. 196, étude L. Pailler ; *JDI*, 2017. 197, obs. Fohrer-Dedeurwaerder ; *JCP*, 2016. 62, note Lemaire et Perreau-Saussine.

et par rapport aux intérêts de la société internationale nous permet d'expliquer la discordance au niveau du droit international privé entre les objectifs et les méthodes.

Parmi les arguments avancés en faveur de cette hiérarchie figure le caractère national des règles de droit international privé. Celles-ci sont à mettre en œuvre par le juge du for qui est tenu d'être au service de l'ordre juridique auquel il appartient. L'argument ne cache pas un certain nationalisme qui survit, alors que, la conception des conflits de lois sous l'angle d'un conflit de souveraineté se trouve largement dépassée.

Batiffol renforce cet argument par l'idée de l'antériorité de l'ordre interne par rapport à l'ordre international. Selon l'auteur, la société internationale est encore embryonnaire. La priorité devrait donc être donnée aux intérêts étatiques. A l'heure actuelle, « *si cet argument de la primauté de l'ordre interne trouve durablement des relais puissants au sein du droit positif, c'est parce qu'il est formulé à un moment où les sources de réglementation de la matière restent pour l'essentiel d'origine nationale et où en toute hypothèse, le juge étatique conserve le monopole de la résolution des litiges de droit international privé* »<sup>1061</sup>.

Ceci revient également, au fait que l'intérêt de l'ordre du for occupe, selon certains auteurs, une place privilégiée par rapport aux autres intérêts qui entrent en jeu. « *Aussi, en cas de concurrence entre celui-ci et celui des autres parties ou celui de la société internationale, en particulier lorsque la conciliation des intérêts en présence n'est pas en mesure d'aboutir, c'est le premier qui l'emporte incontestablement* »<sup>1062</sup>.

Du côté du travailleur, l'application des lois de police notamment du for n'est pas basée sur des considérations de faveur. Elles expriment, plutôt, un certain dirigisme et « *un envahissement du droit privé par l'Etat* »<sup>1063</sup>. Une lecture des arguments avancés par Francescakis, pour fonder la spécificité du mécanisme des lois de police nous permet de le prouver. L'auteur se base sur trois caractéristiques fondamentales pour différencier les lois de police de la méthode conflictuelle. C'est la première qui retiendra notre attention parce qu'elle conduit à la différence de finalité entre les deux méthodes.

Selon l'auteur, contrairement aux règles de conflit qui autorisent une hésitation quant à l'application de la loi du for ou de la loi étrangère, en fonction des liens que présente le rapport de droit avec l'une ou l'autre des lois, aucune hésitation n'est permise en présence

---

<sup>1061</sup> L. GANAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI*, 223 ss, spéc., p. 366.

<sup>1062</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>1063</sup> Y. LOUSSOUARN, « *Cours général de droit international privé* », cours précité, p. 317.



d'une loi de police du for. Les impératifs d'édiction de celle-ci font que son application soit irrésistible du moment qu'elle présente un minimum de rattachement avec le rapport en question. L'existence d'une loi de police du for, ne tolère donc aucune éventuelle application de la loi étrangère même plus favorable au travailleur. Il s'agit, donc, moins d'un intérêt contractuel que d'une concrétisation des politiques sociaux-économiques de l'Etat du « territoire »<sup>1064</sup>, que les lois de police cherchent à satisfaire. Ces lois traduisent les choix de leur auteur, donc, expriment une conception nationale du contrat de travail. M. Mayer explique l'accroissement de cette catégorie de lois, par le fait que, « *le législateur se préoccupe de plus en plus de l'incidence des relations privés sur le sort des collectivités, et notamment de la collectivité formée par ceux qui habitent le territoire* »<sup>1065</sup>.

**La hiérarchisation des intérêts et son impact sur la réalisation de la justice sociale.** Notre objectif s'inscrit bien dans cette perspective, celle de démontrer les insuffisances méthodologiques des lois de police à améliorer le résultat substantiel dans la détermination du droit applicable au contrat de travail. Alors que pour la doctrine, les lois de police contribuent avec d'autres méthodes à la satisfaction des impératifs de justice matérielle<sup>1066</sup>, elles ne le font que de façon relative tant qu'elles jouent principalement en faveur des intérêts de l'ordre étatique auquel elles appartiennent et indépendamment de leur impact réel sur les situations contractuelles en cause. « *Délaissant l'idée libérale traditionnelle d'après laquelle la satisfaction de l'intérêt général de la société procède de la satisfaction des intérêts individuels ..., ces lois postulent l'existence et l'engagement dans les relations privées d'une classe d'intérêts spécifiques, propres à l'ordre juridique et distincts des intérêts individuels* »<sup>1067</sup>.

Cette primauté de l'intérêt du for s'est traduite par une hiérarchisation d'une autre nature qui se constate au niveau des « principes » du droit international privé formulés par la doctrine<sup>1068</sup>. C'est dans ce sens que le principe dit de cohésion de l'ordre du for prime

---

<sup>1064</sup> Selon Y. LOUSSOUARN, il existe une mosaïque de textes dans les domaines les plus divers du droit formant des lois de police. « Le lien qui les unie tient au fait qu'ils sont dictés par des impératifs sociaux-économiques et se situent généralement sur le terrain de droit public », *Ibid.*

<sup>1065</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », article précité, p. 291.

<sup>1066</sup> L. GANAGE souligne que l'objectif de justice matérielle « se préoccupe, on le sait, de la solution au fond du litige sans égard à la bonne localisation de la relation juridique. Il se manifeste par des voies méthodologiques différentes – règles matérielles, règles de conflit à coloration substantielle, lois de police, mécanisme de l'ordre public – mais qui pour certaines d'entre elles coïncident avec celles qui sont au service de la cohésion de l'ordre interne », « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *cours précité*, p. 364.

<sup>1067</sup> ANCEL et LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e édition, 2006, commentaire no 53, paragraphe 8.

<sup>1068</sup> A partir de l'identification des intérêts et des objectifs du DIP, la doctrine a pu formuler des principes généraux : justice de DIP, justice matérielle, harmonie internationale des solutions, cohésion de l'ordre du for, prévisibilité des

celui de l'harmonie internationale des solutions. Il n'est pas étonnant que sur ce point, les lois de police recourent avec la méthode de la règle de conflit qu'elles sont supposées corriger.

Cette logique qui anime le mécanisme des lois de police, n'est pas en harmonie avec les exigences de justice sociale, qui selon Rawls ne doit pas être centrée autour de la satisfaction de l'intérêt général au détriment des intérêts individuels. Selon l'auteur, l'organisation des institutions sociales « *n'est légitime que si chacun est en même temps moyen et fin, si tous en tirent également avantage, et si chacun, dans ce contexte, considère comme légitime que les institutions sociales aient pour finalité, non pas seulement son propre avantage mais celui de chacun des membres de la communauté* »<sup>1069</sup>.

En conséquence, un élargissement de la catégorie des lois de police en droit du travail ne peut que réanimer l'idée selon laquelle le droit public, source d'une bonne partie de ces lois, est « allergique à la méthode conflictuelle »<sup>1070</sup>. On a déjà démontré que cette conception est liée à l'idée de territorialité du droit public vivement critiquée par la doctrine. Mais, certains auteurs, notamment tunisiens continuent à appréhender la distinction entre droit public et droit privé en fonction de l'opposition entre « intérêt général » de la communauté et intérêt individuel<sup>1071</sup>. Cet intérêt général correspond à la façon par laquelle l'Etat conçoit l'ordre sur son territoire, ce qui doit être légitime au regard des impératifs de souveraineté.

Aux vues de cette primauté de l'intérêt de l'ordre juridique par rapport à l'intérêt des parties, les lois de police ne peuvent contribuer que d'une manière limitée à l'amélioration du sort du salarié. Il ne faut pas, donc, espérer qu'on puisse par le biais de ce mécanisme apporter les remèdes nécessaires aux insuffisances de la règle de conflit à produire des solutions socialement justes et équitables. Or, la nature des rapports de travail exige que non seulement les Etats, mais aussi toute la société internationale, œuvre en faveur de la réalisation de l'équité dans la réglementation des rapports de travail. Pris sous cet angle, le prévaut des impératifs étatiques dans la hiérarchie des intérêts est une source d'incohérences

---

solutions, respect des droits acquis. Pour l'examen de ces différents principes, voir notamment, M-C. NAJM, *principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, Paris, Dalloz, 2005).

<sup>1069</sup> J.-f. SPITZ, « John Rawls et la question de la justice sociale », *Etudes*, éditions SER (la société d'édition de revues), 2011/1 (Tome 414), pages 55 à 65, spéc. p. 57.

<sup>1070</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>1071</sup> Cette distinction a perdu de sa valeur depuis qu'ont commencé à apparaître des branches de droit à cheval entre droit public et droit privé. Il en est ainsi, du droit économique, du droit des procédures civiles et commerciales. Le droit pénal est également qualifié par certains auteurs de droit mixte.

méthodologiques. Les lois de police sont supposées corriger l'excès d'internationalité de la règle de conflit qui ne donne aucune priorité à la *lex fori*, alors que l'application de celle-ci s'avère parfois irrésistible, sauf que par ce remède on risque de basculer vers le *lexforisme* et importer au niveau international les écarts entre les législations sociales nationales au lieu de les limiter. Ainsi, par exemple, la saisine du juge tunisien à propos du licenciement d'un salarié représentant syndical entraîne une mise en œuvre normale de la règle de conflit en raison de l'absence d'un statut protecteur pour cette catégorie de salariés qui aurait pu s'il existait avoir la qualification de loi de police. La même question soulevée devant le juge français déclenche une application immédiate et impérative de la loi française en tant que loi de police<sup>1072</sup>. On en déduit, que par leur ancrage étatique, les lois de police enracinent les inégalités sociales internationales, bien qu'il soit préférable de les réduire. En fait, « *par un curieux paradoxe, la méthode conflictuelle se voit aussi adressée la critique inverse : celle de receler une dose insuffisante d'internationalisme et d'être en conséquence impuissante à assurer le règlement des rapports internationaux à raison de l'inadaptation à la vie internationale qui est la sienne* ». <sup>1073</sup>

---

<sup>1072</sup> Il convient de remarquer à cet effet, que la Cour de cassation française a qualifié de « lois de police » les règles relatives au licenciement d'un salarié protégé : Ass. Plén., 10 juillet 1992, Air Afrique, Bull. Ass. Plén., 1992, n° 78, *RCDIP*, 1994. 69.

<sup>1073</sup> Y. LOUSSOUARN, Cours général de droit international privé, *RCADI*, t. II., 1973, p. 286.

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

L'apport des lois de police dans les contrats internationaux de travail doit être mesuré au regard de leur contribution à intégrer les considérations de justice sociale dans un sens progressiste dépassant les justes limites des conceptions nationales des droits.

A cet égard, deux limites sont à relever l'une d'ordre méthodologique et l'autre de nature substantielle.

Du point de vue de la méthode, le mécanisme des lois de police, continue à être imprégné par une logique territorialiste qui ne s'adapte pas avec la dimension transnationale ou universelles de certaines questions posées. Ainsi, l'application des lois de police du for relative à l'organisation du travail ou la représentation des salariés au sein des entreprises multinationales ou les réseaux d'entreprises relève d'une conception du travail totalement dissociée de sa réalité économique et sociale. Elle fait abstraction de l'intégration du salarié dans une communauté transfrontalière et opère un fractionnement de rapports de travail ce qui donne lieu à des solutions inégalitaires au sein du groupe ou réseau.

En droit tunisien spécialement, la pandémie sanitaire du Covid a relevé la défaillance du mécanisme des lois de police à établir un « ordre social juste ». Face à un problème universel, le droit du travail tunisien était parfois lacunaire, parfois autres laconique, et dans tous les cas, insuffisant à comparer notamment au droit français.

Mais, il convient de préciser que l'intervention des lois de police est par nature exceptionnelle et de ce fait le mécanisme de correction qu'elles forment ne peut avoir qu'un effet limité dans la mise en œuvre des choix économiques et sociaux de leur auteur.

Sur le plan substantiel, ces choix impliquent nécessairement des intérêts étatiques et ne peuvent être réductibles à une pure protection de l'individu ce qui met en question la participation des lois de police dans la réalisation de la justice sociale dans sa forme la plus récente axée autour de la reconnaissance des droits de personnes. Ces limites appellent à l'exploitation des autres pistes possibles autorisant une conception de la justice sociale plus adaptée à la réalité du contexte actuel dans lequel se développent les rapports internationaux de travail.

## CHAPITRE DEUXIEME

### LA CORRECTION PAR LES NORMES MATERIELLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

*Méthode matérielle et justice sociale, quelle concordance ?* Si la méthode des règles matérielles de droit international privé se présente comme un correctif à la règle de conflit c'est parce qu'elle est censée corriger son insuffisance d'internationalisation<sup>1074</sup>. En fait, la notion de normes matérielles internationales se réfère aux règles, permettant dans une situation internationale, la résolution du problème de droit posé de façon directe. Deux caractéristiques essentielles font le particularisme de ces normes. D'abord, elles sont conçues spécialement pour les relations internationales. Ensuite, elles comportent une solution matérielle particulière différente en principe, des solutions réservées pour les rapports internes.

En raison de cette nature, les normes matérielles de droit international privé, sont supposées être les mieux adaptées aux rapports internationaux. Une réglementation juste du contrat de travail international appelle, dans une certaine mesure à des solutions substantielles appropriées distinctes de celles des contrats internes.

Seulement, l'évolution du droit international privé n'a pas entraîné une prolifération considérable de ces normes et la méthode de la règle de conflit continue à former le procédé principal de réglementation des relations internationales privées. Mais, bien que l'apport quantitatif des règles matérielles internationales, soit limité, nous estimons qu'elles méritent de faire l'objet d'un examen qualitatif pour au moins deux raisons. Sur le plan méthodologique, elles sont en train de s'ouvrir sur de nouvelles sources professionnelles et supranationales en adéquation avec les principes de justice sociale reconnaîtive et participative. L'intérêt méthodologique des règles matérielles internationales (**section 1<sup>ère</sup>**) est incontestable, mais aussi promoteur de l'avenir du droit international privé.

---

<sup>1074</sup> A cet effet, on peut remarquer avec M MEZGHANI, que « *Si le développement des lois de police est une réponse à l'excès d'internationalisme qui caractérise la règle de conflit de lois, l'émergence des règles matérielles de droit international privé tend, elle, à corriger son insuffisance d'internationalisme* », A. MEZGHANI, *Droit international privé. Etats Nouveaux et Relations Privées internationales système de Droit Applicable et Droit Judiciaire International*, op. cit, p. 178.

Sur le plan substantiel, l'apport de la méthode matérielle (**section 2<sup>nde</sup>**) doit être vérifié sous l'angle de ses sources étant donné que l'idéal de justice sociale s'accommode au mieux avec les normes de sources internationales ou à vocation universelle.

## **Section 1 : Intérêt méthodologique des normes matérielles internationales**

***Adaptation méthodologique de la méthode matérielle au principe de justice sociale.*** L'apparition du mécanisme des règles matérielles de droit international privé s'inscrit dans le cadre de la correction des insuffisances de la méthode conflictuelle. Il s'agit précisément d'introduire à travers ces règles un certain substantialisme compte tenu des enjeux liés à l'internationalité du rapport de droit. En droit international privé, cette apparition n'est pas trop ancienne. En fait, « *la notion des règles matérielles de droit international privé (ou du « droit international privé matériel » a été dégagée par la doctrine à une époque relativement récente (par rapport à celle de la règle de conflit), quand bien même le procédé de solution est ancien, puisqu'un de ses exemples n'est autre que le jus gentium des Romains* »<sup>1075</sup>. L'intérêt du recours à ce procédé, dépend en large mesure de l'identification de son articulation avec les autres méthodes de droit international privé (§ 1). En fait, le pluralisme méthodologique auquel il participe, n'est pas une fin en soi. Il doit avoir comme but, la réalisation de la justice.

En droit international privé, la méthode de droit matériel n'a pas manqué à susciter les débats. Les divergences autour de la notion ne sont pas totalement dissimulées. « *Ce n'est pas seulement l'importance de la notion qui est discutée, c'est aussi son contenu et sa délimitation : les divergences de vues sont nombreuses, par exemple sur les cas dans lesquels on est véritablement en présence d'une règle matérielle de droit international privé* »<sup>1076</sup>. Si les hésitations sont moins importantes à propos des normes matérielles de sources législatives, elles le sont plus vivement à propos des normes provenant d'autres sources notamment professionnelles. Ceci nécessite que les doutes soient levés et la place que ces règles peuvent occuper en droit international privé matériel identifiée (§ 2).

---

<sup>1075</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé international privé (cours général) », cours précité.

<sup>1076</sup> *Ibid.*, p. 92.

## § 1 Articulation des normes de droit international privé matériel avec les autres mécanismes : sens et limites du pluralisme

### *Pluralisme des mécanismes et étendue des spécificités méthodologiques.*

L'apport de la méthode des règles matérielles internationales dans la correction des insuffisances de la règle de conflit à réaliser la justice sociale dans le contrat de travail ne peut être mesuré qu'en relevant d'abord, sa place au sein des méthodes de droit international privé. Aux fins de cet examen méthodologique, nous proposons de s'arrêter sur son articulation avec la règle de conflit d'une part et avec les lois de police d'autre part.

#### A- Articulation du droit international privé matériel avec la règle de conflit de lois

*Du pluralisme à l'agencement juridique des méthodes.* Afin de démontrer les rapports qu'entretient la méthode des normes matérielles internationales avec la règle de conflit à laquelle elle est supposée remédier, il convient de relever ses caractéristiques distinctives.

##### 1) Éléments de distinction

*L'internationalité des normes matérielles de droit international privé, une spécificité méthodologique.* Il convient d'abord, de signaler que les normes matérielles internationales sont en premier lieu, des règles de conflit parce qu'elles résolvent un conflit de lois. Seulement, ces règles de conflit matérielles n'opèrent pas de la même façon que les règles conflictuelles ou de rattachement désignées par règles de conflit de lois bilatérales. Celles-ci se bornent, en fait, à localiser le rapport de droit dans un seul système juridique procédant ainsi à une distribution de compétence législative entre les différentes lois en conflit. Il appartient au juge, par la suite d'appliquer la solution matérielle de la loi désignée pour régler le problème au fond. Par l'effet de la localisation, le rapport international est assimilé à un pur rapport interne et le droit applicable est déterminé d'une façon indirecte.

A l'inverse, les normes matérielles de droit international privé ne prévoient de solutions que pour les relations présentant un élément d'extranéité. Elles leur réservent une

solution substantielle originale. L'inégalité de traitement qu'elles opèrent en faveur des rapports internationaux se justifie, dans la politique législative d'un Etat donné, par l'inégalité de situations<sup>1077</sup>. Ce faisant, la norme de droit matériel permet de régler directement le fond du litige. Elle est autonome puisqu'elle se suffit d'elle-même pour résoudre les problèmes de droit posés. Elle traduit la conception que fait son auteur du rapport international. La solution substantielle directe qu'elle comporte n'est pas ainsi, susceptible de bilatéralisation.

Les normes matérielles de droit international privé ont l'avantage, par rapport au mécanisme des règles de conflits de lois bilatérales, de mieux s'adapter à la dimension internationale du rapport privé. Mais encore faut-il pour que cette adaptation soit affirmée que l'internationalité du rapport juridique soit intense c'est-à-dire exige un traitement spécial qui ne peut être fourni par les normes interne du droit désigné par la règle de conflit.

***L'intérêt de la méthode matérielle en question.*** La légitimité de la méthode matérielle dépend de l'identification des rapports « *purement internationaux* » ou encore « *proprement et spécifiquement internationaux* »<sup>1078</sup> et la distinction de leur domaine par rapport à celui des rapports internes.

Elle suppose également que pour ce type de relations, « *les autres procédés à disposition en droit international privé et en particulier le procédé classique du « rattachement » se révèlent manifestement insuffisants* »<sup>1079</sup>. Cette seconde condition permet de mettre l'accent sur deux constatations.

Sur le plan de la méthode, il n'est pas toujours aisé de distinguer entre les règles matérielles de droit international privé et les règles de conflit de lois unilatérales. Les deux types de règles procèdent de l'unilatéralisme.

Sur le plan de l'opportunité, on peut se poser la question de l'intérêt de recourir à des règles matérielles tant que le résultat substantiel qu'on cherche à atteindre peut-être satisfait par des règles de conflit bilatérales à coloration matérielle qui constituent par les rattachements alternatifs ou cumulatifs qu'elles prévoient, des règles de faveur. C'est ce qui permet d'ailleurs, de nuancer la distinction entre les deux types de règles. En fait, on a pu

---

<sup>1077</sup> Selon M. BUSCHER, « le bon choix entre deux objectifs dont l'un met en balance l'opportunité de prévoir des solutions particulières dans certains cas internationaux, tandis que l'autre tend à préserver l'équilibre dans le traitement des situations internes et externes, tient à l'intérêt et à la politique législative de chaque Etat ». A. BUSCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, tome 341, 2009, p. 9-526, spéc. p. 139.

<sup>1078</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé international privé », *RCADI*, Tome 139, 1973, p. 75-147, spéc. p. 108.

<sup>1079</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé international privé (cours général) », cours précité, p. 99.



remarquer « (qu') *il y a des degrés dans la « substantialité » des règles comme dans leur caractère direct ou indirect* »<sup>1080</sup>. Certaines règles de conflit de lois sont à cheval entre les règles de conflit bilatérales et les règles matérielles. Ce sont des règles ayant « *un « caractère « mixte » ou, tout au moins, dont la nature - de règle de rattachement ou de règle substantielle – est sujette à controverses* »<sup>1081</sup>. Contrairement à la règle de conflit de lois classique, ces règles ne sont pas neutres. Par les rattachements qu'elles retiennent, elles favorisent un résultat matériel. C'est ce qui a amené certains auteurs à considérer qu'elles ne constituent qu'en apparence des règles de conflit et qu'en réalité, elles s'identifient aux règles matérielles. La même remarque a été apportée au « *principe dit du « rattachement subjectif », en matière de contrats, (qui) n'est pas unanimement considéré comme relevant véritablement des règles de rattachement. Certains y voient une règle substantielle ou comportant tout au moins une part de substantialité* »<sup>1082</sup>.

En dépit de ces similitudes, l'intérêt du recours aux règles matérielles internationales n'est pas anéanti. En fait, il est vrai, que les deux types de règles poursuivent un objectif commun, celui de favoriser un résultat matériel en privilégiant la solution substantielle la mieux adaptée à la situation. Seulement, « *Comparé aux règles substantielles « directes », le procédé opérant avec des rattachements alternatifs est certes différent, étant donné que le droit applicable est un droit national également applicable aux situations purement internes* »<sup>1083</sup>. Les règles matérielles de droit international privé ont par contre, un objet strictement international et prévoient des solutions spéciales.

Cependant la réticence de certains auteurs à la prolifération des normes substantielles internationales a été claire au point d'affirmer que « *l'internationalisation croissante des rapports sociaux ne semble pas devoir se traduire par un développement considérable des règles nationales de droit international privé matériel* »<sup>1084</sup>. Pour les questions nécessitant une réglementation matérielle directe, on a préconisé de conclure des conventions internationales<sup>1085</sup>.

La coexistence entre les deux méthodes de réglementation du conflit de lois invite alors, à préciser les rapports qu'elles entretiennent.

---

<sup>1080</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>1081</sup> *Ibid.*

<sup>1082</sup> *Ibid.*

<sup>1083</sup> A. BUSCHER, « La dimension sociale du droit international privé », cours précité, p. 134.

<sup>1084</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé international privé (cours général) », cours précité, p. 100.

<sup>1085</sup> *Ibid.*

2) Rapports entre les normes de droit international privé matériel et la règle de conflit

***L'autonomie de la méthode matérielle en question.*** L'efficacité de la méthode matérielle dans la réalisation de la justice sociale est tributaire des conditions de son application et de son autonomie par rapport à la règle de conflit. Bien qu'elle semble évidente, la question de la détermination du rapport entre la méthode de droit international privé matériel et la règle de conflit incite à réflexion. Son examen renvoie à la problématique suivante : les normes matérielles internationales, sont-elles réellement des normes applicables directement aux situations entrant dans leurs champs d'application ? Ne faut-il pas que l'ordre juridique auquel elles appartiennent soit désigné par la règle de conflit ? Il faut donc, trancher la question de l'indépendance des règles de droit international privé matériel par rapport à la règle de conflit de lois (a). Cette question se pose avec une complexité particulière en présence d'une règle de conflit conventionnelle. Tel est le cas en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (b).

a) La question de l'indépendance du droit international privé matériel par rapport à la règle de conflit de lois

***Méthode matérielle et règle de conflit : concurrence ou complémentarité.*** Une réponse positive, à la question de l'indépendance du droit international privé matériel par rapport à la règle de conflit de lois n'a pas fait l'unanimité de la doctrine. Il est vrai qu'aujourd'hui, il est largement admis que la méthode de droit matériel international constitue un procédé à part contribuant au pluralisme des méthodes du droit international privé. Néanmoins, son indépendance totale par rapport au procédé conflictuel est contestée par certains auteurs. C'est ainsi, qu'on a pu remarquer que ce même caractère « *implique, ou semble impliquer, l'existence d'une règle distincte, indépendante ou « extérieure » à la règle, de droit matériel, qui fournira elle la solution de la question posée ; et ceci même si cette dernière règle, substantielle, relève du même ordre juridique que la règle de rattachement, c'est à-dire de l'ordre juridique du « for »* »<sup>1086</sup>.

---

<sup>1086</sup> *Ibid.*, p. 106.

Si la norme matérielle internationale n'est pas apte à s'appliquer directement à un rapport international, il a fallu trouver un fondement pour son application. M. Mayer est parti de ce constat pour établir le rapport entre la norme matérielle et la règle de conflit. Selon l'auteur, « *même s'il existe dans la loi du for une règle substantielle propre aux relations internationales, elle ne doit pas être systématiquement appliquée ; il faut s'assurer d'abord qu'elle est compétente parce que la règle de conflit de lois la désigne. Autrement dit, le procédé direct de réglementation ne doit pas se substituer au procédé indirect, mais se combiner avec lui* »<sup>1087</sup>. Seulement, dans la pensée de M. Mayer, la désignation de la loi substantielle ne se fait pas par la règle de rattachement habituelle à savoir la règle de conflit de lois bilatérale puisque selon l'auteur, « *en toute matière où existe une règle française propre aux relations internationales, cette règle doit être appliquée par le juge français à l'exclusion de toute règle étrangère* »<sup>1088</sup>. Il existe, donc deux niveaux de rattachements. Au premier niveau, une règle implicite de rattachement indique s'il faut appliquer la norme matérielle de droit international privé ou s'il faut plutôt mettre en œuvre la règle de conflit de lois bilatérale. Celle-ci est reléguée au second niveau de rattachement.

Le raisonnement ainsi avancé par M. Mayer paraît compliqué relevant « *d'un raisonnement surtout verbal et quelque peu artificiel* »<sup>1089</sup>. En fait, si l'application d'une norme substantielle interne commande que le système juridique auquel elle appartient soit désigné par la règle de conflit de lois, il n'en va pas de même pour les normes substantielles internationales qui comportent une solution directe pour le problème posé. Mais, peut-on déduire de cette différence que les normes matérielles du droit international privé seraient des normes totalement indépendantes des règles de conflit de lois constituant avec celles-ci deux méthodes concurrentes ? Une telle constatation, exige selon M. Lalive que soit tranchée la question de la priorité de l'une des méthodes par rapport à l'autre. A ce sujet, l'argument selon lequel, la norme matérielle internationale devait constituer une solution spéciale qui déroge à la solution générale fournie par les règles de conflit de lois, n'est pas satisfaisant. Un conflit peut naître à propos d'une même question de droit entre la norme matérielle de droit international privé du for et une autre de même nature du droit d'un Etat étranger ayant des liens avec le rapport de droit en cause. Chacune des deux normes exprime la vision de son auteur, « *vision qui n'est pas nécessairement d'inspiration internationaliste mais peut*

---

<sup>1087</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 1977, Collection Université nouvelle, 1977, n° 20, p. 16.

<sup>1088</sup> *Ibid.*

<sup>1089</sup> P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé international privé (cours général) », cours précité, p. 95.

*être affectée par une certaine conception des intérêts nationaux* »<sup>1090</sup>. Trancher le conflit au profit des premières, favorise le *lexforisme*.

Les positions rejetant l'idée de l'indépendance de la méthode matérielle traduisent une préférence pour la méthode classique de la règle de conflit. M. Batiffol, l'avait clairement annoncé : la méthode de droit matériel international constitue l'une des branches du pluralisme des méthodes<sup>1091</sup>. Mais, en dépit de son intérêt, « *elle ne peut faire abstraction de la méthode des conflits de lois dont la généralité apparaît décidément supérieure* »<sup>1092</sup>.

***De la pluralité des méthodes au pluralisme fonctionnel.*** La priorité d'une méthode par rapport à une autre ne nous semble pas aussi importante. Le plus intéressant à savoir est le rôle que peut jouer chacune dans la réglementation des rapports internationaux et la réalisation de la justice. La pluralité des méthodes n'est pas un objectif en soi. En fait, « *Il ne peut exister de pluralité cohérente ou de coexistence entre des « méthodes » se servant d'explications divergentes, ou de finalités attribuées par des théories différentes, alors qu'elles aboutissent aux mêmes résultats. En d'autres termes, en acceptant le pluralisme, on n'a pas résolu le problème de la relation entre ses éléments constitutifs* »<sup>1093</sup>. Un pluralisme fonctionnel suppose que les rapports entre les différentes méthodes soient basés sur l'idée de complémentarité. Dans cette perspective, le recours aux normes matérielles internationales devrait permettre de pallier aux insuffisances de la règle de conflit parce que « *le but auquel doit tendre le droit international privé est bien une cohérence systématique qui justifie que l'on parle de pluralisme et non de pluralité* »<sup>1094</sup>.

Pour qu'elle puisse contribuer à l'amélioration des solutions du droit international privé, la méthode matérielle devait avoir une place claire et reconnue. C'est ce qui n'est pas facile à démontrer notamment en présence d'une règle de conflit de source conventionnelle.

b) L'applicabilité du droit international privé matériel, d'origine étatique en présence d'une règle de conflit conventionnelle

---

<sup>1090</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>1091</sup> A. BUSCHER, « La dimension sociale du droit international privé », p. 136.

<sup>1092</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé international », cours précité, p. 121.

<sup>1093</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>1094</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : Richesses et faiblesses, (Le funambule et l'arc-en-ciel), Cours général », *RCADI*, tome 312, 2005, p. 9- 488, spéc. p. 24

***Vrais et faux conflits de normes.*** Les places à accorder respectivement à la règle matérielle de droit international privé et à la règle de conflit de lois pose davantage de difficultés lorsque les deux normes proviennent de sources différentes. Un conflit de normes peut être engendré et devra être résolu contrairement aux autres hypothèses de conflit entre les deux méthodes où la solution est facile à avancer. Dans ces dernières hypothèses, il n'y a pas un vrai conflit de normes. C'est le cas, lorsque la règle de conflit est de source jurisprudentielle, elle peut être écartée par une règle matérielle nationale de source législative. De même, entre deux règles du for, l'une matérielle et la seconde conflictuelle, la diversité des méthodes exige que la primauté soit accordée à la première. Il n'y a pas également trop de difficultés lorsque la règle matérielle est d'origine conventionnelle. Celle-ci écarte l'application de la règle de conflit de lois nationale non seulement en raison de sa nature substantielle mais aussi, en raison de la supériorité de la convention par rapport au droit interne.

En dehors de ces hypothèses qu'on peut qualifier de de faux conflit, se pose un problème réel d'applicabilité de la règle de droit international privé matériel nationale en présence d'une règle de conflit de lois insérée dans une convention internationale. Est-il possible qu'une norme matérielle interne puisse évincer une règle de conflit de source conventionnelle ? La question se pose particulièrement en droit français, depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome.

Il faut mettre en œuvre le principe constitutionnel de supériorité des conventions par rapport aux règles de droit interne. La règle de conflit conventionnelle est supérieure aux règles matérielles de source interne qu'elles soient législatives ou professionnelles. C'est pour cette raison que certains auteurs tels que M. Coursier ont proposé, de qualifier les règles matérielles françaises se rapportant au travail international comme étant des normes impératives internationales afin de garantir leur application.

Le problème ne se pose par contre, pas pour les Etats ayant transposé les dispositions de la Convention dans leurs ordres juridiques. Ce faisant, ces dispositions sont incluses dans l'ordre interne de l'Etat concerné. C'est le cas d'ailleurs pour le Danemark, la Belgique et la République Fédérale d'Allemagne).

Pour le reste des Etats, le conflit n'est pas réglé. L'adoption du Règlement Rome I ne va pas changer grande chose dans cette articulation de normes. L'effet direct du règlement européen, fait que celui-ci s'intègre dès sa publication dans l'ordre juridique

interne de l'Etat. C'est ce qui découle de l'article 249 du Traité CEE (devenu l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : TFUE). Quant à leur place dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique étatique, le Conseil d'Etat français a décidé de les faire bénéficier des dispositions de l'article 55 de la Constitution. Les dispositions des Règlements ont en conséquence, une prééminence sur les lois françaises qui leur sont antérieures ou postérieures<sup>1095</sup>.

En raison de leur particularité, les règles matérielles internationales participent au pluralisme méthodologique en droit international privé et peuvent servir à véhiculer directement dans les rapports internationaux, les valeurs sociales et la conciliation d'intérêts multiples<sup>1096</sup> dont essentiellement l'intérêt du travailleur à la protection et à l'amélioration de sa situation sociale et l'intérêt de l'entreprise au progrès économique.

#### B- Complémentarité du droit international privé matériel avec les lois de police

***Justice sociale et substantialisme dans le droit matériel international et dans les lois de police.*** Examinée sous l'angle de la justice sociale, la méthode des règles matérielles internationales présente, comme d'ailleurs la méthode des lois de police, l'avantage de la substantialité. Les deux mécanismes autorisent une résolution directe du fond du litige. Sans avoir besoin d'être désignées par la règle de conflit, les normes matérielles internationales et les lois de police s'appliquent directement au rapport de droit entrant dans leur champ d'application.

Ainsi, on peut admettre que les deux procédés s'inscrivent dans le cadre de « *la fonction de direction* » propre à l'Etat social<sup>1097</sup>. En fait, le développement des objectifs sociaux de l'Etat a eu pour effet l'émergence de règles matérielles directement applicables aux relations privées internationales. Parfois autres, le principe de cohérence et d'unité de l'ensemble des valeurs de l'ordre juridique a commandé la transposition de règles impératives internes à l'ordre international. Les deux procédés constituent une réaction à

---

<sup>1095</sup> CE 24 sept. 1990, Boisdet, req. n° 58657, *Lebon* 1990, 251 ; LPA 1990, n° 123, p. 15, conclusion. Laroque ; *AJDA*, 1990. 863, chronique. Honorat et Schwartz ; *RFD-A*, 1991. 172, note Dubouis ; *RGDIP*, 1991. 964, note Rousseau. – CE 2 févr. 2000, SA L'Étoile du Vercors, req. n° 200047, *Lebon* 831.

<sup>1096</sup> Sur la question de la conciliation des *interest* en tant que fondement de la justice sociale, voir, J. RAWLS, *A theory of justice, the belknap press of Harvard university press cambridge, massachusetts, Press*, 1971.

<sup>1097</sup> J-D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, cours général », *RCADI*, 2000, t. 287, p. 9. p. 317.

l'encontre de la technique de la localisation. En fait, « *si le siège choisi ne donne pas une réponse adéquate, compte tenu des valeurs et objectifs de l'ordre juridique du for, il devient nécessaire d'établir une règle nouvelle pour compléter la règle existante* »<sup>1098</sup>. C'est ce qui appelle à l'intervention d'autres procédés de droit international privé opérant une matérialisation des solutions en dehors de la règle de conflit de lois. Cette intervention se justifie « *car, dans un premier temps, il est plus aisé d'établir une règle nouvelle que de modifier la finalité et le rattachement de la règle de conflit existant dans le système* »<sup>1099 1100</sup>.

Seulement, les deux procédés de matérialisation du droit international privé n'ont pas le même objet et ne poursuivent pas les mêmes objectifs.

***Droit matériel international et lois de police, quelle complémentarité ?*** Si les normes matérielles internationales ne sont conçues que pour des situations internationales, les lois de police sont des règles édictées principalement pour des rapports internes. C'est par la suite et en raison de leur contenu que leur application est rendue impérative aussi bien pour des rapports internes que pour des rapports internationaux. Le principal reproche qui leur est adressé est alors, le manque d'internationalité. Inversement, les normes matérielles sont établies principalement en raison de l'extranéité de la situation internationale et de la spécificité des problèmes qu'elle engendre. Elles comportent des solutions spécifiques et différentes de celles qui sont conçues pour des situations semblables mais internes. A ce titre, la méthode de droit matériel international est plus appropriée aux exigences de la citoyenneté internationale qui suppose, en plus des droits des salariés au travail décent, la reconnaissance de droits et libertés spécifiques nécessités par la mobilité internationale<sup>1101</sup>.

En fait, l'apparition et l'évolution de ces deux méthodes de droit international privé, au fil du temps est signe de leur complémentarité. Chacune poursuit la correction de l'un des inconvénients de la règle de conflit de lois. Dans cet ordre d'idées, la méthode matérielle vise principalement à adapter les solutions du droit international privé à l'extranéité qui marque les rapports qu'il régleme. C'est ce qui suppose que la norme matérielle soit

---

<sup>1098</sup> *Ibid.*

<sup>1099</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>1100</sup> La seconde étape, correspond, selon l'auteur à l'intégration de la règle matérielle impérative dans le droit international privé commun du système juridique à savoir la règle de conflit. C'est ce qui correspond à l'idée selon laquelle le rattachement du contrat de travail à la loi du lieu de son exécution habituelle est le résultat de la bilatéralisation des lois de police de travail.

<sup>1101</sup> A. SUPIOT, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, 2009, pp. 131-141, spéc. p. 139.

autorisée à produire des effets au plan international. Cette condition est source de difficultés pour certaines règles matérielles en matière de travail, notamment en raison de leur origine professionnelle.

## **§ 2 Particularisme de certaines normes matérielles en droit international privé du travail : les conventions et accords collectifs**

*Justice sociale et conventions collectives, quelle adéquation ?* L'élaboration de règles protectrices des travailleurs dans le cadre des conventions collectives n'est pas un phénomène nouveau. Elle est l'expression de la montée du syndicalisme. Les syndicats offrent aux travailleurs la voie d'exprimer leurs attentes et de transmettre leurs propositions. « *Ces propositions vont bien au-delà de leurs intérêts directs et ont souvent des retombées bénéfiques pour la société dans son ensemble. Le plus souvent les syndicats luttent contre l'injustice et les discriminations et pour l'égalité* »<sup>1102</sup>.

Actuellement et avec le développement du phénomène de la flexibilisation, les conventions et accords collectifs constituent un outil d'adaptation des exigences de la loi au secteur d'activité ou aux besoins de l'entreprise.

Seulement, en raison de leur nature mixte, les normes matérielles issues de conventions collectives posent le problème de leur applicabilité aux rapports internationaux (A). Dans certains cas, elles peuvent engendrer un conflit de normes (B).

### A- Applicabilité des normes matérielles issues de conventions collectives

***Impact des sources de la convention collective sur son statut.*** La question de l'applicabilité des normes matérielles internationales ne se pose pas de la même façon selon qu'on est face à une convention collective nationale appartenant à un ordre juridique bien déterminé ou qu'on est face à une convention collective internationale.

#### 1) Applicabilité des conventions collectives d'origine nationale

---

<sup>1102</sup> A. BREITENFELLNER, « Le syndicalisme mondial : un partenaire potentiel », *Revue Internationale du Travail*, vol. 136 (1997), n° 4, pp. 578-607, spéc. p. 592.



***Dualité de qualification de la convention collective et applicabilité internationale.*** La spécificité de la convention collective est d'avoir une nature mixte. En fait, elle est à la fois contrat et règlement<sup>1103</sup>. En tant que contrat, elle engage les parties contractantes. Mais, elle a également un effet réglementaire et normatif. « *Norme générale et abstraite, elle régit, telle une loi au sens matériel, l'ensemble des relations de travail, présentes et à venir, entrant dans son champ d'application* »<sup>1104</sup>. En raison de cette double qualification, la convention collective va avoir une position particulière en droit international privé. Par sa dimension contractuelle, elle constitue un objet de conflit de lois. Mais étant une norme, elle est également, sujet de conflit de lois et peut avoir vocation à s'appliquer à un rapport de travail international.

Deux raisonnements différents ont été avancés pour trancher la question de l'applicabilité internationale des conventions collectives. En fonction du premier, la convention collective est applicable au titre de norme de l'ordre juridique compétent. Le second raisonnement se base plutôt sur la compétence territoriale de la convention collective pour décider de son applicabilité. Ces deux raisonnements doivent être distingués pour pouvoir déterminer si une convention collective peut s'appliquer en tant que règle matérielle sans que l'ordre juridique auquel elle appartient soit désigné par la règle de conflit.

a) Applicabilité en tant que norme de l'ordre juridique compétent

***L'assimilation des conventions collectives aux normes législatives en question.***

En partant de l'idée que la convention collective constitue un élément de la loi applicable, la Cour de cassation française a pu affirmer, dans l'arrêt Masson, que « *la compétence de la loi française emporte celle des conventions collectives qui en font partie* »<sup>1105</sup>. Désormais, la convention collective, participe, à ce titre, de la loi applicable<sup>1106</sup>. Cette position était le résultat de toute

---

<sup>1103</sup> Cette dualité a été démontré depuis 1939 par P. DURAND, dans son article intitulé « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.* 1939, p. 353.

<sup>1104</sup> P. RODIERE, « Convention collective de travail », *Rép. Internat. Dalloz*, septembre 2002, p. 1.

<sup>1105</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civi. 5 nov. 1991, Sté Masson, *JDI*, 1992, p. 357, note M.-A. Moreau, *RCDIP*, 1992, p. 314, 1<sup>ère</sup> esp., note H. Muir Watt.

<sup>1106</sup> Sur cette double position de la convention collective en droit international privé, voir G. LYON-CAEN, « La convention collective de travail en droit international privé », *JDI*. 1964, p. 247.

une évolution jurisprudentielle<sup>1107</sup>. Elle a donné lieu, par la suite, à nombre de décisions<sup>1108</sup> allant jusqu'à l'application de conventions collectives étrangères parce qu'appartenant à la loi compétente pour régir le contrat<sup>1109</sup>.

Le principe de l'applicabilité des conventions collectives était par la suite, affirmé par le législateur français. L'article L. 341-5 du Code de Travail français prévoit que les salariés détachés en France par une entreprise étrangère y effectuant une prestation de service sont soumis aux lois, règlements et conventions collectives françaises.

Une solution pareille ne figure pas en droit tunisien. Mais cela ne signifie pas que les conventions collectives ne sont pas applicables aux rapports internationaux. Celles-ci participent à la production normative et le principe de leur applicabilité n'a pas besoin d'être formulé de façon explicite. Il en va d'ailleurs de même, pour la Convention de Rome et le Règlement Rome I pour ce qui est du droit français.

Néanmoins, l'assimilation du régime juridique des conventions collectives à celui des normes législatives n'est pas aussi évidente. La légitimité des normes de source professionnelle repose sur la participation des représentants aussi bien des travailleurs que des employeurs à leur élaboration. Il n'est pas facile, donc d'admettre qu'un employeur soit tenu de respecter une convention collective du for alors qu'il est établi à l'étranger. La remarque est valable également pour la situation inverse. C'est pour cette raison que certains auteurs ont proposé de limiter les cas d'application des conventions collectives<sup>1110</sup>.

L'applicabilité de la convention collective fondée sur son appartenance à l'ordre juridique compétent démontre très vite ses limites. Ce raisonnement ne permet pas de résoudre tous les problèmes. Encore faut-il déterminer si une règle insérée dans une convention collective et comportant une solution matérielle de droit international privé, est susceptible à ce seul titre d'avoir application. Peut-on se baser sur la délimitation du champ d'application territorial de la convention collective pour décider de son applicabilité dans de pareilles situations ?

---

<sup>1107</sup> Au départ, la convention collective était qualifiée par les juges français, comme étant d'application territoriale : Cass. Soc. 29 mai 1963, Verrerie et cristallerie d'Arques, *JCP*, 1964. II. 13523

<sup>1108</sup> Paris 3 février 1988, *Clunet*, 1989, pp. 378 et s., note. Fieschi-Vivet, qui énonce que : « la loi française est normalement applicable entre les parties..., y compris la convention collective étendue qui régit les relations de travail dans ce domaine d'activité ».

<sup>1109</sup> Soc. 7 mai 1987, *RCDIP*, 1988, 78 et s., note. H. Gaudemet-Tallon.

<sup>1110</sup> J-P. LABORDE, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *TCFDIP*, 2000, pp. 153-174, spéc. p. 161.

- b) Applicabilité de la convention collective en raison de la compétence territoriale

***Critère de la territorialité et applicabilité des conventions collectives aux rapports internationaux.*** Le principe de la territorialité signifie que la convention collective ne s'applique que dans les limites du territoire sur lequel, elle a été produite. L'application du principe de la territorialité aux conventions collectives conduit à respecter leur champ d'application. Dans la plupart des systèmes juridiques, ces conventions ont un champ d'application spatial bien déterminé.

En droit tunisien, on distingue entre les conventions collectives agréées et les conventions collectives d'établissement. Les premières s'appliquent à l'ensemble d'une branche d'activités. Leur conclusion est subordonnée à la détermination de leur champ d'application territorial et professionnel par arrêté du ministre chargé des affaires sociales. Les secondes concernent un établissement ou un groupe d'établissements. Elles ne peuvent être signées que lorsqu'une convention collective agréée est déjà applicable à l'établissement ou groupe d'établissements concerné. Le même principe se retrouve en droit français. En fait, certaines conventions collectives de branche professionnelle peuvent avoir un champ d'application national ou régional ou local. Les conventions ou accords collectifs d'entreprises ou de groupes déterminent, elles aussi leurs champs d'application en précisant les entreprises et groupes auxquels elles s'appliquent.

Un raisonnement proche se retrouve en droit français. Certaines conventions collectives françaises prévoient leur intervention extraterritoriale et étendent leur application aux rapports internationaux. A cet effet, elles peuvent comporter des normes réglant directement certains aspects liés au travail international. Les plus fréquents sont le détachement des salariés à l'étranger, et leur mise à la disposition d'une filiale étrangère.

Mais encore faut-il, pour l'applicabilité de la convention, qu'elle soit imposable à l'égard de l'entreprise. S'agissant d'un employeur étranger, son assujettissement aux conventions collectives françaises, n'est pas totalement exclu. Il dépend des règles de droit français qui distinguent entre deux types de situations. Si la convention a fait l'objet d'un arrêté d'extension par le ministre chargé du travail, elle est applicable à tous les établissements qui rentrent dans son champ d'application aussi bien territorial que professionnel. Par exemple, un établissement français d'une entreprise sise à l'étranger se

trouve soumis à la convention étendue. Par contre si la convention n'a pas fait l'objet d'un arrêté d'extension, et qu'elle constitue une convention de branche, elle n'est applicable qu'aux entreprises œuvrant dans la branche d'activité qu'elle couvre. Dans ce cas, l'entreprise étrangère échappe au champ d'application de la convention. Il en va de même pour les établissements de l'entreprise étrangère situés en France mais non dotés de la personnalité juridique. Par contre sont tenus par la convention, les sociétés de droit français, membres de l'organisation patronale, indépendamment de leur appartenance à un groupe étranger<sup>1111</sup>.

Mais à supposer que la convention ne prévoit pas expressément son application extraterritoriale, ou qu'elle limite son application au territoire national, est ce que cela élimine la possibilité de son application internationale ? Une réponse positive ne semble pas être justifiée<sup>1112</sup>. En principe, une convention collective s'applique à l'employeur qui lui est assujéti dans tous ses rapports de travail. Il n'est pas légitime de priver de la protection qu'elle procure, les travailleurs liés par des contrats internationaux. Seulement, en droit international privé, cette applicabilité doit avoir un fondement<sup>1113</sup>. Plusieurs justifications possibles étaient avancées. On pourrait qualifier de lois de police, les conventions collectives dont on veut garantir l'application aux rapports internationaux.

Mais, cet argument présente des limites. Toutes les normes provenant de conventions collectives ne constituent pas des dispositions dont l'application est impérative et immédiate et ne participent pas à la politique législative de l'Etat. Procéder autrement conduit à forcer le mécanisme de lois de police et à détourner sa fonction normale. Certains se sont demandés « *si on peut tenir pour règle de droit international substantiel celle qui conduit à soumettre à la convention collective tous les contrats de travail conclus par l'employeur concerné, y compris ceux relevant d'une loi étrangère* »<sup>1114</sup>. Il semble que cette solution parait la plus adéquate. Elle permet de respecter la délimitation de son champ d'application par la convention collective. Elle se

---

<sup>1111</sup> A. LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.*, 1997, p. 352-367, spéc. n° 20.

<sup>1112</sup> En fait, « si une telle disposition délimite un domaine d'application normal en même temps qu'obligatoire, il ne faut pas, sauf éléments d'appréciation complémentaires, y lire une exclusion de toute possibilité d'application extraterritoriale », P. RODIERE, « Convention collective de travail », *Rép. Internat. Dalloz*, septembre 2002, p. 2.

<sup>1113</sup> Selon M. RODIERE, l'existence de ce seul lien, ne parait pas suffisante. « *Il faut en outre que la convention collective trouve un titre à s'appliquer, une compétence, soit en tant qu'élément de la loi applicable (loi applicable ou loi choisie) soit, dans l'hypothèse où les parties au contrat de travail ont voulu son application, en tant que norme contractuelle* ». P. RODIERE, « Convention collective de travail », article précité, p. 2.

<sup>1114</sup> J-P. LABORDE, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *TCFDIP*, 2000, pp. 153-174, spéc. p. 160.

justifie d'autant plus que l'application des normes matérielles internationales ne touche que les conventions collectives du for. Mais, son principal intérêt, c'est de rendre possible l'application directe de la norme matérielle insérée dans une convention collective « *quand elle se veut applicable alors même que la loi du contrat lui est étrangère* »<sup>1115</sup>.

## 2) Applicabilité des conventions collectives d'origine internationale

***Conventions collectives transnationales et conventions collectives internationales, quel critère d'application.*** Lorsque la convention collective est conclue entre des partenaires sociaux relevant d'Etats différents, la question de son applicabilité et par là même de son autorité se pose avec une plus grande acuité.

Ces dernières années, la libéralisation mondiale de l'économie a eu pour effet l'internationalisation du dialogue social et la conclusion de conventions collectives internationales. Celles-ci sont conclues entre des partenaires appartenant à des Etats différents. Ce type de conventions collectives a trouvé un terrain favorable au niveau régional. En Europe, la création d'un marché commun, a permis le rapprochement des partenaires sociaux<sup>1116</sup>. C'est ce qui a donné lieu à des conventions collectives de dimension communautaire. Ce phénomène est une résultante normale du système économique mondial. Non seulement au niveau européen, mais aussi, au aussi international, la libéralisation des échanges et l'abolition des frontières ont poussé à une internationalisation de la politique des conventions collectives.

Deux hypothèses sont envisageables pour décider de l'autorité normative des conventions collectives internationales. Soit qu'il existe des textes qui réglementent la conclusion de ces conventions, dans ce cas, ces textes en déterminent la valeur juridique. C'est ce qui arrive généralement, lorsque les conventions collectives sont établies au niveau d'un groupe d'Etats liés par des rapports politiques et économiques, tels les pays qui forment la communauté européenne. Soit que la convention collective est conclue en dehors de tout cadre réglementaire, auquel cas, il n'est pas aisé de lui reconnaître une valeur normative. Il convient donc, d'examiner les deux hypothèses séparément.

---

<sup>1115</sup> *Ibid.*

<sup>1116</sup> La conclusion des conventions collectives à dimension européenne était rendue possible grâce à l'article 118 B du traité de Rome qui prévoit que les partenaires sociaux peuvent, s'ils le souhaitent établir des « relations conventionnelles ».

a) Les conventions collectives purement internationales

***Universalité des valeurs de justice sociale et internationalité de la négociation collective.*** Si la justice sociale est dans une large mesure reconnue supposant la reconnaissance des droits universels des travailleurs et la réduction des inégalités, elle s'accommode avec les outils de négociation sociale internationale. En fait, la conclusion de conventions collectives internationales est sans doute le signe de la reconnaissance d'intérêts collectifs de travailleurs exécutant dans des Etats différents et soumis, en conséquence à des législations différentes. Leur soumission à de mêmes normes professionnelles traduit leur appartenance à une même « communauté internationale », celle du groupe d'entreprise, ou de la multinationale. Ces différentes communautés de travailleurs « *n'ont cependant de sens et d'existence qu'au regard d'employeurs, pris eux-mêmes à titre individuel ou collectif, et qui entretiennent avec chacun des salariés isolément considérés une relation de direction et de subordination* »<sup>1117</sup>. L'appartenance du travailleur à une « *communauté internationale de salariés* », constitue une chance lui permettant de corriger par voie collective le déséquilibre de départ dans son rapport individuel<sup>1118</sup>. Cet intérêt est d'autant plus certain, si cette communauté contribue à la production de normes comportant des solutions substantielles à son rapport de travail international.

La conclusion de conventions collectives internationales n'est pas rarissime parce que « *depuis sa naissance, le mouvement syndical s'est efforcé de dépasser les frontières nationales* »<sup>1119</sup>. Elle devient une tendance dans les groupes internationaux et les multinationales. Ce sont des conventions qui sont généralement conclues avec des unions ou fédérations syndicales internationales<sup>1120</sup>. Ce type de conventions est source de plusieurs problématiques dont principalement, celle de leur validité et force obligatoire. Pris en tant que contrats, ces

---

<sup>1117</sup> J-P. LABORDE, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *TCFDIP*, 2000, pp. 153-174, spéc. p. 155.

<sup>1118</sup> Le développement des conventions collectives internationales est la conséquence normale du mouvement syndical qui a été poussé, en raison de l'orientation politique et économique internationale à adopter une approche mondiale. C'était notamment après la deuxième guerre mondiale que les premiers syndicats internationaux ont été créés on peut citer à ce titre la fédération syndicale mondiale, la confédération internationale des syndicats libres (CISL) et la confédération mondiale du travail. Chacune de ces organisations avait une orientation idéologique et politique. Voir à ce sujet A. BREITENFELLNER, « Le syndicalisme mondial : un partenaire potentiel », article précité, p. 593 et s.

<sup>1119</sup> *Ibid*, p. 593.

<sup>1120</sup> On peut citer à titre d'exemple l'accord international pour la promotion du dialogue social et de la diversité et pour le respect des droits fondamentaux au travail, conclu par la société Carrefour et la fédération syndicale Uni Global Union, le 30 octobre 2018. Il est précisé dans le préambule de cet accord, qu'il s'applique aux « entités de Carrefour », lesquelles constituent les sociétés intégrées dans le groupe Carrefour et dont Carrefour a le contrôle et le management.

accords ou conventions engagent les deux parties signataires et sont soumis en fonction de cette qualification au régime juridique des contrats internationaux.

Mais, il ne s'agit pas ici uniquement de contrat. L'accord collectif international est de nature à créer une réglementation des rapports sociaux dans le cadre d'un groupe de sociétés. Les normes qu'il contient sont destinées à s'appliquer aussi bien aux rapports collectifs qu'individuels qui se nouent dans les différentes filiales quel que soit le pays dans lequel elles ont leur siège.

### ***Les accords collectifs internationaux, instruments de justice ou de marketing ?***

La conclusion de ces accords par les entreprises à dimension internationale s'explique entre autres par des raisons de marketing. « L'entreprise citoyenne » est celle qui s'ouvre sur son environnement mais aussi qui intègre dans sa stratégie économique des actions de nature sociale. Ce qui est remarquable en lisant certains de ces accords, c'est la priorité qu'ils accordent aux intérêts économiques de l'entreprise. Le dialogue social et les droits accordés aux salariés font généralement partie des objectifs économiques de l'entreprise. Dans le dernier accord collectif signé par le groupe Carrefour, par exemple, il est précisé que les parties confirment que « *la croissance et la santé économique et financière de Carrefour et de ses entités est un préalable à tout développement de l'emploi et des conditions sociales et de rémunération qui encadrent et accompagnent le travail* »<sup>1121</sup>. Contrairement à ceux qui sont conclus au niveau national, les accords ou conventions collectifs internationaux ne sont pas conclus en vue de concrétiser une politique sociale bien définie. Sans négliger leur apport pour les salariés, leur conclusion de façon spontanée par les entreprises devait servir les intérêts de celles-ci en premier lieu c'est ce qui pourrait limiter leur apport dans la réalisation de la justice sociale. Mais, dans tous les cas, ces accords doivent être exploitées notamment par les syndicats tunisiens pour les rendre effectifs et faire profiter les travailleurs tunisiens des avantages que prescrivent ces accords.

***Les accords collectifs internationaux, quelle valeur juridique ?*** En raison de ce recours de plus en plus intense à la négociation collective internationale, il y a lieu d'identifier leur valeur juridique. Cette question n'est pas facile à résoudre. L'internationalité de la convention collective est source de difficulté. En tant qu'accord, son appréciation ne

---

<sup>1121</sup> Accord international pour la promotion du dialogue social et de la diversité et pour le respect des droits fondamentaux au travail, conclu par la société Carrefour et la fédération syndicale Uni Global Union, accord précité, p. 3.

pose généralement pas de problèmes. La question de sa validité est soumise aux mêmes règles applicables au contrat international. Mais, elle n'est pas, à ce seul titre opposable aux tiers. Pour qu'elle puisse obliger des travailleurs et des employeurs qui ne l'ont pas signée, il faut que soit établie une relation de mandat entre eux et les parties signataires de la convention.

Mais, la particularité de la convention collective découle normalement de sa valeur normative. Pour qu'elle existe, cette valeur doit être reconnue par l'ordre juridique sur le territoire duquel, la convention est supposée produire ses effets. En droit tunisien comme en droit français, la loi édicte des conditions pour la négociation et la conclusion des conventions et accords collectifs. Parmi ces conditions, figure la représentativité du syndicat. A supposer qu'une négociation avec un syndicat étranger soit admise<sup>1122</sup>, il n'est pas aisé de vérifier s'il est représentatif.

En conséquence, et en l'absence d'un droit international qui régleme la négociation collective, les accords auxquels elle donne naissance doivent respecter l'ensemble des dispositions impératives des pays vis-à-vis desquels ils veulent être reconnus comme tels<sup>1123</sup>. L'inobservation de ces conditions ne permet pas d'accorder la valeur de norme juridique à la convention collective internationale. Cela ne signifie pas qu'un travailleur ne peut pas se baser sur une pareille convention internationale pour demander ses droits. La signature de son employeur apposée sur la convention constitue un engagement unilatéral de sa part de l'appliquer à tous ses salariés.

Par ailleurs, la référence faite dans un contrat de travail à une ou plusieurs dispositions insérées dans une convention internationale, est équivalente à la référence à un droit international privé non étatique. La même qualification est valable pour les dispositions d'une convention internationale qui apporte une solution matérielle spéciale pour des rapports internationaux.

Depuis la thèse de M. P. Rodière <sup>1124</sup>, le statut de la convention collective internationale n'a pas pu avoir une clarification importante. La réglementation de ces conventions est restée prisonnière des instruments classiques de droit international privé, inaptes à appréhender sa dimension internationale. A l'heure actuelle, on ne peut que

---

<sup>1122</sup> Ce qui n'est pas interdit par exemple en droit international privé français.

<sup>1123</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, op. cit., p. 273.

<sup>1124</sup> P. RODIERE, *La convention collective en droit international : contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Paris, 1987, Litec.



réaffirmer que « *l'avenir de la convention collective internationale n'est pas encore nettement fixé. Il cherche une voie originale entre lois étatiques et dispositions internationales* »<sup>1125</sup>.

En dépit des questions inhérente à leur force obligatoire, les normes matérielles insérées dans des conventions collectives internationales sont révélatrices d'une flexibilité méthodologique qui peut être mobilisée au service de l'instauration de la justice.

#### b) Les conventions collectives communautaires

***Négociation collective européenne, le faible rythme.*** La conclusion de conventions collectives à l'échelle européenne a été favorisée par la montée de l'euro-syndicalisme qui a donné lieu à la création de la Confédération européenne des syndicats. En parallèle et au niveau de la communauté européenne, on a intégré un chapitre social dans le traité de Maastricht, lequel faisait de la cohésion sociale en ce qui concerne les conditions de vie et de travail, un objectif de l'union européenne. En raison de cette orientation, « *l'Europe promet d'être le principal laboratoire d'expériences et de syndicalisme mondial* »<sup>1126</sup>. Néanmoins, l'évolution de la négociation collective au niveau européen n'a pas été à l'image des attentes. Le premier accord à être conclu était celui du 31 octobre 1991 entre la Confédération européenne des syndicats en tant qu'organisation syndicale européenne et les organisations des employeurs, à savoir l'Union des industries de la Communauté, l'UNICE (*Union of Industrial and Employer's Confederations of Europe*) et le Centre européen des entreprises publiques, le CEEP (*Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics*). En raison du fort consensus sur cet accord, appelé désormais, accord sur la politique sociale, il a été annexé au traité de Rome<sup>1127</sup>. L'accord, impose à la Commission lorsqu'elle prépare une proposition d'action réglementaire en matière sociale, de consulter les partenaires sociaux. La consultation doit porter sur le principe de l'action et sur son contenu. Il était prévu de conclure un accord sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises à dimension internationale. Mais, ce projet n'a pas abouti. Par contre fut adopté, un accord sur le congé parental<sup>1128</sup>. Cet accord est intéressant

---

<sup>1125</sup> J-P. LABORDE, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *TCFDIP*, 2000, pp. 153-174, spéc. p. 162.

<sup>1126</sup> A. BREITENFELLNER, « Le syndicalisme mondial : un partenaire potentiel », article précité, p. 595.

<sup>1127</sup> On était amené à intégrer les dispositions de l'accord dans le traité. Mais, cette tentative n'a pas abouti en raison de l'opposition du Royaume Uni.

<sup>1128</sup> Accord conclu le 14 décembre 1995.

à citer non en raison de son contenu qui ne touche pas directement aux relations de travail internationales, mais pour démontrer la méthode de son insertion dans les ordres juridiques des Etats de la Communauté européenne. En fait, « *la solution a, en l'occurrence, consisté en une demande des partenaires sociaux adressée, via la Commission, au Conseil, d'adopter une directive, ce qui a été fait le 3 juin 1996. À ce jour, l'insertion dans les ordres juridiques nationaux n'est plus celle de l'accord, mais celle d'une directive* »<sup>1129</sup>. Le recours à une directive pour intégrer l'accord dans les différents ordres nationaux va avoir des effets quant à son interprétation<sup>1130</sup>. De plus, la directive comporte une sorte de règle matérielle concernant la validité de l'accord qui devrait être reprise par les ordres juridiques.

En somme, le statut des conventions collectives européennes n'est pas aussi avancé par rapport à celui des conventions collectives internationales conclues en dehors du cadre de la communauté européenne. Faute d'être conforme aux exigences légales de l'Etat sur le territoire duquel elle devrait avoir effet, la convention collective ne peut avoir la valeur d'une norme juridique. « *A terme, il est difficile d'imaginer que le droit communautaire fera l'économie de règles sur la représentativité syndicale* »<sup>1131</sup>.

## B- Le conflit de conventions collectives

### ***Le conflit positif des accords collectif, un cumul d'avantages pour le salarié ?***

Le conflit de normes n'est pas une hypothèse spécifique aux conventions collectives. En fait, dans l'ordre du for, il peut y avoir conflit entre différentes règles de droit international privé matériel. Ce conflit est généralement, résolu en fonction du principe de la hiérarchie des normes. Seulement, le conflit devient plus difficile à gérer lorsqu'il porte sur des normes de même source. En droit du travail, cette situation intéresse essentiellement les normes issues de différentes conventions ou accords collectifs. En conséquence, « *le salarié va pouvoir cumuler les avantages prévus par de nombreux accords collectifs : les accords directement choisis par les parties, les accords intégrés à la loi choisie par les parties, les accords applicables au lieu d'exécution du*

---

<sup>1129</sup> A. LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.*, 1997, p. 352, spéc., n° 28.

<sup>1130</sup> En fait, la clause 4-6 de l'accord prévoit que « *sans porter préjudice aux rôles respectifs de la Commission, des tribunaux nationaux et de la Cour de justice, toute question relative à l'interprétation du présent accord au niveau européen devrait, en premier lieu, être renvoyée par la Commission aux partenaires signataires qui donneront leur avis* ». Or, comme le remarque M. A. LYON-CAEN, « une telle clause est sans effet sur le mode de règlement des difficultés d'interprétation d'une directive ». *Ibid.*

<sup>1131</sup> *Ibid.*

*travail, les accords applicables à l'entreprise à laquelle le salarié est plus au moins toujours rattaché* »<sup>1132</sup>. On a pu remarquer que ce cumul aboutit au prix d'une incohérence des normes à une surprotection des travailleurs. En droit français par exemple, le conseil constitutionnel a refusé de donner au principe de faveur la valeur d'un principe constitutionnel<sup>1133</sup>. Le cumul des avantages tirés de conventions collectives dans un contrat international permettra, dans l'ordre international de restituer à ce principe, une place qu'il a perdue dans l'ordre interne.

Pour mieux gérer la situation de conflit de normes issues de conventions collectives, il faut distinguer pour le contrat international, entre les différentes conventions en fonction de leur contenu. Celles qui comportent des solutions spécifiques inhérentes à l'extranéité du contrat doivent avoir une priorité d'application. Il en doit être ainsi, pour les règles accordant des droits aux travailleurs à l'occasion de leur détachement (prise en charge du déplacement, de l'installation du travailleur détaché et de sa famille). Pour le reste, on peut se trouver face à des conventions collectives applicables en raison de leur extraterritorialité qui s'ajoutent à celles en vigueur dans le lieu d'exécution du contrat. M. A. Lyon –Caen, propose, dans de pareilles hypothèses de limiter l'exportation des clauses conventionnelles. Il s'agit ici d'une limitation rationnelle plus que légale. Selon l'auteur, « *le travailleur occupé à l'étranger est intégré dans une collectivité de travail qui a ses propres règles. Les clauses susceptibles de recevoir application à l'étranger sont donc celles qui ne perturbent pas l'organisation collective à l'étranger, c'est à dire celles qui se prêtent à une individualisation, ce qui exclut par exemple les clauses relatives à la santé et à la sécurité au travail* »<sup>1134</sup>.

La cohérence rationnelle du statut régissant le travailleur international doit être conjuguée avec la cohérence de l'ordre auquel il est intégré par l'effet de son envoi à l'étranger.

Le développement des conventions collectives édictant des solutions spéciales pour les rapports internationaux, s'adapte parfaitement avec les exigences de justice sociale, qui,

---

<sup>1132</sup> F. JAULT-SESEKE, « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales » in *le droit international privé esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris. Dalloz, 2005, pp. 455-473, spéc. p. 469.

<sup>1133</sup> Cons. Constitutionnel. Français, 29 avril 2004, no 2004-494. Le Conseil constitutionnel y précise au § 9 que « Considérant, en outre, que le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ».

<sup>1134</sup> A. LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.*, 1997, p. 352, spéc. n° 12.

dans certains de ses volets favorise la négociation collective. Pour qu'elle soit effective, cette adaptation méthodologique, doit s'accompagner par une richesse des solutions substantielles, ce qui ne vérifie pas à l'heure actuelle.

## **Section 2 : Apport de la méthode matérielle dans la réalisation de la justice sociale**

*Efficacité de la méthode et pluralité des sources.* La méthode de droit international privé matériel a été développée en droit international privé pour satisfaire des intérêts d'ordre substantiel. En matière de travail, il ne suffit pas que ces règles existent, encore faut-il qu'elles contribuent à satisfaire les impératifs de justice et à rétablir le déséquilibre de forces entre les deux parties. Pour vérifier si ces règles peuvent avoir un apport quelconque dans les rapports de travail internationaux, il faut en analyser le contenu et déterminer les finalités. Cet examen nécessite de distinguer entre les différentes normes matérielles qui ont été élaborées en fonction de leur source. En fait, comme d'ailleurs pour toutes les autres normes de même nature qui ont été établies dans les différents domaines notamment la matière commerciale, les normes matérielles internationales en droit du travail proviennent de sources différentes. Elles sont, en fonction de ce critère susceptibles de classifications diverses. On peut par exemple, opposer normes législatives aux normes professionnelles, normes nationales aux normes internationales, normes étatiques aux normes non étatiques et normes formelles aux normes informelles (celles-ci peuvent être étatiques ou non étatiques).

Une vue d'ensemble de cette production normative, nous permet de constater que l'Etat intervient parfois directement (par des normes de source législative ou de source conventionnelle) soit indirectement (en contrôlant les normes de source professionnelle sur son territoire et en leur donnant force obligatoire) afin d'encadrer les rapports de travail internationaux. Ce faisant il assume la responsabilité de l'efficacité de ces normes et de leur effet sur le plan social. Mais dans un autre sens et en dehors de toute participation étatique, se développent de plus en plus des normes matérielles provenant de structures internationales privées. Elles manifestent un processus d'autorégulation et une résistance aux efforts d'encadrement étatique. L'impact de ces normes matérielles reflète une facette non négligeable du droit matériel international en matière de travail. En fait, le recours de

plus en plus croissant à ces normes est signe de l'inadaptation des solutions conflictuelles classiques applicables au contrat international de travail. Mais, il traduit plus profondément, les mutations méthodologiques en droit international privé. Il en résulte deux mouvements contradictoires en cette matière : d'une part les Etats, s'efforcent, notamment par des procédés conventionnels de mieux encadrer les rapports sociaux internationaux. D'autre part ces rapports se prêtent à une autorégulation en dehors de tout cadre étatique.

Pour mettre en relief ces deux mouvements, il faut examiner l'apport du droit international privé matériel de source étatique et de source non étatique.

### **§ 1 Importance variable du droit matériel d'origine publique**

Les normes matérielles de droit international privé d'origine publique sont celles qui sont édictées par un Etat ou une organisation internationale ou bien dont la production et l'exécution s'effectuent sous le contrôle de l'Etat. En fonction de leurs sources, ces normes n'ont pas la même importance ni la même efficacité à régler les questions posées par les contrats de travail internationaux. Au niveau national, les normes matérielles élaborées dans les contours du territoire étatique traduisent une conception purement nationale de la justice ce qui met en question sa conformité avec les valeurs sociales universelles (A). A ces normes, s'ajoutent spécialement en matière de travail, les normes établies par une communauté d'Etats ou émanant d'organisations internationales. Ces normes d'origine internationale sont à priori, adaptées à la production de solutions sociales justes prenant en compte la particularité de certains rapports internationaux. Toutefois, la question de leur applicabilité par les juges nationaux est en question ce qui est de nature de limiter leur efficacité (B).

A- Le droit international privé matériel d'origine nationale, instrument au service d'une conception nationale de la justice

***Conception de la justice et diversité des sources.*** Au niveau national, l'édition de normes matérielles applicables aux rapports internationaux n'est pas le monopole de l'Etat. Comme d'ailleurs, pour le travail interne, la production normative peut être exercée par des professionnels. La distinction entre normes législatives et normes professionnelles

est révélatrice d'une différence, chez les auteurs de ces normes de la conception du rapport de travail international.

### 1) Les normes législatives

***Normes matérielles et travail des étrangers.*** Les premières normes matérielles internationales en matière de contrat de travail semblent être celles qui concernent le travail des étrangers ou le travail des nationaux à l'étranger. Le législateur tunisien ne s'est intéressé qu'à la première situation. A cet effet, l'article 7 du Code de travail tunisien prévoit que « *l'emploi de travailleurs étrangers est régi par les dispositions réglementant l'entrée, le séjour et le travail des étrangers en Tunisie* ». C'est ce qui explique que le législateur tunisien réserve le chapitre II de son livre VII intitulé « dispositions spéciales », à « l'emploi de la main d'œuvre étrangère ». Une remarque préliminaire s'impose dans ce cadre. Les dispositions du Code se rapportant à l'emploi des étrangers ne constituent pas nécessairement des normes matérielles de droit international. En fait, ces dispositions ne concernent pas toutes, le contrat de travail. Certaines se rapportent aux conditions de recrutement de travailleurs étrangers pour exercer en Tunisie. Elles relèvent ainsi plutôt de la condition des étrangers que de la réglementation de la question du droit applicable<sup>1135</sup>.

Sont qualifiables, par contre de normes matérielles internationales, les dispositions qui répondent cumulativement à deux conditions. Il faut qu'elles touchent directement et uniquement aux rapports internationaux, à l'exclusion des rapports internes. Il faut également, qu'elles comportent une solution à une question de droit posé. La norme matérielle de droit international, est en fonction de cette seconde condition semblable à une norme interne. Elle est composée d'un présupposé qui fixe son champ d'application et d'une sanction. En fixant certaines conditions pour la validité du contrat de travail d'un étranger en Tunisie, l'alinéa 2 de l'article 258-2 du Code de travail tunisien édicte bel et bien une norme de droit international privé matériel. Aux termes de cet article, le contrat de travail d'un étranger en Tunisie « est conclu pour une durée n'excédant pas une année renouvelable une seule fois. Toutefois, le contrat peut être renouvelé plus d'une fois

---

<sup>1135</sup> Il en est ainsi par exemple de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 258-2 du Code qui prévoit que « tout étranger qui veut exercer en Tunisie un travail salarié de quelque nature qu'il soit, doit être muni d'un contrat de travail et d'une carte de séjour portant la mention « autorisé à exercer un travail salarié en Tunisie » ».

lorsqu'il s'agit d'emploi d'étrangers dans leurs entreprises exerçant en Tunisie dans le cadre de la réalisation de projets de développement agréés par les autorités compétentes ».

De par son domaine d'application, cet article ne vise que des contrats internationaux. L'extranéité du contrat ne résulte pas ici, uniquement de la nationalité du salarié. Elle résulte de sa présence provisoire sur le territoire tunisien ce qui ne permet pas de l'assimiler aux travailleurs nationaux. C'est le cas d'un travailleur recruté pour exercer une tâche en Tunisie, à la fin de laquelle il doit quitter le pays sinon on ne trouve à quoi ça sert la limitation la durée du contrat et son renouvellement. En fait, les travailleurs étrangers nés en Tunisie et y résidant d'une façon ininterrompue ne sont pas soumis à une limitation du renouvellement de leurs contrats de travail. Ils sont considérés des travailleurs immigrés et sont tenus d'avoir une carte de séjour valide les autorisant « à occuper un emploi salarié en Tunisie », c'est ce qui relève de la condition des étrangers.

L'internationalité est plus claire pour le second groupe de situations visées par l'article 258-2 dans son alinéa 2, celles des contrats conclus par des étrangers exerçant dans leurs entreprises. Dans pareils cas, on est généralement face à des détachements ou expatriations<sup>1136</sup>. C'est ce qui explique que le contrat puisse être renouvelé plus qu'une fois.

De par sa solution substantielle, l'article 258-2, alinéa 2, en limitant la durée du contrat et ses renouvellements, édicte une condition de fond pour la validité de celui-ci, donc une solution de droit international privé matériel. Seulement, il n'est pas précisé le sort du contrat qui ne respecte pas cette exigence. Il faut revenir à ce sujet aux règles de droit commun telles que prévues dans le Code des obligations et des contrats tunisien. Le contrat dépassant la durée prescrite devait être nul étant donné ses effets sur l'ordre public économique et social<sup>1137</sup>.

---

<sup>1136</sup> C'est ce qu'on peut déduire également de l'application du même article 258-2 exigeant dans son alinéa 3, le visa ministériel pour les contrats de travail conclus par des étrangers. Le dit visa est ainsi exigé entre autres pour les contrats de travail des :

- des agents de nationalité étrangère détachés des entreprises mères ou dans le cadre de projets de partenariat ou de coopération entre des sociétés tunisiennes et d'autres entreprises étrangères
- Les agents de nationalité étrangère détachés auprès des succursales des entreprises mères titulaires de(s) marché(s) en Tunisie
- des agents de nationalité étrangère détachés auprès des succursales des entreprises mères qui participent dans le cadre de sous-traitance à l'exécution de(s) marché(s) en Tunisie

<sup>1137</sup> L'article 267 du même Code, prévoit que les travailleurs étrangers qui contreviennent aux dispositions des articles 258-2 « peuvent faire l'objet d'une mesure de refoulement du territoire tunisien par décision du Directeur chargé de la sûreté nationale ». Cette mesure de police suppose que le contrat soit entaché d'une nullité absolue pour contrariété à l'ordre public.

Seulement, il ressort de l'article 266 du Code de travail tunisien que « les travailleurs étrangers indûment employés doivent être mis à pied dès la constatation de l'infraction » ce qui entraîne alors, une suspension du contrat et non pas son annulation. Nous estimons que la sanction prévue par l'article 266 ne concerne pas la durée du contrat. Elle se rapporte aux autres conditions de forme exigées par l'article 258-2 telles que le visa ministériel et le modèle de contrat à utiliser. En fait, les infractions qui s'y rapportent sont susceptibles de régularisation. Ce n'est pas le cas pour la durée maximale du contrat de travail notamment après renouvellement illégal.

Notons, qu'en raison de l'importance de la solution édictée par l'article 582-2, on peut hésiter à la qualifier de loi de police. Seulement, il faut se rappeler qu'elle touche uniquement à un rapport international contrairement aux lois de police qui édictent des solutions primordiales aussi bien pour les rapports internes que pour les rapports internationaux.

Au regard de la protection du travailleur, l'article 258-2 alinéa 2 est sans intérêt. Son apport est par contre saisissable en matière de protection de l'emploi des nationaux par restriction au recours à la main d'œuvre étrangère. On ne peut, donc en déduire un complément de la solution apportée par la règle de conflit de lois et un instrument au service de la justice sociale.

Mais, cela ne signifie pas que le droit international privé matériel ne peut pas avoir un apport en matière de protection du travailleur international. Des exemples peuvent être tirés du droit comparé, tel l'article 4 alinéa 2, de la loi belge du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération du travailleur qui prévoit que « lorsque cette activité est exercée à l'étranger, la rémunération en espèce doit être payée, selon la demande du travailleur, en totalité ou en partie soit en monnaie ayant cours légal en Belgique, soit en monnaie ayant cours légal dans le pays où le travailleur exerce son activité ».

En droit français, c'est le titre IV du livre III du Code du travail qui s'intéresse à la question du travail des étrangers en France. Nonobstant les dispositions qui réglementent l'entrée et l'installation des étrangers sur le territoire français, certaines autres règles accordent des droits aux travailleurs étrangers tels que les repos et congés, l'hygiène et la sécurité et l'indemnité de rupture du contrat. Seulement, on a considéré que « *toutes ces dispositions, propres à des situations marquées d'extranéité n'énoncent pas de solutions fort différentes de celles applicables aux nationaux* ». C'est pour cela que selon M. Coursier, elles ne doivent pas



être qualifiées de normes matérielles de droit international privé<sup>1138</sup>. Favorisant une protection aux travailleurs étrangers, elles constituent d'après l'auteur, des normes impératives non de police. Les parties au contrat peuvent alors, convenir pour une *lex contractus* plus favorable pour le travailleur<sup>1139</sup>.

***Normes matérielles internationales et la question du rapatriement et reclassement.*** La question qui a suscité dans le Code du travail français une réglementation matérielle directe des rapports internationaux est celle du rapatriement. Un droit à rapatriement a été accordé au salarié dans deux rapports internationaux de travail.

Le premier concerne le travail, dans un groupe international de sociétés. A cet effet, l'article L. 1231-5 du code (anc. 122-14-8) crée à la charge de la société mère une obligation de rapatriement et de nouveau emploi au profit du salarié mis à la disposition d'une filiale étrangère puis licencié par celle-ci. La solution, ainsi préconisée, ne touche qu'à des rapports internationaux et régleme directement pour le juge français la question du rapatriement<sup>1140</sup>. Elle « *ne peut être interprété(e) comme énonçant une règle de conflit susceptible de conduire à l'application d'un droit étranger* »<sup>1141</sup>. L'article prévoit également qu'en cas de licenciement, le temps passé par le salarié au service de la filiale est pris en compte pour le calcul du préavis et de l'indemnité de licenciement. Seulement, cet article a été jugé inapplicable dans les cas où le droit français a cessé de régir le rapport contractuel avec la société mère antérieurement à l'expatriation<sup>1142</sup>.

L'apport de cette norme matérielle de droit international privé<sup>1143</sup>, est incontestable parce qu'indépendamment du droit désigné par la règle de conflit, elle procure au travailleur

---

<sup>1138</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, op. cit., p. 263.

<sup>1139</sup> *Ibid.*

<sup>1140</sup> C'est dans ce sens que la Cour de cassation française a affirmé « (qu') à supposer même la loi anglaise applicable, en l'espèce, au contrat de travail en raison de l'affectation du salarié auprès de filiales étrangères, cette circonstance ne suffisait pas à décharger la société mère des obligations mises à sa charge par l'article L. 122-14-8 du Code du travail », Soc. 30 juin 1993, n° 89-41-293., D. 1993. IR 218 ; RJS 1993. 520, n° 866 ; JCP E 1993. II. 523, note Coursier (2<sup>e</sup> esp.).

<sup>1141</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, op. cit., p. 263.

<sup>1142</sup> Soc. 30 juin 1993, n° 89-41-293., arrêt précité. en fait la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui a retenu qu' « en affectant M. X... au service d'une filiale, aux termes d'un accord concrétisé par une lettre du 21 novembre 1974 prévoyant que la législation du Royaume-Uni serait applicable au contrat de travail, le Centre avait agi à la fois en son nom personnel et pour le compte de sa filiale et qu'il avait toujours conservé la qualité d'employeur ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que le droit français avait cessé d'être applicable aux relations contractuelles des parties à la date à laquelle le nouvel engagement avait pris effet, et que, par suite, le salarié ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-14-8 du Code du travail ».

<sup>1143</sup> Pourtant, certains auteurs dont notamment E. PATAUT propose que l'article 1231-5 soit interprété comme comportant une loi de police et ce à fin d'en garantir l'applicabilité. E. PATAUT « Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés : aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne », RDT, 2011, p. 14-23, spéc. 20.

un droit à rapatriement et reclassement dans un autre emploi<sup>1144</sup>. Ce droit persiste même si le salarié n'a pas, avant son détachement, exercé des fonctions effectives au service de l'employeur qui l'a détaché<sup>1145</sup>.

Seulement, l'interprétation de cette règle s'est avérée délicate voir même complexe. Ceci est dû à l'identification du rapport contractuel entre le salarié et la société mère qui paraît aux termes de l'article 1231-5 ambiguë. En fait, la mise à disposition du travailleur au profit de la filiale étrangère suppose qu'il a rompu tout rapport avec la société mère. Il est alors, difficile de trouver un fondement à l'obligation de rapatriement et reclassement à la charge de celle-ci. La nature du lien qui la rattache au salarié n'est pas facile à identifier<sup>1146</sup>.

L'application jurisprudentielle de l'article 1231-5 montre que la Cour de cassation française a toujours prescrit aux juges d'établir l'existence d'un lien de subordination entre le travailleur et la société mère. Ce lien découle soit d'un contrat qui existait ou qui est maintenu entre les deux parties<sup>1147</sup> soit de la confusion des intérêts entre la société mère et la filiale étrangère<sup>1148</sup>. Mais, l'évolution de la jurisprudence à ce sujet a montré une grande flexibilité dans l'établissement du lien de subordination<sup>1149</sup>. L'obligation de rapatriement à la charge de la société mère n'est plus subordonnée au maintien d'un contrat de travail avec le salarié<sup>1150</sup>. L'objectif était toujours de satisfaire la finalité de la règle matérielle, celle de permettre au salarié muté à l'étranger d'être rapatrié et reclassé.

De cet exemple, on tire le constat que la norme matérielle d'origine étatique reste ancrée dans un cadre purement national au niveau de sa conception puisque indétachable des autres dispositions de l'ordre juridique qui la produit et qui servent à son interprétation

---

<sup>1144</sup> Dans son arrêt du 30 mars 2011, la Cour de cassation a précisé qu'en considérant que « *le contrat de travail de Monsieur Christophe X... était exclusivement régi par le droit américain en sorte qu'il ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 1231-5 du Code du travail ; qu'en affirmant qu'il importe peu que le contrat soit soumis au droit étranger, la Cour d'appel a encore violé l'article L.1231-5 du Code du travail* », Soc. 30 mars 2011, D. 2011. Actu. 1087, obs. B. Ines ; Dr. soc. 2012. 266, note P. Lokiec ; JCP S 2011. 1257, obs. Pagnerre ; Dr. ouvrier 2011. 480, note Lacoste-Mary.

<sup>1145</sup> Voir dans ce sens, arrêt de la Cour de cassation, Soc. 7 déc. 2011, D. actu. 2 janv. 2012, obs. Fleuriot ; D. 2012. Actu. 102 ; Dr. soc. 2012. 266, note Lokiec ; RJS 2012. 160, n° 193 ; JSL 2012, n° 314-6, obs. Lhernould ; JCP S 2012. 1066, obs. Dauxerre.

<sup>1146</sup> E. PATAUT, « Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés : aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne », article précité, p. 18.

<sup>1147</sup> Soc. 6 févr. 1996, n° 92-43.570, inédit ; Soc. 11 janv. 1995, n° 93-42.124, inédit ; Soc. 26 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 407 ; Soc. 26 sept. 2002, n° 00-44.402, inédit ; Soc. 9 mars 2005, n° 03-43.260, inédit ; Soc. 14 déc. 2005, n° 03-47.891, inédit ; Soc. 22 oct. 2008, n° 07-42.385, inédit.

<sup>1148</sup> Soc. 26 juin 1997, n° 94-45.173, inédit.

<sup>1149</sup> Soc. 10 févr. 2010, n° 08-42.860, inédit. Dans cet arrêt la Cour de cassation a prescrit aux juges de fond de vérifier simplement, « l'existence d'une société-mère ayant initialement engagé le salarié et l'ayant ensuite mis à disposition d'une filiale étrangère ».

<sup>1150</sup> Soc. 13 nov. 2008, n° 07-41.700, Bull. civ. V, n° 214. D. 2008. Actu. 2944, obs. L. Perrin ; *ibid.* Pan. 594, obs. Peskine ; RDT 2009. 29, obs. M-C. Amauger-Lattes ; Dr. soc. 2009. 69, obs. J-P. Lhernould ; RJS 1/2009, n° 68 ; JCP S 2009, n°1018, note Ph Coursier.

et à la détermination des conditions de sa mise en œuvre. Au niveau substantiel, la solution qu'elle édicte est le reflet d'une approche nationale. Son efficacité doit être déterminée au regard des valeurs sociales universelles notamment celle de la liberté, de l'égalité et de l'équité.

Le second type de situation où on a créé un droit à rapatriement au profit du travailleur est envisagé par l'article 1251-16 (ancien article 124-4). Il impose à l'entrepreneur de travail temporaire mettant un salarié à la disposition provisoire d'un utilisateur, d'insérer dans le contrat de travail le liant à ce travailleur une clause de rapatriement à sa charge si la mission s'effectue hors du territoire métropolitain<sup>1151</sup>. Seulement cette clause devient caduque en cas de rupture du contrat à l'initiative du salarié.

Malgré son importance, cette question de rapatriement des salariés envoyés pour des missions provisoires à l'étranger ou mis à la disposition d'une entreprise étrangère n'a pas été réglementée dans le Code du travail tunisien. Cette lacune est regrettable étant donné la fréquence des actes de transferts de personnels à travers les frontières notamment vers des pays voisins. Il aurait été utile de régler cette question par une norme matérielle de droit international privé pour que son application par le juge tunisien soit directe et non tributaire de la désignation de la loi tunisienne par la règle de conflit.

***Faible apport du droit international privé matériel de source législative.*** La principale constatation qu'on peut tirer à propos des règles matérielles de source législative est qu'elles sont rarissimes en matière de travail international. En fait, l'insuffisance des solutions conflictuelles est très manifeste dans certains rapports de travail. L'exemple typique est celui du travail dans le cadre d'un groupe international de sociétés. La connexité des questions sociales, commerciales, fiscales et autres appelle à une réglementation matérielle adéquate. Celle-ci permettrait de conserver l'unité du groupe, de mieux y appréhender les rapports de travail et par conséquent de mieux protéger les salariés. Seulement, l'apport législatif dans ce domaine est très faible. En droit international privé français, l'intervention législative n'a permis de régler que des aspects pointus et limités de la question. Ceci ne s'explique pas simplement par la réticence du législateur. Le problème est plus profond. Il touche aux limites de la méthode matérielle elle-même. En fait, la production de normes substantielles pour réglementer des rapports internationaux se

---

<sup>1151</sup> Soc. 19 décembre 2018, n° 17- 26-757 ; Arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 20 décembre 2018 n° 16/02029.

heurte à des obstacles méthodologiques puisqu'elle constitue une entrave à la coordination des systèmes en droit international privé. Elle conduit à une application inconditionnée du droit du for, et par là même à une méconnaissance de la dimension internationale du droit international privé, que ces normes soient purement étatiques ou d'origine professionnelle.

## 2) Les normes d'origine professionnelle

***Justice sociale et intérêt pratique des normes matérielles d'origine professionnelle.*** L'une des principales caractéristiques du droit du travail est la diversification de ses sources essentiellement par l'existence de normes professionnelles. Il ne fait pas de doute que l'élaboration des normes de source professionnelle constitue une manifestation de la dimension collective dans les rapports de travail. Leur participation à la réglementation des rapports de travail internationaux suppose l'existence d'une collectivité internationale de travailleurs. Seulement les normes que pourraient faire naître cette collectivité prennent généralement, la forme de normes non étatiques parce que produites en dehors des structures de tout Etat et n'appartiennent à aucun ordre juridique étatique. Il convient de préciser également que seules les normes professionnelles reconnues par l'Etat sont applicables en tant que normes matérielles d'origine étatique. En conséquence, celles qui sont purement privées, ne semblent pas justiciables. C'est ce qu'on peut déduire d'un arrêt récent de la Cour de cassation française en date du 13 janvier 2021<sup>1152</sup>. La Cour a refusé au règlement intérieur établi par une organisation internationale la valeur de « loi choisie par les parties ». L'occasion était propice pour préciser la valeur juridique du règlement de dimension internationale et pour examiner l'applicabilité de ses dispositions en tant que normes matérielles internationales. Mais, la Cour a passé sous silence cette question de qualification.

Néanmoins, l'apport des normes matérielles est incontestable lorsqu'elles sont de source étatique. Elles ont l'avantage d'apporter des solutions appropriées à la réalité des relations de travail international et de faire participer les représentants des salariés à leur rédaction, ce qui s'accommode parfaitement avec les exigences de justice sociale. Ces

---

<sup>1152</sup> Soc., 13 janvier 2021, *Ligue des États arabes c/ M. Y... M...*, arrêt n° 75 FS-P, pourvoi n° 19-17.157, D. 2021. 139 ; *Ibid.* 923, obs. S. Clavel et F. Jaukl-Seseke ; *Dr. soc.* 2021, p. 470, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2021. 376, obs. Laurence Usunier.

normes peuvent être comprises dans des conventions collectives ratifiées par l'Etat et portant sur certains aspects du travail international. Leur force obligatoire provient de la valeur juridique qui leur est reconnue par le droit positif de l'Etat sur le territoire duquel elles sont produites.

En droit français, il ne manque pas de normes matérielles issues de conventions collectives<sup>1153</sup>. Certaines, touchent à la question du détachement de travailleurs à l'étranger. « *Sous forme de « statut » plus au moins développé des travailleurs détachés ou expatriés, elles préciseront notamment les obligations pesant sur l'employeur* »<sup>1154</sup>. Les solutions qu'elles comportent ne sont pas toujours, trop différentes par rapport à celles prévues pour les rapports internes. En fait, elles « *procèdent à des « aménagements pour tenir compte de la réalisation du travail à l'étranger* »<sup>1155</sup>. L'objectif étant de garantir au travailleur envoyé à l'étranger le bénéfice de droits équivalents à ceux reconnus par les accords collectifs, aux travailleurs dans les rapports internes<sup>1156</sup>.

Les normes matérielles de droit international privé insérées dans des conventions ou accords collectifs touchent à plusieurs secteurs d'activité salariale. Elles ne sont pas sans apport en matière de transport<sup>1157</sup>. Elles procurent également une protection du personnel des entreprises œuvrant dans le domaine artistique et culturel<sup>1158</sup>. Mais elles demeurent plus

---

<sup>1153</sup> Un recensement de ces textes a été effectué par certains auteurs dont notamment PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, op. cit., p. 261 ; A. LYON-CAEN, La mise à disposition internationale de salarié, *Dr. soc.*, 1981, p. 747 et P. RODIERE, *Conflit de lois en droit du travail : étude comparative*, *Dr. soc.*, 1986, p. 121.

<sup>1154</sup> P. RODIERE, Convention collective de travail, *Rép. Internat. Dalloz*, septembre 2002, p. 2.

<sup>1155</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, op. cit., p. 283.

<sup>1156</sup> Voir dans ce sens, l'accord du 2 décembre 1986 sur les conditions de détachement des salariés temporaires à l'étranger, *J.O.* n° 3212.

<sup>1157</sup> C.C.N. (convention collective nationale) Transport aérien, personnel au sol, *J.O.R.F.* n° 3177, article 12 bis.

<sup>1158</sup> C.C.N. Entreprises artistiques et culturelles, *J.O.R.F.* n° 3226. De même pour la C.C.N. Productions cinématographiques, *J.O.R.F.*, n° 3048, dont l'article 46 concerne les acteurs et l'article 39 concerne les techniciens.

nombreuses dans les différents secteurs industriels et commerciaux<sup>1159</sup>. Afin de protéger le salarié, certaines de ces règles exigent un contrat écrit pour son détachement à l'étranger<sup>1160</sup>.

Les normes matérielles d'origine professionnelle peuvent avoir un intérêt pratique considérable sauf qu'elles dépendent de leur reconnaissance par l'ordre étatique dont elles émanent et auquel elles sont rattachées.

#### B- Le droit international privé matériel d'origine internationale, une voie en faveur d'une justice universelle

***Le développement des règles matérielles de source internationales, un pas vers la modernisation du droit international privé du travail.*** Les règles étatiques de droit international privé matériel peuvent être élaborées dans un cadre international. Il en est ainsi des normes matérielles insérées dans des conventions multilatérales ou bilatérales ou produites par des instances internationales, dont essentiellement en matière de droit international privé du travail, l'OIT ou des instances régionales telle que la Communauté européenne.

Contrairement aux normes matérielles d'origine nationale, on ne peut leur reprocher de favoriser le nationalisme. Elles tiennent compte de l'internationalité à double sens. Elles sont internationales par leur source. Mais aussi, elles le sont par leur contenu destiné uniquement à régir des rapports marqués par l'extranéité. Cette internationalité renforcée fait de ce type de normes, la meilleure méthode possible de réglementation des rapports de

---

<sup>1159</sup> On peut citer notamment, l'accord du 22 octobre 1984 concernant l'industrie pharmaceutique, l'annexe II à la C.N. des ingénieurs et des cadres de la métallurgie, *LS* n° spéc. « Métallurgie – les principaux accords » du 8 décembre 1983 ; avenant I (ouvriers et collaborateurs), accord du 25 octobre 1985 ; avenant n° 36 du 23 mai 1984 à la C.C.N. Industrie française du carreau céramique, *J.O.R.F.* n° 3077 (ETDAM et cadres). Pour le secteur des industries chimiques, voir avenant I (ouvriers et collaborateurs), accord du 25 octobre 1985 et avenant II (AM et certains cadres), III (IC), avenant du 18 avril 1985, *J.O.R.F.* n° 3108. Dans le secteur des industries de la céramique sanitaire, voir annexe ETAM, *J.O.R.F.* n° 3057, article E.5 et annexe cadres, l'article C.5. Pour le secteur de transformation papiers et cartons et industries connexes, C.C.N. annexe Dessinateurs et TAM, *J.O.R.F.* n° 3250, article 12. Voir également C.C.N. Distributions et commerce en gros de papiers cartons, annexe IC, *J.O.R.F.* n° 3054, article 15 ; C.C.N. Industrie française des produits réfractaires, annexe IC, *J.O.R.F.* n° 3080, article C 5 et article E. 6, C. 6 et C.7 ; C.C.N. Industrie de fabrication mécanique du verre, *J.O.R.F.* n° 3079, article 28 ; C.C. Bâtiment région parisienne, *J.O.R.F.* n° 1214, article 17, C.C.N. caoutchouc, *J.O.R.F.* n° 3046, article 23.5 ; C.C.N. Activités de production des eaux embouteillées et boissons rafraichissantes sans alcool, 25 mai 1988, *J.O.R.F.* n° 3247, article 74 ; C.C.N. Expéditions de fruits et légumes, annexe 2 personnel d'encadrement, *J.O.R.F.* n° 32333, article 7 ; C.C.N. Industrie laitière, *J.O.R.F.* n° 3124, article 68 ; C.C.N. Production de papiers-cartons et de celluloses, annexe D.T.A.M, *J.O.R.F.* n° 3242, article 12.

<sup>1160</sup> Il en est ainsi par exemple, pour C.C.N. (convention collective nationale) Transport aérien, personnel au sol, *J.O.R.F.* n° 3177, *précitée* ; C.C.N. Production de papiers-cartons et de celluloses, *précitée* ; C.C.N. transformation papiers et cartons et industries connexes, C.C.N Industrie de fabrication mécanique du verre, *précitée*, C.C.N. Industrie laitière, *précitée*.

travail internationaux<sup>1161</sup>. En fait, l'unification des solutions substantielles applicables aux travailleurs internationaux serait un pas vers l'élaboration d'un statut transnational du travailleur international. On peut légitimement affirmer que « ces « *normes internationales* » constituent certainement le droit international privé de l'avenir »<sup>1162</sup>.

Actuellement, les normes internationales qui méritent d'être étudiées sont celles élaborées par l'OIT. A ces normes s'ajoutent au niveau de l'Union européenne, celles de source communautaire.

#### 1) Les normes de l'OIT

***Apport relatif de l'OIT à la réglementation des contrats de travail internationaux.*** Le droit élaboré par l'OIT est couramment appelé droit international du travail. Ce n'est pas à bon sens que cette expression est utilisée. Ce droit n'est international que par ses sources. Il ne constitue nullement un droit du travail international.

En fait, l'œuvre de l'OIT consiste principalement à favoriser un rapprochement des différents droits nationaux. Elle procède par différents instruments dont notamment les Conventions et les recommandations. Les premières sont adoptées dans un cadre tripartite et ouvertes à ratification.

Les secondes suivent la même procédure de préparation et d'adoption. Mais, elles ne sont pas sujettes à ratification et n'ont pas donc de force obligatoire. Elles servent à orienter l'action des gouvernements. Contrairement à ce que prévoit la constitution de l'OIT, le recours aux recommandations était en pratique, une occasion pour compléter et préciser les conventions qu'elles accompagnent. Elles incitent les Etats en vue de l'adoption de dispositions garantissant des droits à tous les travailleurs ou à certaines catégories de travailleurs exerçant dans des secteurs d'activités bien déterminés.

Généralement, l'intervention de l'OIT porte sur les rapports de travail internes. Il est rare de trouver des textes qui touchent spécialement à des rapports internationaux et

---

<sup>1161</sup> Il ne faut pas confondre le droit international privé matériel de source conventionnelle et le droit matériel uniforme. Il arrive que l'un et l'autre comportent une solution uniquement pour des rapports internationaux. Seulement, le droit international privé matériel est par nature destiné spécialement à régir les rapports internationaux. Par contre l'application du droit matériel uniforme qui est le plus développé en matière de commerce international, dépend de sa règle d'applicabilité qui en limite le champ d'intervention. En fonction de cette règle d'applicabilité, la norme de droit matériel uniforme peut s'appliquer à des rapports internationaux mais aussi à des rapports internes.

<sup>1162</sup> PH. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*, op. cit., p. 268.

répondent aux caractéristiques du droit international privé matériel. Mais, cela ne signifie pas que de pareils textes n'existent pas. Parmi celles qui délimitent expressément leur champ d'application aux seuls rapports internationaux de travail, il y a lieu de citer la convention n° 57 sur la durée du travail à bord et les effectifs, adoptée en 1936<sup>1163</sup>. Elle fut le premier instrument consacré au travail maritime. Elle a été suivie par nombre de conventions et recommandations traitant des salaires, de la durée du travail ou du repos et des effectifs des gens de mer. Dans son article premier, la Convention précise qu'elle s'applique à tous les navires de mer affectés, dans un but commercial, au transport des marchandises ou des passagers et effectuant un voyage international. Elle exclue ainsi de son champ d'application les rapports de travail internes. En outre la Convention apporte des solutions substantielles en fixant, par exemple, la durée maximale de travail. Cette durée varie en fonction de certains critères, à savoir, la taille du navire, les fonctions exercées à bord, la composition de l'équipage et le fait que le navire soit en navigation ou en escale. Elle fixe comme limite 56 heures par semaine et 8 heures par jour, tout en prévoyant des exceptions. La Convention prescrit également des compensations en cas d'heures supplémentaires et interdit le travail de nuit des gens de mer de moins de 16 ans.

Ce texte a fait l'objet de plusieurs révisions parvenues successivement en 1946<sup>1164</sup>, 1949<sup>1165</sup>, 1958<sup>1166</sup> et la dernière en 1996<sup>1167</sup>.

L'examen de ces différents textes au regard de leur apport dans la réglementation des contrats de travail permet d'avancer quelques remarques.

---

<sup>1163</sup> C057 - Convention (n° 57) sur la durée du travail à bord et les effectifs, 1936 Convention concernant la durée du travail à bord des navires et les effectifs, adoption : Genève, 21ème session CIT (24 oct. 1936) -

<sup>1164</sup> C076 - Convention (n° 76) sur les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs, 1946, Convention concernant les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs, adoption : Genève, 28ème session CIT (29 juin 1946).

<sup>1165</sup> C093 - Convention (n° 93) sur les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs (révisée), 1949, Convention concernant les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs (révisée en 1949), adoption : Genève, 32ème session CIT (18 juin 1949).

<sup>1166</sup> C109 - Convention (n° 109) sur les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs (révisée), 1958, Convention concernant les salaires, la durée du travail à bord et les effectifs (révisée en 1958), adoption : Genève, 41ème session CIT (14 mai 1958). Cette convention comprend des dispositions relatives au salaire.

<sup>1167</sup> C180 - Convention (n° 180) sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires, 1996, Convention concernant la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires (Entrée en vigueur : 08 août 2002), adoption : Genève, 84ème session CIT (22 oct. 1996). Cette Convention a remplacé toutes les autres qui lui sont antérieures. Cela signifie qu'à partir de la conclusion de la Convention de 1996, les conventions antérieures cessent d'être ouvertes à ratification. C'est ce que prévoit l'article 16 de la Convention n° 180 de 1996.



D'abord, toutes les Conventions citées ne sont pas entrées en vigueur faute de ratification. Seule, aujourd'hui ouverte à ratification est la Convention n° C 180 de 1996 qui ne traite que de la durée du travail à bord des navires de commerce. En conséquence les dispositions matérielles relatives aux salaires n'ont pas pu voir le jour<sup>1168</sup>.

Ensuite, s'agissant, des heures de travail, et paradoxalement, la Convention de 1996 vient élever leur nombre maximal à 14 heures par jour et 72 heures par période de sept jours. C'est ce qui constitue une dégradation au regard de l'objectif de protection des travailleurs.

On en déduit, l'insuffisance des instruments de l'OIT et les limites de son rôle à régler les rapports de travail internationaux<sup>1169</sup>. Cette insuffisance est d'autant plus intense si on se rappelle que certaines conventions admettent des réserves à une partie de leurs dispositions. Il en est ainsi par exemple, pour l'article 5 de la Convention 109 qui autorise tout membre d'exclure au moment de la ratification, la partie II relative au salaire.

Par ailleurs, l'application d'une convention de l'OIT sur le territoire d'un Etat donné suppose qu'il l'a ratifiée. A ce titre, on peut regretter que la Tunisie qui a ratifié en 2016, la convention de l'OIT n° 185 sur les pièces d'identité des gens de mer, n'ait pas ratifié la Convention n° 146 portant sur les congés payés annuels des marins<sup>1170</sup> et la Convention n° 166 sur le rapatriement des marins<sup>1171</sup>. Ces deux textes sont entrés en vigueur en France, respectivement, le 15 juin 1978 et le 27 avril 2004<sup>1172</sup>.

S'agissant de la Convention n° 146, elle précise dans son article 3 que « *les gens de mer auxquels la présente convention s'applique auront droit à un congé payé annuel d'une durée minimum déterminée.*

*Tout Membre qui ratifie la présente convention devra spécifier la durée du congé annuel dans une déclaration annexée à sa ratification.*

*La durée du congé ne devra en aucun cas être inférieure à trente jours civils pour une année de service ».*

---

<sup>1168</sup> Celles-ci figurent dans la Convention n° 109 de 1958 qui n'a pas eu le nombre de ratification nécessaire et n'est pas en conséquence entrée en vigueur.

<sup>1169</sup> En fait, aux conventions déjà citées, on peut ajouter celle portant sur les congés payés des marins, C072 - Convention (n° 72) adoptée en 1946, à Genève, 28ème session CIT (28 juin 1946)

<sup>1170</sup> C072 - Convention (n° 72) des congés payés des marins, 1946, Convention concernant les congés payés des marins, adoption : Genève, 28ème session CIT (28 juin 1946).

<sup>1171</sup> C166 - Convention (n° 166) sur le rapatriement des marins (révisée), 1987, Convention concernant de rapatriement des marins (révisée) (Entrée en vigueur : 03 juil. 1991), adoption : Genève, 74ème session CIT (09 oct. 1987).

<sup>1172</sup> Actuellement, ces deux textes ont fait l'objet d'une dénonciation automatique, par la France à partir du 9 janvier 2014 par ratification de la convention MLC 2006.

La solution ainsi adoptée constitue une règle de droit international privé matériel. Elle précise que son application est conditionnée par un principe de faveur. Elle permet l'amélioration de la date minimale de congé annuel qu'elle prévoit par une disposition nationale auquel cas, elle n'est plus applicable.

Dans le même objectif de protection des marins, la convention n° 166 détermine les cas où le travailleur a droit à rapatriement. Elle énumère, également, les frais qui doivent être pris en charge par l'armateur.

Actuellement, les différents instruments adoptés par l'OIT relativement au travail des gens de mer, conventions et recommandations confondues, sont reformulés et réunis dans une seule convention dite MLC, (*Maritime Labour Convention*) adoptée en 2006<sup>1173</sup> et destinée à former « *une véritable charte des droits des marins* »<sup>1174</sup>.

Heureusement, ce texte a été ratifié par la Tunisie le 5 avril 2017. La France l'a ratifiée plus tôt, le 28 avril 2013.

La MLC apporte plusieurs dispositions protectrices des travailleurs à bord de navires. Ces dispositions ne touchent pas toutes aux rapports individuels de travail. Certaines portent sur la sécurité sociale. Mais, la Convention ne manque pas de règles de droit international privé matériel procurant certains droits aux marins. La plupart sont repris et actualisés des textes précédents. Le principal ajout est celui de la mensualisation du paiement des salaires.

Des exigences quant à la forme du contrat sont prévues afin de protéger le marin contre les abus de l'armateur. Il est ainsi, prescrit pour la constatation du contrat de travail, la conclusion d'un contrat d'engagement maritime signé par le marin et l'armateur ou son représentant. Le marin détient un original signé de son contrat. Il reçoit également, un document mentionnant ses états de service à bord du navire. Des mentions obligatoires sont également déterminées par la Convention et doivent figurer dans le contrat dont notamment le montant du salaire ou son mode de calcul, les congés payés annuels, la fonction du marin et son droit à un rapatriement.

---

<sup>1173</sup> La MLC 2006 a été élaborée entre 2001 et 2006. Elle a été adoptée le 23 février 2006 lors de la 94<sup>e</sup> session de la Conférence Internationale du travail, par 314 voix favorables, aucune voix contre, quatre abstentions. Elle est entrée en vigueur le 20 août 2013 après l'enregistrement de 30 ratifications représentant plus de 33 % de la flotte mondiale. La MLC est dite une convention « consolidée » parce qu'elle réunit dans un même texte l'essentiel des textes de l'OIT en matière maritime.

<sup>1174</sup> A. MONTAS, « Navigation maritime », *Répertoire de droit international privé commercial*, novembre 2015, p. 1, spéc. n° 198.

En dehors des secteurs qui, comme celui de la marine, sont de par leur nature, marqués de l'internationalité et suscitent une réglementation particulière, la production de normes de droit international privé matériel par l'OIT n'est pas remarquable. Les rapports internationaux de travail ne constituent pas un axe d'intervention de l'organisation. Le rapprochement qu'elle veille à réaliser entre les différentes législations nationales vise à réduire les écarts entre les différentes législations sociales nationales. Ceci devrait se répercuter positivement sur les rapports internationaux parce que la justice exige que la solution substantielle soit universellement admissible. Seulement, au regard du droit international privé, on ne peut pas noter une contribution directe de l'OIT. De plus, l'efficacité des normes quelle produit dépend de leur ratification par les États ce qui confirme l'emprise étatique dans l'instauration de la justice.

## 2) Les normes communautaires

***La production de normes matérielles communautaires en droit international privé du travail, relativement accélérée.*** Certaines de ces normes ne font que transposer dans la communauté européenne, des dispositions insérées dans des conventions de l'OIT. Il en est ainsi par exemple, de la directive n° 1999/63 du Conseil du 21 juin 1999<sup>1175</sup>. Cette directive entérine l'accord collectif européen du 30 septembre 1998 concernant le temps de travail dans la marine marchande. La transposition de la directive devait avoir lieu avant le 30 juin 2002. L'accord concerne les marins travaillant sur des navires marchands battant pavillon d'un État membre de la Communauté. Il reprend les dispositions de la Convention n° C180 de l'OIT<sup>1176</sup>. En application de la directive, tout marin bénéficie de congés payés d'au moins quatre semaines par an pour un emploi d'un an.

A ce premier texte, s'ajoute la directive n° 99/95 du 13 décembre 1999 du Parlement européen et du Conseil concernant l'application des dispositions relatives à la durée du travail des gens de mer à bord des navires faisant escale dans les ports de la Communauté<sup>1177</sup>. Sans apporter des solutions nouvelles, cette directive fait appliquer la directive n° 1999/63 et la Convention n° C180 de l'OIT de 1996 à tout navire faisant escale

---

<sup>1175</sup> JOCE, n° L 167, 2 juill.

<sup>1176</sup> P. CHAUMETTE, « Marin », *Répertoire de droit international privé international*, septembre 2003, n° 21.

<sup>1177</sup> JOCE, n° L 14, 20 janv. 2000.

dans un port de la Communauté, quel que soit son pavillon. L'objectif de cet élargissement de la protection procurée aux gens de mer peut s'expliquer par des questions de concurrence. En fait, on cherche à « *préserver la sécurité et d'éviter des distorsions de concurrence, même vis-à-vis des navires dont l'État du pavillon n'a pas ratifié la Convention. La concurrence loyale suppose de ne pas mieux traiter les navires battant pavillon d'États n'ayant pas ratifié les conventions internationales que les navires des États membres de l'Union européenne* ».

L'intervention du législateur européen dans la réglementation directe des rapports de travail internationaux ne se limite pas au secteur de la marine. D'autres textes plus généraux sont adoptés et destinés à s'appliquer à tous type de travail transnational. Certains se rapportent à des aspects collectifs de la relation de travail, telle la question de la représentation des salariés.

S'agissant du rapport individuel, le législateur européen a instauré une garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur<sup>1178</sup> lorsque celui-ci a des activités sur le territoire d'au moins deux États membres de l'Union européenne. La directive n° 80/987 du 20 octobre 1980<sup>1179</sup>, en son article 2, prévoyait, à ce titre que l'institution de garantie compétente est celle de l'État membre sur le territoire duquel est décidée l'ouverture de la procédure de désintéressement ou le territoire sur lequel la fermeture de l'entreprise est constatée. Une modification était apportée à cette disposition par la directive n° 2002/74 du 23 septembre 2002<sup>1180</sup> qui donnait compétence à l'institution de l'État membre sur le territoire duquel les travailleurs exercent ou exerçaient habituellement leur travail<sup>1181</sup>. Mais, les conditions de bénéfice de la garantie sont toujours les mêmes<sup>1182</sup>. Cette solution était

---

<sup>1178</sup> Un employeur est considéré en insolvabilité lorsqu'il a demandé l'ouverture d'une procédure de désintéressement collectif et que cette procédure a été ouverte.

<sup>1179</sup> Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE*, n° L 283 du 28 octobre 1980, p. 23.

<sup>1180</sup> Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JOCE*, n° L 270 du 08/10/2002 p. 0010 – 0013.

<sup>1181</sup> Aux termes de l'article 8 bis de la Directive européenne 2002/74/CE du 23 septembre 2002 que « lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail ».

<sup>1182</sup> Pour les applications jurisprudentielles de la directive, voir Soc. 5 janv. 2011, n° 09-69.035

maintenue par la suite, par l'article 9 de la directive n° 2008/94 du 22 octobre 2008<sup>1183</sup> qui venait modifier celle de 2002<sup>1184</sup>.

Par l'instauration de la garantie au profit du travailleur international, le droit européen effectue un rapprochement des différentes législations nationales tout en leur laissant la possibilité d'exclure exceptionnellement, les créances de certaines catégories de travailleurs salariés, en raison de la nature particulière de leur contrat de travail ou de l'existence d'autres formes de garanties assurant une protection équivalente. Mais pour garantir l'effectivité de la protection qu'elle procure aux travailleurs, la directive de 2002 a limité dans son annexe, la liste des travailleurs qui peuvent être concernés par l'exclusion.

En dehors, des questions pointues qui ont exigé une harmonisation des solutions, le droit international privé matériel de source conventionnelle ne contribue que de façon limitée à la réglementation des rapports de travail internationaux. Mais, en parallèle, se développe d'une manière plus accélérée des normes de droit spontané dont les auteurs envisagent une autorégulation de leurs rapports contractuels. Ces normes s'avèrent promotrices sauf qu'il est prématuré de leur reconnaître un statut juridique confirmé.

## **§ 2 Le droit matériel non étatique**

***Le droit matériel non étatique : apport indubitable et statut discutable.*** Le droit international privé matériel de source non étatique a pris naissance dans le domaine du commerce international. Le rapprochement des entreprises multinationales autour de besoins communs les a incitées à élaborer par elles-mêmes des normes destinées à régir leurs transactions. Si ce droit a pu se développer, c'est en raison de la limite du droit international privé étatique à appréhender la particularité des rapports internationaux. En fonction de cette même logique, il n'est pas choquant de constater en droit du travail, le développement d'un droit substantiel spontané. Les groupes multinationaux ont besoins de normes appropriées à leur envergure mondiale, dont elles ne peuvent pas attendre l'élaboration, par voie étatique ou interétatique. Il arrive que l'élaboration des normes par

---

<sup>1183</sup> Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE*, L n° 283, 28.10.2008, p. 36-42.

<sup>1184</sup> Voir pour la succession des directives et leur articulation, CJUE 10 mars 2011, aff. C-477/09, Défossez, Europe 2011. Comm. 190, obs. Driguez, indiquant que le salarié ne dispose pas d'une option, à moins que le législateur national l'autorise pour accroître sa protection.

les entreprises s'effectue avec participation des salariés à titre individuel ou collectif. Elles prennent généralement la forme de clauses contractuelles ou d'accords collectifs internationaux. Au niveau de cette partie de notre étude, nous n'aborderons les normes matérielles non étatiques que dans la mesure où elles édictent des solutions matérielles spéciales pour les rapports de travail internationaux. Deux principaux outils sont utilisés, les clauses contractuelles et les accords collectifs internationaux. Nous n'examinerons pas dans ce cadre, les codes de conduite et chartes éthiques qui bien qu'ayant fréquemment un champ d'application transnational ne s'adressent généralement pas de façon spécifique aux rapports internationaux. Leur contribution à la concrétisation des valeurs de justice sociale est par contre considérable et sera démontrée au niveau du titre dernier de notre étude.

#### A- Les clauses contractuelles

##### ***Clauses contractuelles et formation progressive du statut du travailleur mobile.***

Nombre de questions sont généralement discutées et insérées dans le contrat avant que le salarié n'accepte de partir travailler à l'étranger. Elles viennent accompagner une proposition de mobilité, de détachement ou d'expatriation et en déterminent les conditions. Elles font l'objet d'une négociation individuelle en vue d'assurer au travailleur les garanties nécessaires. C'est ce qui a donné lieu en pratique à des clauses fortement utilisés au point qu'elles ont été reprises dans des contrats types. « *Cette source de règles privées matérielles, spontanément créées et effectivement suivies par les acteurs de ces relations internationales, a le mérite d'apporter une solution concrète à des questions restées jusque-là sans réponse* »<sup>1185</sup>. Il en est ainsi par exemple des conditions de déplacement à l'étranger du salarié et des membres de sa famille qui l'accompagne<sup>1186</sup>. Il en est également des conditions de leur séjour, de la prise en charge de certains frais tels que ceux de la scolarité des enfants. Généralement, il s'agit d'un corpus de normes formant une sorte de statut du salarié mobile. Elles ne touchent pas uniquement au rapport de travail *stricto sensus* et peuvent s'étendre à des questions de sécurité sociale.

Nées des exigences de la réalité et développées par l'effet des expériences, ces normes expriment un besoin de normalisation chez leurs auteurs. C'est ce qui explique que ces

---

<sup>1185</sup> A. SIBLINI-VALLAT, « Les normes matérielles internationales d'entreprises », *RCDIP*, 77 (4), octobre-décembre, 1988, p. 657.

<sup>1186</sup> En parallèle, certaines autres clauses, accordent des avantages supplémentaires pour le salarié qui part seul. Elles prévoient généralement, une « prime de célibat » et des congés supplémentaires.

engagements spontanés font parfois l'objet d'approbation par des organisations professionnelles.

Bien que signe du développement du droit spontané, les normes matérielles d'entreprises ne semblent pas échapper à la réglementation classique des contrats internationaux du travail. En raison de leur nature essentiellement contractuelle, elles restent soumises quant à leur validité à la loi désignée par la règle de conflit de lois. L'avantage substantiel qu'elles peuvent apporter au travailleur est vérifié au regard des principes d'équité et d'égalité de traitement. Cela signifie que les clauses du contrat fixant le statut du travailleur mobile ne doivent pas contrarier les règles impératives du lieu d'exécution.

#### B- Les accords collectifs internationaux

***Les accords collectifs internationaux, instrument de justice sociale participative.*** En parallèle à l'intervention des syndicats au niveau national, les syndicats internationaux militent en faveur de la protection des travailleurs. Leurs actions peuvent prendre plusieurs formes et intéresser différents types de rapports salariaux. Dans le domaine des transports maritimes internationaux par exemple, « *la Fédération internationale des ouvriers du transport a pratiquement imposé dans le monde entier un salaire minimum dix fois plus élevé que certains montants locaux* »<sup>1187</sup>. La Fédération a imposé cette règle même aux navires naviguant sous un pavillon de complaisance. Ceux-ci ne peuvent bénéficier d'un libre passage que s'ils versent un don au fonds de prévoyance de la Fédération et que s'ils accordent à leurs travailleurs au moins la rémunération fixée. Pour garantir le respect de cette règle, la fédération délivre, à travers plusieurs inspecteurs, dans différents Etats du monde, une sorte de visa syndical. Le visa atteste que le propriétaire du navire s'est conformé à l'exigence du salaire minimum. Faute de visa, il s'expose à des actions syndicales telles que grève, boycott et détérioration de marchandise.

Plus qu'une constatation sont à tirer de cet exemple. La fixation d'un salaire minimum pour les travailleurs dans le secteur du transport maritime international constitue, au regard du droit international privé, une norme matérielle. Seulement, cette norme n'est pas

---

<sup>1187</sup> The Economist, 1997, p. 85. Référence citée par A. BREITENFELLNER, « Le syndicalisme mondial : un partenaire potentiel », article précité, p. 595.

d'origine étatique. Elle témoigne de l'apport du droit spontané dans la réglementation des rapports de travail internationaux collectifs mais surtout individuels. La contribution des syndicats internationaux n'est pas négligeable dans l'amélioration de la situation du travailleur international, bien que cet effort soit déployé à la marge des règles classiques du droit international privé et indépendamment de l'aval des Etats. Plus généralement, les normes sociales non étatiques participent à la régulation des rapports de travail internationaux et appellent à ce titre à un examen particulier dans le cadre des correctifs nouveaux aux insuffisances de la règle de conflit.



## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

En raison de ses caractéristiques méthodologiques, le droit matériel international paraît bien adapté à la production de solutions substantielles identiques pour toutes les relations de travail international ce qui est par nature, au service du principe d'égalité. Les normes matérielles internationales devraient être, en principe, un moyen utile pour véhiculer directement et indépendamment de tout critère de rattachement, les valeurs sociales universelles.

Néanmoins, la confrontation de cet intérêt méthodologique à la diversité des sources en droit international privé permet de constater des incohérences multiples limitant l'apport du droit matériel international à la réalisation de la justice sociale. Ainsi, en dépit de leur applicabilité directe, les normes étatiques de sources législatives sont rares essentiellement en droit tunisien. Ce recul de la production normative étatique, expression d'une utopique universalité, est contrebalancé par le développement d'un droit matériel d'origine internationale. A cet effet, les normes de l'OIT destinées à régir les rapports internationaux notamment en matière de travail maritime est illustrative d'un effort de standardisation et d'uniformisation des solutions. Seulement, leur mise en œuvre dépend de la ratification des conventions ce qui renforce la prééminence étatique et limite l'efficacité du droit matériel conventionnel.

A la marge de cette réglementation juridique ordonnée, apparaissent des normes internationales d'origine professionnelle. Leur nature négociée satisfait les principes de justice sociale participative et contribue à la pacification des rapports internationaux. Si leur juridicité est en question, leur exploitation est par contre possible voire recommandée en droit tunisien notamment celles conclues par des groupes d'entreprises ayant des filiales sur le territoire tunisien. Sur le plan de la théorie, ces normes annoncent des mutations au niveau des sources et des méthodes du droit international privé.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

En droit international privé, les remèdes classiques à la règle de conflit relative au contrat de travail, à savoir les lois de police et les règles matérielles internationales, n'ont qu'un apport limité. La justice sociale, en tant que finalité suprême dont la satisfaction ne peut être que progressive, se concrétise par des solutions substantielles intégrant des valeurs universelles et détachées des considérations purement nationales. Contrairement à cette orientation, les lois de police et les normes matérielles internationales sont des correctifs purement nationaux, expression de la « souveraineté-liberté » de l'Etat du for.

Cette discordance est révélatrice des tensions qui traversent le droit international aussi bien public que privé entre deux finalités, « la libérale visant la préservation de la souveraineté de l'Etat et la providentialiste, le bien-être des êtres humains »<sup>1188</sup>. Le droit international privé dont les méthodes sont axées sur la coordination des systèmes est orienté principalement vers la satisfaction de la première finalité. Si les méthodes de droit international privé s'avèrent inadaptées à donner des solutions socialement plus justes aux problèmes posés par le contrat de travail, c'est parce que la préservation du bien-être des individus « exige parfois un dépassement de la volonté de l'Etat »<sup>1189</sup>.

Il convient alors, pour une meilleure intégration des valeurs sociales de penser à la méthode qui permettrait d'adapter le droit international privé à l'ordre de la justice universelle.

---

<sup>1188</sup> M. DUBUY, « La consécration de la justice sociale dans le système de l'OIT : une contribution à l'émergence des finalités providentialistes du droit international public », in *Civitas Europa*, IRENEE, Université de Lorraine p. 111 - 130, spéc. p. 113.

<sup>1189</sup> *Ibid.*

## **TITRE II :**

# **UNE EVOLUTION STIMULEE PAR LE DEVELOPPMENT D'UN ORDRE PUBLIC SOCIAL TRANSNATIONAL, LE RENOUVEAU METHODOLOGIQUE**

*Conciliation des corrections intrinsèques et des corrections extrinsèques au droit international privé.* Sans renoncer à la diversité législative, qui fait la richesse du droit international privé, il devient indispensable de tenir compte du développement de valeurs et principes universels. Leur exploitation annonce un nouveau méthodologique en droit international privé du travail. Elle se traduit par l'émergence d'un socle minimal de normes sociales, un standard à imposer quel que soit la loi applicable. Par ses sources supranationales et par son contenu fondamental formulé sous forme de principes, il exprime l'émergence d'un ordre public social universel appelé aussi indifféremment ordre public social réellement international ou encore ordre public social transnational. Il marque l'orientation du droit international privé vers la perception de la justice sociale dans sa dimension universelle.

Si nous opterions pour son appellation d'ordre public social transnational ce n'est pas en raison du rôle de l'arbitrage dans ce domaine, bien que les modes de règlement privés des conflits de travail se développent incessamment. Mais, ce n'est pourtant pas le cas, en Tunisie. L'ordre public social dans sa dimension supranationale est également transnational en raison de la force obligatoire qu'il devait avoir à l'égard des entreprises notamment celles qui œuvrent à travers les frontières et qui font déplacer fréquemment leurs salariés dans le périmètre international du groupe ou réseau. Il peut être surprenant de remarquer qu'elles participent activement à la consolidation de l'ordre public social transnational. Force est d'observer qu'en dehors de la science juridique, se développent des théories proposant des analyses fondamentales des normes et comportements suivis par les employeurs face auxquels le juriste ne doit pas rester insensé. Le phénomène de la production de normes privées dans des domaines liés à l'ordre public tel que celui des droits fondamentaux n'est pas sans incidence sur la réglementation des contrats de travail internationaux. Nous

estimons, qu'il est nécessaire de se servir des théories fondées sur l'économie, telles que la théorie « *Droit et Normes Sociales* » (*Law and Social Norms*) afin d'analyser les nouvelles formes de régulation sociale et identifier leur effet sur la mise en œuvre des principes d'ordre public social transnational. Leur examen nécessite une approche fonctionnelle puisqu'elles se développent dans une perspective sociétale indifférente à « la propre rationalité du droit ». Bien qu'élaborées dans un cadre éthique, les normes de la RSE (responsabilité sociale des entreprises) expriment des engagements en termes de respect des droits fondamentaux. Elles entretiennent avec le droit dur, des rapports d'interdépendance ou même d'interchangeabilité et présentent un potentiel à « se juridiciser » et « se normativiser ». C'est ce qui nous permettra d'identifier le rôle qu'elles peuvent avoir dans la transformation des solutions dans les contrats de travail internationaux et auquel les juridictions nationales notamment tunisiennes doivent faire attention.

***La concertation du droit dur et du droit souple en faveur d'une perception évoluée de la justice sociale.*** L'évolution des solutions au conflit de lois dans le contrat international privé nécessite l'exploitation des points de convergence entre les règles de droit dur et les normes de droit souple. Leur concertation permet de réorienter la résolution du conflit de lois vers une meilleure intégration des valeurs sociales qui par nature tendent à l'universalité et recommandent une participation active de tous les acteurs sociaux en vue de leur mise en œuvre effective. Il convient alors d'aborder, l'émergence de l'ordre public social universel, au service d'une justice sociale d'équité universelle (Titre 1.) puis la consolidation de l'ordre public social transnational par les normes sociales de RSE, moyen d'une justice d'équité participative (Titre 2.).

# CHAPITRE PREMIER : L'EMERGENCE DE L'ORDRE PUBLIC SOCIAL TRANSNATIONAL AU SERVICE D'UNE JUSTICE D'EQUITE UNIVERSELLE

*L'ordre public social transnational, d'un concept émergent à un mécanisme de correction.* Si la formation d'un droit mondial du travail paraît à l'heure actuelle utopique, l'émergence d'un ordre public social transnational ne fait plus de doute. La concertation de la communauté internationale notamment à travers l'OIT, a abouti à la formulation d'un ensemble de principes universels. Ils constituent le standard minimal essentiel dans la réglementation des contrats de travail et ne peuvent pas être écartés par le jeu de la méthode conflictuelle. C'est dans la limite du respect de ces principes que la concurrence normative devrait être autorisée. Seulement, comme toute catégorie d'ordre public, la mise en œuvre effective de l'ordre public social transnational est tributaire de l'identification de son contenu et de son degré d'impérativité à l'égard aussi bien des Etats que des particuliers. Notion émergente, l'ordre public social transnational suppose l'existence d'un consensus international autour de son contenu, afin que soit possible sa conceptualisation (section 1). Les principes qu'il défend doivent, à cet effet être invocables devant n'importe quelle juridiction. Sa mise en œuvre dans les relations internationales exige que soient interrogés les différents mécanismes de résolution du conflit de lois en droit international privé afin de trancher sur un éventuel besoin d'instrumentalisation de l'ordre public social transnational (section 2).

## **Section 1 : La conceptualisation de l'ordre public social transnational**

*Précisions terminologiques.* La question de la conceptualisation en droit a toujours suscité des débats théoriques tenant aux difficultés liées à la distinction entre des terminologies multiples : *concept, notion et catégorie*<sup>1190</sup>. Le débat prend parfois des dimensions

---

<sup>1190</sup> Bien que les études portant sur cette distinction ne soient pas abondantes, on peut se référer aux éléments de distinction proposés par BIOY aux termes desquelles, la notion juridique est le « *terme à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers* », alors que le concept juridique est une « *construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions* ». La catégorie juridique est

philosophiques lorsqu'est abordé le sujet de la préexistence des concepts par rapport au droit.<sup>1191</sup>.

En traitant de la conceptualisation de l'ordre public social transnational, nous écarterons autant que possible les aspects philosophiques de la question pour focaliser sur une approche fonctionnelle. Nous ne nous arrêterons pas également sur la distinction *notion* et *concept* en raison du flou qui l'entoure et de l'absence d'effet juridique remarquable au sujet de l'ordre public. Nous estimons plus intéressant de partir des aspects qui font l'accord de la doctrine. Celle-ci est unanime sur les propriétés relatives à tout concept juridique. En droit le concept, sert à « juridiciser », à « positiver » des représentations sociales. Un concept doit naturellement avoir des effets juridiques. Le rôle de la doctrine est central dans la création des concepts, suscitée par les mutations que subit le droit. C'est parce que « *depuis plusieurs années, le droit est confronté à un ensemble de modèles et de techniques susceptibles de renouveler les questions méthodologiques et philosophiques les plus traditionnelles* »<sup>1192</sup>, que les concepts sont parfois modifiés et redéployés. Tel le concept d'ordre public qui ne cesse de subir des mutations en raison de l'évolution de ses sources, de son contenu et de sa teneur<sup>1193</sup>.

Aux fins de cette étude, on peut admettre avec Temmerman que le concept n'est pas fait de propriétés nécessaires et suffisantes mais de faisceaux de propriétés dont quelques-unes doivent être satisfaites dans un cas particulier<sup>1194</sup>. Cette représentation structurée par un prototype est flexible, ce qui la rend facilement ajustable aux développements des domaines quand la connaissance augmente<sup>1195</sup>. C'est ce qui caractérise, d'ailleurs les

---

souvent utilisée comme synonyme de concept. L'auteur finit par reconnaître une certaine utilité pour la distinction. Ainsi, la notion ne constitue qu'une représentation du réel et se limite à une appréhension des faits. Par contre, le concept permet de théoriser le droit, il est un instrument de clarification du droit permettant de « modeler une réalité juridique ». X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, éd. Economica, coll. Etudes juridiques, n°31, 2009, pp. 21-53.

<sup>1191</sup> En philosophie de droit, la question oppose les jusnaturalistes aux constructivistes appelés aussi normativistes. Pour les premiers, le concept préexiste au droit, alors que pour les seconds, c'est le droit qui crée le concept et le construit.

<sup>1192</sup> D. BOURCIER et P. MACKAY (1992) *Lire le droit, langue, texte, cognition*. Paris, LGDJ, p. 11.

<sup>1193</sup> Il a été démontré plus haut que les mutations qu'a subi le droit du travail particulièrement en droit français a donné lieu à de nouvelles catégories d'ordre public qui s'éloignent sensiblement de la notion de base, celle de l'ordre public social. Il suffit de citer les nouvelles notions d'ordre public dérogatoire ou d'ordre public conventionnel.

<sup>1194</sup> R. TEMMERMAN, *Towards New Ways of Terminology Description. The socio-cognitive approach* Amsterdam, Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, (2000), p. 65. L'auteur, suggère ainsi d'abandonner l'approche par le sens (« « meaning » approach in the sense given to this by traditional terminology ») pour la remplacer par une approche par la compréhension (« « understanding » approach ») centrée sur le terme et ses manifestations textuelles.

<sup>1195</sup> E. PIC, « Faire de la terminologie en droit ? », *Cahier du CIEL, Aspects de la recherche en langues de spécialité*, sous la direction de John. Humbley, 2007-2008, pp. 57—69, spéc. p. 61., article consultable sur <https://www.eila.univ-paris-diderot.fr/media/recherche/clillac/ciel/cahiers/2007-2008/05-pic.pdf>

différentes conceptions qu'on se fait de l'ordre public et exige de tenir compte des nouvelles formes qu'il peut avoir notamment à l'échelle supranationale.

***La dichotomie de la notion d'ordre public en droit international.*** Si la notion d'ordre public transnational n'est pas nouvelle, c'est son qualificatif « social » qui est signe de renouveau. L'ordre public étant par définition l'apanage de l'ordre juridique auquel il appartient. Dans l'ordre international, on distinguait classiquement entre rapports publics et rapports privés. Les principes d'ordre public se rapportant aux premiers sont formulés dans des normes de *jus cogens* auxquelles les sujets de droit international public avec en premier lieu les Etats ne sont pas autorisés d'y déroger. On cherche par ces normes à maintenir l'équilibre au sein de la communauté des Etats. Parallèlement, les rapports entre entités privées, font appel à un ordre public international d'une autre nature, un ordre public international « national », parce qu'exprimant exclusivement, la conception de l'Etat concerné et n'étant pas à ce titre invocable devant les juridictions internationales. Les valeurs et principes liés au travail font partie de cette catégorie d'ordre public international de droit privé et sont soumis de la sorte au pouvoir discrétionnaire exclusif de l'Etat du for. Seulement, cette conception bipartite de l'ordre public international est révélatrice des abus exercés au nom de la souveraineté étatique.

***Le dépassement de la dichotomie.*** L'interférence qui se constate actuellement dans le champ international, entre intérêts privés et intérêts publics, le phénomène de fondamentalisation du droit, remettent en cause la séparation entre les deux conceptions d'ordre public. Elles favorisent la formation d'un ordre public réellement international orienté vers la protection d'intérêts privés conçus comme valeurs fondamentales de la communauté internationale. Pourtant, les controverses doctrinales à ce sujet ne sont pas tranchées. Elles sont dues principalement, aux débats, opposant souverainistes aux universalistes, les tenants du monisme aux partisans du pluralisme juridique et les défenseurs de l'absolutisme des droits de l'homme à ceux du relativisme de ces droits. En droit du travail, ces différentes théories et positions semblent conciliables et une convergence internationale autour d'un noyau de principes fondamentaux est identifiable.

***Les éléments de la conceptualisation.*** En creusant dans le droit international public, on peut relever les principes et valeurs touchant spécialement au travailleur en sa

qualité professionnelle ou encore en sa qualité de citoyen<sup>1196</sup>. C'est ce qui correspond au premier critère en faveur de la conceptualisation de l'ordre public social transnational ou réellement international : le critère matériel. De ce point de vue, le concept proposé doit, comme tout concept émergent, se référer à un contenu spécifique. Il « *doit donc en décrire la substance et en montrer les critères distinctifs* ». Il nous faudra alors, pour identifier la catégorie de « l'ordre public social transnational », prouver l'existence d'un consensus universel autour de principes et valeurs sociaux permettant de les sauvegarder devant n'importe quel tribunal<sup>1197</sup>. Mais, étant donné qu'aucune règle ni aucun principe ne peuvent prétendre à une universalité absolue, il nous faut donc considérer qu'un large consensus suffit pour parler d'un ordre public social réellement international<sup>1198</sup> (§ 1).

En plus de ce premier critère d'ordre substantiel, la conceptualisation de l'ordre public social transnational suppose qu'il ait une utilité, une fonction, qu'il soit révélateur de nouvelles réalités, notamment en droit international privé du travail. C'est ce que nous proposons de démontrer en deuxième étape (§ 2).

### **§ 1 Le critère matériel, le consensus autour des principes d'ordre public social transnational**

***L'universalité des valeurs.*** L'ordre public « *est censé comprendre seulement un noyau de principes vraiment fondamentaux qui sont à la base de l'ordre juridique en cause* »<sup>1199</sup>. En conséquence et afin de prouver l'émergence d'un ordre public social transnational, il nous faudra identifier les valeurs relatives au travail partagées par la communauté internationale. Les valeurs objet de notre étude sont des valeurs collectives consistant dans des « *Valeurs communes* » ou « *valeurs majoritaires* ». A ce titre, elles « *renvoient à une forme de légitimité statistique*

---

<sup>1196</sup> Selon M. TARCHOUNA, les deux catégories de droits entretiennent des rapports organiques et fonctionnels, c'est ce qui en fait des droits indivisibles, M. TARCHOUNA, les droits fondamentaux au travail, Bibliothèque tunisienne de droit, p. 1, spéc. p. 4.

<sup>1197</sup> Selon M. FORTEAU, « *L'idée même qu'il puisse exister un ordre public réellement international paraît opérer une rupture fondamentale avec l'approche traditionnelle qui lie l'ordre public international au pouvoir interne de l'État* ». En conséquence selon l'auteur, l'ordre public transnational, dénommé également ordre public « réellement » ou « véritablement » international « *rassemble en effet les normes d'ordre public international qui, parce qu'elles feraient l'objet d'un consensus universel, auraient vocation à prévaloir devant n'importe quel forum ayant juridiction à l'égard de personnes privées* », M. FORTEAU, « *L'ordre public « transnational » ou « réellement international » : L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public* » : JDI, 2011, doct., p.1-41, spéc. p. 3.

<sup>1198</sup> C'est ce que prescrivent certains auteurs afin d'admettre l'existence d'un ordre public véritablement international. Voir dans ce sens, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, n° 632 s.

<sup>1199</sup> L.-G. RADICATI DI BROZOLO, « *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international* », RCADI, 2005, vol. 315, p. 341, n° 54.



: des valeurs partagées par tous les membres du groupe fussent-elles leur plus petit dénominateur commun, pour les premières, et, à défaut d'unanimité, des valeurs partagées par le plus grand nombre, pour les secondes »<sup>1200</sup>. Les valeurs ou principes d'ordre public ont par définition un caractère « transcendant »<sup>1201</sup>. Dans l'ordre international, ils se distinguent de la somme des valeurs individuelles, en l'occurrence ceux des Etats membres. Ils se rapportent à des « *intérêts communs à la société internationale toute entière et qui, en tant que tels, doivent être reconnus comme supérieurs à ceux, individuels, de ses membres* »<sup>1202</sup>. La reconnaissance de valeurs d'ordre public social à l'échelle supranationale oblige à leur donner un statut suprême qui permette d'en garantir le respect spécialement dans les rapports de travail internationaux. Le juge national notamment tunisien, pourra, par recours à des principes d'ordre public social réellement international dits encore transnational pallier aux insuffisances de son système législatif notamment de droit international privé.

Les efforts entretenus par la communauté internationale dans ce cadre s'orientent vers l'harmonisation des législations nationales autour d'un socle minimal de principes universalisables et n'autorisant pas de dérogation par des dispositions étatiques (A). Parallèlement, un travail d'harmonisation est entamé au niveau régional, ce qui nécessite d'en vérifier les incidences sur le développement de l'ordre public social transnational (B).

#### A- Le processus d'harmonisation internationale

***L'harmonisation par le développement d'un standard minimal.*** François Terré affirme que « *l'ordre public va de pair avec une préoccupation d'harmonie* »<sup>1203</sup>. Dans l'ordre international, celui de la communauté des nations, l'harmonisation des législations sociales ne peut être efficace que par la limitation du pouvoir normatif étatique et l'imposition du respect de valeurs sociales minimales. C'est ce qui suppose que les normes internationales se rapportant à ces valeurs bénéficient d'un statut supra-légal. Seule une impérativité de

---

<sup>1200</sup>A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015. p. 270.

<sup>1201</sup> M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. Jacques Ghestin, LGDJ, 2004, spéc. n° 57.

<sup>1202</sup> D. CARREAU, « Jus cogens », *Répertoire de droit international*, août 2007, p. 2, spéc. n° 18.

<sup>1203</sup> F. TERRE, « Rapport introductif » in *L'Ordre public à la fin du xxe siècle*, avec la coordination de Th. Revet, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996, p. 4 cité par M. Guillaume Drago, Avant-propos, Cour de cassation française, rapport annuel 2013, livre 3 : étude : l'ordre public. Accessible sur : [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2013\\_6615/etude\\_ordre\\_6618/avant\\_propos\\_29013.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_6618/avant_propos_29013.html)

droit international public est de nature à garantir le respect de valeurs sociales collectives même dans les rapports de droit international privé. Faut-il encore préciser que l'impérativité implique pour les Etats, la prohibition, l'interdiction de déroger à la norme reconnue en tant que telle par la communauté internationale des Etats. La conséquence directe est la limitation de la souveraineté étatique au profit de l'intérêt général, celui de la communauté des Etats, des travailleurs et employeurs quels que soient leurs lieux d'exécution. Sous cet aspect, l'ordre public social de dimension réellement internationale renvoie à un ordre public au sens du droit des gens et se concrétise principalement par un noyau de normes de *jus cogens* (1). La reconnaissance de ces normes et leur reprise dans des accords de commerce international est signe de consensus. Ainsi, en adhérant au processus d'harmonisation, les Etats s'engagent à limiter leur concurrence normative en matière sociale, défavorable au travailleur en général et au travailleur international spécialement (2).

- 1) L'adoption de normes sociales de *jus cogens*, limitation des pouvoirs normatifs étatiques

***Les normes de jus cogens, normes universellement impératives.*** L'imposition de normes sociales minimales à l'échelle supranationale ne peut se passer sans une impérativité particulière, une impérativité de droit international général n'autorisant aucune dérogation par les droits étatiques. Ceci suppose que les valeurs véhiculées par ces normes soient largement partagées et reconnues par la communauté internationale. On admet ainsi, l'existence de valeurs qui s'imposent à tous les sujets de droit international. « *En bonne logique juridique, c'est par là même admettre l'existence d'une hiérarchie des normes en droit international au sommet de laquelle se trouve le jus cogens et auquel il n'était pas possible de déroger* »<sup>1204</sup>.

***Jus cogens et droits fondamentaux.*** Par analogie à l'ordre public, le *jus cogens* n'a pas un contenu fixe. « *Certaines normes pouvant être ajoutées tandis que d'autres peuvent disparaître ou se trouver modifiées* »<sup>1205</sup>. Il s'enrichit de normes conventionnelles, mais aussi de normes coutumières. Il en va ainsi, de la protection de la personne humaine notamment contre l'esclavage, la discrimination raciale, la mutilation, qui sont des valeurs bien admises au *jus cogens*. L'extension de cette catégorie à tous les droits de l'homme est, par contre contestée

---

<sup>1204</sup> D. CARREAU, « Jus cogens », article précité, n° 47.

<sup>1205</sup> *Ibid.*, n° 31.

en raison de l'absence d'une conception commune de ces droits à l'échelle universelle. La règle de base en vue de la qualification d'un droit fondamental comme étant une valeur de *jus cogens* est de procéder droit par droit. Il nous faut, alors, procéder par une analyse analytique des textes internationaux afin de déterminer si les droits fondamentaux des travailleurs sont susceptibles dans leur ensemble ou en partie, d'avoir la qualification de valeurs de *jus cogens*.

La contribution des juges à ce processus de qualification est incontestable. Par la concrétisation qu'ils font des droits de l'homme en général et des droits sociaux spécialement, ils participent à la formation « (d') *une jurisprudence qui, à terme, pourrait devenir un jus commune des droits fondamentaux* »<sup>1206</sup>. Seulement, l'œuvre jurisprudentielle dans ce domaine est limitée. Elle ne fournit jusqu'à présent que des indications partielles. A l'heure actuelle, l'interdiction de la torture constitue la seule norme de protection des droits fondamentaux formellement reconnue comme étant « *une norme impérative ou jus cogens* » par la *jurisprudence internationale* »<sup>1207</sup>.

Au niveau des textes par contre, l'émergence de normes sociales de *jus cogens* est l'aboutissement d'un long processus d'harmonisation des législations sociales qui a démarré avec la création de l'OIT. Il est intéressant de revenir sur son évolution avant d'examiner le changement réalisé en droit international et l'apparition d'un socle de normes universelles imposables à tous les Etats.

Depuis sa création en 1919, l'OIT s'est chargée de la protection sociale<sup>1208</sup>. Elle s'est basée, dans son œuvre, sur la participation volontaire des Etats. Le préambule de sa constitution annonce que les « *conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger* ».

L'OIT a pris en charge depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle, le rapprochement des législations sociales nationales. Seulement, les normes adoptées n'ont qu'une « fausse

---

<sup>1206</sup> L. HE, *Droits sociaux fondamentaux et droits de l'Union européenne*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon Sorbonne, Paris 1, 2017, p. 535.

<sup>1207</sup> Voir à ce sujet, F. SUDRE et H. SURREL, « Droits de l'homme », *Répertoire de droit international*, juillet 2017, spéc. n° 33 et la jurisprudence citée notamment : TPIY 10 déc. 1998, Furundzija, § 144 s., RCDIP, 1999. 491, chron. P. Weckel ; V. aussi 16 nov. 1998, Delacic et autre, § 454. – CEDH, gr. ch., 21 nov. 2001, Al-Adsani c/ Royaume-Uni, req. n° 35763/97, JCP, 2002. I. 105, n° 8, chron. F. Sudre, RTDH, 2003. 139, obs. J-F. Flauss.

<sup>1208</sup> C'était le Traité sur les conditions de paix, signé le 28 juin 1919 dans la galerie des Glaces du château de Versailles qui donnait naissance à l'OIT. Ce traité qui mettait fin à la première guerre mondiale, contenait une partie XIII consacrée au travail et à la création d'une organisation permanente dans ce domaine.

universalité ». Bien qu'elles soient adressées à « *tous les peuples du monde* », leur application dépend de la ratification par l'Etat concerné de la Convention ou la recommandation où elles sont insérées<sup>1209</sup>.

L'œuvre normative de l'OIT a porté sur une multitude de questions qui couvrent différents aspects du contrat de travail. Les normes édictées sont appliquées par le juge national en tant qu'éléments de son droit interne.

Seulement, le principe de liberté d'adhésion et de ratification est de nature à heurter l'action sociale de l'OIT. Sa constitution l'a déjà affirmé dans l'article 3 de son préambule qui prévoit que « *la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays* ».

La liberté laissée aux gouvernements a progressivement manifesté ses effets négatifs et a expliqué le faible rôle joué par l'OIT. L'instauration de la justice sociale universelle, était difficile à réaliser en l'absence d'un minimum contraignant. La défaillance du système d'harmonisation internationale s'explique par la politique de l'économie globalisante basée sur l'autonomie du marché et le désengagement des gouvernements. La concurrence commerciale des Etats à l'attraction des investisseurs s'est accompagnée d'une concurrence normative voire d'un dumping social.

Un changement stratégique dans l'action de l'OIT s'est alors, rendu urgent. L'organisation était obligée « *à s'adapter à une économie plus ouverte, plus compétitive, à une organisation de la production et des services à la fois plus complexe, plus segmentée et remodelée par les nouvelles techniques* »<sup>1210</sup>. C'est ce qui a donné lieu en 1998 à l'adoption de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail. La Déclaration de 1998 a eu pour effet de réorienter l'action de l'OIT vers la mise en œuvre des droits fondamentaux essentiellement dans les Etats qui n'ont pas ratifié les instruments pertinents. « *La déclaration fut un tournant puisque les Etats membres de l'OIT avaient accepté de respecter en dehors de toute ratification huit conventions relatives à l'interdiction du travail des enfants, du travail forcé, l'interdiction des discriminations et le respect de la liberté syndicale et du droit à la négociation collective* »<sup>1211</sup>.

---

<sup>1209</sup> Bien plus, la Constitution de l'OIT invite dans son article 19 § 5 et 6, les gouvernements ayant voté une Convention de l'OIT ou une recommandation à la soumettre « à l'autorité ou aux autorités dans la compétence desquelles rentre la matière, en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures d'un autre ordre ».

<sup>1210</sup> J-M. SERVAIS, « Organisation internationale du Travail », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire droit du travail*, 2018, n° 47.

<sup>1211</sup> M-A. MOREAU, « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *Dr. soc.* n° 3 mars 2010, pp. 324-333, spéc. p. 330.

Pour M. Tarchouna, les droits inscrits à la Déclaration de l'OIT, constituent le fondement de l'ordre social, économique et politique. C'est qui explique leur fixité et leur primauté à l'échelle des sources de droit. Ces droits bénéficient selon l'auteur, d'une protection internationale, constitutionnelle et législative. Ils sont des droits opposables aux autorités publiques exécutives et législatives. Ils sont également opposables aux personnes privées, qu'elles soient employeurs ou travailleurs. Ils sont des droits dont on peut exiger la protection en justice<sup>1212</sup>.

Pour les Etats, l'obligation de respect des droits fondamentaux des travailleurs, est une obligation constitutionnelle. Elle découle de la qualité de pays membre de l'OIT. Elle marque ainsi « *l'émergence d'un ordre public social mondial, dans lequel tous les acteurs de la mondialisation doivent s'inscrire* »<sup>1213</sup>. Elle permet de standardiser les normes sociales étatiques autour d'un « *un socle commun qui garantisse des conditions équitables dans la mondialisation économique, la promotion et l'effectivité des droits de l'homme au travail* »<sup>1214</sup>.

Une année plus tard, un programme de « travail décent » était lancé par le Directeur général de l'OIT en 1999 pour concrétiser la politique tracée en termes de protection des droits fondamentaux. L'objectif est de garantir une protection minimale en matière de sécurité au travail. Ce minimum indispensable, supposé commun, est compatible avec deux contraintes, la diversité des niveaux de développement et l'adaptabilité des systèmes économiques, politiques et culturels<sup>1215</sup>.

Aux fins de cette stratégie, et « *comme l'indique le texte de la Déclaration même, la CIT (la Conférence internationale du travail) devra revoir son fonctionnement « le moment venu »*. Ce moment approche puisqu'en juin 2008, une Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable a été adoptée par la CIT »<sup>1216</sup>. Ce texte a été perçu comme étant « *l'expression de la vision contemporaine de la mission de l'OIT à l'ère de la mondialisation* »<sup>1217</sup>. Afin d'empêcher une internationalisation sauvage des échanges et utilisation inhumaine de la main d'œuvre, « *Le*

---

<sup>1212</sup> M. TARCHOUNA, Les droits fondamentaux au travail, Bibliothèque tunisienne de droit, p. 1, spéc. p. 3 et 4.

<sup>1213</sup> C. COSME, « Quelle réception des normes issues de l'OIT en droit français ? », *Dr. soc.*, juin, 2019, p. 500, spéc. p. 502.

<sup>1214</sup> Déclaration de l'OIT sur les principes et les droits fondamentaux du travail adoptée en 1998.

<sup>1215</sup> P. OUMBA, « La problématique du travail décent en Afrique à la lumière des normes de l'OIT ». Café socio-anthropologique, « Le travail dans tous ses états », Faculté de Sciences sociales et de gestion de l'Université catholique d'Afrique centrale, Avril, 2016, Yaoundé, Cameroun.

<sup>1216</sup> C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail, origines, statut et impact en droit international*, éd. Collection Publications de l'Institut de hautes études internationales, Genève, aux Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 223.

<sup>1217</sup> J. SOMAVIA, « Préface », *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, CIT, 97<sup>e</sup> session, 2008, p. 1.

*document confirme un changement dans l'approche de l'Organisation : seuls les « principes et les droits fondamentaux au travail » comptent au nombre des objectifs « stratégiques »*<sup>1218</sup>.

Ce qui est spécifique à ces Déclarations, c'est qu'elles mettent au centre de l'intérêt de l'OIT, la sauvegarde des droits fondamentaux des travailleurs. C'est ce qui suppose qu'elles aient une force obligatoire directe. Les principes et les droits fondamentaux « *ont été exprimés et développés sous forme de droits et d'obligations spécifiques dans des conventions reconnues comme fondamentales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Organisation* » ; *même sans avoir ratifié ces dernières, les États membres ont ainsi l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser de bonne foi les principes fondamentaux qui viennent d'être rappelés* »<sup>1219</sup>.

La centralité des principes fondamentaux résultant de la Déclaration de 1998, devait avoir un effet considérable en droit international privé. Le statut particulier de ce texte en droit international public, n'autorise pas que son respect soit tributaire de sa transposition dans le droit national. « *La Déclaration peut être maintenant considérée comme faisant partie du jus cogens au plan international* »<sup>1220</sup>. A la liste des droits qu'elle édicte s'ajoutent ceux prévus dans la Déclaration de 2008 et qui touchent directement le champ contractuel. Le tout, forme le socle de la protection minimale fondamentale, « *un socle commun qui garantit des conditions équitables dans la mondialisation économique, la promotion et l'effectivité des droits de l'homme au travail* »<sup>1221</sup>.

La responsabilité des Etats fondée sur les normes sociales de *jus cogens* est la concrétisation des nouvelles orientations de la politique sociale internationale. En fait, la mondialisation a nécessité des réformes sérieuses et la mise en place d'une régulation sociale internationale. Ce sont les termes mêmes de cette régulation qui sont signe de renouveau. La promotion des droits sociaux fondamentaux constitue un axe stratégique dans la régulation internationale, ce qui nécessite une action renforcée des Etats et une meilleure harmonisation normative. Ainsi, les Etats, quels que soit les niveaux de leur développement économique, sont tenus de respect de l'essentiel des normes sociales, celles correspondant aux droits sociaux fondamentaux. La valorisation de ces normes constitue un parallèle au progrès économique.

---

<sup>1218</sup> J-M. SERVAIS, « Organisation internationale du Travail », article précité, n° 130.

<sup>1219</sup> *Ibid.*, n° 129.

<sup>1220</sup> M-A. MOREAU, « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », article précité, p. 330.

<sup>1221</sup> C. COSME, « Quelle réception des normes issues de l'OIT en droit français ? », article précité, spéc. 501.

Par ailleurs, on constate que les principes d'ordre public social réellement international peuvent se développer dans le cadre de la *soft law*. C'est dans ce sens que le directeur de l'OIT pour la France précise qu' « *une plus grande effectivité des normes internationales de travail implique probablement de trouver de nouvelles combinaisons entre hard law et soft law, à la condition que la seconde, loin de se substituer à la première, la complète utilement, à l'image de la Déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales réécrite en 2016, ou des Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), deux instruments souples mais dotés d'un mécanisme de « remédiation »* »<sup>1222</sup>.

## 2) L'introduction des clauses sociales, limitation de la concurrence normative

**Identification du mécanisme.** La clause sociale est définie comme étant un mécanisme qui oblige les Etats liés par un accord commercial de respecter, sous peine de sanctions économiques un certain nombre de droits fondamentaux des travailleurs. Ainsi, « *on peut dire de façon générale que l'objet d'une telle clause consisterait à établir un lien entre les normes de travail et le commerce* »<sup>1223</sup>. Elle constitue ainsi, un moyen conventionnel de valorisation des principes d'ordre public social transnational. Sans prétendre à une uniformisation des législations étatiques, la clause sociale introduite dans un accord de commerce international autorise une harmonisation des droits de travail autour d'un noyau de principes. Par l'effet de la contrainte économique, les clauses sociales devraient imposer aux Etats notamment ceux en développement, le respect des valeurs considérées communes à la société internationale. On renforce ainsi, le caractère inaliénable des valeurs en question. La concurrence économique ne peut ainsi, justifier la violation des valeurs sociales les plus fondamentales. Mieux encore, la transposition des principes d'ordre public social transnational dans des instruments commerciaux montre bien que le progrès économique ne peut se faire à la marge d'un ordre social minimal.

**Les controverses à propos des clauses sociales.** L'introduction de clauses sociales dans les accords internationaux n'était pas automatique. Elle a suscité de longues discussions qui traduisent des positions différentes quant au mode d'encadrement de la

---

<sup>1222</sup> C. COSME, « Quelle réception des normes issues de l'OIT en droit français ? », article précité, p. 503.

<sup>1223</sup> E. ROBERT, « Enjeux et ambiguïté du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international », *Revue Belge de Droit International*, 1996/1, Editions Bruyant Bruxelles, p. 145, spéc. p. 145.

libéralisation du commerce pour qu'elle n'ait pas des effets négatifs sur le domaine social. Nous estimons nécessaire de revenir sur les circonstances d'apparition des clauses sociales avant d'examiner la fonction de régulation qui leur est attribuée et l'impact de leur utilisation sur le développement de l'ordre public social transnational. « *Nous sommes ici au cœur du débat portant sur l'intérêt de créer un mécanisme qui viserait à lier l'ouverture des marchés au respect de certaines normes sociales minimales* »<sup>1224</sup>.

a) *L'apparition des clauses sociales*

***Le processus d'apparition des clauses sociales.*** Les premières utilisations des clauses sociales ont eu lieu aux Etats Unis au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Elles étaient destinées avec un droit de la concurrence stricte à encadrer les effets du libéralisme démesuré. Leur introduction par la suite au niveau mondial vise à « *identifier les règles d'un commerce loyal : celui-ci suppose que les pays qui bénéficient de la richesse provoquée par la globalisation de l'économie s'engagent à respecter au minimum les droits fondamentaux* »<sup>1225</sup>.

Une tentative a été menée à la fin de la deuxième guerre mondiale afin d'insérer une clause sociale dans un texte international. Il s'agit de la Charte de La Havane du 24 mars 1948 qui prévoyait la création d'une Organisation internationale du commerce. Dans son chapitre II intitulé « Emploi et activité économique », la Charte réserve un article 7 aux « normes de travail équitables ». La protection des droits fondamentaux constituait un élément fondamental de ces normes. Ainsi, il est prévu que « les Etats membres reconnaissent que les mesures relatives à l'emploi doivent pleinement tenir compte des droits qui sont reconnus aux travailleurs par des déclarations, des conventions et des accords intergouvernementaux. Ils reconnaissent que tous les pays ont un intérêt commun à la réalisation et au maintien de normes équitables de travail en rapport avec la productivité de la main-d'œuvre et, de ce fait, aux conditions de rémunération et de travail meilleures que cette productivité rend possibles. Les Etats membres reconnaissent que l'existence de conditions de travail non équitables, particulièrement dans les secteurs de la production

---

<sup>1224</sup> M. HANSENNE, « La dimension sociale dans le commerce international », *Dr. soc.* n° 11 novembre 1994, pp. 839-840, spéc., p. 839.

<sup>1225</sup> M-A. MOREAU et G. TRUDEAU, « Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », *JDI*, 2000, n° 4, pp. 914-948, spéc. p. 941.



travaillant pour l'exportation, crée des difficultés aux échanges internationaux. En conséquence, chaque Etat membre prendra toutes les mesures appropriées et pratiquement réalisables en vue de faire disparaître ces conditions sur son territoire ».

Seulement, ce projet n'a pas abouti et la Charte n'est jamais entrée en vigueur. Faut-il encore noter que « le GATT 1947 a opéré un véritable recul par rapport à la Charte de la Havane »<sup>1226</sup>. Ce ne fut qu'en 1994, date de la transformation du GATT en OMC que les appels à l'introduction d'une clause sociale dans un texte de portée générale fut relancé. Quatre droits fondamentaux devraient être protégés par la clause sociale, à savoir l'interdiction du travail des enfants, l'interdiction du travail forcé, l'interdiction des discriminations et le respect de la liberté syndicale et du droit à la négociation collective. La violation de ces droits devrait être qualifiée de pratique déloyale. Mais, très vite, ces propositions défendues essentiellement par la France et les Etats Unis, étaient accusées de protectionnisme déguisé. Les pays en développement<sup>1227</sup> étaient mobilisés contre la clause sociale qu'ils considéraient susceptible de fausser le jeu des avantages comparatifs au profit des pays développés<sup>1228</sup>. Les exportations seraient réduites dans les pays « *qui produisent à moindre coût* »<sup>1229</sup>. Les pays industrialisés craignaient de leur part, que la mise en place de l'OMC « *ne donne un avantage compétitif aux pays qui ont un niveau de protection sociale ne correspondant pas à leur niveau de développement* »<sup>1230</sup>.

La création de l'OMC n'était rendue officielle qu'en avril 1994 à la conférence de Marrakech. La Charte adoptée comprenait plusieurs accords internationaux. Le droit de l'OMC ainsi constitué est basé sur le principe de libre échange assorti de certaines exceptions. Ce qui est remarquable c'est que l'imposition de restrictions au nom de la protection des droits sociaux fondamentaux ne figure pas parmi ces exceptions.

Certaines voies appellent à une interprétation du droit de l'OMC en tenant compte des normes sociales fondamentales adoptées par les différentes organisations internationales. C'est ce qu'exige la cohérence du droit international public dont fait partie

---

<sup>1226</sup> M. MAINDRAULT, « Les aspects commerciaux des droits sociaux et des droits de l'Homme au travail », *Dr. soc.*, n°11, novembre 1994, pp. 850-855, spéc. p. 853.

<sup>1227</sup> Il s'agit essentiellement de l'Inde et du Brésil.

<sup>1228</sup> M. TARCHOUNA, « Les droits fondamentaux au travail », article précité, p. 6.

<sup>1229</sup> M. HANSENNE, « La dimension sociale dans le commerce international », article précité, p. 839 s.

<sup>1230</sup> G. BESSE, « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'Homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », *Dr. soc.* n° 11, novembre 1994, pp. 841-849, spéc. p. 842.

le droit de l'OMC. Seulement, les tenants de cette proposition n'hésitent pas à la qualifier de « *chemin difficile* »<sup>1231</sup>.

On pourra noter que même si la clause sociale était « *formellement rejetée au sein de l'OMC, elle prospère au sein des unions douanières régionales et des accords de commerce bilatéraux* »<sup>1232</sup>. M. Supiot explique ce paradoxe en fonction de la nature même des principes fondateurs de l'OMC. Dogmatiques et éloignés de la réalité du monde économique, ces principes se heurtent à des difficultés pratiques de mise en œuvre. « *C'est pourquoi il n'est pas surprenant que cette mise en œuvre oblige à des degrés divers à redécouvrir le caractère artificiel de la distinction des dimensions économiques et sociales des activités humaines et à lier juridiquement ces deux dimensions* »<sup>1233</sup>. Mais les débats menés autour de la clause sociale dans le cadre de l'OMC seront à la base de son utilisation répandue dans les accords bilatéraux.

On déduit de ce long processus d'apparition et d'utilisation des clauses sociales, l'importance des principes d'ordre public social transnational dans la régulation internationale non seulement sociale mais aussi économique. En fait, « *sur le plan pratique, les liens commerce/normes sociales ont été depuis fort longtemps mis en évidence* »<sup>1234</sup>. Le social n'a jamais été dissocié de l'économique. Il le restera toujours. « *Les interactions commerce/normes sociales revêtent une double dimension à la fois éthique et économique* »<sup>1235</sup>. C'est ce qui explique que l'évolution de la fonction des clauses sociales démontre à quel point l'effectivité des mesures de protection, dépend de leur aménagement avec les impératifs d'ordre commercial.

#### b) La fonction des clauses sociales

***La contribution des clauses sociales à la formation de l'ordre public social transnational.*** La clause sociale constitue par définition l'expression de la dimension sociale de la libéralisation du commerce international. C'est dans ce sens que « *l'abaissement des barrières prévu par la libéralisation du commerce international devrait être soumis à une condition : le*

---

<sup>1231</sup> M-P. LANFRANCH, « Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international », in *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, PUAM, 2005, pp. 59-73, spéc. p. 67.

<sup>1232</sup> A. SUPIOT, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.*, n° 2, février 2009, pp. 131-141, spéc. p. 136.

<sup>1233</sup> *Ibid.*

<sup>1234</sup> M-P. LANFRANCH, « Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international », article précité, p. 59.

<sup>1235</sup> *Ibid.*

*respect de normes minimales en matière de travail* »<sup>1236</sup>. Si les pays en développement dont d'ailleurs la Tunisie, se trouvent les plus concernés par ce type de clause, c'est parce que nombreux parmi eux ont eu tendance à alléger leur législation sociale pour pouvoir attirer les investisseurs étrangers. La concurrence normative dans ce domaine s'est traduite par un véritable dumping social, conséquence de la dérégulation du marché international. L'encadrement social du commerce international est rendu en conséquence une question urgente à traiter par la communauté des Etats. En fait, « *dans une économie mondialisée, il n'est plus acceptable que les décisions en matière de politique sociale continuent à être prises uniquement à l'échelon national* »<sup>1237</sup>. L'imposition de normes sociales minimales constitue un remède aux insuffisances du droit du travail national, transposés par le jeu de la règle de conflit aux contrats de travail internationaux. Ce raisonnement n'a pas uniquement un fondement social. Des intérêts économiques y sont mêlés. En fait, « *Placer cette question dans une perspective multilatérale empêcherait les nations puissantes d'utiliser les normes du travail comme prétexte à une discrimination commerciale unilatérale* »<sup>1238</sup>. C'est ce qui explique d'ailleurs que les intérêts en jeu ne sont pas identiques notamment dans les accords d'intégration économique régionale tels, l'Union Européenne, l'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain) et le MERCOSUR (Marché commun pour les pays d'Amérique du Sud). Ils ne font pas tous référence au même socle de droits sociaux.

Sous sa forme simple, la clause sociale introduite dans un accord bilatéral, se limite généralement à imposer aux pays contractants le respect de leurs propres normes sociales et est parfois assortie d'une procédure pour le règlement des différends s'y rapportant. Plus intéressantes sont les clauses sociales introduites dans les systèmes de préférences commerciales généralisées (SPG)<sup>1239</sup>. Est illustratif le SPG américain instauré au début des années 1980. Il ne se limite pas aux normes sociales minimales reconnues internationalement et ne se réfère pas directement à la Déclaration de l'OIT. « *Les normes visées sont plus larges puisque sont inclus non seulement la liberté syndicale et le droit à la négociation*

---

<sup>1236</sup> G. SPYROPOULOS, « Encadrement social de la mondialisation de l'économie : bilan et perspectives d'avenir de l'action normative au niveau international dans le domaine du travail », *Dr. soc.*, n° 6, juin 1996, p. 551, spéc. p. 558.

<sup>1237</sup> *Ibid.*

<sup>1238</sup> *Ibid.*

<sup>1239</sup> La création de ce système a été recommandée en 1968 par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) qui l'a adopté par la suite dans le cadre d'un accord conclu en 1970. En fonction de ce système, les pays industrialisés accordent des préférences commerciales à tous les pays en développement. Ils sont appelés à appliquer les droits de douane les plus bas aux produits provenant des pays pauvres. Par ce système, on instaure une exception au principe de non-discrimination formulé dans la clause de la nation la plus favorisée qui exige que tout avantage accordé à un Etat membre de l'OMC doive l'être pour tous les autres Etats.

*collective, l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants mais aussi les conditions acceptables de travail, y compris le salaire minimum, les règles relatives au temps de travail et les normes en matière de santé et de sécurité* »<sup>1240</sup>.

Exigées comme condition à la mise en œuvre du système de préférence, de telles normes sont susceptibles de couvrir plusieurs aspects du contrat de travail. Parce qu'imposée au juge du for, leur application est exigée dans tous les conflits de travail qu'ils soient internes ou internationaux.

De sa part, la Tunisie a rejoint le SPG américain<sup>1241</sup>. En conséquence, les principes qu'il prescrit devraient être respectés notamment dans les rapports de travail tuniso-américains.

Quant au SPG européen, il n'est pas moins important que le SPG américain, bien qu'il ne porte généralement que sur les normes de la Déclaration de l'OIT. Il prévoit deux mécanismes en vue de renforcer le respect des droits fondamentaux par les Etats partenaires de l'Union Européenne. Le premier prend la forme d'une sanction et permet en cas de violation des droits sociaux fondamentaux de suspendre les avantages tarifaires accordés. Le second autorise au contraire, d'accorder des avantages supplémentaires aux Etats qui adaptent leur législation sociale aux principes de la Déclaration de l'OIT.

Le respect des droits de l'Homme dans les rapports commerciaux de l'UE avec les pays tiers fait partie de sa politique législative et est consacré dans l'article 21 du Traité de l'Union Européenne. La mise en œuvre de cette politique fut évolutive. Les premières clauses ayant un caractère social ont été introduites dans les accords conclus avec les pays ACP (Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes, et du Pacifique)<sup>1242</sup>. « *Il est vrai que ces dispositions ressemblent davantage à des déclarations d'intention politique et qu'il n'y avait pas de mécanisme de contrôle et de sanction* »<sup>1243</sup>. C'est ce qui explique le recours à des clauses plus effectives, dites « clauses droits de l'Homme » introduites dans nombre d'accords commerciaux internationaux conclus par l'Union Européenne. Seulement, le contenu de ces clauses n'est

---

<sup>1240</sup> M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006. p. 209.

<sup>1241</sup> Ce programme fixe les matières qui sont éligibles à ce système dont notamment les produits manufacturés, les bijoux, certains produits agricoles, les produits chimiques, les produits minéraux et certains tapis.

<sup>1242</sup> Ces pays sont liés à l'Union Européenne par la Convention de Lomé signée le 28 février 1975 entre la CEE et 46 pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique remplacée le 23 juin 2000 par l'Accord de Cotonou. Il est à signaler que la Tunisie n'est pas partie à ces deux conventions.

<sup>1243</sup> L. HE, *Droits sociaux fondamentaux et droit de l'Union Européenne*, thèse précitée.

pas identique et l'intensité de la référence aux droits de l'Homme varie en fonction des spécificités de chaque Etat partenaire et de son environnement géopolitique.

La promotion des droits sociaux fondamentaux, apparaît dans ce type de clauses étroitement liée aux rapports économiques. Leur apport dans le domaine social doit alors, être vérifié.

c) L'impact des clauses sociales sur la protection des droits sociaux fondamentaux

**Une efficacité limitée.** L'effet social des systèmes de préférences commerciales généralisées et de la méthode des clauses sociales dans leur ensemble est contesté. « *Outre le fait que la portée pratique des systèmes de préférence généralisés demeure fort limitée, ils présentent aussi l'inconvénient de reposer sur une définition unilatérale du développement* »<sup>1244</sup>. Dans les pays en développement, la promotion des droits sociaux fondamentaux par ces procédés n'est pas certaine. « *Le système d'encouragement communautaire a été critiqué par le Parlement européen en 1998 car il ne bénéficie qu'à 18% des pays et ne concerne pas les pays du Maghreb* »<sup>1245</sup>. Toutefois le faible apport des clauses sociales à faire valoir les droits fondamentaux au niveau national, ne dissimule pas leur contribution active à renforcer le consensus quant à la centralité des droits sociaux fondamentaux ce qui favorise le développement de l'ordre public social transnational.

**Clause sociale et délocalisation.** L'introduction de la clause sociale dans les accords de commerce international vise également à contrecarrer les pratiques de délocalisation<sup>1246</sup>. Certaines entreprises procèdent à une domiciliation fictive dans un pays étranger pour éluder les obligations légales notamment de droit social de l'Etat où elles exercent effectivement leur activité et où elles ont leur centre d'intérêts. Par ce procédé frauduleux, on vise généralement à écarter l'application d'une législation sociale développée. C'est ce qu'on peut constater dans nombre de contrats internationaux de travail sans qu'il y ait en droit international privé des mécanismes qui peuvent en faire face. En droit tunisien spécialement, le CDIP ne prévoit pas de dispositions consacrant une théorie générale de la

---

<sup>1244</sup> A. SUPIOT, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », article précité, spéc. p. 137.

<sup>1245</sup> M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, op. cit., p. 211.

<sup>1246</sup> Définition juridique de la « délocalisation ».

fraude. Mais, même si elle aurait existé, cette théorie n'aurait pas permis d'écarter les effets de telles pratiques sur la question du droit applicable au contrat international de travail.

A cet égard, la clause sociale paraît utile. Elle est censée limiter les effets de ces pratiques en agissant surtout sur l'élévation des salaires dans les pays en développement. Seulement, leur impact à ce sujet n'est pas remarquable. « *Le coût du travail n'est pas le déterminant exclusif des délocalisations* »<sup>1247</sup>. Plusieurs autres critères commandent ce choix adopté par l'investisseur. « *En conséquence, il semble qu'il faille se garder de considérer une clause sociale comme un remède absolu au processus de délocalisation* »<sup>1248</sup>.

**Apport des clauses sociales comprenant des sanctions.** Les clauses sociales qui prévoient des sanctions pour leur inobservation paraissent plus efficaces. Certains accords conclus par l'UE prévoient leur suspension en cas de violation de la clause sociale. Mais, encore faut-il observer que ce type de sanction n'est généralement applicable qu'en dernier ressort et à condition que la violation soit substantielle<sup>1249</sup>. De plus, les sanctions économiques pour violation de la clause sociale risquent d'avoir des effets pervers. Elles « *conduisent nécessairement à bloquer toute activité économique et à créer un cercle vicieux de pauvreté* »<sup>1250</sup>.

Au regard du contrôle de la concurrence économique, l'apport des clauses sociales n'est pas ainsi, remarquable. On peut à ce titre observer que « *l'expérience des clauses sociales montre donc les limites d'une approche qui se borne à lier les normes sociales et commerciales existantes sans remettre en question le contenu de ces normes* »<sup>1251</sup>.

Mais, indépendamment de leur efficacité pratique, les clauses sociales contribuent incontestablement à véhiculer les valeurs et principes d'ordre public social transnational. Elles invitent les Etats à respecter leurs engagements en matière de respect des droits fondamentaux des travailleurs. Elles constituent un support d'harmonisation des législations nationales autour du socle minimal de valeurs sociales et sont révélatrices du consensus international autour de ces valeurs.

---

<sup>1247</sup> G. BESSE, « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'Homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », *Dr. soc.* n° 11 novembre 1994, pp. 841-849, spéc., p. 845.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> Il en est ainsi par exemple de l'accord entre l'UE et Cuba. Décision (UE) 2016/2232 du Conseil du 6 décembre 2016 relative à la signature, au nom de l'Union, et à l'application provisoire de l'accord de dialogue politique et de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Cuba, d'autre part. *JOUE*, L 337I, 13.12.2016, p. 1-2.

<sup>1250</sup> M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, op. cit., p. 200.

<sup>1251</sup> A. SUPIOT, « Justice sociale et libéralisation du commerce international », article précité, p. 137.

B- L'ordre public social européen, obstacle à la formation de l'ordre public social transnational ?

**Le foisonnement des sources.** L'émergence d'un ordre public social européen est la conséquence du « mouvement de centralité des droits sociaux fondamentaux particulièrement net dans l'Union européenne »<sup>1252</sup>. Les textes se sont multipliés contribuant à la formation d'un socle de droits fondamentaux garantis pour tout travailleur exerçant en Europe. Seulement, la juxtaposition de textes à « géométrie variable »<sup>1253</sup> rend le paysage juridique complexe. « Cette coexistence de différents textes, qui ont une logique et des mécanismes d'application différents crée un « empilage » »<sup>1254</sup>. Elle marque les spécificités, controverses et hésitations qui ont accompagné la construction d'une « Europe sociale ». Concurrence ou complémentarité des textes <sup>1255</sup>? La question est toujours posée mettant en avant l'idée de leur articulation et les différences caractérisant leurs forces juridiques.

**La spécialisation.** Le phénomène de fondamentalisation des droits dans la communauté européenne donne naissance à une catégorie de droits et valeurs de plus en plus précis et spécifiques en contradiction avec l'idée même d'universalisme<sup>1256</sup>. La formation au niveau européen d'un ordre public social communautaire mérite d'être étudiée afin d'examiner son incidence sur l'émergence d'un ordre public social à vocation universelle.

1) La formation de l'ordre public social européen

**Ordre public européen et principe de primauté.** La construction de l'ordre juridique européen a favorisé la formation d'un ordre public de l'Union européenne, distingué de l'ordre public des États membres. Désigné encore par « Ordre public européen » il fait référence à un système de valeurs transnational. A partir de la jurisprudence de la CJCE, on peut constater que la formation de l'ordre public européen

---

<sup>1252</sup> M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, op. cit., p. 241.

<sup>1253</sup> *Ibid.* p. 242.

<sup>1254</sup> *Ibid.* p. 241.

<sup>1255</sup> B. GENEVOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ? », *RFDA*, n° 3, mai, 2010, p. 437-444.

<sup>1256</sup> J. GUILLAUME, « Ordre public international, notion d'ordre public international », *J-CL*, Civil Code, fasc. 40, 2 mai 2018, p. 31 s.

s'insère dans la perspective du respect du principe de primauté du droit européen. Cet ordre public est « *forgé par imitation des concepts nationaux d'ordre public international* »<sup>1257</sup>. Son contenu jouit d'une impérativité particulière, une impérativité européenne. En fait, « *L'ordre public de l'Union européenne est ainsi composé de règles ou de principes de source européenne (communautaire) dont le respect est jugé crucial par l'Union européenne*<sup>1258</sup> »<sup>1259</sup>.

**Un ordre public à deux sens.** Dans les rapports horizontaux, c'est-à-dire entre particuliers, on peut distinguer deux types d'ordre public : l'ordre public interne de l'Union européenne et l'ordre public international de l'Union. Le premier n'intervient que dans les relations internes à la communauté européenne. Le second, intervient aussi dans les rapports privés extra-européens c'est-à-dire les rapports ayant des rattachements avec un Etat européen et avec un Etat tiers.

Afin de saisir la spécificité de l'ordre public européen par rapport à l'ordre public social transnational, il importe d'analyser le processus de sa formation au niveau des textes et en jurisprudence.

a) *Le processus de formation de l'ordre public européen dans les textes*

**Formation progressive de l'ordre public.** Dans son ensemble, l'ordre public de l'Union européenne est axé sur la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux. Tels que consacrés dans les textes européens, ces droits relèvent de manière générale d'une qualification de « principes ». A ce titre, ils peuvent contribuer à l'interprétation des textes, voire à en vérifier la validité<sup>1260</sup>.

En droit de l'Union européenne, les droits fondamentaux sont affirmés en premier lieu dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, généralement appelée Convention européenne des droits de l'homme. La Convention repose sur « une *conception commune* et un *commun respect* des droits de l'homme ». L'affirmation des droits fondamentaux est ainsi étroitement liée aux intérêts essentiels de la collectivité européenne. C'est ce qu'a exprimé la Cour européenne des droits de l'homme

---

<sup>1257</sup> S. POILLOT PERUSSETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », Travaux du Comité Français de Droit international Privé, séance du 28 mars 2003, *TCFDIP*, 2002-2004, pp. 65-116, spéc. p.79.

<sup>1258</sup> Il faut préciser que la notion d'ordre public de l'Union européenne a remplacé celle d'ordre public communautaire et ce depuis l'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

<sup>1259</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>1260</sup> C'est ce qui découle de l'article 51 § 1, article 52 § 5 de la Charte des droits fondamentaux.



dans son arrêt Loizidou<sup>1261</sup> en qualifiant la Convention « (d') *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* ». Bien que la Convention s'inspire de la Déclaration universelle, elle s'en éloigne par sa force obligatoire à l'égard des Etats membres. Elle consacre la spécificité de l'ordre public communautaire par rapport à l'ordre public universel en mettant moins l'accent sur les droits individuels que sur le mécanisme de protection juridictionnelle mis en place. La mise en œuvre des droits sociaux reconnus par la Convention a d'ailleurs, donné lieu à l'adoption de la Charte sociale européenne en 1961. La Charte précise les conditions d'exercice de certains droits sociaux tels que les droits syndicaux<sup>1262</sup>. Elle définit également, des mesures concrètes à appliquer sur le lieu de travail pour préserver la vie et la santé des travailleurs, y compris par rapport à la maternité ou aux travailleurs jeunes ou handicapés<sup>1263</sup>.

**La spécialisation.** Le processus de spécialisation de l'ordre public au sein de l'Union européenne, est renforcé par l'adoption en 2000 de la Charte relative aux droits fondamentaux des citoyens de l'Union<sup>1264</sup>. L'objectif de son adoption « *était de réunir les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union européenne dans un seul texte pour leur donner une plus grande visibilité* »<sup>1265</sup>. Bien qu'elle n'ait pas de force contraignante, elle présente l'avantage de « *donner aux citoyens de l'Union, une base qui repose sur l'adoption par tous les pays de l'Union de la CEDH et sur un ensemble de droits garantis par le texte* »<sup>1266</sup>. Son apport en droit européen, est d'avoir doté l'Union « *d'un catalogue précis de droits sociaux fondamentaux* »<sup>1267</sup>.

**Un contenu diversifié.** La diversité de contenu de l'ordre public européen se constate essentiellement à l'examen de la Charte de 2000 ce qui est de nature à impacter la réglementation du contrat de travail. En proclamant des droits essentiels, la Charte contribue à réglementer plusieurs aspects du contrat de travail. L'interdiction du travail forcé, par exemple intervient dans l'examen des conditions de validité du contrat. Au

---

<sup>1261</sup> Arrêt Loizidou contre Turquie du 23 mars 1995 (F. SUDRE [dir.], J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, F. MARCHADIER, J.-P. MARGUÉNAUD, L. MILANO, H. SURREL et D. SZYMCAK, Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 2017, Thémis, PUF, n° 1,

<sup>1262</sup> Articles 5 et 6 de la Charte de 1961 et de la Charte révisée et de l'article 28 de la Charte révisée.

<sup>1263</sup> Articles 3, 7, 8, 15.

<sup>1264</sup> C'est à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, que le Conseil de l'Europe réuni à Cologne les 3 et 4 juin 1999 a décidé sa rédaction. La Charte fût proclamée à Nice le 7 décembre 2000 par le Conseil. Ce n'est que le 12 décembre 2007, lors de l'adoption du Traité de Lisbonne, qu'elle fût signée conjointement par les présidents du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil de l'Union européenne. Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Charte va avoir la même valeur que celle du droit communautaire originaire.

<sup>1265</sup> C. CASTETS-RENARD, « Droits d'auteur », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit européen*, septembre 2014, n° 68.

<sup>1266</sup> M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, op. cit., p. 245.

<sup>1267</sup> *Ibid.*

moment de l'exécution du contrat, interviennent, le droit à des conditions de travail équitables, le principe de l'égalité entre homme et femme, le droit à la protection des données personnelles, le respect de la vie familiale, la dignité, le respect de l'intégrité physique et mentale, la liberté de pensée et de religion, la liberté d'expression et d'information. La Charte protège également contre le licenciement injustifié. On peut regretter que le droit à une rémunération équitable, affirmé par la Charte sociale européenne, ne soit pas retenu par la Charte de 2000.

Le caractère fondamental de ces droits exige qu'ils aient un statut particulier et que leur respect soit imposé à tous les Etats de l'Union européenne. Cependant, la Commission européenne a bien affirmé que la Charte de Nice ne peut entraîner ni un transfert de compétences à la Communauté ni de nouvelles tâches à la charge de l'Union. Cela ne signifie pas que les droits fondamentaux qui sont déclarés ne bénéficient d'aucune force obligatoire. Certains ont fait déjà l'objet d'une harmonisation par le biais de directive avant même qu'ils ne soient affirmés dans la Charte de Nice<sup>1268</sup>. C'est ce qui leur donne une valeur concrète imposée aux Etats membres de l'Union. Pour le reste, « *le législateur communautaire dispose des compétences requises pour réaliser par des normes dérivées des mesures concrètes concernant les droits fondamentaux proclamés dans la Charte* »<sup>1269</sup>.

Ce qui est particulier, est l'articulation des rapports entre la Charte et la Convention. A l'image de l'ordre public social en droit interne, la CEDH est érigée en standard minimal de référence comprenant ainsi, des normes sociales minimales. Le niveau de protection proclamé par la Charte ne peut être inférieur à celui de la Convention.

#### b) L'apport de la jurisprudence

***La fondamentalisation des droits sociaux.*** La CJUE a joué un rôle incontestable dans la construction de l'ordre public européen comme un système de valeurs commun à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne. Parmi les droits qu'on peut qualifier

---

<sup>1268</sup> A ce titre, on peut citer en matière de droit à l'information, la Directive 74/129 consolidée par la Directive 85/59 relatives au licenciement économique et la Directive 1997 révisée par la Directive 2001/23 relative au transfert d'entreprise, de même en matière de droit à la santé et à la sécurité des travailleurs, la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ainsi que sa modification par la Directive 2007/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007.

<sup>1269</sup> *Ibid.* p. 247.

de fondamentaux, la CJUE identifie le droit aux congés payés. Dans un arrêt du 27 novembre 2017, la Cour précise que la prise effective du congé par le salarié est d'ordre public<sup>1270</sup>. La Cour s'est basée sur l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que le droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle en a déduit que « *dans l'hypothèse d'un litige entre un travailleur et son employeur quant au point de savoir si le travailleur a droit à un congé annuel payé conformément au premier de ces articles, ils s'opposent à ce que le travailleur doive d'abord prendre son congé avant de savoir s'il a droit à être rémunéré au titre de ce congé* »<sup>1271</sup>.

***Des inflexions ?*** La fonction normative de la CJUE dans la formation de l'ordre public social européen n'est pas univoque. La jurisprudence de la Cour a connu certaines régressions dans la protection des droits fondamentaux. Dans certaines décisions, la jurisprudence de la CJUE est parue contrastée<sup>1272</sup>. Citons essentiellement les deux célèbres affaires « Viking » et « Laval » où la Cour était appelée à statuer sur l'exercice du droit de grève dans un contexte de mobilité de la main-d'œuvre. La Cour a conclu à la primauté de la libre prestation de services ou de la liberté d'établissement, telles qu'affirmées par un traité, de portée économique, sur le droit des relations professionnelles. « *L'apport des arrêts Laval et Viking est de mettre aussi le droit communautaire à l'abri des grèves et autres formes d'action syndicale susceptibles d'entraver sa mise en œuvre. A cette fin les règles du commerce sont déclarées applicables aux syndicats, au mépris du principe de « libre exercice du droit syndical », tel que garanti par la convention 87 de l'OIT* »<sup>1273</sup>.

Mais, la jurisprudence Viking et Laval ne doit pas être interprétée dans le sens d'une remise en cause d'un droit fondamental, celui de l'exercice des droits syndicaux. Dans les deux arrêts, la Cour commence par affirmer que « *le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* ». La Cour admet l'existence de ce

---

<sup>1270</sup> Arrêt CJUE du 29 novembre 2017, affaire C-214/16

<sup>1271</sup> *Ibid.*

<sup>1272</sup> CJCE, 11 déc. 2007, Viking, préc. – CJCE, 18 déc. 2007, Laval, préc. – CJCE, 3 avr. 2008, Rüffert, aff. C-346/06. – CJCE, 19 juin 2008, Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg, aff. C-319/06. Voir à ce sujet, S. LAULOM et F. LEFRESNE, « Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes. Peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe ? », *Revue de l'IREES*, 2009, 4, n° 63, pp. 127-152.

<sup>1273</sup> A. SUPIOT, « L'Europe gagnée par « l'économie communiste de marché », in *Viking-Laval-Rüffert: entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux où se trouve l'équilibre ? débat organisé par Notre Europe et l'Institut Syndical européen*, Education et culture, l'Europe pour le citoyen, 2008, p. 4.

droit fondamental en se basant sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. « *Dans cette perspective, les arrêts Laval et Viking constituent sans nul doute une avancée importante dans la reconnaissance de la normativité de droits sociaux fondamentaux* »<sup>1274</sup>.

Dans l'arrêt Laval spécialement, la Cour admet le droit de mener une action collective afin de protéger les intérêts des salariés de l'Etat d'accueil contre d'éventuelles pratiques de dumping social. Mais, parallèlement, la Cour admet que des limites soient apportées à l'exercice de ce droit fondamental, ce qui devrait être soumis à un contrôle de proportionnalité. La Cour invite ainsi, les juges nationaux à vérifier les motifs et intérêts de la grève lorsqu'elle est de nature à entraver le principe de la liberté d'entreprendre. Dans leur ensemble, les arrêts Viking et Laval sont révélateurs de la difficile conciliation entre l'exercice des droits fondamentaux dont essentiellement, les droits syndicaux et les libertés économiques. La mise en œuvre des droits et leur concrétisation nécessitent une intervention jurisprudentielle en vue d'une meilleure harmonisation des solutions.

***Concrétisation de certains droits fondamentaux : l'exemple du principe de non-discrimination.*** Certains droits fondamentaux ont besoin, selon la CJUE de concrétisation pour garantir leur applicabilité par les juges nationaux. Ainsi, par exemple, les droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux, sont qualifiés de « principes ». « *Or les principes ne possèdent qu'une justiciabilité réduite. A la différence des droits, ce ne sont pas des droits subjectifs, invocables à ce titre devant une juridiction* »<sup>1275</sup>. Ils nécessitent une interprétation par la CJUE. La mise en œuvre du principe de non-discrimination constitue à cet effet un exemple typique où intervient le pouvoir d'interprétation de la CJUE. M. Rodière s'interrogeant sur les perspectives de refondation d'une Europe sociale réinventée, se pose la question de savoir si « *La non-discrimination n'at-elle pas vocation à former le nouveau droit-principe fondant cette reconstruction ?* »<sup>1276</sup>. C'est parce que le principe d'égalité ou de non-discrimination constitue un axe fondamental du droit du travail de l'Union européenne. Le principe de non-discrimination à raison de la nationalité est étroitement lié à la liberté de circulation des travailleurs. Mais, la mise en œuvre du principe nécessite des éclaircissements à apporter par la CJUE.

---

<sup>1274</sup> S. LAULOM et F. LEFRESNE, « Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes. Peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe ? », article précité, p. 134.

<sup>1275</sup> P. RODIERE, « Quelles refondations sociales en perspective ? », in *Revisiter les solidarités en Europe*, Actes du Colloque 18 et 19 juin 2018 Chaire État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités, Professeur Alain Supiot, collège de France, p. 171- 189, spéc. p. 178.

<sup>1276</sup> *Ibid.* p. 179.

Ainsi, à titre d'exemple, la Cour a eu, à examiner le principe de non-discrimination entre salariés en fonction de l'âge dans l'arrêt *AMS*<sup>1277</sup>. La Cour y fait une distinction entre d'une part, les principes qui ne se suffisent pas à eux même et d'autre part, les droits auto-suffisants, tel le principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Ce principe constitue selon la Cour un droit subjectif invocable par les particuliers. La Cour confirme sa position dans l'arrêt *Küçükdeveci*<sup>1278</sup>. En l'espèce, une salariée contestait le délai de préavis du licenciement calculé sur la base des dispositions du Code civil allemand. Ces dispositions prévoient que les périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 25 ans ne sont pas prises en compte dans le calcul du délai de préavis. C'est ce qui a été considéré par la salariée, comme une mesure de discrimination fondée sur l'âge contraire au droit de l'Union. Statuant en appel, le *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, interroge la Cour de justice à titre préjudiciel afin de déterminer si sa législation nationale enfreint le principe de non-discrimination lié à l'âge tel que consacré en droit communautaire et si ce principe se fonde sur le droit primaire communautaire ou sur la directive 2000/78/CE. La Cour s'appuie sur les acquis de son arrêt *Mangold*<sup>1279</sup>, pour affirmer que « l'existence d'un principe de non-discrimination en fonction de l'âge (...) doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union » et que « la directive 2000/78 concrétise ce principe » ce qui lui accorde les qualités de précisions et d'inconditionnalité<sup>1280</sup>. On déduit de ce lien entre la directive et le principe, un critère d'applicabilité ignoré de l'arrêt *Mangold*. « L'enjeu est ailleurs : l'invocation de la norme fondamentale dans le champ d'application d'une directive supplée à l'absence d'effet direct horizontal de la directive »<sup>1281</sup>.

Par ailleurs, l'affirmation d'un droit fondamental au niveau européen peut nécessiter une adaptation par le droit national. Citons à ce titre la loi française du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans la lutte contre les discriminations<sup>1282</sup>. Elle retient une définition plus large de la discrimination que celle retenue en droit communautaire. Le harcèlement sexuel et le harcèlement moral, en tant

---

<sup>1277</sup> CJUE, 15 janv. 2014, n° C-176/12, Association de médiation sociale

<sup>1278</sup> CJCE, 19 janv. 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, *AJDA* 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDT* 2010. 237, obs. M. Schmitt ; *RTD eur.* 2010. 113, chron. L. Coutron ; *ibid.* 599, chron. L. Coutron ; *ibid.* 673, chron. S. Robin-Olivier ; *ibid.* 2011. 41, étude E. Bribosia et T. Bombois.

<sup>1279</sup> CJCE, 22 nov. 2005 n° C-144/04, *Mangold c/ Helm*, *AJDA* 2006. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *D.* 2006. 557, note O. Leclerc ; *ibid.* 2007. 465, obs. F. Meyer ; *RDT*, 2006. 31, obs. M. Schmitt ; *ibid.* 133, obs. S. Robin-Olivier

<sup>1280</sup> P. RODIERE, « Quelles refondations sociales en perspective ? », p. 179.

<sup>1281</sup> J. POTRA et S. ROBIN-OLIVIER, « Droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : quelques développements récents », *RDT*, pp. 589-603.

<sup>1282</sup> Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JO*, 2008-05-28, n° 123, p. 8801.

que comportements discriminatoires, sont définis par la loi comme étant tout agissement « à connotation sexuelle subie par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant »<sup>1283</sup>.

Le travailleur international en mobilité dans l'Union européenne bénéficie de plusieurs autres droits fondamentaux découlant du principe de la libre circulation. Citons à titre d'exemples, le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité entre travailleurs des Etats membres en ce qui concerne la rémunération et les autres conditions de travail<sup>1284</sup>. L'interdiction de la discrimination s'étend également au domaine du licenciement et de réintégration professionnelle. Seulement, le principe de non-discrimination n'est pas absolu puisque la Cour de Strasbourg<sup>1285</sup> admet qu'une discrimination indirecte puisse être objectivement justifiée et proportionnée au but recherché<sup>1286</sup>. Mais, faut-il encore noter que la forme de discrimination autorisée concerne les travailleurs migrants<sup>1287</sup> ce qui ne rentre pas dans notre champ d'étude.

Notons, que l'applicabilité des libertés fondamentales de circulation ne bénéficiait au départ qu'aux travailleurs en mobilité qu'ils soient salariés ou indépendants. C'est par la suite que la Cour européenne les a étendus à toute la citoyenneté européenne<sup>1288</sup>.

## 2) L'effet de l'eupéanisation de l'ordre public social sur le mouvement d'universalisation

***Conformité de l'ordre public européen à l'ordre public social transnational.*** La spécialisation de l'ordre public va évidemment contre sa généralisation. La juxtaposition de

---

<sup>1283</sup> Article. L. 1132-1

<sup>1284</sup> C'est ce que prévoit l'article 45, § 2, du TFUE. Cette disposition constitue un prolongement de l'interdiction générale des discriminations à raison de la nationalité (TFUE, art. 18, ex-art. 12 Traité CE), telle qu'elle a été réaffirmée dans le règlement n° 1612/68 (art. 7, § 1<sup>er</sup>).

<sup>1285</sup> La CJCE.

<sup>1286</sup> CJCE, 27 nov. 1997, Meints, aff. C-57/96, Rec. I. 6689.

<sup>1287</sup> Selon, la CJCE, sont « indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants, ainsi que [celles] qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants ou encore qui risquent de jouer au détriment » de ces derniers. CJCE, 23 mai 1996, O'Flynn, aff. C-237/94, Rec. I. 2617 ; *adde* : CJCE, 27 nov. 1997, Meints, aff. C-57/96, Rec. I. 6689. En fait, le principe de l'égalité de traitement admet des distinctions « justifiées par des considérations objectives indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés, si elles sont proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national » (CJCE, 23 mai 1996, O'Flynn, aff. C-237/94, Rec. I. 2617). Les « mesures doivent respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire constituer des mesures appropriées et nécessaires pour atteindre le but recherché » (CJCE, 2 août 1993, Allué E.A., aff. Jointes C-259/91 et autres, Rec. I. 4309)

<sup>1288</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, *AJDA*, 1998. 801, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *ibid.* 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *D.*, 1998. IR 165.

l'ordre public social transnational et l'ordre public européen suscite des réflexions quant à la conformité du droit de l'Union aux normes de l'OIT relatives aux droits sociaux fondamentaux. Elle pose également des questions quant au conflit de normes européennes et normes internationales en matière de droits sociaux fondamentaux. C'est dans ce sens que Pierre Rodière s'est interrogé sur la méthodologie à suivre afin de résoudre les conflits qui peuvent naître entre le droit social de l'Union et les normes sociales internationales produites par l'OIT et qui sont plus protectrices<sup>1289</sup>.

En fait, la confrontation des deux ensembles de normes permet de constater que « *les contradictions entre les normes européennes et internationales restent rares. Plusieurs arrêts de la CJUE ont cependant créé des conflits potentiels entre les unes et les autres* »<sup>1290</sup>. Pour ne citer que celles qui se rapportent aux droits fondamentaux, on peut prendre l'exemple de l'arrêt de la CJUE, de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media c/ Staat der Nederlanden*<sup>1291</sup>. Dans cet arrêt, la CJUE a autorisé que les conventions collectives conclues par des associations de travailleurs indépendants soient soumises aux règles de la concurrence. Elle se trouve ainsi, en contradiction avec la convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, qui ne distingue pas entre salariés et indépendants.

Cette dégradation de la protection européenne des droits fondamentaux peut être aussi constatée dans des domaines voisins tels que celui de la sécurité sociale. Elle est illustrative de la crise du droit social en Europe. En fait, actuellement, le droit social européen constitue un cadre juridique complexe. Il est « *souvent décrit comme le parent pauvre de l'Union européenne et de la coopération internationale* »<sup>1292</sup>. Pour dépasser cette crise, certains auteurs préconisent aux Etats « (d') *approfondir encore un peu plus ce cadre dans les enceintes privilégiées que sont l'OIT, le Conseil de l'Europe et, surtout, l'Union européenne* »<sup>1293</sup>.

***Résolution des conflits entre normes européennes et normes sociales internationales.*** De *lege lata*, les normes internationales ne s'inscrivent pas dans un ordre hiérarchique. C'est ce qui rend difficile la résolution des conflits entre les normes internationales véhiculant les principes d'ordre public social transnational et les normes

---

<sup>1289</sup> P. RODIERE, « Compétences et incompétences législatives de l'Union : un jeu de dupes ? », in *les frontières de l'Europe sociale*, IREDIES Paris 1, éd. Pedone, 2018, pp. 15-38. Sur la présentation de l'ouvrage, voir, J-PH LHERNOULD, « Les frontières de l'Europe sociale », *RCDIP*, Dalloz, 2019, pp.300-303, spéc. p. 302.

<sup>1290</sup> J-M. SERVAIS, « Organisation internationale du travail », *article précité*, n° 89.

<sup>1291</sup> CJUE, 4 déc. 2014, aff. C-413/13.

<sup>1292</sup> A. DEFOSSEZ, « Bibliographie - S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS et M. DEL SOL, « Droit social européen et international », *RTD eur.* 2011, p. IV.

<sup>1293</sup> *Ibid.*

européennes. De plus, le conflit entre les deux types de normes est généralement indirect. Il résulte de la confrontation d'une règle nationale qui reprend le contenu de la norme internationale à une norme européenne. Ce type de conflit ne peut pas être résolu en fonction de la hiérarchie des sources du droit. « *Le juge confronté à un tel conflit doit donc choisir la norme qui lui semble convenir. Il le fait souvent de manière réaliste selon le contexte social* »<sup>1294</sup>. L'exemple le plus illustratif à ce sujet est celui du travail de nuit des femmes, qui a vu se confronter la loi nationale française, à la Convention n° 100 de l'OIT norme de l'OIT, au principe d'égalité entre les hommes et les femmes reconnu par la CJUE se fondant sur le Traité de Rome. Notons à cet effet, que l'article 119 du Traité de Rome, relatif à l'égalité de rémunération entre homme et femme, a été inséré à la demande de la France. Il reprenait les termes de la Convention n° 100 mais avec nuance. Cet article visait l'égalité de rémunération pour le « même travail ». Certains États membres refusaient d'étendre cette règle pour le « travail de valeur égale », c'est-à-dire aux emplois non mixtes. Ce n'est qu'en 1975, que la notion de « valeur égale » fut retenue en droit européen, introduite par la directive n° 75/117/CEE.

Dans son arrêt du 8 avril 1976, la CJCE a reconnu l'effet direct au principe d'égalité de traitement tel qu'il résulte de l'article 119 du traité CEE<sup>1295</sup>. « La position de la Cour montrera la nécessité d'une mise en œuvre dans le sens d'un élargissement du critère strict de *même travail* en conformité notamment avec les dispositions de la Convention n° 100 de l'OIT, dont l'article 2 envisage l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale »<sup>1296</sup>.

De *lege feranda*, l'affirmation de la suprématie des principes d'ordre public social transnational, dont notamment le principe de non-discrimination permet de résoudre tout type de conflit qui pourrait opposer les normes internationales notamment celles de l'OIT et les normes européennes. La qualification des premières normes de règles de jus cogens est de nature à interdire toute limitation de ces principes que ce soit par des normes nationales ou même européennes. En conséquence, pourront être écartées les normes européennes autorisant des discriminations en fonction de la nationalité. C'est le cas par exemple de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 « sur la protection des artistes-

---

<sup>1294</sup> M-C. ESCANDE-VARINOL, « L'internationalisation du droit, conflits de sources internationales », *Les carnets de recherche du CIERA*, 27 et 28 avril 2012, accessible sur : <https://ciera.hypotheses.org/433>

<sup>1295</sup> CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, Defrenne c/ Sabena dit Defrenne II, Rec. CJCE, p. 455 ; RTD eur. 1976.529, obs. Philip).

<sup>1296</sup> M-T. LANQUETIN, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010, actualisation, avril 2021, n° 40.



interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion ». Cette Convention autorise aux Etats membres d'émettre des réserves au principe de non-discrimination qu'elle instaure. Ainsi, par exemple, l'article 16, 1 a) iii, de la Convention, permet à l'Etat qui fait la réserve de ne pas appliquer les dispositions de l'article 12 relatif à la rémunération équitable « en ce qui concerne les phonogrammes dont le producteur n'est pas ressortissant d'un Etat contractant ». Sur la base de ces textes, le législateur français a instauré dans les articles L. 214-2<sup>1297</sup> et L. 311-2<sup>1298</sup> du Code de la propriété intellectuelle un régime différencié pour phonogrammes et/ou vidéogrammes selon que leur première fixation a eu lieu ou non dans un Etat membre de l'Union européenne. Ces dispositions ont été critiqués parce qu'introduisant une sorte de discrimination<sup>1299</sup>. M. Kéréver a pu affirmer que « le législateur, en se référant à la localisation en France d'une première fixation, a cherché une sorte de périphrase évitant de parler crûment de condition de nationalité »<sup>1300</sup>. Pour M. H.-J. Lucas, la règle introduit une « discrimination conditionnelle » puisque la condition de fixation n'est rien autre qu'une condition de discrimination en raison de la nationalité<sup>1301</sup>.

L'affirmation de la suprématie de l'ordre public social transnational par rapport aux normes européennes permettrait d'éviter les discriminations entre ressortissants européens et étrangers.

On peut admettre plus généralement que le développement d'un standard universel minimal contribue à diminuer les sentiments de frustrations chez les travailleurs mobiles des pays du sud et de favoriser une meilleure mobilité de la main d'œuvre, notamment tunisienne, nécessaire pour le progrès économique mondial.

## **§ 2 Le critère finaliste, l'ordonnement du pluralisme normatif**

---

<sup>1297</sup> Aux termes de l'article L. 214-2 « Sous réserve des conventions internationales, les droits à rémunération reconnus par les dispositions de l'article L. 214-1 sont répartis entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes pour les phonogrammes fixés pour la première fois dans un Etat membre de la Communauté européenne ».

<sup>1298</sup> Aux termes de l'article L. 311-2 « Sous réserve des conventions internationales, les droits à rémunération reconnus par les dispositions de l'article L. 214-1 sont répartis entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes pour les phonogrammes fixés pour la première fois dans un Etat membre de la Communauté européenne ».

<sup>1299</sup> M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, « les droits voisins », Bibliographie, *Recueil Dalloz*, n° 1217.

<sup>1300</sup> A. KEREVER, « La loi du 3 juillet 1985 et la protection des étrangers », *RIDA*, 3/1987, p. 3, spéc. p. 27.

<sup>1301</sup> H.-J. LUCAS : « Propriété littéraire et artistique – Droit international – Droit commun », *JCl. PLA*, fasc. 1910, 2003, « Points-clés », n° 23.

***Les différentes expressions du pluralisme.*** Le conflit de lois en droit international privé a toujours favorisé une concurrence normative entre les différents ordres étatiques. Bien que la conception même de la concurrence peut se présenter comme un processus créateur d'innovation et de nouvelles connaissances<sup>1302</sup>, elle a joué à contre sens en droit du travail et s'est traduite parfois par un dumping social.

Parallèlement, et en dehors du cadre étatique, se sont développées de nouvelles formes de production normative. La conséquence étant une remise en cause considérable du monopole étatique dans la production du droit. En fait, l'apparition de normes sociales de sources et de teneurs diversifiées est de nature à impacter la réglementation des contrats de travail internationaux. Emanant d'entités publiques et privées, internationales et transnationales, ces normes d'application déterritorialisée, sont révélatrices d'un nouveau paradigme en droit du travail. Elles participent par leur interaction avec les différentes normes étatiques à la formation d'un droit du travail « post moderne »<sup>1303</sup> et à l'émergence d'un ordre social mondial.

***Le besoin de régulation par des normes universelles.*** Le droit auquel donnent naissance les différentes normes sociales est un droit décloisonné, désordonné en raison de la multiplicité de ses sources. Afin de l'ordonner, nous serons menés de vérifier si l'ordre public social transnational pourrait jouer une fonction d'encadrement. En promettant des valeurs sociales universelles, il est censé canaliser le pluralisme normatif autour de principes régulateurs, facteurs d'ordonnement.

#### A- Le pluralisme désordonné des normes sociales

***La pluralité des systèmes normatifs étatiques.*** Le pluralisme normatif étatique a donné lieu en droit social à une concurrence parfois défavorable aux salariés et allant à l'encontre de la fonction classique du droit du travail. Ceci revient au fait que l'internationalisation des échanges s'est effectuée, à partir de territoires nationaux. Elle

---

<sup>1302</sup> F-A. HAYEK, Competition as a Discovery Procedure, in *F.A. Hayek, New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London and Henley, Routledge and Kegan Paul, 1978, pp. 179-190.

<sup>1303</sup> J. CHEVALIER, « Vers un droit post moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, n° 3, pp. 659-714, spéc. p. 671. L'auteur précise que « le droit post-moderne est conçu essentiellement comme un droit pragmatique, sous-tendu par une volonté d'action sur le réel ; cette préoccupation d'efficacité modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité ». *Ibid.*

prend la forme d'un commerce interétatique et s'est basée sur l'importance du rôle de l'Etat nation. Ce dernier était parfois contraint à baisser sa législation sociale afin d'attirer les investisseurs étrangers. Il en a résulté un phénomène de dumping social favorisé par l'absence de socle minimal de normes sociales supranationales à effet contraignant. En fait, le pouvoir régulateur de l'OIT était faible en raison du principe de la ratification volontaire de Conventions par les Etats. De plus, le rythme trop accéléré de la mondialisation, de « dénationalisation » et de « multinationalisation » des systèmes de production, a démontré les limites de l'action de l'OIT. En effet, « *la mondialisation de l'économie qui conditionne largement l'efficacité des politiques sociales nationales met en cause l'efficacité de l'action normative de l'OIT centrée principalement sur l'Etat* »<sup>1304</sup>. Celui-ci est le destinataire principal des conventions internationales établies par l'OIT. Sa ratification des conventions en conditionne la force obligatoire. De plus, le système de contrôle de l'application des normes ne comprend pas de sanctions. Parallèlement, l'apparition de nouveaux foyers normatifs privés a rendu la situation plus complexe.

***La lex socialia, nouvelle forme du pluralisme normatif.*** Le développement de nouvelles formes de travail en réseaux donnant naissance à des rapports de travail transnationaux<sup>1305</sup> s'est accompagné par la formation d'un droit spécial produit par des entités non étatiques : la loi sociale transnationale ou encore *lex socialia*. Elles émanent des sociétés multinationales, nouveaux « acteurs juridiques », exerçant un pouvoir normatif concurrentiel au pouvoir normatif étatique. En fait, il devient incontestable que « *l'économie globale remet en cause les droits du travail nationaux non seulement en raison des pressions opérées au niveau national pour que le territoire soit attractif mais aussi parce que les normes nationales n'appréhendent pas l'espace juridique des firmes multinationales qui est, par hypothèse, transnational, souvent mondial* »<sup>1306</sup>. Ces acteurs développent de nouveaux procédés de régulation sociale qui se juxtaposent aux techniques de réglementation étatique. En parallèle, les notions de base sur lesquelles se fondent les règles nationales de droit du travail se trouvent affectées par les nouvelles formes de travail en réseau. Ainsi, par exemple, les délimitations territoriales et l'identification de l'employeur sont autant de concepts qui caractérisent le droit du travail

---

<sup>1304</sup> G. SPYROPOULOS, « Encadrement social de la mondialisation de l'économie : bilan et perspectives d'avenir de l'action normative au niveau international dans le domaine du travail », article précité, p. 552.

<sup>1305</sup> M. LAFARGUE, *les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, thèse précitée, 2015.

<sup>1306</sup> M-A. MOREAU et G. TRUDEAU, « Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », article précité, p. 935.

« classique ». Or, « le développement des firmes multinationales, dont l'action est par nature organisée à partir d'une pluralité de pays, remet en cause ces postulats et de là, l'efficacité de ces modes traditionnels de réglementation internationale du travail »<sup>1307</sup>.

La *lex socialia* permet d'appréhender les relations de travail dans leur dimension transnationale. Elle tient compte de l'appartenance de l'individu à plusieurs groupes produisant leurs propres normes. Si ces normes ont pu avoir naissance, c'est parce que « les phénomènes relatifs aux droits et ceux qui ressemblent au droit ne trouvent pas tous leur source dans l'Etat »<sup>1308</sup>.

On assiste, ainsi, à des changements juridiques qui affectent la notion même de droit. « Cette transformation du droit conduit à un renouvellement sans précédent de la pensée juridique : la construction pyramidale du droit autour du rôle central de l'Etat est remise en question »<sup>1309</sup>. Les sources du droit deviennent multiples remettant en cause la construction hiérarchique du droit et annonçant la « crise du modèle pyramidal »<sup>1310</sup>. Le renforcement du rôle juridique des acteurs privés, le brouillage des frontières entre le fait et le droit, le déclin de la mono disciplinarité par rapport à la pluridisciplinarité sont autant d'illustrations du « passage de la pyramide au réseau »<sup>1311</sup>.

Le recul de la fonction régulatrice de l'Etat est révélateur également, de la « la pression concurrentielle orchestrée au niveau mondial et des possibilités ouvertes aux acteurs économiques de s'affranchir de son pouvoir »<sup>1312</sup>.

L'apparition d'un espace social multinational se traduit donc, nécessairement par l'élaboration de normes sociales de dimension transnationale. Leur développement est la conséquence normale du processus de « globalisation » des rapports de travail qui constitue parfois une nouvelle forme d'internationalité. Le contrat de travail dont l'exécution exige une mobilité dans le cadre du « réseau » d'une firme transnationale, ne pose pas les mêmes problèmes que ceux engendrés par une internationalité classique. Son appréhension nécessite l'adoption d'une approche transnationale qui sort du cadre étatique. C'est ainsi,

---

<sup>1307</sup> M-A. MOREAU et G. TRUDEAU, « Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », article précité, p. 922.

<sup>1308</sup> S-F. MOORE, « *Legal Systems of the World* », in *Law and the Social Sciences*, L. Lipson, S. Wheeler (eds), New York, Russell Sage Found, 1986, pp. 11-62, p. 15.

<sup>1309</sup> M-A. MOREAU, *normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, p. 4.

<sup>1310</sup> F. OST, « De la pyramide au réseau : un nouveau paradigme pour la science du droit ? », in *Supiot (A.) (dir.), Tisser le lien social*, Paris, MSH, 2004, p. 175-196.

<sup>1311</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, PU Saint Louis, 2002.

<sup>1312</sup> M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation Confrontations et mutations*, op. cit., p. 17.

« (qu') en matière sociale, l'exigence de normes ayant un impact concret, effectif avec une véritable fonction de régulation sociale face à la globalisation est en expansion, allant parfois jusqu'à la revendication d'un droit global »<sup>1313</sup>.

Sans prétendre une éventuelle fonction de substitution par rapport au droit national ni par rapport au droit international, le droit *social* transnational « s'est plutôt ajouté au modèle traditionnel. C'est cette constellation que les théoriciens du (nouveau) pluralisme juridique ont tenté de comprendre »<sup>1314</sup>. Elle est l'expression du nouveau paradigme des rapports internationaux et constitue la nouvelle façon dont le droit est repensé.

La principale conséquence de ce pluralisme normatif est l'apparition de situations rentrant dans le champ d'intervention de deux ou plusieurs systèmes normatifs : le système normatif étatique et le système normatif non étatique ou interétatique. L'espace juridique qui en résulte est un espace hybride.

#### B- L'ordonnement du pluralisme normatif par les principes d'ordre public social transnational

**Articulation entre différents ordres étatiques.** La finalité de l'OPST est d'uniformiser le droit du travail autour d'un ensemble de principes universels afin de garantir un seuil minimal de justice sociale. En dehors de ce socle les Etats conservent leur liberté législative ce qui ne pourrait qu'être favorable aux pays en développement. M. Dockès dans son étude portant sur les justificatifs et les moyens d'un droit du travail mondial, précise que, « l'uniformisation doit être limitée afin de préserver les avantages compétitifs que les pays pauvres peuvent tirer de la relative faiblesse de leur coût du travail »<sup>1315</sup>.

La sauvegarde des principes d'ordre public social transnational n'est pas de nature à éliminer toute concurrence normative. Elle sert plutôt à sa canalisation pour qu'elle n'entraîne pas une entrave aux droits essentiels des travailleurs et ne se transforme donc pas en dumping social. De plus, la préservation d'un juste équilibre dans le contrat de travail par le biais de principes universels est de nature à garantir une évolution socialement « saine » de l'économie. Rappelons à ce titre que par, principes d'ordre public social

---

<sup>1313</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>1314</sup> K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013, pp. 9-36, spéc. p. 16.

<sup>1315</sup> E. DOCKÈS, « Le droit du travail, justification et moyens d'un droit du travail mondial », in *La mondialisation du droit*, actes du colloque du CREDIMI organisé du 13 au 15 septembre 1999, Litec 2000, pp. 463-479, spéc. p. 472.

transnational, « ne sont visés que des droits élémentaires de l'homme au travail, qui loin de constituer une entrave au développement peuvent être conçus comme une aide en vue du développement durable des pays pauvres »<sup>1316</sup>.

Par ailleurs, l'ordre public social transnational est de nature à assurer un équilibre entre intérêts commerciaux voire concurrence commerciale entre Etats et coopération en matière de droits fondamentaux. On assure ainsi, la régulation supranationale par la coordination entre intérêts contradictoires. Mme Delmas Marty affirme, à cet effet que « pour éviter de sacrifier l'un à l'autre (par exemple, en renonçant aux droits sociaux pour favoriser la compétitivité), la régulation peut venir du principe de solidarité qui procède à la fois de la fraternité née de l'esprit de coopération et de l'émulation créée par l'esprit de compétition, comme on peut l'observer avec la gouvernance mondiale du climat »<sup>1317</sup>.

En ordonnant les systèmes juridiques autour d'un minimum universel, l'ordre public social transnational est de nature à assurer la sécurité juridique et limiter le *forum shopping*. En raison du standard qu'il crée, il « pourrait permettre de contrer les tentatives des opérateurs juridiques qui cherchent par le biais de clauses d'élection de for à se voir reconnaître le bénéfice de la loi applicable la moins exigeante en termes d'impérativité internationale »<sup>1318</sup>.

**Encadrement du pouvoir normatif privé.** C'est dans l'ordre transnational, que l'effort de la communauté des Etats mais aussi de tous les intervenants y compris les entités privées que se trace l'avenir de l'action sociale. Certaines voies sont à suivre dont notamment « celle d'une plus grande maîtrise intellectuelle des mutations économiques et sociales en cours ; celle d'une plus large acceptation de certaines valeurs communes et d'un certain nombre de principes sociaux fondamentaux »<sup>1319</sup>. Ainsi par exemple, le pluralisme normatif auquel contribuent les entreprises par l'édiction de codes de conduites, chartes éthiques et par la promotion de la négociation collective à l'échelle transnationale contribuent positivement à l'affirmation et reconnaissance des droits fondamentaux. Seulement, ce pluralisme doit être combiné avec l'ordre public social transnational pour qu'il puisse réaliser concrètement sa fonction sociale

---

<sup>1316</sup> *Ibid.*

<sup>1317</sup> M. DELMAS-MARTY, « quel droit pour un monde pluriel et instable », *Entretien avec Mireille Delmas Marty, SFR, « Etudes »*, 2018/6 Juin, pp. 53-64, spéc. p. 54 s.

<sup>1318</sup> M. FORTEAU, « L'ordre public « transnational » ou « réellement international », L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI*, n° 1, Janvier 2011, doct. 1, pp. 3-49, spéc. p. 10.

<sup>1319</sup> G. SPYROPOULOS, « Encadrement social de la mondialisation de l'économie : bilan et perspectives d'avenir de l'action normative au niveau international dans le domaine du travail », article précité, p. 560.

et participer à la formation d'un droit social supranational ou interétatique<sup>1320</sup>. L'ordre public social transnational constitue, à cet égard, l'axe fondamental d'ordonnement des différentes normes sociales qu'elles soient publiques ou privées, nationales ou internationales ou même transnationales. C'est au regard de cet ordre public spécialement, que les juges tunisiens sont invités à contrôler l'application sur le territoire du for des normes privées relatives à la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux, essentiellement les normes RSE.

## **Section 2 : Besoin d'instrumentalisation de l'ordre public social transnational ?**

*L'ordre public social transnational au carrefour de la justice substantielle et de la logique de rattachement.* Si la question d'une éventuelle instrumentalisation de l'ordre public social transnational se pose c'est en raison de l'universalité des valeurs qu'il véhicule et de l'absence en droit international privé d'un mécanisme spécial pour sa concrétisation. Tout comme pour les droits fondamentaux qui l'alimentent, l'ordre public social transnational constitue un facteur de perturbation pour le droit international privé. Le tout « *semble justifier la qualification de crise de la discipline* »<sup>1321</sup>. Ceci revient au fait de l'affrontement de deux logiques différentes, la logique du droit international privé à la recherche de l'harmonie internationale par des règles de rattachement et celle de l'universalisme des valeurs à la quête d'une harmonie substantielle des solutions<sup>1322</sup>. L'imposition d'un standard minimal essentiel dans les contrats de travail internationaux ne peut à priori anéantir la méthode conflictuelle. Comme tout ordre public, il ne couvre que des questions précises. En conséquence, le conflit de lois persiste en dehors du domaine d'intervention de ce standard. Il reste à identifier le mécanisme d'intervention de l'ordre public social transnational dans cette zone commune qu'il partage avec le mécanisme conflictuel supposé régir tous les aspects du rapport juridique en question. Notons que, la suprématie des valeurs d'ordre public social transnational, exige une application impérative qui ne peut

---

<sup>1320</sup> Sur la contribution des normes élaborées par les entreprises à la formation du droit social supranational, voir CH-A. MORAND, « Le droit saisi par la mondialisation, définition, enjeux et transformations », in CH-A. MORAND, (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruyant, Bruxelles, 2001, pp. 81-105, spéc. p. 101.

<sup>1321</sup> H. MUIR WATT, « concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE*, 2013, pp. 59-78, spéc. p. 60.

<sup>1322</sup>B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, vol. 52, n°4, oct.-déc.2000, pp. 797-818, spéc. p. 798.

dépendre de la règle de conflit. Le recours à l'exception d'ordre public paraît à priori, la meilleure solution pour les mettre en œuvre. Seulement l'internationalité de l'ordre public en droit international privé, est étroitement liée à l'ordre du for. Il en résulte une adaptation forcée du mécanisme aux exigences de l'ordre public social transnational (§ 1). C'est ce qui incite à rechercher si son articulation avec la règle de conflit serait possible (§ 2).

### **§ 1 Adaptabilité forcée à l'exception d'ordre public international**

*L'intersection des deux ordres publics.* L'ordre public international en tant que mécanisme constitue un moyen de défense des choix fondamentaux du for contre toute perturbation qui pourrait être apportée par une loi étrangère. Les valeurs ainsi protégées par l'exception d'ordre public ne sont pas uniquement celles qui sont propre au système juridique du for. Elles peuvent être partagées avec la communauté internationale. C'est ce qui a permis d'ailleurs de résoudre le problème des perturbations multiples apportées par les droits fondamentaux au droit international privé. Irritants et urticants au droit international privé classique, les droits fondamentaux rencontrent les mécanismes du droit international privé, en ce qu'ils constituent des choix fondamentaux défendables par le mécanisme d'exception d'ordre public.

*Les risques de cloisonnement des ordres publics.* Le statut particulier dont jouissent les principes d'ordre public social transnational notamment à l'égard de la communauté internationale est de nature à renouveler le débat quant à leur éventuelle absorption par l'ordre public international. Nous avons démontré que l'ordre public social transnational comprend des valeurs plus ponctuelles que celles de la catégorie des droits fondamentaux. Ils s'imposent aux Etats indépendamment de leurs volontés et mettent à leurs charges des obligations internationales. La question de l'adéquation du mécanisme de l'exception d'ordre public international se pose alors, avec plus d'acuité. Ce n'est que par la confrontation et rapprochement des deux catégories d'ordre public, l'ordre public international et l'ordre public social réellement international, qu'on pourra mesurer les limites d'adaptation du premier au second. Les éventuelles limites dégagées justifieront le besoin de doter l'ordre public social transnational d'un instrument d'intervention spécial. Concrètement le manquement à des valeurs sociales universelles est généralement, soulevé contre le droit étranger normalement applicable. Elles se trouvent ainsi rattrapées par



l'ordre public international pour être protégés (A). Seulement, l'adaptation de cette catégorie pour servir de réceptacle à des valeurs universelles finit parfois par la subvertir (B).

A) Les valeurs sociales universelles rattrapées par l'ordre public international

***Adaptabilité de l'ordre public international à la protection des principes d'ordre public social transnational.*** Les principes et droits fondamentaux, sont généralement considérés comme compatibles avec l'ordre public international. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public, est par nature le procédé adéquat de défense des valeurs fondamentales. Seulement, ce procédé suppose que les principes et droits en question soient ceux du for. En conséquence, l'ordre public international, qui devrait en principe être utilisé avec parcimonie, risque d'être dénaturé par l'élargissement de la catégorie des droits à protéger.

1) L'ordre public international réceptacle des valeurs sociales universelles

***Choix fondamentaux du for à la croisée du lexforisme et de l'universalisme.*** En droit tunisien et aux termes de l'article 36 du CDIP, « *L'exception de l'ordre public ne peut être soulevée par le juge que lorsque les dispositions du droit étranger désigné s'opposent aux choix fondamentaux du système juridique tunisien* ». La confrontation de ce mécanisme aux principes et valeurs sociaux universels soulève deux questions. Les principes d'ordre public social transnational constituent-ils des choix fondamentaux dans le système juridique tunisien ? Les choix fondamentaux défendables par l'exception d'ordre public peuvent-ils correspondre à des valeurs universelles partagées avec la communauté internationale indépendamment de leur consécration par des textes nationaux. Autrement dit peuvent-ils avoir leurs sources dans des instruments internationaux tels que la déclaration universelle des droits de l'Homme ou la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux.

***Délimitation de la notion de choix fondamentaux.*** La réponse aux deux précédentes questions dépend de ce qu'on pourrait entendre par « choix fondamentaux »<sup>1323</sup>. « *Ces choix sont plus précisément les principes que le juge induit de la loi, puise*

---

<sup>1323</sup> Certaines législations sont plus explicites quant à la défense des droits fondamentaux par l'exception d'ordre public international. Il en est ainsi de l'article 6 de la loi d'introduction au Code civil allemand, qui prévoit qu'« une règle de

dans les conventions internationales régulièrement ratifiées par l'Etat tunisien et dans la constitution, étant entendu que les principes induits de la loi doivent être conformes à ces derniers textes, placés au sommet de la hiérarchie juridique »<sup>1324</sup>. Selon Mme. Ben Jemia, le juge tunisien qui doit donner son contenu à l'ordre public international, doit vérifier la conformité de la loi étrangère aux conventions internationales relatives aux droits de l'Homme<sup>1325</sup>. Dans un arrêt rendu par le 5/2/2013, relativement au sujet de la liberté de circulation internationale, la Cour d'Appel de Tunis a affirmé que « la constitution de 1959 reste en vigueur dans ses dispositions garantissant les droits et libertés fondamentaux car ceux-ci, en raison de leur nature, ne peuvent être abrogés et ce, conformément au PIDCP de 1966 (Pacte international relatif aux droits civils et politiques), ratifié par la Tunisie par la loi n°30 du 20 novembre 1968 »<sup>1326</sup>. Aujourd'hui, la Constitution de 1959 est abrogée et remplacée par celle du 27 janvier 2014 puis par la constitution de 2022, et le principe de la défense des principes et droits fondamentaux affirmés dans les conventions internationales ratifiées par la Tunisie, est maintenu<sup>1327</sup>.

Avant même que la nouvelle constitution soit adoptée, la Tunisie a ratifié les sept conventions se rapportant aux principes et droits fondamentaux de l'homme au travail, tels qu'ils sont reconnus par la « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi » de 1998<sup>1328</sup>. Ces conventions font désormais partie du droit interne tunisien. Les droits fondamentaux qu'ils affirment, sont facilement rattachables à la catégorie de l'ordre public international et doivent à ce titre être défendus par le juge du for. L'adoption de la Constitution de 2022 participe à l'élargissement de cette catégorie par l'affirmation du droit de tout citoyen au travail dans des conditions décentes et à salaire équitable<sup>1329</sup>.

---

droit d'un Etat étranger ne sera pas appliquée, lorsque son application mène à un résultat manifestement incompatible avec des principes fondamentaux du droit allemand. En particulier elle ne sera pas appliquée lorsque son application est inconciliable avec les droits fondamentaux. »

<sup>1324</sup> M. BEN JEMIA, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public », in *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*, sous la direction de S. BEN ACHOUR et L. CHEDLY, Latrache, éditions 2015, pp. 43-58.

<sup>1325</sup> *Ibid.*

<sup>1326</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Tunis, référé n°43429, du 5/2/2013 inédit.

<sup>1327</sup> L'article 67 de la Constitution précise à cet effet que « Sont soumis à l'approbation de l'Assemblée des représentants, les traités commerciaux et ceux relatifs à l'organisation internationale ou aux frontières de l'État, les traités portant engagement financier de l'État ou concernant le statut des personnes, ou portant sur des dispositions à caractère législatif. Les traités n'entrent en vigueur qu'après ratification ».

<sup>1328</sup> Pour une présentation du processus de ratification par la Tunisie des Conventions de l'OIT, voir, H. KOTRANE, « Liberté, égalité, citoyenneté : actualité en droit du travail tunisien », *Bulletin du droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, pp. 45-63, spéc. p. 47.

<sup>1329</sup> Article 42 de la Constitution tunisienne de 2022 prévoit que « tout citoyen et toute citoyenne ont droit au travail. L'État prend les mesures nécessaires afin de le garantir sur la base de la compétence et de l'équité ».

***Le pouvoir d'interprétation du juge.*** Il reviendra au juge appelé à appliquer une loi étrangère de vérifier si elle garantit au travailleur international des conditions décentes et un salaire équitable. Les critères à retenir ne sont pas prédéfinis. On constate ainsi qu'aussi bien en droit international qu'en droit national, certains droits fondamentaux sont formulés sous forme de principes ou de concepts généraux, laissant ainsi, un large pouvoir d'appréciation au juge. Le concept de « travail décent » figurant aussi dans la Déclaration de 1998 de l'OIT, « a des vertus synthétiques ... *Concept pragmatique, à la fois minimal et ambitieux, réaliste peut être. Concept juridique ? Il renvoie directement, sous une expression renouvelée, au « régime de travail humain » auquel le préambule de la Constitution de l'OIT a voulu donner une portée universelle* »<sup>1330</sup>.

Certains autres droits prennent la forme de principes dont le contrôle par le juge n'est pas objet d'interprétation. Citons à ce titre, deux principes faisant partie du quadruple dont la reconnaissance est exigée pour l'appartenance même à l'OIT<sup>1331</sup> : l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession<sup>1332</sup>.

La vérification du caractère discriminatoire d'une loi étrangère n'est pas pourtant très aisée. Et c'est à ce stade qu'apparaît la différence entre l'ordre public social transnational et l'ordre public international de droit international privé. Une loi étrangère peut être déclarée discriminatoire en ce qu'elle crée des catégories de salariés qui seraient moins rémunérés en fonction de leur sexe, race, ou religion. L'égalité ici, exigée prend une forme élémentaire, une expression minimale, parce que le principe de non-discrimination, tel que découlant de la Déclaration de l'OIT ne vise pas à égaliser les niveaux de rémunération entre les différentes législations nationales. C'est dans ce sens que l'ordre public social transnational assure une protection minimale des valeurs universelles. Il ne tend pas à uniformiser les solutions étatiques. Par contre le contrôle de la loi étrangère applicable au regard des choix fondamentaux du for peut être plus profond. Une disposition étrangère émanant d'un pays

---

Tout citoyen et toute citoyenne ont droit au travail dans des conditions décentes et à une juste rémunération ».

<sup>1330</sup> P. RODIERE, « Le juge, les droits fondamentaux et l'enchevêtrement normatif : extension des droits fondamentaux/ déconstruction du droit social », dans M.-A. Moreau, H. Muir Watt et P. Rodière (dir.) : Justice et mondialisation en droit du travail : du rôle du juge aux conflits alternatifs, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 15, spéc., p. 21.

<sup>1331</sup> Sur le caractère obligatoire de ces principes et l'articulation des instruments de l'OIT, voir, *Ibid.*, p. 21.

<sup>1332</sup> A ces deux principes s'ajoutent deux autres. Le premier se rapporte à la dimension collective du contrat de travail et consiste dans l'abolition effective du travail des enfants. Le second exige l'abolition effective du travail des enfants. Il est difficile de le voir invoqué à l'occasion d'un contrat de travail international.

à faible législation sociale peut choquer les valeurs du for lorsque celles-ci sont plus développées. Dans une hypothèse pareille, l'ordre public international pourra pleinement jouer son rôle d'éviction. Il entretient à ce titre avec les autres catégories d'ordre public un rapport de complémentarité sans aboutir à une fusion totale.

## 2) Limites de la fonction réceptive de l'ordre public international

***Adaptation apparente de l'exception d'ordre public à la défense des valeurs universelles.*** La vocation universelle des droits fondamentaux constitue une menace au fonctionnement normal de la règle de conflit de lois. L'universalisme revendiqué des droits fondamentaux ne touche pas uniquement au domaine du travail. D'une manière générale, « *en matière de droits de l'homme, l'approche est forcément globale et universelle, car la protection internationale des droits de l'homme vise nécessairement tous les individus* »<sup>1333</sup>. Afin de garder l'équilibre en droit international privé entre relativisme garanti par la neutralité de la règle de conflit et universalisme des droits fondamentaux, il a été préconisé de sauvegarder ces derniers par recours au mécanisme de l'exception d'ordre public international. Cela permet de maintenir la méthode conflictuelle qui classiquement ne se soucie pas du contenu substantiel des lois en conflit. « *Cette voie est plus respectueuse des lois étrangères que celle des lois de police qui conduit à l'application a priori des droits fondamentaux (c'est-à-dire sans aucun examen préalable du droit étranger) et alimente une conception absolutiste, incompatible avec les objectifs du droit international privé* »<sup>1334</sup>.

***Les difficultés procédurales : le relativisme des valeurs.*** Les conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public aux fins de la protection des droits fondamentaux ont fait l'objet d'un long débat doctrinal. C'est parce qu'il n'est pas facile de concilier entre l'aspect exceptionnel du mécanisme protecteur et le caractère fondamental des droits protégés. Pour une partie de la doctrine, le recours à l'exception d'ordre public doit être justifié par l'impératif de cohésion de l'ordre juridique du for<sup>1335</sup>. Seules les normes étrangères qui sont de nature à le perturber doivent être écartées par le jeu de l'exception

---

<sup>1333</sup> G. COHEN- JONATHAN, « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 611-638, spéc. p. 611.

<sup>1334</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », article précité, p. 811.

<sup>1335</sup> Voir notamment, M-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, thèse de doctorat en droit international privé, Université Panthéon Assas, Paris 2, 2004.

d'ordre public. En fonction de cette position, le juge doit focaliser le plus, sur l'effet que pourra avoir l'application de la loi étrangère qui ne respecte pas un droit fondamental, dans l'ordre du for que sur la protection même de ce droit. On se situe ainsi dans une logique relativiste. L'ordre du for ne peut pas être touché par toutes les violations des droits fondamentaux. Ceci revient au fait que la notion de perturbation qui déclenche le mécanisme de l'exception d'ordre public international, « évoque assez clairement l'impact que la solution étrangère aura sur l'ordre juridique du for. Or, cet impact, cette atteinte, ne pourra réellement se réaliser que dans la mesure où l'ordre juridique du for est concerné par la situation de telle sorte que la société du for est heurtée, touchée, par l'admission d'une solution contraire aux principes défendus par son ordre juridique »<sup>1336</sup>. L'ordre public international, envisagé sous cet angle, n'a pas donc pour fonction directe la protection des droits fondamentaux. En conséquence, « aucun traitement « privilégié » ne doit être réservé selon cette doctrine aux droits de l'homme »<sup>1337</sup>. Dans le même sens, Mme. Muir Watt a traité de « l'universalisme imaginaire : l'ordre public international »<sup>1338</sup>. Selon l'auteur, la notion d'universalisme a historiquement servi des objectifs d'ordre politique distincts de l'intérêt de l'individu. C'est dans ce sens « (qu') au lendemain des deux Guerres Mondiales et du régime de Vichy, l'œuvre anthropologique de Lévy-Strauss, *Tristes Tropiques*, avait à son tour démontré que l'universalisme du droit et des valeurs libérales masquaient mal l'ethnocentrisme et le colonialisme occidentaux »<sup>1339</sup>. Plus tard, avec la montée du libéralisme au XIX<sup>ème</sup> siècle ont été véhiculées des idées relatives à l'universalisme promoteur de « (l') idéal d'un ordre mondial ». Selon Mme. Muir Watt, « ce discours, qui tenait de la « mission civilisatrice », a eu par ailleurs pour effet pervers de masquer les conflits politiques et sociaux sous-jacents. Il reposerait donc, pour des raisons internes à l'idéal même, sur des principes politiques qui demeurent inévitablement contestés entre Etats »<sup>1340</sup>. Ce débat doctrinal ne paraît pas avoir effet sur le développement d'un ordre public transnational nourri de valeurs universelles. En fait, le droit du travail, contrairement à la matière du statut personnel ne semble pas un terrain propice pour les manifestations du relativisme justifié par les confits culturels.

---

<sup>1336</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, LITEC, préface. P. LAGARDE, 2007, p.150, n° 162.

<sup>1337</sup> S. TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon Sorbonne, Paris 1, 2013, p. 479.

<sup>1338</sup> H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) », Cours général de droit international privé. *Cours précité*, p. 204.

<sup>1339</sup> *Ibid.* p. 200.

<sup>1340</sup> *Ibid.*

***Un relativisme des valeurs nuancé en droit du travail.*** Généralement, les valeurs qui sont objet de débat et qu'on risque qu'elles soient placées au service d'intérêts politiques, sont essentiellement celles qui touchent à des choix culturels et religieux. Elles continuent à partager la doctrine entre tenants de l'absolutisme et défenseurs du relativisme des droits de l'Homme. On a pu même affirmer que « *le choc de deux absolutismes, tous deux à prétention universelle ; celui des « Droits de l'Homme » et celui des droits religieux, n'a donc pas contribué au rapprochement des systèmes juridiques, bien au contraire* »<sup>1341</sup>.

Il ne semble pas que ces obstacles soient valables en droit du travail. Les droits sociaux fondamentaux ne se rapportent pas dans leur ensemble à des questions culturelles ou religieuses. Avoir droit à des conditions de travail favorables, à un travail décent, ou encore à un traitement égalitaire des salariés sont bel et bien des valeurs suprêmes auxquelles peuvent tenir aussi bien les individus que les communautés en dépit de leurs disparités nationales, culturelles, religieuses ou autres.

Mais, est ce qu'il en va de même pour l'exercice des libertés vestimentaires au travail ou encore de l'exercice de sa liberté religieuse dans les lieux du travail ?

***Le problème pointu de la liberté vestimentaire.*** Il est vrai qu'à ce sujet, les solutions nationales peuvent être contradictoires. L'affirmation de ces libertés, les conditions de leur exercice ainsi que leurs restrictions peut varier d'un ordre juridique à un autre. La réglementation de cette liberté dépend au sein du même ordre juridique du secteur d'activité et du règlement de l'entreprise.

Il semble que la question centrale à laquelle il importe de répondre est celle de savoir si ces libertés constituent des droits fondamentaux et doivent à ce titre être défendues par le jeu de l'exception d'ordre public international.

En droit tunisien, la justice s'est prononcée en faveur d'une hôtesse tunisienne voilée interdite de reprendre son travail à bord des avions par son employeur, la compagnie aérienne Tunisair tant qu'elle n'aura pas ôté son foulard<sup>1342</sup>. Le tribunal a fait injonction à Tunisair de permettre à l'hôtesse de retourner à ses fonctions, et de lui verser toutes les rémunérations et indemnités auxquelles elle a droit. Il est à noter que dans cet exemple comme dans plein d'autres, la question de la liberté vestimentaire est étroitement liée à la question de la liberté religieuse et des conditions de son exercice.

---

<sup>1341</sup> J-P. REMERY, « Comité français de droit international privé », *RCDIP*, 1999, p. 189-198.

<sup>1342</sup> Jugement en référé du tribunal administratif, section de l'emploi, 19 septembre 2015.

En droit français, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas inscrite dans le mouvement de « *fondamentalisation* » du droit du travail. Elle a renoncé, dans son arrêt du 28 mai 2003 à la tentation d'ériger la liberté vestimentaire en liberté fondamentale<sup>1343</sup>. Ainsi, il est bien affirmé en jurisprudence française que « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* »<sup>1344</sup>.

***Besoin d'une appréhension stricte du contenu de l'ordre public.*** Dans tous les cas, la qualification extensive des droits et des libertés fondamentaux est de nature à élargir la catégorie d'ordre public. Erigées en choix fondamentaux, ces droits impactent considérablement les méthodes du droit international privé. On risque ainsi de dénaturer le mécanisme de l'exception d'ordre public qui par nature même devrait être un mécanisme d'exception. M. Fauvarque-Cosson a pu affirmer à juste titre que « *victime de son succès, la catégorie des droits fondamentaux est désormais si ouverte qu'elle perd de son autorité* »<sup>1345</sup>.

Nous estimons qu'une réglementation juste du contrat de travail international devrait réserver sa place légitime aux droits fondamentaux tels qu'ils sont affirmés dans les Déclaration de l'OIT de 1998 et 2008. Formant un socle minimal universel garanti à tous les salariés, ces droits doivent être protégés contre une éventuelle loi étrangère qui les méconnaît. Les juges sont appelés à éviter un élargissement excessif de cette catégorie pour que l'équilibre méthodologique soit maintenu en droit international privé.

## B) L'ordre public international subverti par les valeurs sociales universelles

***L'émergence de l'ordre public social universel en jurisprudence.*** L'examen de la jurisprudence est révélateur de l'effet perturbateur apporté par les valeurs sociales transnationales sur le fonctionnement de l'exception d'ordre public. On peut même constater une dénaturation du mécanisme par la reconnaissance jurisprudentielle d'un ordre public universel.

Au niveau européen, le recours à l'exception d'ordre public pour la protection de valeurs sociales supranationales n'est pas moins compliqué.

---

<sup>1343</sup> Soc. 28 mai 2003, n° 02-40. 273, Bull. civ. V, n° 178; D. 2004. 176, obs. Pousson ; JCP 2003. II. 10128, note Corrigan-Carsin ; D. 2003. 2718, note Guiomard.

<sup>1344</sup> *Ibid.*

<sup>1345</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », article précité, p. 805.

1) La consécration jurisprudentielle d'un ordre public universel

**L'affaire Moukarim.** Dans son arrêt du 10 mai 2006, la Cour de cassation française a affirmé que « *l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour déclinier la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle.* »<sup>1346</sup>. La Cour de cassation française a fait ainsi, une application originale de l'ordre public pour sanctionner un esclavage domestique.

En l'espèce, une jeune Nigériane *Isopebi* était placée au service d'un employeur britannique habituellement résident au Nigeria en vertu d'un contrat de travail signé par sa famille et en contrepartie d'un salaire de 25 €. La jeune fille était tenue de suivre son employeur à l'étranger sans pouvoir revenir dans son pays sans l'accord de celui-ci. De plus, elle n'avait pas droit à rémunération lors des séjours hors du Nigeria. Par ailleurs, au cours de ces séjours, l'épouse de l'employeur retenait le passeport de la jeune fille. Notons également, que le contrat prévoyait que la famille ne pouvait mettre fin à ce contrat sans rembourser l'employeur des frais engagés par lui.

Peu soucieuse de son engagement contractuel, la jeune fille a profité de son séjour en France avec ses employeurs pour échapper et entamer des poursuites contre eux devant le conseil de prud'homme.

L'employeur soulevait en justice, l'incompétence judiciaire et législative de l'ordre juridique français. Ces motifs ont été rejetés par la Cour de cassation.

En se basant sur les droits fondamentaux, la haute juridiction française a trouvé un juste motif pour déclencher des mécanismes d'exception : le déni de justice pour fonder sa compétence internationale et l'exception d'ordre public pour appliquer le droit français.

La solution retenue est originale en ce qu'elle donne une valeur particulière à la prohibition de l'esclavage domestique. « *Fondée expressément sur l'ordre public international, la*

---

<sup>1346</sup> Soc. 10 mai 2006, n° 03-46.593, *Bull. civ.* V, n° 168; *D.* 2006, p. 1400, obs. P. Guiomard; *D.* 2007. 1751, obs. courbe et jault-seseke; *RCDIP*, 2006. 856, note Pataut et Hammje; *JCP* 2006. ii. 10121, note Bollée; *RDC*, 2006. 1260, note deumier.



*solution de la Cour ne répond cependant pas aux mécanismes classiquement associés à cette notion, au point qu'il semble qu'il y ait création d'une nouvelle règle de droit international privé* »<sup>1347</sup>.

L'arrêt est révélateur de l'effet novateur que peuvent exercer les droits fondamentaux sur la fonction de l'ordre public. L'interdiction de l'esclavage, ne se présente pas dans ce cadre, comme un droit fondamental de la civilisation française ou comme expression d'une politique législative. Elle prend plutôt la forme d'un principe universel ou de « droit naturel ». « *Mettant ainsi la notion au service de valeurs sinon réellement universelles, du moins véritablement internationales, la Cour ne se contente pas de délimiter les contours de l'ordre public au regard des seules conceptions du for français, mais élargit l'ordre juridique de référence pour en faire une notion réellement internationale* »<sup>1348</sup>. La prohibition de la servitude et de l'esclavage domestique fait, incontestablement, partie de ces principes.

A l'examen de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, on constate que parmi les valeurs défendues par l'ordre public figurent les « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »<sup>1349</sup>.

On peut en déduire que les droits fondamentaux ne bénéficient pas de la même protection. La prohibition de la servitude et de l'esclavage domestique, jouit d'une force juridique particulière.

Ce qui est remarquable, c'est que dans l'affaire en question, il y avait d'autres pistes que la Cour aurait pu exploiter. La qualification délictuelle de l'acte est de nature à entraîner la compétence des tribunaux français et l'application du droit français. La Cour a préféré se baser sur une qualification contractuelle. Mais ce qui est particulier c'est qu'elle ne s'est pas référée à l'article 6 de la Convention de Rome. C'est ce qui peut laisser penser selon, M. Courbe et Mme. Jault Seseke, que « *l'ordre public qui fonde la décision commentée est plus proche à l'ordre public de rattachement qui mène aux lois de police, que de l'ordre public d'éviction pourtant proclamé* »<sup>1350</sup>. Ce raisonnement se heurte à des objections notamment théoriques. Les lois de police sont des normes matérielles qui, en raison de leur contenu doivent avoir une application impérative et immédiate indépendamment de la règle de conflit. C'est ce qui ne se vérifie pas dans la démarche suivie par la Cour de cassation dans cet arrêt.

---

<sup>1347</sup> E. PATAUT et P. HAMMJE, « De l'ordre public universel, et de l'esclavage domestique », Cour de cassation, (Ch. soc.), 10 mai 2006, Epoux Moukarim, c. Demoiselle Isopehi », *RCDIP*, 2006, pp. 850-870, spéc. p. 859.

<sup>1348</sup> *Ibid.* p. 860.

<sup>1349</sup> Cass. civ., 25 mai 1948, Lautour, B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts, Dalloz, no 19

<sup>1350</sup> P. COURBE et F. JAULT SESEKE, « Droit international privé janvier 2006- février 2007 », *Dalloz*, n° 25, 2007, p. 1751, spéc. p.1752.

M. Bollée est allé jusqu'à considérer que l'arrêt pose deux règles de conflit exceptionnelles<sup>1351</sup>.

On peut également être amené à vérifier si l'application du droit français n'était pas basée sur un éventuel « ordre public de rattachement ». « *Cela revient à dire que la prohibition de l'esclavage domestique, telle que consacrée par les instruments internationaux, commande son application dès lors que le différend « présente un rattachement avec la France », comme l'indique l'arrêt, court-circuitant alors les méthodes habituelles du droit international privé* »<sup>1352</sup>. Selon M. Pataut et Hammje, cette voie ne tient pas. L'ordre public de rattachement ne peut pas justifier une compétence « aussi exorbitante » de l'ordre juridique français. De plus, on n'arrive pas à dégager le critère de rattachement qui aurait déclenché une pareille compétence.

Il résulte du communiqué publié sur le site de la Cour de cassation française, que la notion d'ordre public sur laquelle elle s'est basée s'éloigne de celle de l'ordre public international. Alors que le premier constitue une notion de droit interne permettant d'écarter la loi étrangère contraire aux principes fondamentaux du droit français, le second constitue « *un ordre public véritablement international, qui pourrait être tout autant dit transnational ou universel* ». Ceci revient au fait que les normes en cause sont plutôt universelles que nationales. Il est clair que la Haute juridiction a préféré « *une intervention plus chargée de symbole, en procédant par substitution de motifs pour poser solennellement une vision nouvelle de l'ordre public international* »<sup>1353</sup>.

Cette interprétation est confirmée par le communiqué publié par la Chambre sociale et ayant accompagné l'arrêt. La première justification avancée en faveur de l'arrêt est que « *l'existence de droit fondamentaux transnationaux ou universels prohibant la servitude et exprimant à cet égard le même respect de la personne humaine, pouvait être dégagée de nombreux instruments internationaux les consacrant* ».

La solution retenue se justifie par un souci de justice, combinant de la sorte un objectif aussi bien juridique que moral, fût-ce au prix d'un bouleversement des assises du droit international privé. Les valeurs d'ordre public transnational ne semblent pas être absorbées dans leur ensemble par l'exception d'ordre public international.

---

<sup>1351</sup>S. BOLLEE, note sous arrêt Ch. soc.), 10 mai 2006, Epoux Moukarim, c. Demoiselle Isopehi », *JCP G*, 2006, II, 10121 précité.

<sup>1352</sup>E. PATAUT et P. HAMMJE, « « De l'ordre public universel, et de l'esclavage domestique », Cour de cassation, (Ch. soc.), 10 mai 2006, Epoux Moukarim, c. Demoiselle Isopehi », article précité, p. 864.

<sup>1353</sup>P. DEUMIER, « L'ordre public international réinventé pour lutter contre l'asservissement », *RDC*, 2006, n° 4, 1<sup>er</sup> octobre 2006, p. 1260.

## 2) Mise en œuvre compliquée de l'ordre public européen

***L'ordre public européen et la fonction d'harmonisation.*** Une première fonction remplie par l'ordre public européen est celle du rapprochement des solutions nationales des Etats membres. Le degré de ce rapprochement varie selon qu'on se base sur une règle de droit primaire ou de droit dérivé. Dans tous les cas, il assure une fonction d'orientation des législateurs et juges nationaux. Notons à titre d'exemple, que dans la jurisprudence ERT<sup>1354</sup>, la CJCE a affirmé le nécessaire respect des droits fondamentaux comme condition additionnelle de l'admissibilité d'une entrave à la libre circulation. Ce faisant, la Cour essaie d'éviter que l'utilisation par les Etats membres de la faculté de dérogation ne soit une occasion pour porter atteinte aux droits fondamentaux. L'ordre public joue ainsi, une fonction de contrôle indirect sur les législations nationales. Pour leur donner une valeur particulière, la Cour européenne est allée jusqu'à ériger certains droits fondamentaux au rang de principe général. Il en est ainsi, pour le droit à l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail<sup>1355</sup>.

Cependant, le rapport entre le droit européen et les différents droits nationaux est encore objet de controverses opposant les tenants de la thèse pluraliste aux défenseurs de la thèse moniste<sup>1356</sup>. A l'examen de la jurisprudence de la CJCE notamment en matière de contrat de travail on peut adhérer à l'idée selon laquelle, « *la thèse concevant l'ordre public européen comme un contenu est moniste en ce que, en présence de valeurs concrétisées aussi bien au niveau national qu'europpéen, elle tend à postuler une absorption des premières par les secondes* »<sup>1357</sup>.

En raison de cette intégration européenne, on débouche sur une autre fonction de l'ordre public « européen ». Celui-ci agit non seulement sur le contenu de l'ordre public national, mais limite aussi le fonctionnement des mécanismes de droit international privé. « *L'ordre communautaire crée ainsi un « universalisme régional » qui de jure ou de facto limite le recours*

---

<sup>1354</sup> CJCE 18 juin 1991, aff. C-260/89, ERT, ECLI : EU : C : 1991 :26, pt 43, *AJDA* 1992. 253, chron. J.-D. Combrexelle, E. Honorat et C. Soulard ; *RTD com.* 1993. 436, obs. C. Bolze ; *RTD eur.* 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot

<sup>1355</sup> CJCE 22 nov. 2005, Mangold, préc. ; CJUE 19 janv. 2010, Küçükdeveci, arrêts précités.

<sup>1356</sup> Pour une présentation de cette controverse, voir, A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2015, pp. 33-61.

<sup>1357</sup> *Ibid.*, p. 44.

*aux exceptions d'ordre public et de lois de police par l'existence d'une culture juridique commune et l'absence de saut dans le vide ».*

L'ordre public ainsi développé dans l'Union européenne est un exemple typique de « l'universalisme régional ». Il est « *le résultat de la création progressive d'une territorialité communautaire, soit d'un espace unifié* ». <sup>1358</sup>.

Reste par contre posée la question d'une éventuelle fonction d'éviction et de substitution de cet « ordre public régional » à l'image de l'ordre public en droit international privé.

***L'ordre public européen a-t-il une fonction d'éviction ?*** La question d'une pareille assimilation est controversée en raison du flou qui entoure encore, l'articulation entre les différents droits nationaux des Etats membres à l'Union et le droit européen. Certaines voies sont favorables à l'instrumentalisation de l'ordre public européen à l'image de l'ordre public international et sa fonction d'éviction. M. Jeauneau remarque à juste titre que, « *typique de cette conception de l'existence d'un ordre public européen autonome, compris comme contenu, est la thèse qui voudrait voir la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international dans le cadre de l'espace judiciaire européen concrétisée de préférence par référence à des droits fondamentaux de source européenne, principes généraux du droit de l'Union ou Charte des droits fondamentaux, depuis que celle-ci bénéficie d'une pleine valeur juridique* » <sup>1359</sup>. Il ne semble pas que la doctrine soit favorable à cette thèse. On peut même affirmer qu'elle n'est pas bien reçue, cette « *opinion (minoritaire) selon laquelle les normes européennes seraient véhiculées par leur propre exception d'ordre public, une exception qui serait formellement distincte de celle mise au service des valeurs nationales* » <sup>1360</sup>.

La thèse contraire préconise une acception large de l'ordre public du for en tant que réceptacle aussi bien des choix nationaux que des valeurs développées par l'Union européenne. A l'occasion de la rédaction du Rome II, la Commission a proposé d'introduire dans le Règlement, une « *exception d'ordre public communautaire* », en matière de conflit de lois. Mais, elle a été jugée inopportune par le législateur européen. La CJCE, a admis quant à elle, que les normes européennes soient protégées par le même mécanisme que les normes

---

<sup>1358</sup> S. POILLOT PERUSSETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », article précité, p. 76.

<sup>1359</sup> A. JEAUNEAU, « L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation », thèse précitée, p. 25.

<sup>1360</sup> *Ibid.*, p. 56.

nationales, à savoir l'exception d'ordre public international<sup>1361</sup> <sup>1362</sup>. Mais, la position de la Haute juridiction européenne ne semble pas valable pour tous les principes et droits formant l'ordre public européen.

***Les dispositions communautaires d'application directe.*** Dans son arrêt « Ingmar »<sup>1363</sup>, la Cour a reconnu une impérativité particulière aux dispositions des articles 17 et 18 de la directive de 1986. Selon la Cour, ces dispositions doivent s'appliquer à une situation internationale, alors même que le contrat d'agence commerciale est soumis à la loi d'un pays tiers à l'Union. L'arrêt prouve l'existence de valeurs sociales dont l'observation s'impose non seulement dans les rapports internes à l'Union européenne mais aussi aux rapports mixtes. Selon la Cour, l'agent commercial bénéficie de la protection européenne « dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté ».

Sylvaine Peruzzetto affirme que, l'arrêt Ingmar fonde une source communautaire des lois de police : Toute disposition dont l'application est essentielle pour l'ordre européen constitue une loi de police européenne<sup>1364</sup>. Par conséquent, elle forme inévitablement une loi de police nationale pour les États-membres de l'Union en raison de la primauté du droit communautaire sur le droit national. On constate ainsi, que l'approche adoptée par la Cour européenne diffère de celle retenue pour les lois de police nationales.

Nous estimons que l'instrumentalisation de l'ordre public européen soit à travers les lois de police soit par le développement d'une exception d'ordre public de nature européenne, est de nature à entraver le développement de l'ordre public social transnational. L'universalisme de ces principes et droits s'oppose à ce qu'ils soient modifiés ou limités par une conception particulière qu'elle soit nationale ou régionale. L'europanisation de l'ordre public et son instrumentalisation par un mécanisme spécial est également de nature à limiter l'effet de valeurs qui par nature sont universelles à une catégorie bien particulière de bénéficiaires. Ceci revient au fait, que l'apport du droit communautaire en matière de promotion des droits fondamentaux profite au travailleur international soumis en raison du jeu de la règle de conflit à la loi d'un Etat membre de l'Union européenne. Cet apport

---

<sup>1361</sup> Arrêt *Renault v. Maxicar*, CJCE, 5e ch., 11 mai 2000, C-38/98, *Rev.* p. I-2973 : *JDI* 2000, p. 697-701, note André Huet ; *RCDIP* 2000, p. 504-513, note Hélène Gaudemet-Tallon.

<sup>1362</sup> Notons, qu'en matière d'exéquatur, le droit européen n'admet pas la condition de réciprocité.

<sup>1363</sup> Arrêt Ingmar, *CJCE*, 9 nov. 2000, *aff. C-381/98*, *Ingmar* : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. Idot ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. Jacquet.

<sup>1364</sup> S. PERUZZETTO et CH. DILOY, « Intermédiaires. Lois applicables aux relations externes au contrat d'intermédiaire », *Répertoire de droit international*, Décembre 1999, actualisation, mars 2009.

contient en lui-même ses limites territoriales. « *La protection des droits fondamentaux sur la base du droit de l'Union, y compris de la Charte, ne joue que pour autant que la situation relève du champ d'application du droit communautaire ; si ce n'est pas le cas, la garantie des droits ne peut être assurée que par les dispositions constitutionnelles nationales et la Convention européenne des droits de l'homme* »<sup>1365</sup>.

## § 2 La difficile articulation avec la règle de conflit

***L'ordre public social transnational et l'effet horizontal direct des conventions internationales.*** Il est évident que le développement d'un ordre public universel est de nature à perturber la règle de conflit. La règle de conflit est par définition un instrument de coordination des systèmes juridiques et non d'uniformisation des solutions au fond. L'ordre public transnational constitue plutôt, une nouvelle voie de communication entre ordres juridiques. Ce phénomène a été remarqué en doctrine depuis la montée des droits fondamentaux. « *Fondement d'un ordre public universel, l'énoncé de ces droits dans plusieurs conventions internationales récentes oblige les États signataires à les respecter dans leur propre législation interne* »<sup>1366</sup>.

La suprématie des valeurs universelles suppose qu'elles aient un effet direct aussi bien à l'égard des Etats que des personnes et entités privées. D'où l'idée de l'effet horizontal<sup>1367</sup>, en fonction duquel, les droits humains notamment constitutionnels ne s'imposent pas uniquement à l'Etat. Ils engagent également les parties dans leurs rapports privés. Lorsqu'il est direct, l'effet horizontal permet au juge d'appliquer directement les droits fondamentaux de source constitutionnelle ou conventionnelle aux rapports privés « *sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la médiation de règles du droit privé* »<sup>1368</sup>. En fonction de ce raisonnement, le juge est amené à contrôler la conformité du contrat de travail aux droits fondamentaux affirmés dans la constitution ou dans les conventions internationales. Cette idée renvoie à la question délicate de l'effet direct des conventions internationales. Elle suppose également une distinction selon qu'il s'agit d'un contrat interne ou d'un contrat international. En fiat, pour les contrats internes, l'intervention directe de la norme suprême entraîne la mise à l'écart de

---

<sup>1365</sup> J. POTRA et S. ROBIN-OLIVIER, « Droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : quelques développements récents », *RDT*, pp. 589-603.

<sup>1366</sup> J-P. REMERY, « Comité français de droit international privé », *RCDIP*, 1999, p. 189-198.

<sup>1367</sup> Il est à noter que, « *La doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux est une création de l'ordre juridique allemand* », CH. DELIYANNI-DIMITRAKOU, « L'effet horizontal des droits sociaux selon la jurisprudence de la CJUE et la pratique des juridictions nationales », *Lex Social*, vol. 7, n° 1 (2017), pp. 99-122, spéc. pp. 103.

<sup>1368</sup> *Ibid.*

la norme législative. La transposition de cette logique en droit international privé est problématique. C'est parce que la norme de droit privé qui devrait normalement régir le contrat n'est pas à priori identifiée. Elle peut correspondre à la loi du for ou à la loi étrangère, tout dépend de la mise en œuvre de la règle de conflit.

***La distinction en fonction du moment d'intervention de la norme.***  
L'identification du moment d'intervention de l'ordre public social transnational en tant que contenant renvoie à une autre question, celle de l'effet direct des droits sociaux fondamentaux, donc de son contenu. En matière de contrat international deux hypothèses sont envisageables. Soit que l'ordre public social transnational intervient avant même la mise en œuvre de la règle de conflit, auquel cas il peut paralyser sa mise en œuvre. Soit qu'il intervient après la mise en œuvre de la règle de conflit. Le droit fondamental est invoqué dans ce cas contre loi applicable. C'est ce qui ouvre la voie à une confrontation entre la loi désignée et le droit fondamental en question. Les conditions de cette confrontation varient selon qu'il s'agisse de la loi du for ou d'une loi étrangère.

A) L'intervention de l'ordre public social transnational avant la mise en œuvre de la règle de conflit

***Les conditions d'intervention directe de l'ordre public social transnational.*** Bien que l'ordre public social transnational puisse former une catégorie de valeurs et principes de plus en plus claire car se référant à un minimum universel indispensable pour la paix sociale, il ne constitue pas à l'heure actuelle un instrument spécifique susceptible de régler les conflits entre les particuliers. Néanmoins, la primauté des valeurs qu'il véhicule est de nature à exiger une intervention directe. Notant à cet effet, que les valeurs sociales constituant l'ordre public réellement international sont essentiellement de sources conventionnelles se rapportant à des droits sociaux fondamentaux. C'est ce qui fait d'ailleurs, que son contenu soit comme tout ordre public, un contenu évolutif. L'intervention directe de l'ordre public social transnational dans les rapports entre particuliers renvoie à la question de l'effet direct horizontal des droits fondamentaux. « *Elle est ici appliquée de manière plus générale à la question de l'efficacité des droits fondamentaux au-delà des*

*structures de pouvoir étatiques. De la sorte, elle s'inscrit dans les défis de notre époque* »<sup>1369</sup>. A. Supiot, en recherchant l'avenir des normes internationales du travail, préconise de doter les Conventions internationales de l'OIT, notamment celles qui se rapportent aux droits fondamentaux d'un effet juridique horizontal. C'est ce qui permettrait selon l'auteur, « *de poser en des termes nouveaux la question d'une inspection internationale du travail qui, sur le modèle de ce qui se passe par exemple en matière de désarmement ou de sûreté nucléaire pourrait conduire des enquêtes et rendre publiques les infractions les plus graves à l'ordre social international* »<sup>1370</sup>. La protection ainsi préconisée est semblable à celle des autres normes de jus cogens puisant leurs sources dans le droit international public. La solution semble encore futuriste. A l'heure actuelle, l'intervention de l'ordre public social transnational dans un conflit se rapportant à un contrat de travail international dépend de la procédure même d'application des conventions internationales. Il est incontestable « (qu') *est directement applicable la règle de droit international qui, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, peut être appliquée dans l'Etat où cette règle est en vigueur* »<sup>1371</sup>. Si actuellement, le principe de l'applicabilité directe des normes conventionnelles est largement admis en droit comparé, il n'est pas évident en droit tunisien. Dans tous les cas, sa mise en œuvre suppose que les normes en question soient justiciables.

- 1) Le principe de l'applicabilité directe des normes conventionnelles véhiculant des valeurs universelles

***L'intervention directe de l'ordre public social transnational et l'effet horizontal des conventions internationales.*** L'applicabilité directe d'une norme internationale entraîne la possibilité pour un particulier de s'en prévaloir devant le juge interne. C'est ce qui explique le lien qui a été établi entre le principe de l'applicabilité directe et la protection des individus. Avec la montée de la question des droits de l'Homme, ce lien a été renforcé. La raison principale consiste dans les changements que cette question a engendrés. La

<sup>1369</sup> J. MASING, « Avant-propos », in *L'Effet horizontal des droits fondamentaux*, Sous la direction de Thomas HOCHMANN et Jörn REINHARDT, Préface de JOHANNES MASING, Ouvrage publié avec le soutien du Centre de recherche droit et territoire (CRDT) Université de Reims Champagne-Ardenne, éd. Pedone, Paris, 2018, pp. 5, spéc. p. 6.

<sup>1370</sup> A. SUPIOT, *Esquisse – Le devenir des normes internationales du travail*, Réunion du Groupe d'experts indépendants sur l'action normative et le travail décent : perspectives en matière de sécurité sociale, Genève, BIT, 2003, p. 8.

<sup>1371</sup> J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Revue belge de droit international*, 1980-2, pp. 243-264, spéc. p. 246.



catégorie des droits de l'Homme est par nature à cheval entre le droit privé et le droit public. Leur développement dans la société moderne brouille les frontières entre les deux branches de droit et remet ainsi en cause la *summa divisio*. Proclamés dans des textes de droit international public, leur invocabilité dans des conflits opposant des particuliers n'était pas au départ, évidente. Ceci revient au fait que les Etats, sont les seuls destinataires formels des normes internationales. Il n'y avait pas de « *personnalités juridiques internationales dans le chef des individus* »<sup>1372</sup>. C'est par la suite qu'on a constaté que « *les raisons de cette orientation privilégiée sont purement contingentes et empiriques, à savoir que, pratiquement, des dispositions internationales intéressant spécifiquement les organes de l'Etat demeurent rares et les contentieux y relatifs exceptionnels* »<sup>1373</sup>. L'apparition de la théorie de l'effet rayonnant des droits fondamentaux en Allemagne a véhiculé l'idée selon laquelle, « *les droits fondamentaux ne forment pas uniquement des droits défensifs du citoyen contre l'Etat, mais ont aussi une signification pour l'ensemble de l'ordre juridique* »<sup>1374</sup>. Cette théorie s'est développée pour fonder actuellement l'effet horizontal des droits fondamentaux. Le caractère subjectif de ces droits se trouve ainsi, objectivé. La première implication de cette thèse est d'affirmer que les particuliers ne sont plus seulement des bénéficiaires de ces droits mais aussi des destinataires des obligations de les respecter. D'où une caractéristique commune avec la notion d'ordre public. Ainsi, et sur cette base, un travailleur détaché ou expatrié sera en mesure d'astreindre son employeur au respect des Conventions internationales se rapportant à des droits sociaux fondamentaux. Peu importe, la transposition de ces conventions dans des dispositions internes du droit étatique déclaré applicable. L'applicabilité de ces textes se fonde ainsi sur deux raisons interdépendantes : d'abord, l'effet horizontal des conventions internationales et ensuite, la force contraignante de la Déclaration de l'OIT de 2008 rendant obligatoires certaines conventions de l'OIT indépendamment de leur ratification par les ordres étatiques.

***L'effet horizontal direct et le principe de la coordination des systèmes en droit international privé.*** En droit tunisien, la question de l'effet direct des conventions internationales soulève une difficulté liée au conflit des normes qui peut opposer une convention internationale à une règle interne<sup>1375</sup>. Ainsi pour donner effet direct aux

---

<sup>1372</sup> *Ibid.*

<sup>1373</sup> *Ibid.*

<sup>1374</sup> TH. HOCHMANN et J. REINHARDT, « L'effet horizontal, la théorie de l'Etat et la dogmatique des droits fondamentaux, in *L'Effet horizontal des droits fondamentaux*, précité, p. 7, spéc. p. 7 et 8.

<sup>1375</sup> Sur cette question, voir S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien*, Centre de Publication Universitaire, 2017. p. 21 et ss.

conventions internationales, il était préconisé de faire appel au principe de la hiérarchie des normes tel que consacré par la constitution tunisienne<sup>1376</sup>. Dans cette approche, la suprématie des conventions internationales par rapport au droit interne devrait conduire à leur application directe et à écarter, en conséquence tout le CDIP y compris ses règles de conflit. Cette solution nous paraît dangereuse. Les conventions et traités internationaux se rapportant aux droits de l'Homme se sont multipliés. Leur application directe met en cause le principe d'ouverture et de coordination des systèmes. « *Interprétés de manière large et appliqués sans méthode rigoureuse, ils pourraient faire vaciller toute la logique du droit international privé qui repose sur la coordination des lois étatiques* »<sup>1377</sup>.

Nous estimons que les normes de droit international public ne doivent pas toutes avoir application directe dans les rapports entre particuliers. Seules les normes véhiculant des valeurs universelles fondamentales doivent l'être. C'est le cas par exemple, pour les droits fondamentaux intangibles. Cette démarche permet de tenir compte de la « hiérarchie substantielle » des normes<sup>1378</sup> qui suppose une confrontation du contenu de la convention à celui du droit commun<sup>1379</sup>. La Cour de cassation tunisienne s'est montrée favorable à un tel raisonnement. Dans un arrêt du 30 janvier 2019, la Cour a écarté l'application de l'article 6-4 du Code du travail, aux agents des entreprises publiques, recrutés par voie de concours sur la base de la loi n° 85-78 et ce par mise en œuvre du principe d'égalité tel qu'affirmé par la Convention de l'OIT n° 111. Selon la Cour, « [...] toute décision contraire violerait le principe de l'égalité face au concours, consacré par les statuts particuliers et le statut général des agents de ces entreprises, en harmonie avec la Convention (n° 111) de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), ratifiée par la Tunisie et qui a une autorité supérieure aux lois interne par application de l'article 20 de la Constitution »<sup>1380</sup>.

L'arrêt a le mérite de mettre en avant un texte international protégeant un droit fondamental. Mais, il ne permet pas de tirer une position générale quant à l'effet direct des

---

<sup>1376</sup> Aux termes de l'article 74 de la Constitution tunisienne, les Conventions internationales ratifiées ont une valeur supérieure à celle des lois internes et inférieure à la constitution.

<sup>1377</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », article précité, p. 802.

<sup>1378</sup> Voir en faveur de cette solution, I. BEJAOUÏ, *La concurrence des normes en matière de conditions de régularité internationale des jugements étrangers, Droit commun et droit conventionnel*, Thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2014.

<sup>1379</sup> Cette méthode a été mise en œuvre par le Tribunal de première instance de Tunis dans son jugement du 25 septembre 2014, n° 42028, inédit, cité par S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, op. cit.*, p. 30.

<sup>1380</sup> Cour de cassation, arrêt civil n° 38519, du 30 janvier 2019, non publié, cité par Wajdi Zayati, *Code du travail enrichi par la jurisprudence de la Cour de cassation, (1960-2018)*, (en arabe), éd. Latrach, 2018, p. 63

conventions internationale. En fait, la jurisprudence est fluctuante à ce sujet. Ainsi, il a été relevé en matière de réception des décisions étrangères, que les tribunaux tunisiens, font parfois prévaloir les conventions internationales<sup>1381</sup>, parfois autres, les ignorent et mettent en œuvre le droit commun notamment les règles de conflit<sup>1382</sup>.

Une limitation de l'application directe des conventions internationales en fonction de leur contenu serait plus juste. Elle garantirait, dans les contrats internationaux de travail, le respect des droits fondamentaux relevant de l'ordre public social international. L'utilité de cette solution est d'ailleurs, remarquable dans les contrats des gens de mer. C'est dans ce sens qu'est préconisé « *un rattachement des travailleurs au droit social issu des conventions de l'Organisation internationale du travail et, plus particulièrement de la CTM 2006* »<sup>1383</sup>. L'avantage de cette solution, c'est « *oultre l'attachement à un système global promouvant les droits fondamentaux du travailleur, c'est faire d'emblée le choix de l'application de règles sociales internationales, reposant sur un socle minimal commun, fixant des normes relatives au « travail maritime » pour tout travailleur hauturier du secteur de l'exploitation des minéraux, navigant ou basé sur une plate-forme offshore* »<sup>1384</sup>.

---

<sup>1381</sup> Voir en ce sens notamment, Cass. Civ., 15 mai 1979, n° 2000, *Bull. civ.*, 1979, I, p. 227, *RJL.*, 1980, n° 10, p. 79 ; Cass. civ., 3 juin 1982, n° 7422, *Bull. civ.*, 1982, III, p. 143, *RJL.* 1983, n° 9, p. 63. ; Cass. Civ. 19 octobre 1985, n° 14220, *Bull. civ.*, 1985, II, p. 61 ; Tribunal de Première Instance Grombalia, 8 mai 1995, n° 16790, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 254 ; Cour d'Appel de Tunis, 16 octobre 1996, n° 33746, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté*, p. 255. ; Cass. Civ., 24 juin 1997, n° 57463, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 264., Cass. Civ., 22 décembre 1999, n° 722212, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 255 ; Tribunal de Première Instance de Tunis, 14 décembre 2001, n° 22591, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 240 ; Cass. Civ., 21 octobre 2003, n° 28365, cité par S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, op. cit.*, p. 30 ; Cour d'Appel de Tunis, 24 avril 2003, n° 93169/ 91187, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 216 ; Cass. Civ., 21 octobre 2003, n° 28365, cité par S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, op.cit.*, p. 29 ; Cour d'Appel de Tunis, 22 février 2006, n° 22715, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 216

<sup>1382</sup> Tribunal de Première Instance de Tunis, 27 juin 2000, n° 34179, *RTD*, 2000, p. 425, note M. BEN JEMIA, Cass. Civ. 1<sup>er</sup> mars 2001, n° 5480, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 239 ; Cass. Civ., 2 mars 2001, n° 7286-2000, *RJL.* 2002, n° 1, p. 183, *RTD.* 2001, p. 201, note M. GHAZOUANI, Tribunal de Première Instance de Tunis, 14 décembre 2001, n° 22591, rapportée par rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 235 ; Cass. Civ., 16 décembre 2001, n° 2122, rapportée par rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 234 ; Tribunal de Première Instance de Tunis 21 janvier 2002, n° 40162 rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 248 ; Tribunal de Première Instance de Tunis, 7 octobre 2002, n° 42716, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 229 ; Cour d'Appel de Tunis, 12 novembre 2002, n° 90330, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 250 ; Tribunal de Première Instance de Tunis, 1<sup>er</sup> décembre 2003, n° 47564, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 248 ; Tribunal de Première Instance de Tunis, 2 juin 2005, n° 45297, rapportée par L. CHEDLY et M. GHAZOUANI, *Code de droit international privé annoté, op.cit.*, p. 262 ; Tribunal de Première Instance de Tunis, 6 mai 2014, n° 26-94461, inédit, cité par S. BEN ACHOUR, *La réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique tunisien, op.cit.*, p. 30.

<sup>1383</sup> S. MERCOLI, « Quel statut pour les travailleurs de l'exploitation minière exerçant en haute-mer ? », *Le Droit Maritime Français*, N° 854, 1<sup>er</sup> février 2023, pp. 1-10, spéc. p. 2.

<sup>1384</sup> *Ibid.*

Toutefois, l'applicabilité directe des conventions internationales renvoie à un question objet de débat, celle de leur publication<sup>1385</sup>. En fait, aux termes de l'article 74 de la Constitution tunisienne, « Les traités n'entrent en vigueur qu'après leur ratification et sous réserve de leur application par l'autre partie. Les traités ratifiés par le Président de la République et approuvés par l'Assemblée des représentants du peuple ont une autorité supérieure à la loi et inférieure à la Constitution »<sup>1386</sup>. La ratification suppose qu'elle soit suivi par l'adoption d'un texte de droit interne portant ratification et publié au Journal Officiel de la République Tunisienne, ce qui remet en question une éventuelle application d'une convention internationale ratifiée mais non publiée. Les exemples sont multiples relativement à cette hypothèse notamment en matière d'entraide judiciaire<sup>1387</sup>. Mais, il ne semble pas, que cette condition de publication puisse impacter l'applicabilité directe des conventions internationales relatives à l'ordre public social transnational. Les plus importantes sont reprises dans les deux Déclarations de l'OIT.

Dans tous les cas, en dehors des questions qui touchent aux droits fondamentaux intangibles, l'exclusion d'une mise en œuvre de la règle de conflit ne se justifie pas. C'est parce qu'« à la différence des droits de l'homme qui renvoient à un système de valeurs structurelles quelque peu abstraites, les droits fondamentaux caractérisent ainsi des prérogatives conférées aux individus et placées sous la protection du juge »<sup>1388</sup>. Parmi ces droits fondamentaux, nous estimons que seuls ceux qui sont les plus essentiels, doivent avoir une application directe et immédiate. Il s'agit des droits les plus essentiels en matière civile et pénale, à savoir le droit à la vie, à l'intégrité de la personne humaine et à la dignité. Ces droits correspondent à des principes qui forment le « noyau dur des droits de l'homme », expression de « (l') irréductible humain »<sup>1389</sup>. A ces principes s'ajoute l'interdiction de l'esclavage qui devint depuis la deuxième guerre mondiale, un principe de droit international coutumier voire d'*ius cogens*. Dans sa conception

---

<sup>1385</sup> Voir sur cette question, I. BEJAOU, « La publication des conventions d'entraide judiciaire et la Constitution du 27 janvier 2014 », Première partie, *Infos-juridiques*, janvier 2015, p. 18, Deuxième partie, *Infos-juridiques*, février 2015, p. 24.

<sup>1386</sup> Cette formulation est très proche de celle de l'article 35 § 2 de la Constitution tunisienne de 1959 qui prévoyait que « Les traités n'entrent en vigueur qu'après leur ratification et sous réserve de leur application par l'autre partie. Les traités ratifiés par le Président de la République et approuvés par la Chambre des députés ont une autorité supérieure à celle des lois ». C'est la Constitution de 2014 qui soulevait plus nettement la question de la condition de publication des conventions internationales pour leur application. Elle prévoyait dans son article 77 que le Président de la République est habilité à « ratifier les traités et ordonner leur publication ».

<sup>1387</sup> Voir sur cette question, I. BEJAOU, « La publication des conventions d'entraide judiciaire et la Constitution du 27 janvier 2014 », article précité.

<sup>1388</sup> J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse de doctorat en droit, Université de Limoge, 2001, pp. 44-45.

<sup>1389</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 199, n° 145.

récente en droit international public, la notion d'esclavage moderne a été élargie « *touchant notamment les groupes vulnérables, à savoir les femmes et les enfants* »<sup>1390</sup>.

Il faut noter que les textes internationaux se sont multipliés à ce sujet<sup>1391</sup>. La notion d'esclavage a été élargie pour englober différents agissements se rapportant directement au droit du travail. Elle comprend le travail forcé et le travail des enfants en état de servitude. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, par exemple interdit indirectement le travail forcé en prévoyant le droit de toute personne à « obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté »<sup>1392</sup>.

La valeur intransgressible des droits fondamentaux en droit international public s'impose non seulement aux parties mais aussi aux Etats<sup>1393</sup>. Ils ne doivent à ce titre souffrir d'aucune dérogation ou atteinte. Lorsque le respect de ces droits est en question dans un litige international privé, le juge doit leur donner un effet direct indépendamment de la règle de conflit. Il doit également reconnaître sa compétence universelle en tant que juge naturel faisant face aux atteintes à l'illégalité internationale<sup>1394</sup>. Il s'agit ainsi de considérer que « *le*

---

<sup>1390</sup> R. BEN ACHOUR, « Le cadre juridique international de la prohibition de l'esclavage », *Ordine internazionale e diritti umani*, (2017), pp. 328-338, spéc. p. 328.

<sup>1391</sup> Citons à ce titre : i. La Convention relative à l'esclavage Signée à Genève, le 25 septembre 1926, entrée en vigueur le 9 mars 1927 ; ii. La Convention de l'OIT (n° 29) sur le travail forcé, adoptée à Genève par la 14ème session de la Conférence Internationale du travail le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 01 mai 1932 ; iii. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; iv. La Convention relative à la répression de la traite des êtres humains et à l'exploitation de la prostitution d'autrui approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 317 (IV) du 2 décembre 1949, entrée en vigueur le 25 juillet 1951 ; v. Le Protocole amendant la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 25 septembre 1926, approuvé par l'Assemblée générale dans sa résolution 794(VIII) du 23 octobre 1953, entré en vigueur le 7 décembre 1953 ; vi. La Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage adoptée par une conférence de plénipotentiaires réunie en application des dispositions de la résolution 608 (XXI) du Conseil économique et social en date du 30 avril 1956, entrée en vigueur le 30 avril 1957 ; vii. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976 ; viii. Le Pacte international aux droits économiques, sociaux et culturels adopté par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976 ; ix. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002 ; x. Le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000, entré en vigueur le 25 décembre 2003.

<sup>1392</sup> Article 6 (1), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>1393</sup> C. WILLMANN, remarque à ce titre que « *dans l'ordre international, l'interdiction de l'esclavage constitue une norme fondamentale, que les sujets du droit international ne peuvent transgresser : on retrouve là le principe du jus cogens* », C. WILLMANN « Esclavage- travail forcé- traite des êtres humains », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2016, n° 4.

<sup>1394</sup> L'idée d'une compétence universelle en matière de droits fondamentaux s'est développée en droit comparé, aux Etats Unis Américains, sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA). Ce texte autorise les juridictions étatiques à recevoir des actions contre des sociétés transnationales pour des atteintes aux droits de l'Homme y compris les droits sociaux fondamentaux, à l'occasion de leurs activités à l'étranger. Voir sur cette question, V. S. JOSEPH, *Corporations and transnational Human Rights Litigation*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004. Sur l'expansion de ce mouvement de contrôle des sociétés transnationales par l'Etat, voir, O. De Schutter, « Le contrôle du respect des droits de l'Homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'Etat d'origine », *in justice et mondialisation en droit du travail, du rôle du juge aux conflits alternatifs*, M-A. MOREAU, H. MUIR WATT et P. RODIERE, Paris, Dalloz, 2010, pp. 107- 168.

*juge représente la voix d'une communauté dont l'assise peut être plus large que celle de l'Etat* »<sup>1395</sup>. L'idée nous semble très légitime bien que, certains auteurs revendiquent cette compétence même en l'absence de tout rattachement avec l'Etat du for<sup>1396</sup>.

***Intervention directe des principes d'ordre public social transnational par mise en œuvre du mécanisme des lois de police.*** Procéduralement, la question de l'application directe d'une norme internationale, rappelle le mécanisme des lois de police. Est-il alors possible de mettre en œuvre les valeurs sociales universelles par l'intermédiaire des lois de police ?

La solution semble à priori légitime, voire recommandée en droit tunisien étant donné la définition large dont dispose la notion de lois de police. Néanmoins, son apport est limité. L'absorption des principes d'ordre public véritablement international par les lois de police n'est que partielle. Elle se limite aux hypothèses où ces principes sont reconnus et protégés par le for. Il en découle que l'applicabilité directe des principes d'ordre public social transnational en tant que lois de police tunisiennes, est conditionnée par leur reconnaissance et appropriation par le for au point que leur application lui devient indispensable. L'article 38 du CDIP tunisien est explicite à ce sujet. Les lois de police du for, sont des « dispositions du droit tunisien ». Ceci suppose la transposition des principes d'ordre public transnational à l'échelle nationale soit par des dispositions constitutionnelles soit par simple ratification de Conventions internationales.

***Limites de la solution.*** L'intersection entre les principes d'ordre public social transnational et les lois de police n'est pas totale. Nous avons montré qu'un noyau dur de principes et valeurs universelles devrait être imposé aux Etats indépendamment de leur reconnaissance par certains d'entre eux parce que constituant un *jus cogens*. La Tunisie est un pays en développement, qui peut ne pas avoir intérêt pour des raisons économiques de reconnaître certains droits sociaux jugés pourtant fondamentaux par la communauté internationale. Du moins, on risque une reconnaissance partielle des droits en question.

Nous recommandons au juge tunisien saisi d'un conflit se rapportant à un contrat de travail international de donner application directe aux principes d'ordre public social

---

<sup>1395</sup> H. MUIR WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'holocauste devant les tribunaux des États-Unis », *RIDC*, 2003, pp. 883-901, spéc. p. 901.

<sup>1396</sup> C. Kessedjian, « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme - Aspects de droit international privé », *TCFDIP*, 2002-2004, séance du 28 novembre 2003, p. 151-194.

transnational indépendamment de leur transposition dans l'ordre juridique du for. L'arrêt Moukarim pourrait à ce titre servir d'inspiration pour les justiciables et le juge tunisien. Les principes d'ordre public social transnational qu'on peut également nommer véritablement international doivent s'imposer en tant que tels à l'ordre juridique tunisien et par conséquent au juge tunisien. Ils doivent être à ce titre, directement applicables indépendamment de leur transposition dans l'ordre national tant qu'ils ne posent pas de problème de justiciabilité.

## 2) L'applicabilité conditionnée par la justiciabilité

**Fondement du caractère contraignant.** La force obligatoire des valeurs sociales issues d'instruments internationaux s'explique par la valeur qu'on leur attribue en droit international public. « *L'existence et la validité de la règle dont l'application est demandée au juge national sont réglées par le droit des gens* »<sup>1397</sup>. Les droits fondamentaux constituent une catégorie à part. « *La force et l'originalité de cette catégorie tiennent à la double nature de ses origines, à la fois substantielle – l'importance de tel ou tel droit suffit à l'élever au rang de droit fondamental – et formelle – les droits fondamentaux sont souvent consacrés par des textes internationaux* »<sup>1398</sup>. Son autonomie consiste dans le fait qu'elle « *ne se fonde que sur elle-même* »<sup>1399</sup>. Mais le caractère contraignant ne résout pas la question de la justiciabilité de cette catégorie de droits.

**Effet contraignant et justiciabilité.** La justiciabilité des valeurs formant l'ordre public social transnational conduit à distinguer au sein de cette catégorie entre les « droits » ayant un contenu substantiel et les « principes » qui ont besoin de concrétisation. C'est ce qui a conduit certains auteurs à contester leur effet contraignant. Celles-ci ne comportent généralement pas de solutions matérielles et se limitent à édicter des principes à vocation universelle. Il reviendra par la suite au juge du for de revenir à son droit national pour leur mise en œuvre concrète. C'est d'ailleurs cette même solution que propose Mme Kessedjian concernant la responsabilité civile de la violation des droits de l'Homme. Il paraît crucial pour l'auteur de « *confier au droit international public la question de la responsabilité et le principe de la*

---

<sup>1397</sup> J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », article précité, p. 247.

<sup>1398</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », article précité, p. 804.

<sup>1399</sup> E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial 20 juill.-20 août 1998, p. 6.

*réparation tout en laissant le quantum de la responsabilité aux droits nationaux* »<sup>1400</sup>. Ce raisonnement valable pour l'ordre public universel « *fait exploser les règles et les logiques traditionnelles du droit international privé* »<sup>1401</sup>.

Le juge du for est alors, autorisé à donner effet direct au droit fondamental en tant que principe universel. En s'y référant, il peut, par exemple déclarer la nullité d'un contrat de travail ou encore la responsabilité de l'employeur en raison d'un travail forcé. Il lui faudra par la suite se référer à la loi désignée par la règle de conflit pour déterminer le cas échéant les critères de calcul de l'indemnité ainsi que sa valeur.

***Justiciabilité et concrétisation des droits fondamentaux.*** Le raisonnement qu'on vient de développer, suppose, l'existence dans le droit interne désigné de solutions matérielles au sujet du droit fondamental en question. La fonction du droit national est dans ce contexte, une fonction complémentaire par rapport à la règle de *jus cogens*. Il doit être en mesure d'étendre la portée du droit fondamental protégé. Citons à ce titre l'exemple de l'esclavage qui a été interdit par plusieurs textes internationaux. Le droit national peut en renouveler le sens en fonction de l'évolution de la société moderne. Remarquons, à ce titre, qu'en droit tunisien cette catégorie comprend toute forme de travail forcé. En fait, la Tunisie qui fût le premier pays arabe à abolir l'esclavage<sup>1402</sup> et à ratifier, en 1967, la Convention internationale relative à l'élimination de la discrimination raciale vient d'enrichir son corpus normatif par deux lois organiques protectrices des droits de l'Homme : la loi organique n° 11 du 9 octobre 2018 relative à l'abolition de toutes les formes de discrimination raciale et la loi n° 2016-61 du 3 août 2016 relative à la prévention et à la lutte contre la traite des personnes. Aux termes de l'article 2 de cette loi, est considéré comme exploitation, donc traite, le travail ou service forcé, la servitude, l'esclavage et les pratiques analogues à l'esclavage. Font partie de cette dernière catégorie, le servage qui correspond à « *la situation dans laquelle une personne est obligée en vertu d'un accord, de vivre et de travailler sur un domaine appartenant à une autre personne, que ce travail ou ce service soit rémunéré ou non et à condition que cette personne n'ait la liberté de changer sa situation* »<sup>1403</sup>. De même et pour la mise en œuvre du principe de non-discrimination, la Tunisie a voté une loi pour lutter contre la violence

---

<sup>1400</sup> C. KESSEDJIAN, « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme - Aspects de droit international privé », article précité. p. 169. L'auteur adhère en ce sens à la thèse d'Olivera Bosovic intitulée : *La réparation du préjudice en droit international privé*, Université Panthéon Sorbonne, 2000.

<sup>1401</sup> P. DEUMIER, « L'ordre public international réinventé pour lutter contre l'asservissement », article précité.

<sup>1402</sup> Décret beylical du 23 janvier 1946.

<sup>1403</sup> Article 2, (5) de la loi n° 2016-61 du 3 août 2016 relative à prévention et à la lutte contre la traite des personnes.



faite aux femmes<sup>1404</sup>. La loi distingue entre la violence économique et la discrimination. La première consiste entre autres à priver la femme de son salaire ou revenu, l'interdiction de travailler ou la contrainte à travailler. La seconde catégorie d'actes plus large, vise « toute distinction, exclusion ou restriction qui a pour effet de porter atteinte à la reconnaissance aux femmes des droits de l'Homme et des libertés sur la base de l'égalité complète et effective dans les domaines, civil, politique économique, social et culturel... »<sup>1405</sup>. Aux termes de la loi, l'Etat s'engage à prévenir les discriminations au travail dont pourrait être victime la femme. Ainsi, l'article 6 de la loi prévoit que « *L'Etat prend toutes les mesures nécessaires pour éliminer toutes les pratiques discriminatoires à l'égard des femmes, notamment au niveau de la rémunération et la couverture sociale dans les différents secteurs, et interdire l'exploitation économique de la femme et l'employer dans des conditions de travail pénibles, dégradantes ou préjudiciables à sa santé, à sa sécurité et à sa dignité* ».

La violation de ces droits fondamentaux donne lieu en droit tunisien à des sanctions pénales aggravées lorsque l'auteur de l'infraction est une personne ayant une autorité professionnelle sur la victime. Sur le plan civil, il donne droit à une indemnisation à déterminer par application des règles de droit civil tunisien.

B) L'intervention de l'ordre public social transnational après la mise en œuvre de la règle de conflit

***L'application des principes d'ordre public social transnational en tant qu'élément du droit étatique applicable.*** Cette hypothèse correspond aux cas où le droit étatique applicable s'approprie des principes sociaux universels par leur reconnaissance dans des dispositions constitutionnelles ou par la ratification des conventions internationales qui leur sont relatives. En fait, il est généralement admis, que la désignation de la loi applicable suppose la compétence de toutes les dispositions du système juridique compétent. Ainsi, la « loi applicable » désigne l'ordre juridique dans son ensemble.

A l'occasion d'un contrat de travail international, les parties peuvent fonder leur demande sur des dispositions du Code du travail ou sur une convention collective si la

---

<sup>1404</sup> Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, *JORT*, 2017-08-15, n° 65, pp. 2604-2612.

<sup>1405</sup> Article 3 de la loi.

situation en cause entre dans son champ d'application. Mais, faut-il entendre par compétence de l'ordre juridique, l'applicabilité de normes de droit public ? Rien ne l'interdit, parce que les dispositions qui se rapportent à l'organisation du travail dans l'entreprise, celles qui supposent l'autorisation ou le contrôle par des organismes publics, tel que l'inspection de travail sont généralement des dispositions de droit public.

Parfois, ce sont des raisons politiques qui incitent le juge à se référer aux conventions internationales relatives aux droits de l'homme, pour argumenter son jugement. Il en va ainsi, essentiellement, lorsque le ou les autres Etats auxquels la situation est rattachée méconnaissent les droits fondamentaux en question. « *Et on ne perdra pas de vue, spécialement dans les affaires de droit international privé, que de nombreux Etats, tout en adhérant à des conventions universelles en matière de droits de l'homme (ou de droits de la femme), assortissent leur adhésion de réserves qui font que la compréhension d'une même disposition conventionnelle risque d'être fondamentalement différente* »<sup>1406</sup>. Parfois autres, les textes internationaux relatifs aux droits fondamentaux sont cités conjointement avec la constitution. « *C'est une méthode impressionniste, qui consiste à invoquer une pluralité de textes afin de déduire d'eux un principe commun et universel* »<sup>1407</sup>. Les exemples sont multiples en droit tunisien en matière de statut personnel.

Les juges tunisiens ont eu tendance, en cette matière à se référer aux principaux textes universels pour écarter une loi étrangère qui autorise la polygamie ou la répudiation. La Déclaration universelle des droits de l'homme et les articles, 1, 2 et 16 1-c de la Convention des Nations Unies de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes sont fréquemment cités. Nous espérons qu'ils procèdent de façon analogique à l'égard des droits fondamentaux des salariés.

Notons que la référence ainsi faite aux textes internationaux dans la jurisprudence tunisienne intervient dans le cadre d'une mise en œuvre de l'ordre public international<sup>1408</sup>. Peut-on en déduire un effet direct des droits fondamentaux ? La doctrine est partagée quant au sens à donner à la notion d'effet direct des droits fondamentaux en droit international privé. Pour M. Mezghani, « *lorsque le juge se réfère à la constitution il n'en fait pas, nécessairement, une application directe. Il en est de même lorsqu'il s'agit de se référer aux instruments internationaux. Il est alors possible de contourner la difficulté relative à la question de savoir si l'instrument international est*

---

<sup>1406</sup> P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*. 2005, tome 318, p. 19 et ss., spéc. p. 221.

<sup>1407</sup> *Ibid.* p. 222.

<sup>1408</sup> Citons à titre d'exemple la décision du Trib. Tunis, 27 juin 2000, *Rev. tun. dr.*, 2000, p. 425, note Ben Jemia.

*directement applicable ou non. L'ordre public peut même se nourrir de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui n'a aucune valeur contraignante mais qui n'en a pas moins une valeur référentielle certaine* »<sup>1409</sup>.

Dans tous les cas, ces hypothèses correspondent à des situations où le droit applicable que ce soit dans ses sources internes ou internationales, reconnaît les droits fondamentaux en question. Mais, il ne manque pas de cas où la loi applicable se trouve en conflit avec le droit fondamental dont on demande la protection. En conséquence, le droit étatique, et par là même, la règle de conflit qui le désigne apparaissent nettement insuffisants à faire valoir les principes d'ordre public social transnational.

***Limites de la solution.*** La transposition des principes d'ordre public social transnational dans l'ordre étatique, passe généralement par leur reconnaissance dans la constitution, ou par la ratification des conventions internationales qui les affirment. C'est ce qui suscite des interrogations quant à leur invocabilité par les parties et quant au pouvoir du juge à les soulever d'office. L'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée à l'occasion d'un litige international, contre la norme substantielle du droit du for désigné par la règle de conflit. En droit Tunisien, et en l'absence de Cour constitutionnelle, les juges du fond devraient écarter la disposition législative jugée inconstitutionnelle lorsque la question est soulevée par exemple par le travailleur afin de préserver ses droits fondamentaux.

En dehors de cette hypothèse, il ne semble pas que le juge puisse soulever d'office l'inconstitutionnalité de la loi applicable ni contrôler sa conformité aux conventions internationales qui sont à la base de l'ordre public social transnational. Cette difficulté devient plus nette, dans les pays à faible législation sociale. Il n'existe en droit international privé, actuellement, aucun mécanisme qui puisse garantir parfaitement le respect de cet ordre public réellement international. D'où, le besoin de doter l'ordre public social transnational d'un mécanisme de défense afin d'en garantir la protection notamment dans les rapports de travail internationaux.

***Le besoin d'un mécanisme spécial, pour une meilleure sauvegarde de l'ordre public social transnational.*** Pour avoir sa pleine fonction d'instrument de défense des droits sociaux fondamentaux, l'ordre public social transnational devrait constituer un mécanisme indépendant. Il est vrai, que la solution que nous proposons, semble futuriste,

---

<sup>1409</sup> A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, pp. 721, spéc. p. 764.

mais il n'est pas douteux qu'elle est utile pour l'équilibre des relations internationales de travail. A l'heure actuelle, le résultat escompté, celui de la protection des droits fondamentaux, ne peut être atteint que par la technique de l'effet direct des conventions internationales. Les valeurs sociales universelles constituent le « noyau dur » d'une réglementation sociale transnationale. Elles doivent avoir un effet direct horizontal en tant que « valeurs communes » et pas seulement en tant que choix fondamentaux d'un ordre national, fut ce du for. Dans une large mesure, les valeurs sociales universelles « relèvent des « principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » dont la Cour internationale de Justice a déclaré qu'ils correspondaient à des obligations erga omnes des Etats au regard du droit international public »<sup>1410</sup>. Nous avons démontré qu'ils correspondent à des droits élémentaires, les droits les plus essentiels formant le « socle minimal universel ». Ils puisent leurs sources dans le droit international public général. C'est pour cette raison qu'ils ne sont susceptibles d'entrer en conflit avec aucune loi nationale.

Cette idée de suprématie des valeurs universelles par rapport au droit étatique, nous rappelle l'articulation du droit français avec les droits fondamentaux de source européenne. En fait, le principe de l'applicabilité directe des libertés fondamentales a été affirmé par la CJCE dans son arrêt *Cassis de Dijon*<sup>1411</sup>. C'est dans ce sens que le principe de primauté du droit communautaire, impose au juge français d'écarter son droit national lorsque ce droit est susceptible d'entraver la liberté de circulation des travailleurs. La jurisprudence de la CJCE est constante dans ce sens<sup>1412</sup>.

On pourrait emprunter cette voie afin d'assurer en droit tunisien notamment, la suprématie des principes et valeurs sociaux universels par rapport au droit interne. L'applicabilité directe des valeurs d'ordre public social transnational ou encore véritablement international, s'insère dans une logique de primauté contrairement à la technique d'intégration des droits de l'Homme dans l'ordre public international au sens du droit international privé<sup>1413</sup>.

En raison de cet effet, on peut constater que l'ordre public social transnational à l'image des droits fondamentaux qui le composent est de nature à modifier la procédure de

---

<sup>1410</sup> P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », cours précité, p. 223.

<sup>1411</sup> CJCE, 20 févr. 1979, *Reve-Zentral*, aff. 120/78.

<sup>1412</sup> CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman e.a.*, aff. C-415/93, *AJDA* 1996. 273, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues ; *RTD eur.* 1996. 101, étude G. Auneau.

<sup>1413</sup> P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », cours précité, p. 212.

résolution du conflit de lois dans les contrats de travail internationaux. Si l'impact des droits fondamentaux en droit international privé, est *moins visible* que dans les autres branches de droit privé, il en est en réalité plus profond<sup>1414</sup>. Leur effet « *n'affecte pas tant la teneur des règles de conflits de lois que l'essence même de la discipline car il peut paralyser leur mise en œuvre. C'est donc tout l'équilibre du droit international privé qui se trouve menacé* »<sup>1415</sup>. Cette constatation est valable également pour l'ordre public social transnational. Mais, elle ne semble pas inquiéter quant à l'avenir du droit international privé. Nous estimons, qu'elle peut constituer plutôt la solution pour la survie de la discipline au moyen d'un changement de paradigme et développement d'une justice plus large, une justice « universelle ».

---

<sup>1414</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », article précité, p. 801.

<sup>1415</sup> *Ibid.* pp. 801-802.

## CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

Si la recherche d'un dénominateur commun fut ce minimal, entre les législations nationales de travail s'avère indispensable, c'est afin de limiter la distribution aveugle de la compétence législative sur laquelle se base le droit international privé. En matière de contrat de travail, où la protection des droits fondamentaux des travailleurs s'impose à l'échelle internationale, la règle de conflit ne contribue que de façon apparente même parfois fictive à la réalisation de ce résultat social substantiel.

Or les pistes à exploiter en faveur de l'imposition d'un socle commun de principes et valeurs ne nécessitent qu'une analyse approfondie des sources et un rapprochement des disciplines. Ce minimum « contraignant » constitue le noyau de ce que nous proposons de conceptualiser comme catégorie de principes et valeurs, « l'ordre public social transnational ». Sa mise en œuvre concrète participe à l'harmonisation des solutions en matière de contrat de travail international, heurtée au fond par la concurrence législative entre pays en développement en vue de l'attraction des investisseurs. Nous ne proposons pas par ce nouveau concept une remise en cause totale des règles de droit international privé. Nous y trouvons par contre un remède aux insuffisances de la discipline à appréhender convenablement les contrats de travail internationaux.

A ce titre, l'ordre public social transnational est en intersection avec les lois de police notamment en droit tunisien où cette catégorie de lois l'objet d'une définition suffisamment large. Néanmoins, si l'intersection est fréquente, elle n'est pas systématique. Multiples sont les hypothèses où les valeurs fondamentales de la communauté internationale ne se trouvent pas partagées par le for. Or, leur protection est indispensable non seulement pour la satisfaction des objectifs de justice sociale dans le contrat international e travail, mais aussi et en conséquence pour la réalisation de la paix sociale internationale. C'est ce qui invite à penser, en cas de besoin, à une éventuelle instrumentalisation de l'ordre public social transnational. A l'heure actuelle, les juges tunisiens sont invités, de donner effet direct aux conventions internationales se rapportant aux droits fondamentaux intangibles, dans les cas où ses droits ne sont pas protégés par des textes internes.

Une autonomisation de l'ordre public social transnational par rapport aux autres instruments de droit international privé, peut paraître futuriste, mais elle ne manque pas de certitude en raison des mutations aussi bien jurisprudentielles que législatives. Le droit international privé en fait un bon exemple. La discipline devient de plus en plus perméable non seulement à des normes interétatiques mais aussi à des normes de droit souple.

**CHAPITRE SECOND :**  
**LA CONSOLIDATION DE L'ORDRE PUBLIC SOCIAL TRANSNATIONAL**  
**PAR LES NORMES SOCIALES DE RSE, MOYEN D'UNE JUSTICE**  
**D'EQUITE PARTICIPATIVE**

*L'ordre public social transnational et la prise en compte des nouvelles formes de normativité.* La consécration des valeurs universelles que véhicule l'ordre public social transnational ne peut être efficace sans tenir compte de la multiplication des normes sociales souples, spécialement celles qui ont un champ d'application transnational et qui tendent à organiser plusieurs aspects du contrat de travail. Si ces normes nous interpellent, c'est en raison des rapports multiples qu'elles entretiennent avec l'ordre public social transnational.

De par leur contenu, ces normes participent à la formation d'un socle référentiel standard. Elles affirment au niveau de l'entreprise, la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux, ceux qui forment l'assise de l'ordre public social transnational. La finalité recherchée étant de fonder la responsabilité de l'entreprise des éventuelles violations des droits de ses salariés. Dans l'entreprise qui agit en réseau, la responsabilité s'étant non seulement aux salariés de la société mère, mais aussi à toutes les filiales et entités liées à la société donneuse d'ordre par des contrats commerciaux. Seulement, la responsabilité ainsi créée, appelée responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise (RSE), ne se confond pas identiquement avec la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle prise au sens juridique. Il s'agit d'une responsabilité particulière, à la base morale et préventive. Elle est aussi volontaire. Dans les entreprises multinationales, elle provient de normes d'application transfrontalières, donc dépassant le prisme de la territorialité de la règle juridique. C'est ce qui permet d'ailleurs, d'appréhender certains aspects des contrats de travail internationaux exécutés dans le cadre des entreprises multinationales et auxquels, « *les principes traditionnels du droit de la responsabilité n'apportent que peu de réponse* »<sup>1416</sup>.

*Une fonction palliative possible pour la RSE en droit international privé du travail.* La théorie de la RSE n'est pas nouvelle. Bien que, certains juristes ont essayé de la

---

<sup>1416</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, Université de Bordeaux, 2014, p. 2.



conceptualiser<sup>1417</sup>, elle constitue une notion vivante qui évolue en fonction des acteurs qui s'en emparent<sup>1418</sup>. Mais, elle est restée, longtemps, cantonnée à la question de l'éthique d'affaire. Elle n'a pas été très bien exploitée par les juristes notamment dans le sens de la consolidation des valeurs et principes défendus par le droit dur. Nous trouvons que la théorie de la RSE mérite d'être mobilisée et mise au service du renforcement des valeurs sociales universelles.

Au-delà de leur aspect souple et non contraignant, les normes sociales produites dans le cadre de la RSE peuvent générer des effets normatifs, qui sans se confondre avec des obligations purement légales, contribuent à les consolider et pallier aux insuffisances des solutions législatives. Nous y voyons l'avenir de la norme juridique qui ne peut plus être conçue ni analysée à l'abri du droit souple qui participe directement ou indirectement à son enrichissement. Les normes RSE sont l'expression d'un pouvoir normatif renouvelé qui renforce l'ordre public social transnational (section 1). Lorsqu'elles interviennent dans le cadre d'un contrat de travail international, elles constituent un vecteur de transformation des solutions. En Tunisie, même si le cadre juridique de la RSE est encore embryonnaire, les juges sont appelés à tenir compte de la dimension transnationale de ces normes. Les effets que peuvent avoir ces normes sont multiples. Elles ne touchent pas seulement à la qualification du contrat, mais aussi, à la responsabilité des parties. C'est ce qui est révélateur de la fonction palliative de l'ordre public social transnational mis en œuvre par la RSE (section 2).

### **Section 1 : L'ordre public social transnational renforcé par le pouvoir normatif renouvelé dans la RSE**

*La RSE, un support de mise en œuvre des principes d'ordre public social transnational.* Si l'ordre public social transnational suppose la contrainte, la RSE se situe, par contre dans le droit souple. Il peut paraître à priori, difficile de penser à un éventuel apport de la RSE dans la consolidation de principes d'ordre public. Or toute la difficulté n'est que le résultat de la conception trop large du rapport de contradiction entre droit dur

---

<sup>1417</sup> M. VIRONNEAU-GEORGES, *L'action de l'Union européenne en matière de responsabilité sociale des entreprises : recherche sur l'appropriation d'un concept*, Thèse, Université de Toulouse, 14 déc. 2009.

<sup>1418</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse précitée, p. 5.

et droit souple. Nous estimons par contre, que l'évolution du droit dur et essentiellement du droit international privé est tributaire d'une nouvelle vision de ce rapport. La complémentarité des deux sources de normes s'avère très possible en droit du travail en raison de la nature même des normes RSE. Dans leur dimension sociale ces normes, doivent véhiculer les mêmes principes que ceux de l'ordre public social transnational. Détachées de l'ordre étatique, les normes RSE peuvent avoir un champ d'application supranational, et engagent l'entreprise à l'égard de toute une communauté de travailleurs, exerçant sur des territoires différents.

On constate en fait, que « *la diffusion de telles pratiques au sein d'entreprises à structure complexe devrait avoir pour effet d'atteindre un certain niveau d'exigence et d'harmonisation en termes de santé et de sécurité au travail, indépendamment du pays où se situe le travailleur* »<sup>1419</sup>. Si ce résultat est possible c'est grâce à la souplesse des instruments utilisés. C'est ce qui les rend adaptables au contexte de l'entreprise et participe ainsi à la promotion originale des droits sociaux fondamentaux par les normes de RSE (§ 1). Mais, il convient de préciser que la contribution de la RSE au renforcement de l'ordre public social transnational, ne peut être effective sans un pouvoir normatif reconnu. Nous sommes alors, emmenés à prendre part de la question toujours posée de la force obligatoire des normes RSE et d'apprécier l'étendue de leur normativité (§ 2).

### **§ 1 La promotion originale des droits sociaux fondamentaux par les normes de RSE**

***D'une contradiction apparente à une intersection certaine entre ordre public et RSE.*** « *Les normes de RSE s'intéressent en effet à des domaines qui relèvent traditionnellement de l'ordre public et de l'intérêt général : le respect des droits de l'Homme, la promotion des droits de travailleurs, la défense de l'environnement, la lutte contre la corruption etc.* »<sup>1420</sup>. Classiquement ces questions font l'objet de normes contraignantes et ne peuvent être laissées à un comportement responsable volontaire de la part des particuliers. Mais, la complexité des rapports économiques au sein des entreprises multinationales rend difficile le contrôle du respect des droits fondamentaux

---

<sup>1419</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse précitée, p. 202.

<sup>1420</sup> *Ibid.* p. 340.

par ces entités et la responsabilisation des auteurs réels de leur violation. Pourtant, « la souplesse offerte par les normes de *soft law*, tant dans les modes d'élaboration que dans leur application, pourrait permettre de combler ce vide ». En Tunisie, où l'activité économique est en large partie détenue par des entreprises appartenant à des multinationales ou agissant dans le cadre de leur réseau, le juge est appelé à tenir compte des normes privées relatives au respect des droits fondamentaux. Emanant généralement, du centre du réseau, de l'entreprise donneuse d'ordre, ces normes comportent des engagements volontaires étendus à toutes les unités qui sont sous son contrôle. L'apport de ces normes privées n'est pas négligeable dans la mesure où elles résultent au niveau de l'entreprise, d'une transposition progressive de normes publiques internationales. Seulement, le processus de transposition (A) des valeurs relatives aux droits fondamentaux en vue de leur appropriation par les entreprises, n'est pas toujours neutre. Il s'accompagne généralement d'une adaptation des valeurs transposées au contexte de l'entreprise ce qui est chargé de conséquences (B).

A- La transposition des principes d'ordre public social transnational dans les normes RSE

***Les termes de la transposition.*** Les normes RSE ne créent pas de nouveaux principes. Elles véhiculent, par des instruments particuliers, des valeurs et principes prescrits par des textes de droit déjà existants. La majeure particularité de la RSE réside dans la transposition de principes d'ordre public dans des instruments de *soft law*. Le processus de transposition est original dans la mesure où il est hiérarchique (1) y participent des entités internationales publiques et privées. Les Etats transférant aux entreprises des devoirs relevant jusqu'alors de leurs responsabilités. Les entreprises deviennent ainsi, un acteur actif dans la mise en œuvre de l'ordre public social transnational et par là même à son renforcement. Mais, des risques persistent découlant de l'utilisation de normes souples pour rendre effectives des principes de droit dur. La transposition des principes d'ordre public social transnational dans les normes RSE apparaît ainsi, à double effet (2).

1) Une transposition hiérarchisée

***Les échelles de la transposition.*** La responsabilité sociétale des entreprises a donné lieu à des normes de sources différentes établies par des auteurs publics et privés et ayant des champs d'application différents. La communauté internationale y participe au premier rang par l'édition de normes souples à destination des entreprises multinationales les incitant à avoir un comportement responsable et au respect des droits fondamentaux des travailleurs. Les normes interétatiques (a) édictées à ce titre, constituent le cadre de référence de la RSE dans sa dimension sociale. Leur mise en œuvre, entraîne les entreprises à élaborer par elles-mêmes des normes de conduite dont le contenu et la teneur varient d'une entreprise à une autre (b).

a) *Les normes de sources interétatiques*

***L'ordre public social transnational, un socle référentiel pour les normes de la RSE.*** Les normes interétatiques constituent des normes souples établies par les Etats et les organisations internationales en vue de spécifier les obligations qui incombent aux entreprises dans la reconnaissance et le respect des droits fondamentaux. Ce sont des textes qui se placent à mi-chemin entre le droit international public et les relations internationales<sup>1421</sup>. A l'égard des entreprises, ils constituent un cadre référentiel leur traçant les lignes directrices auxquelles, elles doivent se conformer dans le développement de leurs outils RSE. Il en résulte un socle commun d'obligations à la charge des entreprises. « *Au regard de ces textes de référence, il est permis d'affirmer que toute activité, initiative, programme ou norme de RSE qui s'inscrirait en dehors de ce cadre de référence, de ce socle commun de principes, échappe à la qualification de RSE* »<sup>1422</sup>.

Dans leur substance les normes interétatiques reprennent les mêmes droits affirmés dans les textes de droit international public notamment la Déclaration de l'OIT de 1976, et les huit Conventions dont elle s'inspire ainsi que la Déclaration de 2008. Mais, c'est essentiellement, les droits fondamentaux au travail tels que visés par la Déclaration de 1998 qui constituent ainsi le socle du volet social de la RSE. Généralement, on y trouve une référence expresse à ces textes ce qui constitue une réaffirmation de l'universalité des droits fondamentaux et de leur indivisibilité.

---

<sup>1421</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse précitée, p. 345.

<sup>1422</sup> *Ibid.* p. 383.

***Durcissement de la RSE par les normes interétatiques.*** Pour la mise en œuvre des principes qu'elles prescrivent, les normes interétatiques édictent des obligations qui bien que semblables sont de contenus parfois variables. C'est ce qu'on peut constater en analysant les principaux textes instaurant le cadre de la RSE, à savoir, les principes directeurs de l'OCDE et les principes directeurs des NU. Les deux textes sont d'ailleurs considérés comme des « codes de conduites public ».

Dans les principes directeurs de l'OCDE, l'accent est principalement mis sur l'interdiction des pratiques discriminatoires. Ainsi, les entreprises sont invitées à « *s'abstenir d'engager des actions discriminatoires ou disciplinaires à l'encontre des travailleurs qui auraient, de bonne foi, rapporté à la direction ou, le cas échéant, aux autorités publiques compétentes, des informations sur des pratiques contraires à la loi, aux Principes directeurs ou aux politiques de l'entreprise* »<sup>1423</sup>. Afin d'éviter des violations aux droits fondamentaux, il est prescrit à la charge des entreprises, un devoir de diligence « *fondé sur les risques pour identifier, prévenir et atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités et des chaînes d'approvisionnement* »<sup>1424</sup>. En vertu de ce devoir, les principes directeurs s'inscrivent pleinement dans une logique de RSE puisque le point de départ consiste dans la conviction partagée que nous vivons dans une « *société du risque* »<sup>1425</sup>. En vertu de son devoir général de vigilance, « *il appartient à l'entreprise d'effectuer un examen systématique des pratiques en vigueur chez ses fournisseurs et clients selon le principe de la « diligence raisonnable »*. *L'entreprise doit procéder à l'inventaire exhaustif des risques susceptibles d'exister chez ses fournisseurs et clients, et demander à ceux de ces derniers qui ne les maîtrisent pas assez de s'amender sous peine de rupture de contrat* »<sup>1426</sup>.

Les Principes Directeurs des Nations Unis, tout comme le Pacte mondial, sont moins détaillés en termes d'obligations. Ils recommandent aux entreprises de respecter les droits de l'homme dans une perspective de complémentarité avec les obligations existantes qui incombent aux États de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et les

---

<sup>1423</sup> OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », Éditions OCDE, (2011), p.19. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>. p. 23.

<sup>1424</sup> *Ibid.*

<sup>1425</sup> U. BECK, « La société du risque globalisée revue sous l'angle de la menace terroriste », *Cahiers internationaux de sociologie*, PUF., 2003/1, n° 114, pp. 27-33.

<sup>1426</sup> Cette précision concernant le devoir de vigilance a été apportée par le ministre français de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie suite à une question qui lui a été posée le 9 juillet 2013 sur le récent rapport du Conseil économique, social et environnemental intitulé « La RSE : une voie pour la transition économique, sociale et environnementale », « Entreprises multinationales - Responsabilité sociale et environnementale », Réponse du ministre (JO déb. Ass. nat., Question, 8 avril 2014), *RCDIP*, 2014, p. 731.

libertés fondamentales. La contribution des principes onusiens à la concrétisation des principes d'ordre public social transnational est plus explicite. Ils recommandent aux entreprises de respecter les droits de l'homme « où qu'elles opèrent », c'est-à-dire « quel que soit l'état du droit du pays » dans lequel elles interviennent. En conséquence, elles sont invitées à « parer au risque de commettre des atteintes caractérisées aux droits de l'homme ou d'y contribuer sous l'angle du respect de la légalité »<sup>1427</sup> dans le pays d'accueil. L'entreprise doit parfois, sous peine d'être complice, gérer les éventuels conflits entre les normes internationales de défense des droits de l'homme et la législation en vigueur dans un Etat hôte, qui limite les droits des travailleurs.

La valorisation des droits fondamentaux dans les principes directeurs est d'autant plus remarquable que la même responsabilité peut être mise à la charge des travailleurs. En fait, « les administrateurs, les cadres et les employés des entreprises peuvent être tenus pour responsables individuellement pour des actes qui constituent des violations caractérisées des droits de l'homme »<sup>1428</sup>.

Par ces formules, les principes directeurs adoptés contribuent au processus de « durcissement normatif » de la RSE au plan international déjà entamé par l'OCDE, l'OIT<sup>1429</sup> et l'ONU. Le socle minimal de référence qu'ils édictent contribue à la mise en œuvre de l'ordre public social transnational et tend à lutter contre les pratiques de dumping social.

#### b) Les normes privées

***Caractéristiques fondamentales des normes privées de RSE.*** Les normes privées engageant les entreprises sont multiples. Seules, celles adoptées en conformité aux textes de références interétatiques autorisent leur qualification de normes RSE. La « *transposition du droit international public à la sphère des entreprises privées permet de distinguer les normes de RSE des activités et normes éthiques ou philanthropiques avec lesquelles la RSE est parfois*

---

<sup>1427</sup> Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, Nations Unies, Haut-Commissariat droits de l'Homme, New York, 2011, p. 29.

<sup>1428</sup> *Ibid*, p. 30.

<sup>1429</sup> Par l'adoption en 1977 de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale.

*confondue* »<sup>1430</sup>. Cette distinction permet de mettre le point sur l'évolution de la RSE en Tunisie. A l'examen de plusieurs plans RSE établis par les entreprises en Tunisie, on constate qu'il y a une grande déviation par rapport à ce standard. On a pu trouver des actions de type associatif et culturel. Certains autres actes, se limitent à des déclarations d'intention, un attachement au respect des droits fondamentaux sans prévoir des engagements concrets. Un grand travail est à entreprendre par les autorités et la société civile tunisiennes dans ce domaine en termes de sensibilisation et d'accompagnement. L'Etat tunisien a adopté une loi fixant le cadre général de la RSE. Elle ne formule pas des obligations contraignantes à la charge des entreprises<sup>1431</sup>. C'est exactement en raison des insuffisances du droit national, qu'il faut se baser sur les textes de droit international public alimentant l'ordre public social transnational pour fonder des obligations concrètes à la charge des entreprises en termes de respect des droits fondamentaux. C'est ce que prévoit, d'ailleurs, la loi tunisienne sur la RSE. Selon son article premier, la RSE s'inscrit dans le cadre des principes consacrés par la constitution, et en se référant au Pacte mondial des Nations Unie, la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Déclarations de l'OIT et la Déclaration de Réo sur l'environnement et le développement.

***Intérêt de la production de normes privées de RSE.*** Le rôle, réellement escompté des normes RSE établies par les entreprises et de traduire les engagements qui sont à leur charge en matière de droits sociaux en des obligations concrètes dans leurs rapports contractuels. C'est parce que « *les contrats ne se développent pas dans une sphère close, isolée, mais dans un monde qui leur préexiste, avec ses normes et ses acteurs. Ils s'y insèrent, tout en lui apportant ses normes propres (créant une sorte d'ordre privé complétant l'ordre public)* »<sup>1432</sup>.

Une synergie peut être constatée dans ce sens entre normes publiques et normes privées. A l'image des principes directeurs des Nations Unies, la norme de certification ISO 26000<sup>1433</sup> préconise le respect des Droits de l'homme. Elle réaffirme leur inaliénabilité, leur

---

<sup>1430</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse précitée, p. 388.

<sup>1431</sup> Loi n° 2018-35 du 11 juin 2018 portant sur la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), *JORT* n° 49-2018 du 19 juin 2018.

<sup>1432</sup> P. LE TOURNEAU, *Contrat du numérique*, Chapitre 115, Aboutissement des négociations et contrat définitif, *Dalloz référence*, 2021/2022.

<sup>1433</sup> C'est le label 26000 publié en novembre 2010, par l'Organisation internationale de normalisation (*International Organization for Standardization* « ISO ». Il est précisé par l'Organisation elle-même, que « Parce que le nom "Organisation internationale de normalisation" aurait donné lieu à des abréviations différentes selon les langues (« IOS » en anglais et « OIN » en français), ses fondateurs ont opté pour un nom court : « ISO ». Ce nom est dérivé du grec isos, signifiant « égal ». Quel que soit le pays, quelle que soit la langue, la forme abrégée du nom de l'organisation est par conséquent toujours l'ISO ». <https://www.iso.org/fr/about-us.html>

universalité, leur indivisibilité et leur interdépendance, quel que soit le pays, la culture et la situation. Elle invite les organisations et les entreprises à adopter des mesures lorsque les Droits de l'homme ne sont pas protégés. Elle les invite également à ne pas en tirer avantage et à donner la primauté aux « normes internationales de comportement » au cas où la législation nationale ou sa mise en œuvre n'assure aucune protection adéquate des Droits de l'homme. Par sa technicité, la norme ISO 26000 « révèle une nouvelle forme d'éthique de la normalisation, une « méta norme » en quelque sorte, par une formalisation et une structuration des pratiques coutumières internationales en matière de responsabilité sociétale et un ordonnancement matriciel, fondé sur les droits de l'Homme »<sup>1434</sup>.

Mais, même lorsqu'elles sont élaborées par un même organisme, les normes privées RSE sont conçues pour participer à la promotion des droits fondamentaux. Par des engagements volontaires, les entreprises s'approprient des valeurs sociales universelles et en font application à toutes les entreprises du réseau. Comme le relève A. Sobczak, ces normes produites notamment dans des codes de conduite expriment la volonté de la part des entreprises « de réguler une situation de fait, que le droit social ne régule que d'une manière insuffisante, mais également un souci d'éviter l'émergence de normes contraignantes étatiques ou internationales »<sup>1435</sup>.

Dans le cadre des entreprises multinationales, les instruments RSE unifient les engagements sociaux à toutes les unités du réseau. Les normes adoptées ne s'adressent généralement pas aux seuls travailleurs de la société mère. Elles ont vocation à s'appliquer à tout le groupe voire à toutes les entités du réseau. Elles contribuent ainsi, à la mise en place d'un cadre commun de conditions de travail pour tous les salariés du réseau. « Ces dispositifs permettent surtout aux entreprises de dépasser les frontières ainsi que les séparations juridiques, afin de soumettre les travailleurs à des valeurs, des procédures et donc des comportements identiques dans l'exécution de leurs tâches »<sup>1436</sup>.

## 2) Une transposition à double effet

---

<sup>1434</sup> I. CADET, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *RIDE*, 2010, n° 4, pp. 401-439, spéc. p. 403.

<sup>1435</sup> A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Droit social*, septembre-octobre 2002, n° 9/10, p. 807.

<sup>1436</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse précitée, p. 195.



**Une transposition à risque.** La transposition des principes d'ordre public dans les normes RSE a pour premier effet l'appropriation (a) de ces principes par les entreprises. Elles s'engagent ainsi, à les respecter et promouvoir. Seulement, il peut y avoir des déviations au cours du processus de transposition. Le passage fait, de principes contraignants vers des engagements *doux* risque de diluer des valeurs d'ordre public (b) voir même de donner lieu à un *shopping managerial*.

a) *L'appropriation des valeurs d'ordre public*

**Ordre public et avantages de la régulation par la RSE.** La RSE s'insère dans un mouvement global de dérèglementation. Le recours à la *soft law* ne s'est pas limité aux rapports commerciaux. Les entreprises préfèrent réguler par elles même leurs relations contractuelles non seulement avec leurs partenaires commerciaux mais aussi avec leurs salariés. Pourtant les deux types de relations ne poursuivent pas la même logique. Ainsi, « *apparaît l'une des distinctions et des particularités majeures entre les normes tirées de la *lex mercatoria* en particulier et celles de *soft law* issues de la RSE. L'objet des secondes n'est pas tant de réguler les échanges internationaux entre professionnels, que de s'assurer du maintien de la solidarité et de la cohésion sociale* »<sup>1437</sup>.

La principale particularité de la RSE est qu'elle est révélatrice de la conciliation possible entre l'économie et l'éthique. La règle morale n'interdit pas que chacun cherche son avantage, que le « bien » soit assimilé au « profit » et le « mal » à la « perte »<sup>1438</sup>. « *Le recours à l'éthique prouve, cependant, que tout système doit trouver des limites et que celles-ci doivent venir de l'extérieur. L'éthique comme toute instance de régulation n'en commande pas moins aux comportements sociaux. Il est en effet difficile de laisser faire l'économie. De laisser libre cours au marché* »<sup>1439</sup>. Les codes de conduite, les chartes éthiques et les normes de déontologie élaborées par les entreprises sont l'expression d'un engagement moral plus que juridique de la part de l'entreprise.

---

<sup>1437</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, thèse précitée, p. 342.

<sup>1438</sup> B. OPPEIT, « Ethique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, pp. 319 ss., spéc. p. 322.

<sup>1439</sup> A. MEZGHANI, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », cours précité, p. 407.

Cette concordance entre l'économie et l'éthique n'est pas nouvelle. « *Au Moyen Age déjà, économie et éthique ont toujours été unies par des liens très étroits, la seconde exerçant une fonction à la fois, légitimante et organisatrice à l'égard de la première* »<sup>1440</sup>.

La RSE présente par ailleurs, des effets positifs incontestables aussi bien pour l'employeur que pour le salarié. L'entreprise à dimension transnationale, qui veut conforter son image de « firme mondialisée » a intérêt à agir selon le même référentiel social quelle que soit son implantation. « *Il y a en effet un paradoxe à construire une image de « firme globale » et à utiliser sur le plan stratégique la mise en concurrence des lieux où se décline cette image de l'entreprise. La construction d'une politique sociale commune au groupe permet alors de limiter l'impact des stratégies de concurrence sociale* »<sup>1441</sup>. L'intégration dans l'espace transnational de l'entreprise de normes sociales internationales répond à la « *volonté de réunir deux logiques, celle de l'entreprise et celle du territoire* »<sup>1442</sup>.

Le travailleur exerçant dans l'entreprise se voit grâce aux instruments « standards » établis par l'employeur, limiter les risques inhérents à la mobilité internationale. Les critères nationaux relatifs à l'application du droit du travail et les inégalités entre les législations sociales nationales sont écartés. La standardisation a pour effet de détruire les « frontières » territoriales des normes sociales et limiter les écarts entre les droits nationaux dans la protection des travailleurs. Ainsi, « *l'application transnationale des codes de conduite permet d'introduire dans les pays des règles de protection sociale qui ne sont pas garanties par la législation locale. Le Code de conduite peut être un outil de promotion des droits sociaux fondamentaux, un outil d'amélioration de la protection des travailleurs, un outil de diffusion de la culture sociale de l'entreprise* »<sup>1443</sup>.

Parallèlement, la valorisation du « capital humain » contribue à améliorer l'image de l'entreprise ce qui ne peut impacter que positivement sa rentabilité financière et servir ses intérêts stratégiques.

Le développement de valeurs sociales par les entreprises multinationales, « *peut permettre de tisser des liens avec la société civile et de contrer les mouvements sociaux anti-mondialisation qui ternissent leurs images* »<sup>1444</sup>.

---

<sup>1440</sup> *Ibid.*

<sup>1441</sup> M-A. MOREAU, « Mondialisation et justice : les enjeux théoriques des conflits sociaux transnationaux », in *Justice et mondialisation en droit du travail, du rôle du juge aux conflits alternatifs*, op. cit, p. 175.

<sup>1442</sup> I. DAUGAREILH, « Avans propos », in I. Daugareilh, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles-Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, pp. 1-56.

<sup>1443</sup> M-A. MOREAU, « Mondialisation et justice : les enjeux théoriques des conflits sociaux transnationaux », article précité, p. 183.

<sup>1444</sup> *Ibid.*, p. 175.

L'autorégulation par la RSE est, à l'ère du libéralisme l'expression d'un consensus entre les enjeux économiques et les impératifs d'ordre social. C'est parce que la promotion des droits du travailleur et sa protection contre les abus de l'employeur ne peut se développer correctement en ignorant totalement les intérêts de l'entreprise. Le rapprochement des visions entre le juriste et l'économiste est une exigence qui s'impose en vue d'un « futur meilleur ». « *Il y a sans doute avec la RSE un lieu de rencontre entre la corporate governance et les exigences de protection sociale des travailleurs* »<sup>1445</sup>.

Toutefois, des déviations à ce processus peuvent avoir lieu et la promotion des principes d'ordre public social transnational par les entreprises risque d'être détournée.

#### b) Les risques de dilution

***Indivisibilité des principes d'ordre public social transnational et risque de self-service normatif.*** En raison de sa nature souple, l'engagement volontaire en matière d'éthique ouvre la voie à un « *self-service normatif* »<sup>1446</sup>. L'autorégulation permet à l'entreprise de s'engager dans la protection de certains droits à l'exclusion d'autres. S'agissant des droits sociaux fondamentaux, on constate une préférence dans les codes de conduites à intégrer les droits et libertés individuels tels que la santé et la sécurité au travail au détriment des droits collectifs. Parfois, la sélection des normes à adopter est fonction du secteur d'activité de l'entreprise. L'engagement pris en matière d'interdiction du travail des enfants est par exemple fréquent dans les entreprises œuvrant dans le domaine du textile.

Ce système de « *shopping managérial* »<sup>1447</sup> n'est pas admissible en matière de droits fondamentaux. Il est incompatible avec le principe d'indivisibilité de ces droits. De plus, il risque d'affecter leur effectivité. C'est pour cette raison, que la RSE ne peut avoir qu'une fonction complémentaire par rapport à la loi dans les limites de la protection qu'elle peut procurer au travailleur international. Spécialement, « *en matière de droits fondamentaux, elle ne devrait pourtant rester qu'un relai et non venir se substituer à toute réglementation* »<sup>1448</sup>.

---

<sup>1445</sup> *Ibid.* p. 176.

<sup>1446</sup> A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social*, in *Etudes en l'honneur de J. Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 541-558.

<sup>1447</sup> L'expression est utilisée par M. M-A. MOREAU, « *Mondialisation et justice : les enjeux théoriques des conflits sociaux transnationaux* », article précité, p. 180.

<sup>1448</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 365.

**Régulation souple et risque de « dissolution » du droit dur.** Ce qui est inquiétant davantage, c'est que les codes de conduite par exemple, préparés unilatéralement par l'entreprise risquent de modifier le contenu de la norme sociale internationale qu'ils reprennent. Aucune garantie de conformité n'est envisageable dans ces cas. En Tunisie spécialement, et en raison de l'absence d'un cadre juridique développé pour la RSE, il est recommandé aux juges de contrôler le contenu des codes de conduites par référence directe aux textes internationaux formant l'ordre public social transnational en la matière. C'est parce qu'à comparer avec *la hard law*, « les dangers de l'autorégulation ont en effet souvent été mis en avant, en particulier celui de présenter comme « volontaire » ce qui est en réalité impératif, notamment en matière de droits fondamentaux »<sup>1449</sup>.

#### B- L'adaptation des principes d'ordre public social transnational à la RSE

**Les voies de l'adaptation.** La reprise des principes d'ordre public social transnational, dans des instruments privés RSE, passe par un processus d'adaptation. Les normes ainsi transposées, soit directement des textes de droit international public soit indirectement des normes référentielles RSE, font l'objet d'ajustement au moment de leur élaboration. Ceci se traduit par des engagements plus concrets et de contenus plus précis procurant plus de sécurité juridique à leurs destinataires. En les aménageant dans des normes souples, tels les codes de conduites, les normes RSE produites par les entreprises permettent de donner âme à des valeurs d'ordre théorique et de dépasser le flou qui caractérise habituellement le contenu de toute catégorie d'ordre public. Lorsqu'il s'agit de normes négociées telles que les accords cadre internationaux, le processus d'adaptation s'accompagne également par une mise à jour des principes transposés.

Par leur technicité, les normes privées RSE adoptées unilatéralement par l'entreprise ou négociées avec les représentants syndicaux, empruntent largement au droit, à l'ordre public social transnational et le reformulent. Elles le font évoluer pour le rendre plus approprié au contexte de l'entreprise à sa stratégie socio-économique et à ses rapports avec ses partenaires sociaux. Ainsi, la mise en œuvre des engagements RSE, donne naissance à des normes d'adaptation permettant de dépasser le statisme des normes juridiques qui leur

---

<sup>1449</sup> *Ibid.*

servent de référence. Dans ce processus d'adaptation deux voies essentielles sont empruntées : L'ordre public social transnational fait l'objet d'un ordonnancement assoupli par les codes de conduite internationaux et d'un ordonnancement négocié dans le cadre d'accords cadre internationaux ou accords d'entreprise transnationaux.

- 1) L'ordonnancement assoupli de l'ordre public social transnational :  
l'exemple des codes de conduite internationaux

***Les codes de conduite, une réaction à la rigidité du droit dur.*** Les codes de conduite ainsi que les différents documents de même nature, constituent des normes éthiques et sont définis comme étant des engagements moraux souscrits volontairement par leurs éditeurs. Ils ne sont pas le produit exclusif des entreprises commerciales. Ils peuvent émaner de plusieurs autres entités publiques ou privées (notamment des associations ou organisations internationales)<sup>1450</sup>. Leur développement est l'expression de la place qu'est en train d'occuper la gouvernance comme mode souple de régulation aussi bien dans le secteur public que privé. C'est parce qu'une réglementation rigide subie des résistances et les entreprises ont tendance à la détourner notamment par le jeu de la mobilité internationale de leurs travailleurs et par une véritable « ingénierie » commerciale limitant leurs engagements à l'égard de leurs salariés.

***Contribution des codes de conduite à l'universalisation des principes d'ordre public social transnational.*** Dans la sphère privée, les codes de conduites se sont largement liés au concept de RSE. Cependant, en fonction de leurs contenus, ils traduisent des conceptions diversifiées de la responsabilité de l'entreprise à l'égard de ses travailleurs et de son environnement. Afin d'orienter les démarches poursuivies par les entreprises, des organisations internationales ont adopté des codes de conduite multiformes, chacune en fonction de son champ d'intervention. On peut citer à ce titre, les normes et principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché établies par l'OCDE. L'OIT, l'ONU et la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) ont participé de leur part à la prolifération de ces codes.

---

<sup>1450</sup> A titre d'exemple on peut citer le décret n° 2014-4030 du 3 octobre 2014, portant approbation du code de conduite et de déontologie de l'agent public, *JORT*, 2014-11-07, n° 90, pp. 2961-2965.

Les dispositions relatives à la protection des droits des salariés ne font pas la totalité du contenu des codes de conduite existants. Mais, elles en constituent généralement, la grande partie. On y retrouve moins systématiquement, la référence à la protection des consommateurs et la lutte contre la corruption.

L'utilisation des codes de conduite dans le cadre des entreprises transnationales est révélatrice de l'émergence d'une forme de régulation volontaire à vocation internationale voire mondiale. L'élargissement du champ d'intervention de ces documents exprime également, la démarche pluridisciplinaire dans laquelle s'engagent les multinationales. Les questions relatives au contrat de travail ne sont pas traitées de façon isolée et indépendante par rapport aux données économiques, financières, et managériale. Cette inter-connexité n'a pas pu à l'heure actuelle être convenablement appréhendée par le droit dur. La régulation volontaire par les entreprises transnationales a pu franchir le pas vers des « normes mondiales » à destinataires multiples. Citons à ce titre la Charte éthique établie par le groupe Michelin et qui vise toutes les parties prenantes de l'entreprise (salariés, partenaires industriels et commerciaux, collaborateurs, organismes publics gouvernementaux ainsi que les médias)<sup>1451</sup>. La fonction de la Charte varie selon le destinataire. Pour les salariés, elle constitue un document d'information sur leurs droits et obligations et les éventuelles sanctions correspondantes. Pour les fournisseurs et sous-traitants, elle peut jouer le rôle d'un cahier de charge.

En se référant aux Conventions de l'OIT sur les droits sociaux fondamentaux, les codes de conduites internationaux contribuent à l'instauration d'une culture du respect des droits des travailleurs dans le périmètre du groupe. C'est ce qui ne peut que contribuer à une exécution saine du contrat de travail et à la pacification de son environnement. Le rôle du juge est incontestable dans l'interprétation du code de conduite en question en vue d'imposer à l'entreprise le respect de ses engagements même ceux de nature « éthique » et issus d'une *soft law*. Se faisant, les normes de l'OIT qui n'ont pas été transposées dans la réglementation nationale peuvent jouer pleinement une fonction régulatrice. La non-discrimination entre salariés, l'égalité de rémunération, le respect du salaire minimum, la santé et la sécurité au travail ainsi que la limitation du temps de travail sont autant de valeurs

---

<sup>1451</sup> La charte fondatrice de la démarche Performance et Responsabilité Michelin éditée en 2002.

universelles qui peuvent être aisément véhiculées par les codes de conduite et la RSE en général.

2) L'ordonnement négocié de l'ordre public social transnational : les accords d'entreprise transnationaux

***Les principes d'ordre public social transnational véhiculés par les accords-cadres internationaux.*** Les accords d'entreprise transnationaux, appelés encore accords-cadres internationaux (ACI) sont apparus à la fin des années 1980. Le premier accord, a été conclu en 1988 entre le groupe alimentaire français BSN-Danone et l'Union internationale des travailleurs de l'alimentaire (UITA). Il portait entre autres sur l'égalité hommes-femmes et les droits syndicaux. Depuis cette date, les accords-cadres internationaux se sont multipliés. Ils concernent principalement des droits collectifs (la syndicalisation et la négociation collective, l'information et la consultation en matière de gestion de l'entreprise) et des droits individuels (la santé et la sécurité au travail, le respect du salaire minimum légal ou réglementaire, l'interdiction du travail des enfants et du travail forcé). Ces accords sont généralement conclus suite à une négociation entre une entreprise transnationale et une ou plusieurs organisations internationales de travailleurs et/ou un comité d'entreprise international.

Conclus au niveau d'entreprises transnationales, ces accords ont une vocation mondiale. « *Les ACI ne sont pas des conventions collectives traditionnelles, mais plutôt des accords-cadres sur les principes et droits fondamentaux du travail que des accords nationaux ou locaux peuvent reprendre ou bonifier, créant ainsi un nouvel espace au plan international où ces droits peuvent se développer grâce à l'action syndicale* »<sup>1452</sup>.

L'apport de ces accords, en tant que normes de droit souple n'est pas négligeable. Ils constituent en quelque sorte, le « référentiel » social commun, un élément de rattachement à une entité globale ».<sup>1453</sup> Ils contribuent à imposer le respect des droits fondamentaux des travailleurs quel que soit le lieu d'implantation de l'entreprise, ce qui diminue les risques liés

---

<sup>1452</sup> R. BOURQUE, Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation, DP/161/2005 Programme éducation et dialogue, Publications de l'Institut International d'Etudes Sociales, Genève, 2005, p. 23.

<sup>1453</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 284.

à la mobilité internationale du salarié. « *Les ACI engagent par ailleurs les multinationales à respecter certains droits humains et sociaux fondamentaux dans toutes leurs opérations à l'échelle mondiale, même dans les pays qui n'ont pas ratifié les conventions de l'OIT mentionnées dans l'accord* »<sup>1454</sup>. Contrairement aux normes *hard law* notamment de source nationale, les accords-cadres internationaux n'obéissent pas au principe de territorialité. C'est ce qui leur permet d'appréhender l'entreprise dans sa dimension transnationale et de reconnaître les mêmes droits non seulement aux travailleurs de la société mère mais aussi à ceux de ses filiales voire même de ses cocontractants. L'accord du 15 mars 2016 signé par l'entreprise Danone<sup>1455</sup> est à ce titre illustratif. Il offre ainsi une protection aux travailleurs qui se situent dans des « *relations de travail externalisées* », autrement dit les salariés de prestataires et ceux de sous-traitants indépendants<sup>1456</sup>. Nombreux sont les accords qui imposent à la multinationale signataire de s'assurer que les principes énoncés dans l'accord sont respectés par sa chaîne d'approvisionnement, ses fournisseurs et sous-traitants<sup>1457</sup>. D'autres, comme l'accord sur la responsabilité sociale du groupe EDF n'engage les sociétés contrôlées par le groupe que si elles signent un accord d'adhésion<sup>1458</sup>.

***Conditions d'efficacité des accords-cadres internationaux.*** Les accords-cadres internationaux varient en importance en fonction de la taille des entreprises multinationales parties à l'accord et du nombre des organisations syndicales signataires. Leur efficacité dans la régulation des contrats de travail, est tributaire de leur contenu normatif et du mode de leur suivi et contrôle.

De part, leurs dispositions, certains accords, généralement pas longs, sont déclaratoires. Ils se limitent à annoncer l'engagement de l'entreprise à respecter les droits

---

<sup>1454</sup> R. BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », précité, p. 9.

<sup>1455</sup> Cet accord sur « l'emploi durable et l'accès aux droits » a été signé le 15 mars 2016 entre Danone et l'UITA (Union internationale des travailleurs de l'alimentation).

<sup>1456</sup> Afin de promouvoir une qualité de vie au travail, l'accord garantit une « égalité de salaires pour un travail de valeur égale » ainsi que des conditions de travail non discriminatoires « à tous les salariés, qu'ils soient directement employés par Danone, par des agences d'intérim ou par des agences ou fournisseurs de services externalisés ».

<sup>1457</sup> Citons à titre d'exemple, les accords Hochtief, Carrefour, Chiquita, Merloni, Daimler Chrysler, ENI, ISS, Leoni, GEA, SKF, et Rheinmetall. Certains de ces accords sont négociés par la FIOM (Fédération internationale des organisations de travailleurs de la métallurgie) qui œuvre à insérer dans l'accord, la disposition suivante : « Le respect par les sous-traitants et fournisseurs de ces principes constitue une base avantageuse pour les futures relations d'affaires avec la compagnie ». Selon M. BOURQUE, « une telle disposition ne crée pas d'obligation légale mais elle confère aux organisations syndicales un levier pour faire pression sur les sous-traitants et fournisseurs qui sont rarement touchés par les actions syndicales visant l'entreprise donneuse d'ordres », R. BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », précité, p. 13.

<sup>1458</sup> Accord cadre mondial sur la responsabilité sociale du groupe EDF.

<https://www.edf.fr/sites/default/files/contrib/groupe-edf/engagements/rse/2018/20180618-accord-rse-fr.pdf>



fondamentaux reconnus par l'OIT. D'autres, « plus substantifs », « *se rapprochent d'une convention collective traditionnelle en raison de la portée des droits énoncés et des obligations formelles qu'ils imposent à l'employeur, notamment en ce qui concerne les sous-traitants, la durée et le renouvellement de l'accord, et les procédures de suivi et de règlement des différends prévues dans l'accord* »<sup>1459</sup>. Dans certains accords-cadres d'entreprises ont peut même trouver la reconnaissance au profit des salariés de certains droits non encore reconnus par des législations de travail nationales. Il en est ainsi, notamment du droit à la déconnexion nécessité par le développement du télétravail. A cet égard, est illustratif, « l'accord collectif portant sur l'égalité professionnelle et la qualité de la vie au travail au Club Med Années 2020 à 2024 » conclu entre l'entreprise CLUB MED et le syndicat CFTC (Confédération française des travailleurs chrétiens), le CFDT (la Confédération française démocratique du travail) et l'UNSA (Union nationale des syndicats autonomes).

A l'examen du contenu normatif de la plupart des accords-cadres internationaux, on remarque une interférence entre ces instruments et d'autres normes émanant d'organisations internationales. Plusieurs accords-cadres renvoient à des textes internationaux tels que, les déclarations de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail et de l'ONU sur les droits humains, le Pacte mondial (Global Compact) et les Conventions de l'OIT portant sur les conditions de travail. Il en est ainsi des Conventions de l'OIT n° 1 et 47 sur la durée du travail, et la Convention n° 155 sur la santé et la sécurité au travail.

On remarque également, un foisonnement d'instruments RSE d'autorégulation. Certains accords-cadres se réfèrent directement au code de conduite de l'entreprise multinationale signataire. C'est ce qui suscite des interrogations quant à l'intérêt de cette interférence.

A comparer avec les codes de conduites et chartes éthiques, les accords-cadres internationaux paraissent plus efficaces en termes de régulation. En fait, « *malgré les similitudes apparentes des droits et principes énoncés dans les codes de conduite et dans les ACI (accords-cadres internationaux), la différence fondamentale entre ces deux formes de régulation volontaire des normes du travail tient au fait que les organisations syndicales signataires sont impliquées dans l'implantation et le suivi des ACI et peuvent soumettre à l'attention de la haute direction de l'entreprise multinationale tout*

---

<sup>1459</sup> R. BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », précité, p. 11 et 12.

*manquement à l'entente négociée* »<sup>1460</sup>. Cela ne signifie pourtant pas que les accords-cadres internationaux imposent des obligations légales à la charge des entreprises.

Ces textes posent des interrogations quant à leur la nature et leur régime juridique. Néanmoins, leur effet n'est pas négligeable parce que la violation des droits fondamentaux qu'ils affirment peut déclencher des contestations notamment syndicales affectant l'image corporative de l'entreprise.

Du point de vue de leur mode d'évaluation et de suivi, les accords-cadres internationaux n'obéissent pas aux mêmes règles. C'est ce qui rend leur effectivité variable. Comme le relève Mme Isabelle Daugareilh, « *pour certaines organisations syndicales comme UNI, la mise en œuvre ne représente pas un élément de la négociation si bien que les textes des accords signés par ce syndicat, à quelques exceptions comme celui de France Télécom, ne comprennent aucune stipulation sur le suivi et le contrôle. Ce sont d'ailleurs des accords très rapidement négociés, d'une certaine façon « arrachés » à la direction d'une entreprise du fait de la création d'un rapport de forces syndical interne grâce à la création d'un réseau mondial syndical au sein de l'entreprise* »<sup>1461</sup>.

Certains autres accords-cadres font l'objet d'un suivi managérial qui peut prendre la forme de « challenges » trimestriels préparant les commissions de suivi avec les représentants syndicaux<sup>1462</sup>. Toutefois, « *l'effectivité de l'accord est attendue davantage de son intégration dans un ensemble d'outils de gestion relevant du SMSST (système de management de la santé et de la sécurité au travail) au niveau du groupe, que de la capacité des représentants du personnel à interpellier localement les directions des filiales vis-à-vis des engagements de l'accord mondial* »<sup>1463</sup>.

Une étude qui a porté sur « *des trajectoires de négociation des ACI révèle donc le rôle, dissimulé à première vue, des institutions étatiques de régulation du travail dans l'émergence de ces régimes informels de régulation. Elle démontre l'importance de l'existence d'un encadrement juridique, à tout le moins procédural,*

---

<sup>1460</sup> R. BOURQUE, Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation, précité, 2005, p. 9.

<sup>1461</sup> I. DAUGAREILH, « Enjeux et limites du contrôle des ACI : l'exemple des entreprises françaises », in I. DAUGAREILH (dir), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* Bruylant, 2017, Coll. Paradigme, p. 55-77, spéc. pp. 66-67.

<sup>1462</sup> Il en est ainsi, par exemple, de l'accord mondial santé sécurité adopté par le groupe Engie en 2014

<sup>1463</sup> R. BOURGUIGNON et A. MIAS, « Les accords-cadres internationaux : étude comparative des ACI conclus par les entreprises françaises », Rapport à destination du bureau de l'OIT pour la France Décembre 2017, p. 15. Le rapport est accessible sur le site [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms\\_614930.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_614930.pdf)

*pour appuyer le développement d'une pratique de négociation collective transnationale à plus grande échelle.* »<sup>1464</sup>.

Les accords-cadres internationaux révèlent le rôle dissimulé exercé par les organismes étatiques dans la régulation des rapports de travail. Cette intervention des acteurs publics fait par exemple que, « *les accords-cadres contenant un plan de vigilance ne constituent plus uniquement une forme de régulation interne à l'entreprise. Ils apparaissent dorénavant comme une modalité de mise en œuvre de la loi et font partie des ingrédients de cette co-régulation* »<sup>1465</sup>.

## **§ 2 Le renouvellement de la puissance normative par les normes RSE**

***Du débat sur la juridicité à l'affirmation de la normativité.*** Les normes relatives à la RSE ne sont pas le produit exclusif des entreprises. Il était démontré que les Etats y participent par l'édition de normes souples servant de cadre référentiel aux différents instruments et outils adoptés par les entreprises pour mettre en œuvre leur responsabilité sociétale. L'élaboration de normes publiques *soft law* est l'expression du passage d'un système de réglementation rigide et stricte vers un système de régulation, par nature souple en vue de « mieux légiférer »<sup>1466</sup>. Ce qui est délicat, c'est que ces normes publiques ont favorisé le développement de normes non étatiques dans un domaine traditionnellement réservé au droit dur, celui de l'ordre public. Le débat classique relatif à la juridicité des normes *soft law* se trouve de la sorte, renouvelé associé à de nouvelles interrogations quant aux éventuels effets juridiques de ces normes et leur apport dans la consolidation des droits fondamentaux des travailleurs. Le débat est tellement intense et promoteur que ces nouveaux instruments normatifs participent aujourd'hui à une remise en cause des fondements classiques de la théorie générale du droit. Au regard de l'ordre public social transnational, et en dépit de la juridicité discutée des normes RSE (A), l'apport de ces normes est incontestable dans une perspective de complémentarité avec le droit dur (B). C'est ce que nous proposons de démontrer.

---

<sup>1464</sup> R-C. DROUIN, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Les Cahiers de droit*, Volume 47, numéro 4, 2006, 703-753, Faculté de droit de l'Université, p. 732. Laval. <https://doi.org/10.7202/043909ar> P. 732.

<sup>1465</sup> J. DIRRINGER, « Les droits de participation des travailleurs dans les entreprises transnationales, un droit européen inachevé », *IREJ*, 2018/3-1/2019, n° 96-97, pp. 103-122, spéc. p. 117.

<sup>1466</sup> Expression utilisée par le Comité Economique et Social, L'amélioration du cadre réglementaire de l'Union européenne en amont et en aval : une véritable priorité politique, Rapport, CESE/2005/16/FR, 2005.

## A) La juridicité des normes RSE discutée

**Les champs de l'analyse.** Présentée généralement comme l'expression d'un droit souple, mou, doux et flou, la juridicité de la RSE fait l'objet d'un vif débat. Or, bien qu'elles soient l'expression d'un engagement volontaire, les normes qu'elle produit, peuvent avoir des effets normatifs extrêmement variés. Leur violation peut même donner lieu à des sanctions par le droit étatique. Il nous semble alors, primordial, afin d'évaluer l'apport de la RSE d'identifier la force normative des outils qu'elle mobilise. A cet effet, la confrontation des normes RSE à la théorie des sources de droit, ne permet pas de donner une réponse d'ensemble valable pour les différents types de normes édictées dans ce cadre. L'analyse de ces normes diffère en fonction de leurs sources. C'est pour cette raison que les normes publiques ou interétatiques de *soft law* servant de cadre référentiel à la RSE seront exclues de notre champ d'étude parce qu'elles s'inscrivent dans une optique de transformation du droit public. Nous nous limiterons à l'examen de la juridicité des normes RSE élaborées par les entreprises en raison des effets qu'elles peuvent produire sur la réglementation des contrats de travail internationaux. Deux étapes s'imposent afin de mesurer la juridicité des normes RSE. Par définition, « *la juridicité est la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est droit* »<sup>1467</sup>. Il faut procéder en premier lieu à la qualification des normes RSE ce qui suppose entre autres leur confrontation à la théorie générale des obligations (1) avant d'identifier leur éventuelle contribution à l'alimentation de la théorie des sources de droit, bien que professionnelle soit elle (2).

### 1) Les normes RSE interrogées par la théorie générale des obligations

**Multiplicité des sources des obligations et diversité des instruments RSE.** Aux termes de l'article premier du Code des obligations et des contrats tunisien, « les obligations dérivent des contrats et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et quasi-délits »<sup>1468</sup>. Parallèlement, l'article 1100 du Code civil français prévoit que « les

---

<sup>1467</sup> B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Archives de philosophie du droit*, 2013, p. 365 s., manuscrit de l'auteur, disponible en ligne sur : <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367538/document>, p. 4.

<sup>1468</sup> Article premier du Code des obligations et des contrats tunisien promulgué par le décret beylical du 15 décembre 1906 et publié au *Journal Officiel de la Tunisie*, numéro 100 supplémentaire du 15 décembre 1906.

obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». Se pose alors la question de savoir si les normes RSE établies par les entreprises sont génératrices d'obligations juridiques et si elles constituent de véritables actes juridiques, des contrats ou encore des déclarations de volonté au sens de l'article premier du Code des obligations et des contrats, tunisien. Les éléments de réponse varient selon qu'il s'agit des codes de conduite ou des accords cadre d'entreprises. Nous proposons d'analyser la valeur juridique de chacun deux, étant donné qu'ils constituent les principaux instruments de la RSE.

a) *Valeur juridique des codes de conduite*

***Le contenu substantiel, critère de juridicité.*** Les codes de conduite sont généralement présentés comme de simples déclarations de volonté, des expressions morales dépourvues de tout sens juridique. Ils « *sont souvent raillés du point de vue de leur utilité, comme de simples habillages éthiques sans conséquences réelles* »<sup>1469</sup>. Pourtant l'examen empirique de différentes chartes et code de conduite permet de constater une grande variation dans les formulations utilisées et en conséquence des engagements pris par les entreprises. Une distinction s'impose donc selon que le document adopté est descriptif ou prescriptif.

Certains codes sont formulés en termes généraux. On y trouve des expressions tels que : l'entreprise est soucieuse de respecter le droit des salariés à la santé ; l'entreprise s'attache aux valeurs d'égalité, de non-discrimination, de la dignité des salariés... Les codes relevant de cette première catégorie, sont presque vides de contenu et ont tendance à relever plus du marketing éthique. De plus, « *l'expression de vœux et d'intentions pourrait sembler apte à neutraliser toute tentative de durcissement d'un droit souple au point de ne plus pouvoir prétendre être du droit, serait-il « souplissime »* »<sup>1470</sup>.

Cependant, classer tous les codes dans cette case, serait ignorer la valeur exacte de plusieurs d'entre eux. C'est parce que « *les apparences sont trompeuses et le contenu des codes de*

---

<sup>1469</sup> P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1564, spéc. p. 1565.

<sup>1470</sup> *Ibid.*

*conduite révèle une mosaïque plus complexe, qui assemble éthique et juridique, déclaratoire et normatif*»<sup>1471</sup>.

Plusieurs sont les textes qui comportent des prescriptions, des engagements détaillés. Ces derniers produisent des effets juridiques à condition d'être classés dans une catégorie juridique et d'être soumis à son régime.

**Les qualifications possibles.** Plusieurs qualifications se proposent en fonction du contenu substantiel du code de conduite ou de la charte éthique : contrat, quasi contrat, acte unilatéral, partie du règlement intérieur de l'entreprise<sup>1472</sup>. . . « *La RSE peut ainsi, à tout moment, être extirpée du monde de la soft law par le simple fait qu'un engagement volontaire peut, comme tout acte ou comportement, entrer dans le champ d'une catégorie légale et être dès lors soumis à son régime* »<sup>1473</sup>. Mais, il revient alors au juge de qualifier l'outil RSE utilisé et de le soumettre au régime juridique correspondant.

C'est ce qui a donné lieu en droit français à une jurisprudence intéressante relativement à l'adjonction du code de conduite au règlement intérieur. La principale question posée, en conséquence était celle de la soumission du code de conduite, à la même procédure de rédaction des règlements intérieurs dont notamment l'avis préalable des représentants des travailleurs et de l'inspecteur du travail<sup>1474</sup>. En droit français, il a été relevé que « *cette analyse crée un sentiment de malaise au regard de l'article L. 1321-1<sup>1475</sup> du Code du travail selon lequel le règlement intérieur fixe exclusivement des règles dont le degré de juridicité est élevé* »<sup>1476</sup>. Elle

---

<sup>1471</sup> P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, (Circ. DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur) », *RTD civ*, 2009, p. 77, spéc. p. 77.

<sup>1472</sup> Notant à cet effet que la référence même à un règlement intérieur dans un contrat de travail international pose la question de la détermination de sa valeur juridique. Celle-ci devrait en principe être soumise à la loi régissant le contrat. C'est ce que la Cour de cassation française a raté l'occasion de le clarifier dans son arrêt récent du 13 janvier 2021, 13 janvier 2021, *Ligue des États arabes c/ M. Y... M...*, arrêt n° 75 FS-P, pourvoi n° 19-17.157, précité. Voir sur cette question, F. Jault-Seseke, « Loi applicable au personnel d'une organisation internationale », *Dr. soc.*, 2021, p. 470.

<sup>1473</sup> P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », article précité, 2013, p. 1564.

<sup>1474</sup> Cour d'appel de Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 17 avril 2008, n° 07/08624, SA Dassault Systèmes c/Féd. des travailleurs de la métallurgie CGT; R. DE QUENAUDON et M-J. GOMEZ MUSTEL, « Un « code de conduite des affaires » en quête de statut juridique, Versailles du 17 avril 2008, n° 07/08624, SA Dassault Systèmes », *RDT*, 2009, p. 311.

<sup>1475</sup> L'Article L1321-1 du Code du travail français, « Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :

1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;

2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;

3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

<sup>1476</sup> R. DE QUENAUDON et M-J. GOMEZ MUSTEL, article précité, p. 311.

conduit, par ailleurs, à défigurer l'acte juridique que constitue le code de conduite<sup>1477</sup>. L'inspecteur de travail, peut être amené par exemple, à exiger l'élimination du code de conduite, toute disposition qui ne relève pas du champ du règlement intérieur. De même, rien n'empêchera « *le juge, saisi en matière disciplinaire, de laver le salarié de la faute que lui reproche l'employeur en raison de la violation d'une obligation qui, en réalité, est indûment imposée par le règlement intérieur* »<sup>1478</sup>. La question d'une éventuelle adjonction du code de conduite au règlement intérieur se pose avec plus d'acuité lorsque le code instaure un devoir d'alerte à la charge des salariés.

***Les interrogations autour des obligations spéciales dans les chartes éthiques.***

Il s'agit essentiellement du devoir d'alerte et du devoir de vigilance. Il ne semble pas contestable, que la mise en place d'un devoir d'alerte à la charge du travailleur dans une charte éthique ou code de conduite prend la forme d'un acte unilatéral. Elle se situe « *aux confins du pouvoir de gestion et du pouvoir disciplinaire* »<sup>1479</sup>.

Quant au devoir de vigilance, et en fonction du contenu qui lui est donné dans le code de conduite ou charte éthique, il peut faire l'objet de l'une de deux qualifications. A priori, il peut être qualifié d'acte de gestion. Mais, s'il touche à des questions couvertes par le règlement intérieur, il s'insère dans l'exercice du pouvoir réglementaire par l'employeur. Mais, cela suppose que la procédure applicable au règlement intérieur soit respectée.

Le même raisonnement est d'ailleurs valable pour toutes les obligations découlant des codes de conduites. En droit français, la Cour de cassation a permis à l'employeur de prendre des engagements unilatéraux dont il résulte pour les salariés une sujétion nouvelle. La mesure adoptée constitue un changement des conditions de travail tant qu'elle ne porte pas modification du socle contractuel. Elle relève du pouvoir de direction de l'employeur en vertu du contrat de travail et de l'article 1134 du code civil français<sup>1480</sup>. C'est ce qui a été confirmé par la circulaire du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur<sup>1481</sup>.

---

<sup>1477</sup> *Ibid.*

<sup>1478</sup> *Ibid.*

<sup>1479</sup> A. COEURET et N. DE SEVIN, « Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français : chronique d'une greffe », *RJS*, 2006, n° 2, p. 75.

<sup>1480</sup> Voir à titre d'exemple, Cass. Soc. 10 mai 1999, n°96-45.673. *Bull. civ.* V, n° 199 ; *D.* 1999. 149 ; *Dr. soc.* 1999. 566, étude P. Waquet ; *ibid.* 736, obs. B. Gauriau ; *RJS* 6/1999, n° 791 ; *JCP E* 2000. 88, obs. C. Puigelier.

<sup>1481</sup> Circulaire du 19 nov. 2008, *Direction Générale du Travail*, 2008/22, p. 8.

Cependant, selon M. Antonmатеi, « *l'introduction de ce dispositif dans le règlement intérieur ne paraissant pas fondée, c'est un régime spécifique qu'il convient d'élaborer. Si l'on admet que l'alerte professionnelle peut être considérée comme un dispositif permettant un contrôle de l'activité des salariés, elle relèverait des dispositions de l'article L. 432-2-1 in fine du Code du travail (français) qui impose l'information et la consultation préalable du comité d'entreprise* »<sup>1482</sup>. L'idée est fondée étant donné l'effet que peut avoir l'instauration d'un dispositif d'alerte sur la situation du travailleur. Comme l'a relevé le tribunal de grande instance de Nanterre « (l') *application de ces mesures est de nature à engendrer des phénomènes de stress et d'harcèlement pour les salariés concernés par les dénonciations anonymes* »<sup>1483</sup>. C'est en raison de ses effets que la mise en place du dispositif d'alerte doit, selon M. Antonmатеi et M. Vivien, passer par la négociation. Ainsi, « *il est utile d'affirmer expressément que la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle peut être assurée par convention ou accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement* »<sup>1484</sup>.

L'adoption en France, de la loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2<sup>1485</sup>, n'a pas apporté des clarifications suffisantes quant à la qualification du dispositif d'alerte. L'article 17 de la loi impose aux grandes entreprises d'intégrer dans le règlement intérieur un code de bonne conduite. Par contre, aucune référence n'est faite au dit règlement intérieur pour la mise en place d'un dispositif d'alerte interne « *pourtant destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société* »<sup>1486</sup>. La loi confirme ainsi, la position du Conseil d'État français reconnaissant un pouvoir normatif à l'employeur en dehors du règlement intérieur<sup>1487</sup>.

---

<sup>1482</sup> P-H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, janvier 2007, collection des rapports officiels, rapport au gouvernement, [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr), pp. 35 et s.

<sup>1483</sup> TGI Nanterre, réf., 27 décembre 2006, no 20006/02550, à propos de modifications apportées au code de conduite des affaires de la société Dupont de Nemours.

<sup>1484</sup> P-H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », rapport précité, p. 36.

<sup>1485</sup> Loi n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Voir sur cette question, V. NIEL S. et LE DAMANY S, « Un code anticorruption pour juin 2017 ! », *SSL*, 2017, n° 1758, p. 5.

<sup>1486</sup> P-H. ANTONMATTEI « Retour sur la réglementation de droit privé : du règlement intérieur au règlement d'entreprise Paul-Henri », in *Le juriste dans la cité, Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, pp. 11- 16, spéc. p. 12.

<sup>1487</sup> CE, 11 juin 1999, n° 195706. V. M. VERICEL, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », *Dr. soc.*, n° 12, décembre 2000, pp. 1059-1063.



b) Valeur juridique des accords-cadres internationaux

***Des accords-cadres internationaux aux accords mondiaux d'entreprise.*** Les accords-cadres internationaux sont présentés comme étant des accords conclus par un ou plusieurs employeurs, représentant l'entreprise transnationale avec des représentants des travailleurs appartenant aux différentes entités de cette entreprise et ayant un champ d'application qui dépasse les frontières du territoire national<sup>1488</sup>. Depuis leur apparition en 1988 (accord Danone), ils ont connu plusieurs évolutions dont la plus récente et la plus significative est la conclusion d'accords mondiaux d'entreprise<sup>1489</sup>. Ces accords sont conclus sans référence à un système juridique bien déterminé. « *Mais les accords-cadres internationaux, tout comme les AME (accords mondiaux d'entreprise) peuvent revêtir les habits d'une qualification juridique dans un ordre juridique donné au même titre que les codes de conduite. Certains ACI ont pris la forme des accords collectifs d'un pays pour profiter de l'effet erga omnes de cet accord dans l'ordre juridique* »<sup>1490</sup>.

***Les accords-cadres internationaux, des contrats pas comme les autres.*** Il ne fait pas de doute que les accords-cadres internationaux revêtent une nature contractuelle. Leur conclusion est le fruit de la rencontre de deux volontés, celle de la société multinationale et celle d'une fédération syndicale internationale agissant au nom de tous les syndicats qu'elle représente. Seulement ce contrat est atypique dans la mesure où il produit des engagements volontaires de portée générale, dépassant le simple rapport individuel des parties signataires. « *Les ACI (accords-cadres internationaux)/ AME (accords mondiaux d'entreprise) prévoient par ailleurs leur champ d'application personnel, géographique et matériel, comme le font toutes les normes juridiques* ».

D'une manière générale, la qualification des accords-cadres internationaux ne semble pas poser de sérieuses difficultés. On peut admettre, « *l'intégration de ces accords, rare mais toujours possible, dans des droits nationaux, lorsqu'ils remplissent les conditions nationales propres aux*

---

<sup>1488</sup> Cette définition est retenue par la Commission européenne en 2008 (SEC (2008) 2155, 21 juillet 2008), aux termes de laquelle les accords-cadres internationaux sont des « Accords impliquant des engagements réciproques dont la portée s'étend sur plusieurs Etats conclus par un ou plusieurs représentant d'une société ou d'un groupe de société d'une part et par une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part. Ces accords traitent des conditions de travail et d'emploi et/ou de relations entre les employeurs et les travailleurs ou leur représentants ».

<sup>1489</sup> Sur cette évolution voir, M-A. MOREAU, « La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions », *Recherche diligentée pour le Bureau International du Travail – France*, Sous la direction de M. Cyril Cosme, Novembre 2017, pp. 1-93.

<sup>1490</sup> *Ibid.*, p. 42.

*accords collectifs du pays concerné* »<sup>1491</sup>. La question de la qualification paraît plus complexe, s'agissant des accords mondiaux d'entreprise.

***La difficile qualification des accords mondiaux d'entreprise.*** La nature juridique des accords mondiaux d'entreprise paraît trop atypique et s'éloigne de celle des conventions et accords collectifs. Selon Mme Moreau, « *Les accords mondiaux ne sont ni seulement de la catégorie RSE ni de celle de la négociation collective transnationale mais constituent la pierre angulaire d'un dialogue social transnational atypique, instituant des procédures originales de nature quasi institutionnelle. Ils constituent de ce fait aussi une norme de régulation des relations professionnelles mondialisées* »<sup>1492</sup>. Ils sont de nature juridique particulière dans le sens qu'ils sont d'application volontaire et ne sont pas classables dans les catégories classiques de normes professionnelles. Ils constituent, pour ces raisons, des objets juridiques non identifiés selon la formule de Benoit Frydman<sup>1493</sup>.

***L'admissibilité des accords cadre transnationaux en droit tunisien.*** Il semble difficile en droit tunisien, de qualifier les accords-cadres transnationaux de conventions collectives en raison de la procédure de leur adoption qui exige une approbation de la part du Ministère des affaires sociales et une publication au Journal officiel de la République tunisienne. Néanmoins, l'applicabilité de ces accords est possible en tant que normes coutumières internationales. La jurisprudence tunisienne s'est montrée favorable à l'application de telles normes. C'est ce qu'a affirmé la Cour d'appel de Tunis dans son arrêt du 9 février 2001<sup>1494</sup>. Dans cet arrêt la Cour a affirmé que « l'article 543 du Code des Obligations et des Contrats n'interdit pas d'admettre les coutumes commerciales internationales sauf si elles contredisent un texte interne express d'ordre public et qu'il n'est pas autorisé de l'écarter dans les rapports internationaux ». Par raisonnement analogique, les accords-cadres internationaux seront applicables en Tunisie en tant que coutume internationale tant qu'ils ne contredisent pas les lois de police tunisiennes. Cette applicabilité est d'autant plus justifiée si l'objet de ces accords se rapporte à la protection de droits sociaux fondamentaux. Ils s'inscrivent ainsi dans une logique de justice sociale affirmée

---

<sup>1491</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1492</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>1493</sup> B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *Working Paper, Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01.

<sup>1494</sup> Arrêt de la Cour d'Appel de Tunis n° 48119 du 9 février 2001, inédit.

dans la Constitution tunisienne<sup>1495</sup> et dans les Conventions internationales ratifiées par la Tunisie.

2) Les normes RSE interrogées par la théorie générale des sources du droit

***Le rapport RSE et droit, expression d'un nouveau paradigme.*** Les normes RSE entretiennent avec le droit des rapports complexes. Il résulte de leur interaction les signes d'un nouveau paradigme où le droit souple peut concurrencer, mais surtout compléter le droit dur. En fait, la confrontation des normes RSE à la théorie générale des sources du droit, pose deux questions. On peut se demander, d'abord, s'il est possible de fonder la juridicité des normes RSE sur leurs sources publiques. Ensuite, les normes RSE commencent à jouer un rôle très important dans la régulation des rapports sociaux à l'instar de ce que fait la *lex mercatoria* dans les rapports commerciaux, peut-on alors en déduire l'apparition d'une *lex socialia*, un véritable droit social non étatique ?

a) *La juridicité des normes RSE tirée de leurs sources publiques*

***Le fondement juridique des normes RSE.*** Certains auteurs, dont notamment R. Family, estiment que c'est en raison de leurs sources de nature publique, que les normes RSE peuvent avoir une valeur juridique. Selon l'auteur, les exemples sont multiples à démontrer que « *la RSE ne résulte pas exclusivement de la soft law et qu'elle peut puiser son fondement dans une règle de droit à valeur contraignante, la hard law. Ils témoignent corrélativement de la vocation des valeurs ou principes éthiques à accéder à la juridicité* »<sup>1496</sup>. Les engagements RSE se fondent sur les Déclarations et conventions internationales énonçant les droits fondamentaux. Mais, ils puisent également leurs sources dans des droits nationaux notamment des droits anglo-saxons qui imposent aux entreprises de suivre des démarches préventives et les obligent à assumer la responsabilité des violations des droits dans leur périmètre<sup>1497</sup>. En Europe, la communication du 25 octobre 2011 sur la nouvelle stratégie de la Commission en matière

---

<sup>1495</sup> La nouvelle Constitution tunisienne de 2022 affirme dans son article 17 que « L'État garantit la coexistence entre les secteurs public et privé et œuvre à assurer la complémentarité entre eux sur la base de la justice sociale ». De plus l'article 46 de la même Constitution affirme que « tout citoyen et toute citoyenne ont droit au travail dans des conditions décentes et à une juste rémunération ».

<sup>1496</sup> R. FAMILY, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1558.

<sup>1497</sup> *Sarbane-Oxley Act* (dit loi « SOX ») de 2002.

de RSE (COM (2001) 681), oblige les entreprises à prendre des mesures adéquates et de réaliser des objectifs précis. Mais, la liberté est laissée aux entreprises dans le choix des instruments et outils de mise en œuvre, ce qui ne résout pas la question de leur juridicité.

En droit tunisien, l'article 2 de la loi portant réorganisation du marché financier<sup>1498</sup> toute société ou organisme qui émet des valeurs mobilières ou produits financiers par appel public à l'épargne, doit chaque fois et au préalable, publier un prospectus destiné à l'information du public et portant notamment sur l'organisation de la société ou de l'organisme, sa situation financière et l'évolution de son activité ainsi que les caractéristiques et l'objet du titre ou du produit émis. En droit français, de l'article L. 225-102-1 du code de commerce qui a élargi la catégorie des sociétés tenues par une obligation de *reporting* (notamment des informations sur les engagements et action dans le domaine social et environnemental). On retrouve la même obligation en droit européen dans la directive n° 2014/95/UE, qui exige la révélation d'informations non financières par toutes les sociétés et groupes de sociétés qui relèvent du territoire des États membres<sup>1499</sup>.

Ces fondements en rapport avec la *hard law* ne sont pas nouveaux. En revenant aux premières apparitions de la RSE, on s'aperçoit qu'elles sont dues à des scandales financiers écologiques et sociaux qui ont nécessité une prévention de tous les risques par l'entreprise. Dans nombre de pays, des dispositions impératives ont été, alors, édictées incitant les entreprises à adopter des projets RSE. Ainsi, « *sous l'influence d'une réglementation de plus en plus contraignante de la hard law, l'entreprise est progressivement passée à une politique de gestion globale des risques, tant dans une approche préventive que curative, pour s'assurer de la conformité de ses activités et de ses démarches avec un corpus réglementaire et législatif de plus en plus fourni* »<sup>1500</sup>.

Dans nombre de droits comparés, le processus RSE est exigé par des normes contraignantes, assorties parfois de sanctions. Il en est ainsi, aux Etats Unis Américains du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, révisé en 1998, et du *Sarbane-Oxley Act* (dit loi « SOX ») de 2002.

---

<sup>1498</sup> Loi n° 94-117 du 14 novembre 1994, portant réorganisation du Marché Financier, telle que modifiée par la loi n° 99-92 du 17 août 1999 relative à la relance du Marché Financier, la loi N°2005-96 du 18 octobre 2005 relative au renforcement de la sécurité des relations financières et la loi n°2009-64 du 12 août 2009 portant promulgation du code de prestations des services financiers aux non-résidents, *JORT* n° 90 du 15 novembre 1994, p. 1850.

<sup>1499</sup> Directive n° 2014/95/UE, 22 oct. 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE*, n° L. 333, 15 nov., p. 1.

<sup>1500</sup> R. FAMILY, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *Dalloz*, 2013, pp. 1558-1563, spéc. p. 1558.

Dans tous les cas, même lorsque l'adoption d'instruments RSE apparaît purement volontaire, elle ne l'est pas toujours, en réalité. Une enquête sur la responsabilité sociétale des entreprises et organisations<sup>1501</sup> relève que l'établissement de cadre RSE/RSO par les entreprises implantées en Tunisie correspond dans 16% des cas au déploiement d'une politique adoptée par la société mère et exigée parfois par une loi étrangère. Les normes RSE peuvent donc résulter de l'effet extraterritorial d'une loi étrangère. Nonobstant la question de leur légalité, les normes RSE adoptées sur la base d'une loi étrangère, posent un problème de qualification. Nous estimons qu'il devrait être résolu, comme d'ailleurs pour tout acte ou fait juridique, en fonction des catégories du for. Leur juridicité devait dépendre de leurs contenus et des effets juridiques qu'elles peuvent créer.

b) Les normes RSE expression, d'une *lex socialia* :

***Les principes d'ordre public social transnational, noyau dur de la lex socialia.***

Les normes RSE se développent essentiellement dans un ordre juridique supranational où cohabitent normes privées et normes publiques. L'OIT y participe « *comme l'acteur majeur de la gouvernance globale sur qui repose largement l'émergence d'un droit social de la mondialisation* ». De leur part, les entreprises transnationales participent à la formation de ce droit en s'inspirant du droit de l'OIT. Par les différents instruments RSE qu'elles utilisent, elles cherchent à créer un standard minimal de comportements à suivre par toutes les unités du groupe ou réseau et par tous leurs salariés. Ces normes déterritorialisées s'inspirent de normes universelles a-nationales alimentant l'ordre public social transnational. La production de ces normes s'insère dans un cadre de plus en plus organisé. On peut aisément remarquer que, « *la responsabilité sociale de l'entreprise est depuis plusieurs années engagée dans un vaste processus d'institutionnalisation avec la création de normes, de réglementations, d'outils et instruments de gestion* »<sup>1502</sup>.

---

<sup>1501</sup> Cette enquête sur la RSE/RSO a été préparée à l'occasion d'une rencontre organisée par la Bourse de la Tunisie le 7 novembre 2018. La rencontre s'est adressée aux sociétés cotées, aux intermédiaires en bourse et aux autres acteurs de l'écosystème financier a été organisée en collaboration avec son partenaire - la fondation Konrad-Adenauer-Stiftung - le 7 Novembre 2018 au siège de la Bourse de la Tunisie. Elle porte sur le thème « Le Reporting Extra-Financier sur la RSE : une stratégie volontaire ou une obligation ? », <http://www.stockexchange.tn/fr/content/le-reporting-extra-financier-sur-la-rse-une-strat%C3%A9gie-volontaire-ou-une-obligation>

<sup>1502</sup> C. GENDRON et B. GIRARD, « Présentation Partie II : Normes et outils », in *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, L'École de Montréal, sous la direction de C. GENDRON et B. GIRARD, Paris, Armand Colin coll. « Recherches », 2013, p. 165, spéc. p. 166.

En conséquence, il devient inconcevable d'appréhender les contrats de travail internationaux indépendamment des transformations normatives et organisationnelles au sein de l'entreprise transnationale. Le salarié détaché ou expatrié au sein d'une entreprise transnationale se trouve généralement soumis au règlement intérieur de l'entreprise bénéficiaire de la prestation en dehors de tout lien contractuel. Le contrat, ne permet à lui seul ni de justifier « *l'organisation d'ententes essentiellement normatives* » ni d'expliquer la tendance des entreprises, via les normes RSE, à « *élever la règle intra partes au rang de préceptes partes* »<sup>1503</sup>.

***Le développement de la lex socialia à l'image de la lex mercatoria.*** D'après Santi Romano, le droit au sens objectif peut désigner une institution donc un ordre. Mais, il peut signifier aussi, un système de normes ou de dispositions<sup>1504</sup>. Selon l'auteur, le « droit norme », n'est pas détaché de la société et de l'ordre propre à celle-ci. La reconnaissance du pouvoir normatif des acteurs économiques, a permis de fonder les assises de la *lex mercatoria*. Dans le cadre de la RSE, le pouvoir normatif est renouvelé. Les normes édictées par l'entreprise sont destinées à dépasser ses frontières et à s'appliquer aux relations triangulaires « *ce que le droit du travail national ne parvient pas à faire* »<sup>1505</sup>. Selon l'auteur, l'entreprise constitue un ordre juridique différent de celui de l'Etat contribuant ainsi, au pluralisme juridique. En partant des écrits de Santini, Mme Lafargue a développé sa thèse pour prouver la participation de l'entreprise à la formation d'un droit social transnational, une vraie *lex socialia* à l'image de la *lex mercatoria*. Pour l'auteur, l'entreprise constitue aussi bien un espace normé que normateur. L'entreprise dispose d'une autonomie dans l'élaboration de ses normes. Mais, elle l'exerce dans les limites du respect de l'ordre public. C'est ce qui caractérise les systèmes juridiques a-national et universel. La logique retenue est totalement différente de celle du droit international privé et de la théorie du conflit de lois. Elle se base sur un détachement des droits étatiques. La *lex socialia*, ou loi sociale transnationale suit un raisonnement universalisant et se sert de la *lex mercatoria* comme modèle de construction. Les chartes éthiques par exemple, sont des normes privées mais des normes qui ne concernent pas uniquement leurs rédacteurs. Elles s'adressent à des destinataires qui n'ont pas nécessairement contribué à leur adoption. Bien que l'émergence de la *lex socialia* soit certaine, son développement est lent en raison du faible rôle que joue

---

<sup>1503</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, (ouvrage traduit par L. François et P. Gothot), Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 93.

<sup>1504</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>1505</sup> M. LAFARGUE, *les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, thèse précitée, p. 411.

l'arbitrage dans le domaine social<sup>1506</sup>. Selon le professeur Teyssié, en transposant dans les normes RSE des principes et valeurs universels, notamment les Déclarations et conventions de l'OIT, les partenaires sociaux renvoient à une *lex socialia* et en déterminent le contenu<sup>1507</sup>. Mais tout comme *la lex mercatoria*, la *lex socialia* ne se base pas sur la contrainte, bien que celle-ci puisse résulter de l'intégration de normes RSE dans des catégories juridiques. Sa normativité, doit par contre être recherchée en démontrant son effectivité.

## B) La complémentarité de la RSE avec le droit, confirmée

***Une complémentarité à double sens.*** Les normes RSE se situent à la croisée du droit, de la gestion et de l'éthique. Il devient donc inconcevable de les traiter sous un angle exclusivement juridique. Il nous semble primordial de les analyser dans une approche pluridisciplinaire pour pouvoir tirer des conclusions quant à leur effectivité substantielle (1). Mais cette normativité ne se développe pas dans une zone de non droit. Elle interagit avec les normes juridiques dans un processus de complémentarité participant ainsi, à l'innovation du droit dans un monde en constante évolution (2).

### 1) La normativité de la RSE prouvée

***Le pouvoir normatif de la RSE, facteur de cohérence dans les groupes de dimension transnationale.*** Par définition, la normativité ne suppose pas nécessairement la juridicité. Elle « *s'intéresse au fait d'être normatif, au fait d'être norme, principalement en s'attachant à l'effectivité et, plus globalement, à l'appréhension de la règle par ses destinataires* »<sup>1508</sup>. En conséquence, les efforts de certains auteurs qui s'attachent à judiciariser les normes éthiques volontaires procèdent d'une conception limitée de la normativité. Ils semblent nier l'intérêt et l'effectivité de la *soft law* en la comparant aux exigences de la *hard law*<sup>1509</sup>.

---

<sup>1506</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>1507</sup> B. TEYSSIE, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Dr. soc.*, n° 11, novembre 2005, p. 982 ; « Loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe » *Dr. soc.*, Juillet 2010, p. 735.

<sup>1508</sup> B. BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Archives de philosophie du droit*, 2013, p. 365 s., manuscrit de l'auteur, disponible en ligne sur : <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367538/document>

<sup>1509</sup> P. HERBEL, « La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1570, spéc. p. 1571.

Or, si la RSE ne suit pas la même logique que celle du droit dur, cela ne signifie pas qu'elle est sans effet. Concrètement, « *la démarche hard law procède par la promulgation d'une règle absolue assortie d'une sanction, puis elle judiciarise a posteriori la violation de cette règle et punit le contrevenant. La démarche soft law est, au contraire, une incitation à faire ab initio quelque chose que l'intérêt général désirerait voir accomplie, dans une démarche constante de progrès, sans être directement sanctionnable par un juge* »<sup>1510</sup>. Contrairement à la norme juridique, la norme éthique s'oriente, donc, vers une démarche préventive plutôt que curative. Elle substitue à la contrainte, l'incitation à l'application et au respect de valeurs universelles liées aux droits fondamentaux.

Les normes RSE contribuent à la mise en œuvre effective des principes d'ordre public social transnational en les traduisant parfois par des engagements plus au moins précis à la charge de l'employeur et du salarié. « *La normativité « éthique » tend ainsi à promouvoir des formes de régulations de l'activité économique dotées d'un degré d'universalité et de souplesse suffisant pour permettre à l'ensemble des « partenaires » du groupe ou du réseau de résoudre, où qu'ils se trouvent, les difficultés auxquelles ils sont confrontés* »<sup>1511</sup>. Leur principale fonction est alors, de créer une sorte de « cohérence interne », de « langage commun »<sup>1512</sup>, entre, les salariés du groupe ou du réseau d'une part, et les différentes entités du groupe ou du réseau d'autre part. Ainsi, « *la diffusion d'une normativité de type « éthique », attestée par la prolifération de documents dits charte d'éthique ou code de conduite dans les entreprises de dimension transnationale, pourrait bien s'inscrire dans le sillage des analyses des tendances d'évolution du Droit* »<sup>1513</sup>.

Des exemples concrets peuvent à ce titre, être tirés de certains accords-cadres transnationaux affirmant un ensemble de droits aux travailleurs exerçant dans les différentes filiales relevant d'une structure économique internationale. L'accord-cadre relatif au respect des droits fondamentaux au travail et à la mobilité transnationale des salariés GE du Club Méditerranée dans la zone Europe Afrique est illustratif à ce sujet<sup>1514</sup>. Il fait bénéficier les

---

<sup>1510</sup> *Ibid.*, p. 1572.

<sup>1511</sup> I. MEYRAT, *Droits fondamentaux et mutations des formes d'organisation de l'activité économique : le droit du travail à l'épreuve des transformations du capitalisme*, mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches, l'Université de Cergy-Pontoise, 25 juin 2015, p. 23.

<sup>1512</sup> C. HANNOUN, « néocorporatisme et interprofessionnalité. Regards sur la restructuration des espaces professionnels », *RIDE*, 1994, p. 45

<sup>1513</sup> I. MEYRAT, *Droits fondamentaux et mutations des formes d'organisation de l'activité économique : le droit du travail à l'épreuve des transformations du capitalisme*, mémoire précité, p. 21.

<sup>1514</sup> Accord relatif au respect des droits fondamentaux au travail et à la mobilité transnationale des salariés GE du Club Méditerranée dans la zone Europe Afrique, signé à Paris, juin 2009. Accessible à distance via le lien suivant : [http://www.op3.fr/veille/PDF/Docs\\_compil/Veille30/accord\\_club\\_med\\_mobilite\\_juillet\\_2009.pdf](http://www.op3.fr/veille/PDF/Docs_compil/Veille30/accord_club_med_mobilite_juillet_2009.pdf)



travailleurs exerçant en Tunisie d'un ensemble de droits fondamentaux dont ceux liées à la mobilité transnationale des salariés<sup>1515</sup>.

***Le pouvoir normatif de la RSE, vecteur de promotion des droits fondamentaux.*** La RSE détient sa force normative des pouvoirs publics qui délèguent aux acteurs économiques la régulation de leurs rapports notamment avec leurs salariés. Ainsi, l'adhésion des entreprises aux règles de droit devient plus facile et plus certaine. « *La RSE apparaît dès lors comme un complément au droit positif, source d'efficacité normative* »<sup>1516</sup>. Il en est ainsi par exemple, pour les accords-cadres internationaux et des accords-cadres mondiaux. « *Ils permettent d'instaurer des règles communes dans toutes les entités et donc, partiellement et de façon très circonscrite, assurent un effet à des normes qui sont inefficaces dans certains pays* »<sup>1517</sup>.

L'intégration des principes d'ordre public social transnational dans des instruments RSE permet par le biais de leur incorporation de leur donner une force normative d'emprunt. Dans le cadre des accords mondiaux par exemple, « *l'incorporation des droits de la Déclaration (et des autres principes) dans l'accord est un relais puissant pour assurer un alignement du management intermédiaire sur le respect de ces normes* »<sup>1518</sup>. De ce fait, « *les accords limitent ainsi, dans un champ circonscrit, les effets de l'ineffectivité des normes de l'OIT* »<sup>1519</sup>.

La fonction de légitimation que joue la RSE est d'autant plus claire dans les pays en développement. L'implantation des multinationales dans ces pays peu soucieux du respect des droits des travailleurs, peut être un facteur de standardisation des solutions. En fait, la diffusion d'un corpus universel minimal se référant à des « valeurs », voire à des droits sociaux fondamentaux, contribue à leur application effective.

En Tunisie, par exemple, nous estimons nécessaire que le juge mobilise les droits fondamentaux affirmés dans les normes RSE afin d'en faire profiter le salarié et dégager des obligations concrètes à la charge de l'entreprise. Ainsi par exemple, à l'ère de la

---

<sup>1515</sup> L'accord précise au sujet de son champ d'intervention juridique que :

« - Les dispositions du présent accord concernant les droits fondamentaux au travail s'appliquent à l'ensemble des villages du Club Méditerranée dans le monde.

- Les dispositions concernant la mobilité transnationale du personnel de service GE s'appliquent aux villages exploités directement par le Club Méditerranée dans les pays situés dans la zone d'exploitation opérationnelle Europe Afrique : les pays de l'Union Européenne, la Turquie, l'Égypte, le Maroc, la Suisse, la Tunisie, la Côte d'Ivoire, le Sénégal et l'Île Maurice ».

<sup>1516</sup> O. THIBOUT, « La responsabilité sociétale des entreprises : un système normatif hybride », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/2 Volume 41, pp. 215-233 p. 227.

<sup>1517</sup> M-A. MOREAU, « La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions », précité, p. 18.

<sup>1518</sup> *Ibid.* p. 18-19.

<sup>1519</sup> *Ibid.* p. 19.

pandémie Covid 19, les normes éthiques auraient pu assurer une meilleure protection des droits des salariés. Nombreux sont les ACI qui prescrivent des engagements en matière de santé et de durée du travail. La non reconnaissance juridique du contenu de ces textes est de nature à renforcer les inégalités de traitement à l'égard de travailleurs appartenant au même réseau international. Les normes RSE peuvent dans plusieurs hypothèses, remplir le vide laissé par les législations nationales et réduire les écarts entre les différentes solutions étatiques. Il est temps de reconnaître selon l'heureuse formule de Mme Deumier, que « *pour être effectif, nul n'est besoin d'être juridiquement obligatoire, il suffit d'être suivi* »<sup>1520</sup>. La perception de la RSE sous l'angle de son apport normatif, permet de relever sa contribution au renforcement des effets du droit. On se réfère ainsi, implicitement à « *une performance de la règle de droit via les pratiques de RSE* »<sup>1521</sup>. Mais, elle participe également au renouvellement du droit et à l'innovation juridique dans le contexte très mouvant de la mondialisation. Mme Daugareilh remarque à juste titre que « *la normativité induite par la responsabilité sociale de l'entreprise à visée supra nationale peut être regardée non pas comme une forme de dégénérescence du droit mais comme la participation à une évolution du droit, un droit en gestation, in statu nascendi* »<sup>1522</sup>.

**Les limites.** Si la RSE, en tant que mode de régulation témoigne de la « *volonté d'ouvrir le processus normatif à l'intervention formalisée des opérateurs* »<sup>1523</sup> et de la pénétration du droit souple dans le champ du droit dur, « *c'est la notion de conformité qui met en exergue la nécessaire coopération des pouvoirs privés et des pouvoirs publics dans l'optique d'une promotion effective des principes d'ordre public social transnational* »<sup>1524</sup>. Seul le contrôle public des normes RSE relatives aux relations de travail, peut en garantir l'effectivité<sup>1525</sup>.

## 2) L'interaction des normes RSE avec le droit, développée

---

<sup>1520</sup> P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirriainen (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Bruxelles, p. 671 s., spéc. p. 674.

<sup>1521</sup> J.-P. GOND et B. GIRARD, « L'école De Montréal » in *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, op. cit. « Recherches », 2013, pp. 149-164, spéc. p. 159.

<sup>1522</sup> I. DAUGAREILH, « Le droit à l'épreuve de la RSE », in *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, op.cit, pp. 199-214 p., spéc. 212.

<sup>1523</sup> L. NEYRET, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2238.

<sup>1524</sup> O. THIBOUT, « La responsabilité sociétale des entreprises : un système normatif hybride », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/2 Volume 41 | pp. 215-233 p. 227.

<sup>1525</sup> M.-A. MOREAU, « La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions », article précité, p. 15.

***De la concurrence à la concertation.*** La RSE entretient avec le droit des relations complexes qui doivent être analysées en raison des effets qu'elle peut avoir sur les contrats de travail internationaux. La RSE, « se place donc délibérément en concurrence avec le droit international et avec les droits nationaux quand par exemple elle se matérialise par des normes qui touchent aux droits fondamentaux de l'homme au travail ou aux conditions de travail et d'emploi »<sup>1526</sup>. Nous estimons nécessaire de partir de ces points de contacts entre les normes RSE et le droit dur pour analyser l'interaction entre les deux types de normes. En dépit de leur diversité, les normes RSE s'accordent à réaffirmer les principes d'ordre public social transnational qui se dégagent essentiellement de la Déclaration de l'OIT de 1998. Ce noyau matriciel est un exemple tangible des liens tissés avec le droit international par les normes de RSE<sup>1527</sup>. Ce noyau qui forme l'ordre public social transnational constitue à la fois le fondement des normes RSE et leur outil de contrôle.

Afin d'assurer la conformité des normes RSE aux exigences inhérentes aux droits fondamentaux des travailleurs, certains auteurs proposent, la création au sein de l'OIT de comités d'experts. Ceux-ci seront chargés de l'identification d'un socle commun de normes relatives aux droits fondamentaux des travailleurs que doivent respecter aussi bien les Etats que les entreprises transnationales. Le mécanisme proposé permettra une concertation par hybridation<sup>1528</sup>. La RSE, en tant que l'expression d'un pouvoir normatif transnational, ne pose plus le problème de sa reconnaissance. Tout l'enjeu est de n'admettre leur intervention que sous contrôle. C'est dans ce sens que l'article 6 de la loi tunisienne n° 2018-35 dispose qu'un observatoire de responsabilité sociétale devra, sous la houlette de la présidence du gouvernement, examiner les rapports définitifs présentés chaque année par les comités régionaux »<sup>1529</sup>.

***Le contrôle de licéité.*** L'ordre public social transnational vise à assurer un standard minimal de solutions aux relations de travail internationales. Les normes RSE ne font que consolider cet effort. Pour que cette complémentarité soit assurée et afin d'éviter toute

---

<sup>1526</sup> I. DAUGAREILH, « Le droit à l'épreuve de la RSE », article précité.

<sup>1527</sup> A. LACHEZE, « Ce que la responsabilité sociale des entreprises fait au droit : l'exemple de la grande distribution », *Droit et Société*, 2007, n° 66, p. 385-410.

<sup>1528</sup> M. LAFARGUE, *les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, thèse précitée, p. 478.

<sup>1529</sup> Voir sur cette question, M. KTATA « La responsabilité sociale des entreprises à l'ère du covid-19 », *Leaders*, 11 mai 2020, article disponible sur :

<https://www.leaders.com.tn/article/29899-mouna-ktata-la-responsabilite-sociale-des-entreprises-a-l-ere-du-covid-19>

déviations, ces normes doivent faire l'objet d'un contrôle étatique. C'est parce que le pluralisme normatif auquel donne lieu le développement de normes a-nationales est un pluralisme peu harmonieux voire désordonné. Nous avons démontré qu'à l'échelle internationale, la fonction d'ordonnancement normatif des différentes normes relatives au travail revient essentiellement à l'ordre public social transnational. Sa mise en œuvre concrète nécessite une intervention juridictionnelle. Il est souhaitable que cette fonction soit assurée par un organe juridictionnel à créer au sein de l'OIT. Mais, il paraît que ce rêve soit, du moins pour le moment difficile à réaliser à cause de la résistance des opérateurs économiques et de certains Etats. Actuellement, il revient au juge du for, de contrôler la conformité des normes RSE aux principes d'ordre public social transnational auxquelles elles se réfèrent. La tâche n'est pas aussi facile à effectuer en l'absence d'effet horizontal des conventions internationales. Les juges tunisiens par exemple, ne se réfèrent généralement à des textes de droit international public que dans la mesure qu'ils sont incorporés dans le droit national. Ceci risque de vider de leur valeur des normes de *jus cogens* relatives au travail et de neutraliser les normes privées de consolidation, alors que susceptibles d'améliorer les solutions retenues par le droit national. Les normes privées RSE ne peuvent pas, ainsi, être soumises à un contrôle de conformité aux conventions internationales. Aux fins de leur application, et à condition de leur intégration dans une catégorie juridique du for, elles doivent faire l'objet d'un contrôle de licéité. Ce contrôle est inévitable parce que « *le rôle de l'Etat demeure en effet essentiel à l'encadrement de la régulation privée, mais surtout au déploiement des lois de police qui assurent l'impérativité de la loi nationale au plan international et permettent de conceptualiser un droit matériel des groupes de sociétés internationaux qui se détache du contrat* »<sup>1530</sup>. Les normes RSE qui ne créent aucun conflit avec les normes impératives nationales devraient avoir application dans la mesure où elles apportent des solutions plus favorables aux salariés que la loi désignée par la règle de conflit. C'est dans ce sens que, la Cour de cassation française a affirmé que les retenues sur salaire pour dépassement du forfait du téléphone portable décidées par la SNCF, en application de la charte de l'entreprise doivent être annulées parce que contraires au Code du travail français interdisant de telles retenues.<sup>1531</sup> Nous estimons que l'éviction des dispositions insérées dans des outils RSE doit être décidée à chaque fois qu'elles sont défavorables au salarié à

---

<sup>1530</sup> M. LAFARGUE, *les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, thèse précitée, p. 456.

<sup>1531</sup> Cass. Soc. 18 février 2003, *Bull. civ.*, V, n° 58.

comparer avec les règles étatiques, peu importe que ces règles soient d'ordre public interne ou non.

Nous avons précisé que les codes de conduites rattachés au règlement intérieur de l'entreprise sont soumis au même régime juridique que le règlement. Mais, le code peut comporter des dispositions étrangères au champ du règlement intérieur<sup>1532</sup>. En droit français, la circulaire de 2008, du ministère de travail reconnaît que les codes peuvent résulter de l'exercice d'un pouvoir normatif hors du champ du règlement intérieur. Mais, « un contrôle du juge sur la licéité de telles clauses reste possible, notamment au regard de la proportionnalité et des libertés individuelles ou collectives »<sup>1533</sup>.

Pour être applicable, les normes RSE doivent être conformes aux exigences du droit étatique. C'est dans ce sens que, « *les travaux de droit suggèrent que le cadre juridique façonne les pratiques de RSE, suggérant que le droit contribue à performer la RSE* »<sup>1534</sup>.

S'agissant des accords-cadres internationaux par exemple, Mme Moreau a remarqué que « *l'attention des juristes s'est focalisée sur la question de l'opportunité de l'élaboration d'un cadre juridique contraignant pour donner plus de sécurité juridique à ces accords transnationaux* »<sup>1535</sup>.

## **Section 2 : La mise en œuvre de l'ordre public social transnational par la RSE, vecteur de transformation des solutions**

***La transformation des solutions, source d'innovation juridique.*** La transposition des principes d'ordre public social transnational dans les instruments RSE est lourde de conséquences, non seulement en raison de la force normative que peuvent avoir les normes RSE mais surtout en raison des aménagements contractuels qu'elles peuvent produire. Cette situation se vérifie essentiellement dans les entreprises à dimension internationale, qu'il s'agisse d'un groupe de sociétés ou d'entreprises rattachées à un réseau par des contrats

---

<sup>1532</sup> Sur les différences de contenus entre les codes de conduites et la procédure à suivre dans chaque hypothèse, voir R. DE QUENAUDON, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, n° 69.

<sup>1533</sup> P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, (Circ. DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur) », *RTD civ*, 2009, p. 77, spéc. p. 80.

<sup>1534</sup> J.-P. GOND, B. GIRARD, « L'école De Montréal » in *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, pp. 149 à 164, spéc. p. 159.

<sup>1535</sup> M.-A. MOREAU, « La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions », précité, p. 9.

commerciaux. Les interférences économiques entre entreprises du même groupe ou réseau entraînent également des interférences juridiques. Les engagements pris à travers des normes RSE, peuvent s'adresser à tous les salariés du groupe dépassant ainsi les limites contractuelles du rapport de travail. Il convient en conséquence de les analyser afin d'en dégager des éléments de faits susceptibles de corriger la qualification de la qualité d'employeur et en conséquence la requalification du contrat (§ 1). L'extension de la responsabilité aux intervenants réels dans le contrat international de travail devient en conséquence possible. Prenant à la base, un aspect éthique, parce que véhiculée à travers des normes de *soft law*, elle revêt, par son intersection avec des principes d'ordre public un aspect juridique incontestable. Par l'effet de cette interaction, la RSE contribue à la redéfinition de la responsabilité (§ 2) et exprime de la sorte la complémentarité possible entre droit dur et droit souple. Elle est en conséquence illustrative d'une innovation juridique certaine dans un domaine aussi délicat que celui de l'ordre public.

### **§ 1 Requalification du contrat de travail**

***Impact de la RSE sur l'identification de l'employeur.*** Classiquement, le critère fondamental retenu pour la qualification du contrat de travail, aussi bien en droit tunisien qu'en droit français est celui de la subordination juridique, c'est-à-dire de l'exercice du pouvoir de direction est de contrôle par l'employeur à l'égard de son travailleur. Avec la montée des multinationales et la complexité des rapports commerciaux entre entreprises de même réseau, ce critère se trouve extrêmement bouleversé. Cette situation risque de remettre en cause les droits fondamentaux des travailleurs, faute d'identification de « l'employeur » réel à qui incombe les obligations en matière d'ordre public social transnational. Afin de saisir ces organisations économiques complexes et lever le voile de la personnalité juridique derrière lequel elles se cachent, il est indispensable de se servir des instruments RSE. Ces instruments sont révélateurs de la réalité des rapports qui se nouent au sein du groupe ou réseau. Dans une première série de situations, ils permettent, l'identification de l'employeur dans les organisations économiques complexes (1). Mais, une autre série de situations pose d'autres problèmes de qualification. La confusion des pouvoirs résulte entre autres du cumul de qualité de travailleur et de dirigeants, ce qui nécessite la

redéfinition de l'employeur en fonction du pouvoir effectif de direction (B). Dans cet ensemble de situations, la RSE peut aussi avoir un apport considérable.

A) Identification de l'employeur dans les organisations économiques complexes

***Vers un nouveau critère d'identification de l'employeur dans les entreprises multinationales.*** En droit international privé, l'identification de l'employeur est une question de qualification et est soumise au principe de la qualification *lege fori*. C'est ce qui renvoie en droit tunisien et en droit français au critère de subordination juridique. La mise en œuvre de ce critère dans les entreprises transnationales se trouve bouleversée par la théorie de la RSE. Plusieurs éléments de fait sont, alors, à prendre en considération dont le premier effet est de remettre en cause le critère classique de la subordination juridique (1). La réalité des contrats de travail qui s'exécutent dans le cadre des entreprises transnationales, exige de tenir compte du critère de l'unité économique et sociale, inconnu jusqu'au là du droit tunisien (2).

1) La remise en cause du critère de la subordination juridique

***L'inadéquation de la réalité juridique et de la réalité économique des rapports de travail dans les organisations complexes.*** Lorsque la mobilité internationale du travailleur s'effectue au sein du « réseau » d'une entreprise multinationale, se pose fréquemment la question de l'identification de l'employeur réel. C'est parce que l'entreprise ayant conclu le contrat n'est pas parfois l'employeur de fait, celui au service duquel le travailleur fournit ses prestations et aux ordres et instructions duquel il peut être soumis. L'interférence des rapports commerciaux entre les entreprises du « réseau » peut s'avérer trop plus compliquée lorsque les mêmes pouvoirs sont exercés à l'égard du travailleur par deux ou plusieurs entreprises conjointement. Le droit du travail tunisien n'autorise qu'une conception singulière de l'employeur et ne permet donc, pas d'appréhender de pareilles situations. Le droit commercial, ne peut non plus avoir un apport à ce sujet. Le Code des sociétés commerciales tunisien ne conçoit l'entreprise que sous sa forme sociétale en tant

que personne juridique<sup>1536</sup>. En droit français, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises le principe d'autonomie donc d'indépendance juridique des sociétés membres d'un même réseau. « *Paradoxalement, la théorie des groupes a renforcé la force juridique de ce principe au lieu de l'affaiblir* »<sup>1537</sup>.

Cette conception classique est le résultat de l'époque industrielle où le contrat de travail était le principal « outil » de l'activité économique. Aujourd'hui, ce modèle est largement bouleversé. « *L'entreprise privilégie d'autres formes juridiques de mobilisation du travail que le travail salarié et le remplace en partie par des contrats de droit civil et commercial, afin d'échapper aux contraintes imposées par le droit du travail étatique* »<sup>1538</sup>. En parallèle, l'entreprise produit des normes de *soft law* destinées à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs du « réseau », qui participent à ses activités, directement ou indirectement. La nature du rapport juridique entre l'entreprise et les travailleurs ne conditionne pas le champ d'application des normes régulatrices.

***Les insuffisances des solutions actuelles.*** Ces phénomènes qui touchent profondément l'identification de l'employeur, peuvent s'expliquer par une « crise de standardisation » qui se traduit chez l'entreprise, par la recherche de plus de flexibilité en dehors du « statut salarial ». En fait, « *Une analyse plus précise révèle cependant que le développement à la fois des nouvelles formes d'organisation de l'entreprise et des codes de conduite régissant les relations de travail au sein de celles-ci reflète moins une crise de la standardisation qu'une crise de la régulation étatique, au moins sous sa forme traditionnelle* »<sup>1539</sup>. Le droit du travail ne régit que les contrats de travail caractérisés par la subordination juridique du travailleur à l'employeur. Le recours par l'entreprise à la sous-traitance, franchise ou toute autre forme de partenariat est conçu par le droit sous l'angle contractuel. Ces relations, bien qu'accompagnées d'une mobilité des travailleurs restent soumises selon la qualification qu'on leur donne au droit civil ou commercial. Cependant, en les examinant de près, on constate « *qu'elles se rapprochent, à de multiples égards, de la subordination juridique, qui caractérise les contrats de travail, et qui accorde*

---

<sup>1536</sup> Aux termes de l'article 4 du Code, « Toute société commerciale donne naissance à une personne morale indépendante de la personne de chacun des associés à partir de la date de son immatriculation au registre du commerce, à l'exception de la société en participation ».

<sup>1537</sup> M.-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 68.

<sup>1538</sup> A. SOBCZAK. « Quelle régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau ? », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des facultés universitaires Saint-Louis, 2003, (51), pp.1-37, spéc. p. 1.

<sup>1539</sup> *Ibid.* p. 2.



*aujourd'hui une autonomie toujours plus grande aux salariés* »<sup>1540</sup>. En fait, la mobilisation du travail au sein du même réseau, est dissimulée par l'effet de la qualification stricte et des contours rigides de chaque catégorie juridique. « *On doit dénoncer le fait que le droit d'origine étatique ait tendance à rester cantonné dans les catégories juridiques traditionnelles, en essayant d'assimiler le réseau de sociétés soit à une organisation hiérarchique, soit à un contrat, alors qu'en tant qu'hybride, il se situe précisément, et par définition, entre ces deux catégories* »<sup>1541</sup>. Cela revient à dire que la question de la qualification notamment en droit international privé n'est pas une opération dynamique. Elle ne permet pas d'aborder parfaitement l'évolution des « faits sociaux ». Le principe d'autonomie juridique des entreprises du même réseau ou encore le contrat faisant « écran » entre chacune d'elles contribue au morcellement de leur structure. C'est ce qui impacte négativement le contrat de travail.

D'abord, cela entraîne « *la précarité des contrats de travail, notamment dans les réseaux de sous-traitance, puisque c'est bien la commande passée par la société donneuse d'ordre qui conditionne la mobilisation de la main-d'œuvre* »<sup>1542</sup>.

Les travailleurs de toutes les entreprises du réseau sont traités comme une masse et mis au service du réseau. Le « *recours au contrat commercial permet ainsi à la société donneuse d'ordre d'échapper au respect de la législation applicable en matière de licenciement en cas de période d'inactivité puisque ce sont les salariés de ses sous-traitants qui sont mobilisés et embauchés selon les besoins* »<sup>1543</sup>.

Par ailleurs, « *cette séparation des patrimoines empêche les salariés d'une société du réseau d'engager la responsabilité d'une autre société du réseau, voire du réseau lui-même, alors que la gestion de leur société est déterminée par l'appartenance à ce réseau* »<sup>1544</sup>.

Ensuite, les dispositions favorables aux travailleurs applicables aux entreprises employant un nombre bien déterminé de salariés peuvent, par ces pratiques, être écartées. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 162 du Code de travail tunisien qui instaure des règles relatives à la représentation des travailleurs dans les commissions consultatives des filiales employant plus de quarante travailleurs<sup>1545</sup>. Il en est de même des dispositions du droit

---

<sup>1540</sup> *Ibid.* p. 6.

<sup>1541</sup> *Ibid.* pp. 15 et s.

<sup>1542</sup> M.-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 57.

<sup>1543</sup> *Ibid.*

<sup>1544</sup> A. SOBCZAK. « Quelle régulation des relations de travail dans l'entreprise-réseau ? », article précité, p. 14.

<sup>1545</sup> Cet article concerne les entreprises ayant plusieurs filiales employant chacune un nombre de travailleurs permanents égal ou supérieur à quarante ». L'article 162 prévoit « qu') *Il est créé dans ces filiales des commissions consultatives dont la composition et le fonctionnement sont identiques à ceux de la commission consultative d'entreprise et ayant les mêmes attributions*

français destinées aux entreprises de plus de cinquante salariés<sup>1546</sup>. En fait, l'organisation des entreprises en réseau, « entraîne inévitablement une dispersion de la collectivité des travailleurs à travers la mise à disposition de certains salariés par la société donneuse d'ordre à ses sous-traitants, le transfert ou encore le détachement de salariés entre sociétés d'un même groupe »<sup>1547</sup>. C'est ce qui entrave la question de la représentation des salariés.

Cette situation est renforcée par le rattachement du contrat de travail international à la loi du lieu d'exécution. Bien qu'appartenant à un même « réseau transnational », les travailleurs en mobilité, peuvent être soumis à des législations nationales différentes offrant des protections plus au moins suffisantes. Ce qui est regrettable est que « cette situation a créé un véritable marché des droits nationaux qui sont devenus des critères de décisions stratégiques pour le développement »<sup>1548</sup>. Est favorisée ainsi, une sorte de *forum shopping* « organisé » et orienté vers la satisfaction des objectifs financiers de l'entreprise.

La mobilité internationale dans le cadre de l'entreprise transnationale invite, alors, à repenser les critères d'identification de l'employeur afin de pouvoir appréhender l'entreprise dans sa nouvelle forme organisationnelle.

## 2) L'apport du critère de l'Unité économique et sociale

**Particularité de la notion.** Le critère de l'unité économique et sociale est un critère utilisé en droit français permettant de reconstituer l'unité du groupe ou réseau et de tenir compte de la réalité des rapports de travail. Il convient de partir de ses caractéristiques propres (a) afin de saisir ses effets sur la qualification du contrat de travail (b).

### a) Caractéristiques de l'Unité économique et sociale

---

que celle-ci dans la limite des pouvoirs conférés aux chefs des dites filiales. Il est créé également une commission consultative centrale d'entreprise ayant pour mission la coordination entre les actions des commissions consultatives des filiales et l'examen des questions nécessitant une étude au niveau central. Cette commission comprend des membres représentant les travailleurs élus par les représentants du personnel dans les commissions consultatives des filiales et parmi eux et des membres représentant la direction de l'entreprise désignés par celle-ci et ce compte tenu du principe de parité ».

<sup>1546</sup> L'article L. 431-1 du Code du travail français, fixe à cinquante salariés, le seuil à partir duquel la désignation de représentants des salariés devient obligatoire. Le même seuil est exigé par l'article L. 412-11 pour les délégués syndicaux. Quant aux délégués du personnel, le seuil est ramené à onze salariés par l'article L. 421-1 du même code.

<sup>1547</sup> *Ibid.*

<sup>1548</sup> M-C. CAILLET et Y. QUEINNEC, « Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales ? », in I. DAUGAREILH (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 637.

**L'apparition du critère de l'unité économique et sociale.** Dans les « réseaux » d'entreprises, le juge est amené à « lever le voile » de la personnalité juridique afin de reconstituer l'unité du groupe et apprécier la réalité de la relation de travail. A cet effet, le critère de « l'unité économique et sociale » (UES) permet de dépasser les séparations juridiques existantes entre sociétés.

Le concept de « l'unité économique et sociale » est né, en droit français, de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>1549</sup>. Il servait à lutter contre la fraude chez certaines entreprises qui cherchaient par un découpage frauduleux et une dispersion des salariés entre elles, à éviter d'atteindre les seuils légaux à partir desquels la représentation des salariés devient exigée. La découverte de la fraude supposait que soit démontrée une unité économique et sociale des entreprises en question et qu'en conséquence les obligations relatives à la représentation des salariés soient mises en œuvre. La notion d'unité économique et sociale s'est par la suite détachée de la question de la fraude pour servir à une meilleure représentation des salariés.

**La mise en œuvre du critère de l'unité économique et sociale favorisée par la RSE.** Dans un arrêt rendu le 19 décembre 1972, la Cour de cassation française a jugé que « les ... sociétés, bien que juridiquement distinctes, constituaient, non des entreprises séparées, mais en raison de leur compénétration, de la confusion de leurs activités et de leur communauté d'intérêts et de direction, un ensemble économique unique dont l'effectif des salariés devait être envisagé globalement au point de vue de la désignation des délégués syndicaux »<sup>1550</sup>. Deux critères pour l'existence d'une UES se dégagent de cette jurisprudence.

D'abord, il doit y avoir une unité économique. Cela suppose, l'existence, au-delà de personnalités juridiques indépendantes d'une direction unique. Néanmoins, l'UES ne se confond pas avec la notion de groupe de sociétés. L'UES suppose « une concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités »<sup>1551</sup>. Au départ, la Cour de cassation française, a affirmé dans l'arrêt *Vivendi*<sup>1552</sup>, qu'une unité économique et sociale ne pouvait être reconnue

<sup>1549</sup> Cass. Crim. 23 avr. 1970, *Bull. crim.* n° 144; *JCP*, 1972. II. 17046 ; Soc. 8 juin 1972, *Bull. civ.* V, n° 418

<sup>1550</sup> Cass. soc., 19 déc. 1972 : *Bull. civ.* V n° 710 ; *D.* 1973.381 note M. DESPAX.

<sup>1551</sup> Cass. Soc., 21 novembre 2018 : n° 16-27.690 FS-PBRI, Fédération des employés et cadres Force ouvrière (FEC FO) c/ Sté Generali France. *D.* 2018. 2241 ; *Dr. soc.* 2019. 141, étude C. Radé ; *RDT* 2019. 51, obs. H. Nasom-Tissandier ; *ibid.* 133, obs. B. Joly ; *RJS* 2/19, n° 110 p. 131 ; *BJS* 2019. 23, note A. Bugada ; *BJT* n° 1 2019, p. 27, note F. Canut ; *JCP S* 2019, n° 1010, note Y. Pagnerre ; *Lexbase Hebdo éd. Sociale*, n° 764, 6 déc. 2018, note C. Radé.

<sup>1552</sup> Soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424 P, *D.* 2002. 3119, et les obs., obs. I. Desbarats ; *Dr. soc.* 2002. 715, note J. Savatier ; *ibid.* 720, note P.-H. Antonmattei ; *SSL* 2002, n° 1076, p. 12, concl. P. Lyon-Caen ; *Liaisons soc.* 28 mai 2002).

qu'entre « des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels ». En 2018, elle va assouplir sa position en affirmant « (qu') au sein d'un groupe, une unité économique et sociale peut être reconnue par convention ou par décision de justice entre des entités juridiquement distinctes qu'elles soient ou non dotées de la personnalité morale »<sup>1553</sup>.

Ce qu'il faut retenir de cette jurisprudence, c'est que l'unité économique suppose une unité de direction. Celle-ci « implique la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des entités concernées. Cela peut résulter d'une identité de dirigeants ou d'associés majoritaires identiques ou de salariés mis à la disposition de filiales par la société mère en exécution de leurs contrats de travail »<sup>1554</sup>.

Dans les entreprises qui fonctionnent en réseau, l'unité économique résulte généralement de la démarche RSE que ces différentes entreprises concrétisent ensemble à travers des codes de conduite. « Ces codes peuvent alors être assimilés à des actes de gestion globale de l'entreprise transnationale, expression d'un certain pouvoir de direction du chef d'entreprise, mais exercé par l'instance gouvernante, dépassant les prérogatives reconnues à l'employeur direct des salariés de chaque société »<sup>1555</sup>.

Ensuite, à côté de l'unité économique, il doit y avoir une unité sociale. Celle-ci est caractérisée par l'existence d'une communauté de travailleurs. Cette communauté résulte généralement des liens particuliers existant entre les salariés travaillant dans les diverses entités composant l'UES. Elle suppose également que ces salariés aient des intérêts communs. Pour les rechercher, le juge est tenu de se baser sur un faisceau d'indices tels que « l'identité de statut social, illustrée par l'existence de conditions de travail similaires, de la soumission des intéressés à une même convention collective, d'une certaine permutabilité de ces derniers. Leur gestion par une même administration du personnel, l'adoption d'une même attitude lors d'un conflit social, l'identité des horaires de travail, des œuvres sociales, une gestion identique des situations individuelles, des conditions de rémunération semblables, sont parfois mentionnées »<sup>1556</sup>. Une UES peut exister même si l'une des

---

<sup>1553</sup> Cass. Soc., 21 novembre 2018 : n° 16-27.690, précité.

<sup>1554</sup> N. DE SEVIN et A. COURET, « Unité économique et sociale : l'élargissement du périmètre de l'UES à une succursale et les limites du pragmatisme judiciaire », *Rev. Sociétés*, n°5, mai 2019, pp. 349-353, spéc. p. 352.

<sup>1555</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 194.

<sup>1556</sup> G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.*, n°1, janv. 2005, pp. 68-79, spéc. p. 72.

entités qui la composent n'a pas de personnel<sup>1557</sup>. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation française dans une affaire où l'une des entités, en l'occurrence une  *Holding*, n'avait pas de salariés. Selon la Cour, « *une holding ne peut échapper aux obligations d'information et de consultation qui incombent à un employeur exerçant sur des salariés, fût-ce par filiales interposées, le véritable pouvoir économique et de gestion sociale* »<sup>1558</sup>.

L'existence d'une communauté de travailleurs ne suppose donc pas l'existence d'un groupe de sociétés au sens juridique du terme. Elle est largement favorisée par la RSE en raison des codes éthiques établis au niveau du réseau. « *Ces codes transnationaux consacrent un niveau de pouvoir au-delà de la relation employeur/salarié dans les entreprises complexes* »<sup>1559</sup>.

La RSE contribue à la formation d'une collectivité de travail transnationale en renforçant chez les travailleurs du même « réseau transnational » le sentiment d'appartenance à une même organisation, à une même entreprise. Les indices permettant de relever l'existence d'une unité sociale sont facilement repérables dans les instruments RSE du groupe ou réseau. Ceux-ci soumettent l'ensemble des salariés des différentes entités du réseau aux mêmes valeurs, règles et principes. Ainsi, « *en visant les travailleurs et collaborateurs de toute l'entreprise, la société-mère participe à construire une communauté de travailleurs correspondant à la réalité organisationnelle de l'entreprise transnationale* »<sup>1560</sup>.

*b) Effet de l'appartenance à l'Unité économique et sociale sur le contrat de travail*

***Reconstitution de l'unité du groupe « employeur ».*** Etant donné que l'UES établit un rapport avec les travailleurs, qui ne repose plus sur les contrats de travail, se pose la question de son incidence sur l'identification de l'employeur. Sous son image classique, « *l'entreprise se construit autour de la personne juridique qui a la qualité d'employeur* »<sup>1561</sup>. L'UES, qui participe à la requalification de l'entreprise<sup>1562</sup> se constitue autour d'une communauté de

---

<sup>1557</sup> Pour M. Antonmattei, cette possibilité est limitée à la question de la représentation des salariés. P.-H. Antonmattei, *Unité économique et sociale : un nouvel arrêt... mais le débat continue*, *Dr. soc.*, n° 7-8, juillet 2002, pp. 720-723.

<sup>1558</sup> Cass. soc., 21 janv. 1997 : *Bull. civ.* V n° 29 ; *Dr. social* 1997, 347 note J. Savatier ; *RJS* 3/97 n° 300.

<sup>1559</sup> M.-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 195.

<sup>1560</sup> *Ibid.*

<sup>1561</sup> J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, pp. 527 s., spéc. p. 529.

<sup>1562</sup> La possibilité de dégager de l'UES une nouvelle définition de l'entreprise est controversée en doctrine. Voir en ce sens, G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », article précité ; CH. RADE, « L'UES intra-groupe : un revirement de jurisprudence peut-il en cacher un autre ? », *Dr. soc.*, n° 2, février 2019, pp. 141-145.

salariés liés par des contrats de travail à des employeurs distincts. Se trouvent ainsi, dissociés, le lien contractuel de la relation du travail et l'appartenance à l'entreprise. En faisant partie de la communauté de travailleurs de l'UES, le salarié devient lié à des sociétés différentes de son employeur. L'unité-entreprise à laquelle donne naissance ces sociétés est reconnue en tant que telle par le droit du travail français. « *L'ensemble du groupe (constituant) une unité économique, ... la personnalité juridique distincte des sociétés ne les empêchait pas d'exploiter... une seule entreprise au regard du droit du travail* »<sup>1563</sup>. La prise en compte de cette réalité, au moment de la qualification, est signe de réalisme, de victoire du pragmatisme<sup>1564</sup>. Elle correspond parfaitement à la logique de la RSE. Ainsi, « *L'objet même de la RSE, qui est de responsabiliser les entreprises transnationales, offre à cet égard des outils permettant d'aborder l'entreprise transnationale dans sa réalité fonctionnelle* »<sup>1565</sup>. L'UES permet à cet effet de constituer l'entreprise au-delà des frontières tracées par la personnalité juridique.

#### ***Effet de la reconnaissance de l'UES sur la protection des droits des travailleurs.***

S'il n'est pas contestable que l'UES sert de cadre pour l'exercice de droits sociaux collectifs, la tendance actuelle en jurisprudence française est de lui faire jouer un rôle dans les rapports individuels du travail. En se basant sur le critère de la permutabilité des travailleurs, l'UES peut servir de périmètre de réintégration en cas de détachement des salariés. « *De même, peut être défendue l'idée que le périmètre de l'obligation de reclassement dans le cadre du droit du licenciement pour motif économique est l'UES, de préférence au groupe* »<sup>1566</sup>.

La reconnaissance de l'UES présente tout son intérêt dans les contrats de travail internationaux. En dépassant les limites d'une qualification purement contractuelle, elle permet de lutter contre les pratiques antisociales et de faire face aux internationalisations frauduleuses des rapports de travail. Cet objectif a été bien affirmé par la Cour de cassation française dans la note jointe à son arrêt *Generali*<sup>1567</sup>. Il y était précisé que cette « exception<sup>1568</sup> est cependant expressément cantonnée à la situation particulière des groupes de sociétés,

<sup>1563</sup> Cass. soc., 14 fév. 1973, *Bull. civ.* V. n° 82.

<sup>1564</sup> N. DE SEVIN et A. COURET, « Unité économique et sociale : l'élargissement du périmètre de l'UES à une succursale et les limites du pragmatisme judiciaire », article précité.

<sup>1565</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 43.

<sup>1566</sup> G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », article précité, p. 77.

<sup>1567</sup> Note explicative relative à l'arrêt n° 1693 du 21 novembre 2018 (16-27.690), Chambre sociale, note publiée sur le site de la Cour de cassation française.

<sup>1568</sup> Il s'agit de l'« exception à la jurisprudence, issue de l'arrêt du 7 mai 2002, (pourvoi n° 00-60.424, *Bull.* n° 150, connu sous le nom d'arrêt Vivendi), selon laquelle il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels, c'est-à-dire entre des entités dotées de la personnalité morale ».

notamment internationaux, au sein desquels des choix organisationnels et de gestion peuvent conduire à dissocier juridiquement des communautés de travailleurs qui continuent en pratique à travailler ensemble, sous la direction d'un responsable commun et qui, par conséquent, relèvent d'une représentation du personnel commune ».

La réalité des conditions dans lesquelles se concluent et s'exécutent les contrats de travail internationaux est complexe. Pour les appréhender, il faut repenser la qualification au-delà des strictes limites des catégories du for. Pour rendre justice aux parties et afin de garantir le respect des normes sociales contraignantes, il est indispensable d'introduire de la flexibilité dans le raisonnement du juge. La diversification des formes d'extranéité s'adapte mieux avec une fonction « régulatrice » du droit qu'une conception réglementaire stricte de ce dernier. L'arrêt *Generali* est illustratif à ce titre. C'est pour faire face aux pratiques des entreprises transnationales qui cherchent à soustraire certains contrats de travail du champ d'application du droit français, en les rattachant à des entreprises étrangères que la Cour de cassation française était tenue d'évoluer sa jurisprudence.

En droit tunisien, la seule notion qui permet d'appréhender un ensemble de sociétés comme une unité est celle de « groupe de sociétés », concept trop restreint par rapport à celui d'UES. Le groupe ne se compose que de sociétés commerciales donc d'entités ayant la personnalité juridique. De plus, la notion de groupe de sociétés telle que consacrée par le droit des sociétés tunisien, n'entraîne pas des engagements particuliers en droit du travail.

En son état actuel, le droit positif tunisien ne permet pas de tenir compte de la réalité des relations de travail dans les différentes filiales installées en Tunisie en rapport avec leurs sociétés mères. L'intégration en droit tunisien d'une notion telle que celle de l'UES du droit français aurait permis d'encadrer les contrats qui s'exécutent entre plusieurs sociétés et de sauvegarder les droits des salariés. Elle aurait garanti également l'application de l'article 162 du Code de travail et contrecarrer les pratiques des filiales qui visent à éluder les exigences en matière de représentation des salariés.

#### B) Redéfinition de l'employeur en fonction du pouvoir effectif de direction

***RSE et transformations du pouvoir de direction et de contrôle.*** Si les pouvoirs de direction et de contrôle sont, dans les formes classiques de contrats de travail, détenus par l'employeur et permettent ainsi de qualifier le contrat, il n'en va pas de même pour ceux

conclus et exécutés dans des organisations économiques complexes. Celles-ci peuvent correspondre, en droit économique à des formes différentes : sociétés multinationales, réseaux d'entreprises, entreprises transnationales. Toutes rendent compte de l'interférence des pouvoirs exercés, à l'égard du salarié, par l'entreprise engagée par le contrat de travail et la société donneuse d'ordre.

Cette situation trouve son explication dans l'évolution des règles de *corporate governance*. Elle n'est pas née en droit social et le droit du travail ne lui consacre pas un traitement spécial. Pour l'appréhender, il faut se situer dans la théorie de la RSE en ce qu'elle reconnaît aux instances de direction d'un groupe ou réseau, l'exercice de leurs pouvoirs au-delà des sociétés dans lesquelles elles s'investissent et permet d'établir une responsabilité de l'entreprise au titre de son appartenance à un réseau et au-delà de ses engagements contractuels. Cela invite alors, à se situer dans le cadre régulateur de la gouvernance et de confronter les solutions qui en découlent aux dispositions du droit du travail. Trois situations favorisées par la RSE sont à examiner : le statut mixte des dirigeants de filiales, l'interférence entre le pouvoir de direction économique et le pouvoir de direction du personnel et l'apparition d'une direction de fait.

#### 1) Le statut mixte des dirigeants des filiales

***La RSE et le nouveau paradigme de la direction des entreprises.*** Le statut des dirigeants dans le cadre d'une entreprise transnationale, dépend largement de la stratégie de la *corporate governance*<sup>1569</sup>. Cette théorie vise essentiellement à organiser les rapports entre les associés et les dirigeants au sein de l'entreprise. Elle suppose une délimitation des pouvoirs des dirigeants en fonction des intérêts des associés. « *RSE et gouvernement d'entreprise paraissent donc, de prime abord, antinomiques, l'intégration de préoccupations sociétales pouvant être perçue comme allant à l'encontre de la maximisation du profit recherchée par les actionnaires* »<sup>1570</sup>. Mais, il ne s'agit en fait que d'une opposition apparente. La RSE se fonde sur le postulat que l'intérêt de la société en tant que personne morale ne coïncide pas forcément avec celui de ses actionnaires. Si ces derniers cherchent la maximisation de profit, la société a plutôt intérêt

---

<sup>1569</sup> En droit anglo-saxon, la *corporate governance* a pour objectif « (d') améliorer » la valeur actionnariale, « *shareholder value* » ce qui revient à favoriser l'intérêt des actionnaires.

<sup>1570</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 226.



de tenir compte de l'impact de ses décisions sur son environnement aussi bien interne qu'externe. Ainsi, « *une gestion qui poursuit un intérêt purement financier est à l'évidence moins efficace qu'une gestion recherchant l'« optimisation » du profit, en tenant compte de celles et de ceux qui exercent un droit sur l'actif social de la société* »<sup>1571</sup>. Cette idée est déjà confirmée par le Parlement européen, qui présente « la gouvernance des entreprises comme un élément clé de la responsabilité sociale de celles-ci »<sup>1572</sup>.

Cette logique se répercute nécessairement sur la position des dirigeants dans les filiales<sup>1573</sup>. Ces derniers sont tenus, dans l'exercice de leurs pouvoirs de direction à l'égard de leurs salariés, de se conformer aux « instructions » de la société mère découlant de sa démarche RSE. La place qu'ils occupent et le rôle qu'ils jouent sont sensiblement particuliers. En tant que dirigeants, ils sont tenus de respecter les dispositions du droit des sociétés tout en se conformant à la politique tracée par la société mère. En conséquence, ils peuvent assumer une responsabilité en cas de manquement à leurs obligations découlant du code de conduite. Ce fondement original de la responsabilité a été retenu en droit français dans un jugement rendu par la Cour d'Appel de Lyon dans son jugement rendu le 14 décembre 2022<sup>1574</sup>. Parallèlement, et en tant qu'employeurs, les dirigeants exercent les pouvoirs qui leur sont reconnus par la loi sur leurs salariés.

### ***Le cumul des qualités d'employeur et de salarié chez les dirigeants des filiales.***

Le statut des dirigeants dans les filiales est d'autant plus ambivalent qu'ils bénéficient souvent d'un contrat de travail avec la société-mère, afin d'exercer un mandat social au sein de la filiale. Leur dépendance à l'égard de la société mère est de nature à limiter leur pouvoir d'employeur. « *Alors que de la définition du statut de ces dirigeants dépend la détermination de l'étendue de leurs pouvoirs, on ne peut que constater pourtant l'absence de définition légale de ce statut particulier* »<sup>1575</sup>. Ni le droit français ni le droit tunisien ne délimitent les pouvoirs du dirigeant de la filiale

---

<sup>1571</sup> Y. DE CORDT, « La responsabilité sociétale des entreprises. Les enjeux et les outils du droit des sociétés », dans *Reflet et perspectives de la vie économique*, éd. De Boeck Supérieur, 2009/4 Tome XLVIII, pp. 11-21, spéc. p. 14

<sup>1572</sup> Parlement européen, Résolution sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, 28 janvier 2013, 2012/2098 (INI).

<sup>1573</sup> Par filiale, nous ne visons pas uniquement celles qui sont définies par la loi en fonction du pourcentage que détient la société mère dans son capital. Au-delà de cette définition juridique, il ya lieu de tenir compte de toutes les sociétés dont le pouvoir de décision n'est pas totalement libre et sont commandées dans une certaine mesure par une autre société, que celle-ci soit qualifiée de « société mère » ou de « société dominante ».

<sup>1574</sup> Cour d'appel de Lyon, Chambre soc. A, 14 décembre 2022, n° 19/05424. La Cour a qualifié de faute grave le comportement du dirigeant en raison « (d') un manquement fautif à ses responsabilités de manager, en violation de sa délégation de pouvoir et du code de conduite, engageant la responsabilité pénale et civile de la société ».

<sup>1575</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 231.

par rapport à ceux de la société mère. Au niveau européen, l'avant-projet de proposition d'une neuvième directive sur les groupes de sociétés aurait permis de clarifier le statut des dirigeants de filiales dans les groupes de sociétés. Seulement, ce projet n'a pas abouti.

En l'absence d'une réglementation législative du statut de dirigeant dans une filiale<sup>1576</sup>, la RSE a eu tendance à renforcer le pouvoir des sociétés mères à l'égard des filiales limitant de la sorte la marge de manœuvre de leurs dirigeants notamment à l'égard de leurs salariés.

Le dirigeant d'une filiale est tenu au niveau local de la mise en œuvre du code de conduite élaboré par la société mère. En se conformant à la stratégie de la société mère et à son projet en matière de respect des droits des salariés, le dirigeant trouve son pouvoir de direction limité. Se pose alors la question de la légalité de ses éventuelles décisions à l'égard du travailleur lorsque celles-ci violent les instruments adoptés par la société mère dans sa démarche RSE. Le contrat de travail qui lie la filiale à son travailleur international n'est pas totalement indépendant du contrat de travail conclu entre le dirigeant de la filiale et la société mère. Cette superposition de contrats est problématique. Elle invite à analyser leur articulation. Le manquement par le dirigeant à ses engagements en matière de RSE, tels que formulés dans le contrat qui le lie à la société mère peut normalement être invoqué par ses propres salariés. Bien que qualifiés de tiers dans ce rapport contractuel, ils en tirent directement des droits. On constate ainsi, que l'analyse juridique des questions soulevées par la RSE n'est pas simple. La RSE intervient dans le champ contractuel pour créer des montages que la loi, ne connaît généralement pas. Se faisant, elle pousse à revoir la fonction du droit et l'invite à réglementer des questions jusqu'au là ignorées.

***Le directeur de la filiale, travailleur international auprès de la société mère.***

Sous une autre facette, le dirigeant d'une filiale peut avoir intérêt à proclamer ses droits en tant que travailleur en mobilité internationale au service de la société mère. C'est au moment de sa révocation en tant que dirigeant qu'il aura intérêt à bénéficier de la protection que lui procure son contrat de travail ou encore ceux découlant des engagements de son employeur en matière de RSE. « *Et, naturellement, les difficultés théoriques et solutions jurisprudentielles sont centrées sur cette hypothèse classique du cumul ou du non-cumul de deux statuts* »<sup>1577</sup>. Cela revient au

---

<sup>1576</sup> P. FIESCHI-VIVET remarque à cet effet que « Finalement, il manque un statut aux dirigeants de sociétés », P. FIESCHI-VIVET, « Des cas de non-cohabitation entre le contrat de travail et le mandat social », *RJS*, 1994, p. 12, spéc., n° 46, p. 19.

<sup>1577</sup> C. MALECKI, « Les dirigeants des filiales », *Revue des sociétés*, n° 3, octobre 2000, pp. 453-490, spéc. p. 453.

fait, que les différentes branches de droit ont chacune son raisonnement propre et se développent indépendamment des autres branches.

Les questions que suscite le contrat international du dirigeant d'une filiale rendent compte de cet état « *parce que cette situation est au centre d'interférences parfois peu heureuses entre le droit des sociétés et le droit du travail* »<sup>1578</sup>. Des incertitudes persistent par exemple sur l'incidence de la rupture du mandat social sur la continuité du contrat de travail. En droit français, « *le contrat de travail est fréquemment présenté comme une protection contre la révocation ad nutum voire comme le contournement de ce principe* »<sup>1579</sup>. Mais cette coexistence de statuts place le dirigeant davantage dans une position inconfortable »<sup>1580</sup>. Lorsque les deux contrats sont extrêmement liés, la cessation du contrat de mandat peut vider le contrat de travail de son objet<sup>1581</sup>. « *Dans ce cas la sanction n'est-elle pas inévitablement la nullité du contrat qui est celle non de la sanction de l'inexécution du contrat mais celle de la disparition par la révocation ?* »<sup>1582</sup>. Par ailleurs, en admettant que la révocation du mandat social peut se justifier par l'inobservation de la stratégie de l'entreprise notamment sa démarche RSE, on peut se demander si cette même faute pourrait constituer une « faute grave » de la part du dirigeant pris comme travailleur et justifiant par là même son licenciement.

## 2) L'interférence entre le pouvoir de direction économique et le pouvoir de direction du personnel dans les groupes de sociétés

**La qualification juridique confrontée à la réalité économique.** Les instruments RSE sont de nature à favoriser l'interférence des pouvoirs de direction économique et de direction des salariés dans un sens favorable au groupe ou réseau. L'appréhension de cette interférence par le droit suppose le recours dans de pareilles situations à la notion d'employeur de fait.

---

<sup>1578</sup> *Ibid.*

<sup>1579</sup> Voir dans ce sens, Cass. soc. 4 mars 1997, *Bull. Joly*, 1997, p. 661, note J.-P. Dom, *RTD com.*, 1997, p. 650, obs. B. Petit, Y. Reinhardt.

<sup>1580</sup> *Ibid.*, n° 6.

<sup>1581</sup> La Chambre sociale de la Cour de cassation française a admis, que le contrat de travail conclu entre le dirigeant de la filiale et la société mère ait pour *unique* objet l'exercice de fonctions sociales au sein de la filiale. Cass. soc., 2 oct. 1991, *JCP*, 1992, I, 3554, n° 1, obs. D. Gatumel ; Arrêt Moriaux, Cass. soc., 6 oct. 1993, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 76 ; Cass. soc., 20 mars 1996, *Bull. Joly*, 1996, p. 514 ; *RTD com.*, 1997, p. 114, obs. Y. Reinhard et B. Petit.

<sup>1582</sup> *Ibid.*

a) *L'interférence des pouvoirs favorisée par la RSE*

***Appréhension limitée de l'interférence des pouvoirs par le droit dur.*** En droit du travail, l'employeur est habituellement celui qui exerce le pouvoir de direction et de contrôle sur ses travailleurs. La direction comprend alors, toutes les décisions prises en vue de gérer l'entreprise et auxquelles le travailleur doit se conformer. Direction économique et gestion du personnel se confondent généralement. Cette situation se trouve bouleversée dans les entreprises transnationales. L'immixtion de la société mère dans le fonctionnement de la filiale peut s'étendre à la gestion du personnel notamment celui en détachement international. Cette situation est fréquente même en l'absence de contrat de travail entre le dirigeant d'une filiale et la société mère. Elle reflète l'effet de la stratégie adoptée en matière de gestion sur le contrat de travail. La dépendance managériale des filiales par rapport à la société mère est évidente. C'est son étendue qui risque d'affecter la situation des salariés.

Le droit tunisien ne régleme la question de l'immixtion de la société mère dans le fonctionnement de la filiale que sous son aspect commercial. « *Aucune conséquence n'est, par contre, établie au regard des obligations patronales lorsqu'il est établi que tel salarié - ou groupe de salariés - engagé par une filiale du groupe effectue, en réalité, sa prestation de travail pour le compte d'autres entreprises du même groupe de sociétés ou pour le groupe dans son ensemble, et non pas pour l'entreprise qui l'a recruté et dont le nom figure sur son bulletin de paye* »<sup>1583</sup>.

Parallèlement à ce vide juridique, la flexibilité des instruments de la RSE est de nature à favoriser ce phénomène d'interférence des pouvoirs de direction économique et de gestion du personnel. Mécanisme souple, « *la RSE tend à généraliser cet empiètement du pouvoir des sociétés-mères sur le pouvoir de direction des dirigeants des filiales, voire même à le formaliser. Pourtant, dès lors que ce pouvoir peut produire des effets sur la situation des salariés des filiales, la question se pose de savoir si ce pouvoir doit être considéré comme l'expression du pouvoir de direction du personnel ou comme celui du pouvoir économique* »<sup>1584</sup>. En raison de cette interférence, l'obligation de conformité aux instructions de l'employeur se trouve sensiblement bouleversée. Le travail dans un groupe international de sociétés est de nature à affecter les notions les plus certaines en droit du

---

<sup>1583</sup> H. KOTRANE, *50 ans après, plaidoyer pour un nouveau code du travail*, Institut Tunisien des Études Stratégiques, Tunis 2017, p. 114.

<sup>1584</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 236.

travail. La notion de subordination dans les groupes de sociétés évolue selon M. Supiot, vers une « zone grise ».

**Une situation confuse renforcée par la RSE.** La RSE est révélatrice du pouvoir indirect qu'exerce la société mère sur les contrats de travail conclus avec ses filiales. « *Ainsi, la signature d'Accords-cadres internationaux est-elle la manifestation du pouvoir de direction de la société-mère, laquelle est bien souvent seule signataire de ces accords* »<sup>1585</sup>. L'applicabilité des décisions prises par la société mère sur les contrats de travail conclus avec la filiale est ambiguë. D'abord, les salariés n'ont pas consenti à ces actes pris par la société mère. On ne peut adhérer à l'idée selon laquelle, ils sont pris en vertu d'une délégation du pouvoir de direction au profit de la société mère. Pareille délégation est interdite par la loi. Ensuite, cette dernière n'est pas partie au contrat de travail. Le contrat ne peut pas être multipartite. Par contre, la relation qu'il fait naître n'est pas seulement individuelle. Elle est parfois multipartite faisant intervenir d'autres parties autres que les contractants. Il est vrai que cette situation peut profiter au salarié en ce qu'il peut tirer des droits et des avantages des décisions prises au niveau de la société mère dans la mise en œuvre de sa démarche RSE. Mais, c'est au prix d'une déformation du pouvoir de direction chez l'employeur, que ces avantages peuvent être tirés.

**Les perspectives de solutions.** Pour donner une qualification juridique, à ce type de rapport, on est amené à interroger les institutions du for. « *Beaucoup d'éléments peuvent concourir, à cet égard, à accentuer l'imbrication des éléments d'organisation du travail : centralisation de l'embauche, de la gestion du personnel, travail en commun, mobilité à l'intérieur du groupe, etc* »<sup>1586</sup>. Ils peuvent servir de faisceau d'indices permettant de requalifier le contrat. Co-emploi, employeur de fait sont autant de pistes à exploiter. Elles confirment toutes que par l'effet de la régulation par RSE, on s'intéresse le plus à la réalité des rapports juridiques qu'à leur qualification juridique ce qui devrait être plus équitable.

- b) La réponse juridique à l'interférence des pouvoirs : la notion d'employeur de fait

---

<sup>1585</sup> *Ibid.* p. 237.

<sup>1586</sup> H. KOTRANE, 50 après, plaidoyer pour un nouveau code du travail, *op. cit.*, p. 114.

***L'apparition de la notion en droit.*** En droit français, la Cour de cassation a introduit la notion d'employeur de fait afin de tenir compte de la personne qui exerce réellement le pouvoir de direction et de contrôle à l'égard du salarié. Récemment, dans un arrêt du 30 janvier 2019<sup>1587</sup>, la Cour a fait usage de cette notion afin de garantir un droit fondamental pour le salarié, le droit à la non-discrimination. La Cour a affirmé ainsi, que « *l'employeur, tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, notamment en matière de discrimination, doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés* ». En l'espèce il s'agissait de chercher la responsabilité d'une association en matière de protection de la santé physique et mentale de ses salariés. Ce qui était spécifique dans l'affaire, c'est que les faits fautifs n'étaient pas causés par des salariés mais par des bénévoles qui n'apparaissent liés avec l'association par aucun lien de préposition ou de subordination hiérarchique. En déclarant l'association responsable, la Cour de cassation française lui a reconnu la qualité d'employeur de fait. Le bénévole, assimilé au salarié, devrait avoir la qualité de « préposé occasionnel » lorsque l'association exerce sur lui un pouvoir de surveillance et qu'elle lui donne des directives<sup>1588</sup>.

***Intérêt du recours à la notion.*** La notion d'employeur de fait, permet d'adapter le critère de subordination juridique et de rendre plus flexible l'exercice du pouvoir de direction. Appliquée aux entreprises transnationales, la notion d'employeur de fait, permettrait de retenir comme co-employeurs aussi bien la filiale, que la société mère ou toute autre société du groupe qui interviendrait dans son exploitation et dans la gestion de son personnel. Le pouvoir de direction est ainsi généralement exercé conjointement par la filiale, employeur de droit et la société mère, employeur de fait. Plusieurs indices peuvent contribuer à déclarer deux entreprises co-employeurs, dont des « confusion d'intérêts, d'activités et de direction »<sup>1589</sup>. La gestion conjointe du personnel est généralement associée à une interférence d'ordre commercial et financier.

---

<sup>1587</sup> Soc. 30 janvier 2019 n° 17-28.905, *D.* 2019. 261; *JA* 2019, n° 595, p. 10, obs. D. Castel; *RDT* 2019. 335, obs. P. Adam; *JS* 2019, n° 197, p. 8, obs. D. Castel.

<sup>1588</sup> Cette qualification a été déjà retenue par la jurisprudence française. Voir dans ce sens, Civ. 18 juill. 1967, *Bull. civ.* II, n° 266

<sup>1589</sup> Soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199, *D.* 2011. 382; *Rev. sociétés* 2011. 154, note A. Couret; *RDT* 2011. 168, étude F. Géa; *ibid.* 285, Controverse L. Draï et C. Pares; *JCP S* 2011. 1065, obs. P. Morvan. La Cour de cassation française a précisé dans cet arrêt, « qu'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction n'existe que dans le cas d'une confusion de fait des sociétés, laquelle conduit les salariés à travailler indistinctement pour le compte de l'une ou l'autre sans qu'il soit possible de déterminer laquelle est l'employeur ». Cette définition rigoureuse du co-emploi permet de limiter l'attraction des sociétés mères dans les litiges entre une filiale et un salarié de celle-ci. La position de la Cour de cassation française a été confortée à ce sujet dans un arrêt rendu par sa Chambre sociale en 2014 : Soc. 2 juill. 2014, n° 13-15.208 P, *Molex*, *D.* 2014. 1502; *ibid.* 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas; *ibid.* 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec; *Rev.*

***La loi applicable au co-emploi.*** bien que très utile, la mise en œuvre du critère du co-emploi dans un contrat de travail international, n'est pas évidente. Elle soulève une question délicate, celle de la loi applicable à la détermination de l'employeur. Récemment dans un arrêt rendu le 7 novembre 2018<sup>1590</sup>, la Cour de cassation française a eu à se prononcer sur cette question dans une affaire assez compliquée où la salariée était liée simultanément à deux employeurs par deux contrats différents soumis par des clauses de droit applicable, l'un au droit belge, l'autre au droit espagnol. Les deux employeurs étaient en interdépendance puisque l'employeur dans le premier contrat est la même personne qui représente la fondation espagnole, employeur, dans le second contrat. C'est ce qui soulevait à côté de la question du co-emploi, celle des contrats liés. Les juges du fond avaient retenu la qualité de co-employeur en application du droit français. Leur décision est cassée car selon la Cour de cassation, la question du co-emploi aurait dû être examinée au regard des dispositions des deux droits étrangers choisis par les parties dans les deux contrats. La Cour de cassation reste ainsi fidèle à sa jurisprudence qui décide que la reconnaissance de la qualité de co-employeur est soumise à la même loi qui régit la relation de travail<sup>1591</sup>. La question du co-emploi n'est pas donc une question factuelle. Elle ne soulève pas un problème de qualification résolu en application du droit du for. Il s'agit bien d'une question de droit. Elle touche plutôt à la substance des droits et relève donc, de la loi du contrat.

Seulement, la solution soumettant la qualification du co-emploi à la loi du contrat est parfois source de difficultés. C'est le cas notamment lorsque la loi du contrat est une loi étrangère qui ne reconnaît pas le co-emploi. La Cour de cassation française a connu une situation pareille dans une affaire où la loi américaine, loi du contrat ne connaissait pas la notion<sup>1592</sup>. En conséquence, la qualité de co-employeur de la société mère française d'un employeur étranger avait été refusée. D'une part, la solution peut être considérée simplificatrice, étant donnée, la variation des situations de co-emploi international. D'autre part, elle ne protège pas suffisamment le salarié dans la mesure où elle peut favoriser le forum shopping et parfois même la fraude ce qui remet en cause l'impératif de justice

---

*Sociétés* 2014. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; *RDT* 2014. 625, obs. M. Kocher ; *RCDIP* 2015. 594, note F. Jault-Seseke ; v. encore récemment Soc. 24 mai 2018, n° 16-18.621 P, *D.* 2018. 1159 ; *Rev. Sociétés* 2018. 604, note A. Couret.

<sup>1590</sup> Soc. 7 nov. 2018, n° 16-27. 692, *D.* 2018. 2192 ; *JA* 2018, n° 590, p. 12, obs. D. Castel ; *RDT* 2019. 127, obs. E. Pataut, *D. actualité*, 22 novembre 2018. 22, obs. F. Mélin.

<sup>1591</sup> Soc. 8 févr. 2012, n° 10-28.537, *Dalloz actualité*, 5 mars 2012, obs. C. Fleuriot ; *RCDIP* 2012. 576, note F. Jault-Seseke ; 13 janv. 2016, n° 14-18.566

<sup>1592</sup> Soc. 8 févr. 2012, n° 10-28.537 P, *D.* 2012. 560 ; *RCDIP* 2012. 576, note F. Jault-Seseke.

sociale. C'est ainsi, qu'un employeur étranger fictif peut dissimuler un employeur français réel.

En droit tunisien, la question du co-emploi renvoie à des situations différentes révélatrices de l'insuffisance de la réglementation actuelle. Une première catégorie de situations se rapporte à un transfert international frauduleux de travailleurs tunisiens auprès d'employeurs étrangers<sup>1593</sup>. Les travailleurs ainsi recrutés se trouvent généralement victimes d'exploitation, d'abus, ou encore de prostitution<sup>1594</sup>. « *Le mode opératoire consiste invariablement en une tromperie au recrutement depuis la Tunisie* »<sup>1595</sup>. Le ministre chargé de l'emploi a déclaré en 2018, la nécessaire élaboration d'une loi incriminant l'activité des bureaux d'emploi qui délivrent des contrats de travail fictifs<sup>1596</sup>. Au regard des principes d'ordre public, ces situations sont révélatrices d'actes d'esclavage moderne à l'image de ce qui a été retenu dans l'affaire Moukarim en droit français. Mais elles entraînent également une responsabilité civile. Le contrat n'était pas conclu directement avec l'employeur étranger. L'agence tunisienne de recrutement y avait intervenu en première étape. Il est à remarquer à cet effet, que le Code de travail tunisien est lacunaire sur ce point. Le travail intérimaire n'est pas bien réglementé en droit tunisien. Seule une qualification de l'agence tunisienne en tant que co-employeur permettrait de la responsabiliser. C'est parce qu'elle garde généralement un rapport avec le travailleur tunisien et est responsable de la fraude dont il est victime. Le Code de travail tunisien est lacunaire à ce sujet. Les relations triangulaires n'y sont réglementées que dans le cadre des « sous-entreprises de main d'œuvre »<sup>1597</sup>. Celles-ci constituent la deuxième catégorie de situations problématique parce que ne formant pas

---

<sup>1593</sup> Voir sur cette question, le rapport de l'OIT préparé par le service des principes et droits fondamentaux et le service de la migration de main d'œuvre, « Diagnostic sur le processus de recrutement des travailleurs en Tunisie », 2019, OIT2019, première éd. 2019, p. 5.

<sup>1594</sup> S. MEJRI, « Contrats fictifs de travail dans des pays du Golfe et des visas à des milliers de dinars ! De jeunes hommes et femmes tunisiens dans la tourmente de la prostitution et l'errance », 2016, [www.joumhouira.com](http://www.joumhouira.com), cité par Diagnostic sur le processus de recrutement des travailleurs en Tunisie, Organisation internationale du Travail, Service des Principes et droits fondamentaux au travail (FUNDAMENTALS), Service de la Migration de main d'œuvre (MIGRANT), Tunisie, OIT, 2019, p. 5, disponible sur :

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---ipec/documents/publication/wcms\\_737536.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_737536.pdf)

<sup>1595</sup> *Ibid.*

<sup>1596</sup> La déclaration du ministre chargé de l'emploi est consultable sur le site suivant : <https://www.espacemanager.com/des-bureaux-demploi-delivrent-de-faux-contrats-letranger-aux-tunisiens.html>

<sup>1597</sup> Titre II du Code, intitulé, « sous-entreprise de main d'œuvre ».



expressément des situations de co-emploi<sup>1598</sup>. Elles entraînent, par contre une co-responsabilité de l'agence intérimaire et de la société utilisatrice<sup>1599</sup>. La jurisprudence, a manifesté à ce sujet, son attachement à responsabiliser l'agence intérimaire, employeur de droit, parfois même fictif, et à écarter l'employeur réel, la société utilisatrice. Cette position est regrettable étant donné l'existence d'une subordination économique incontestable entre les salariés et la société utilisatrice<sup>1600</sup>. L'apport de l'ordre public social transnational aurait pu être considérable à ce sujet. C'est dans ce sens que M. Kchaw préconise de donner effet aux normes internationales du travail exigeant l'égalité de salaire entre travailleur permanents de la société utilisatrice et les travailleurs temporaires fournissant à celle-ci les mêmes services<sup>1601</sup>.

Afin de remédier à ces problèmes, une convention a été établie entre le gouvernement et l'Union Générale Tunisienne du Travail (UGTT) pour mettre fin à la sous-traitance dans le secteur public. En vertu de cette Convention, les administrations publiques ne sont plus autorisées à conclure ni à renouveler les contrats de sous-traitance. Par contre, dans le secteur privé, le recours à la sous-traitance persiste et a donné lieu à une jurisprudence parfois divergente prouvant l'insuffisance de la réglementation actuelle. Ainsi, dans un jugement rendu le 16/01/2005, le tribunal de première instance de l'Ariana considère le contrat de sous-traitance comme un contrat fictif visant à détourner la loi et à priver le travailleur de ses droits<sup>1602</sup>. Selon M. Mzid, dans ce type de contrat, l'entreprise utilisatrice vise à priver le salarié de la qualité de travailleur permanent. C'est ce qui justifie l'annulation par le juge du contrat fictif avec l'entreprise intérimaire et de constater l'existence d'un contrat à durée indéterminée avec l'entreprise utilisatrice<sup>1603</sup>. Les relations tripartites de

---

<sup>1598</sup> Voir sur ce sujet, H. LAAMOURI, « la question de la sous-traitance entre réglementation et négligence », *revue tunisienne de droit social*, n° 9, 2004, (article en langue arabe). Voir également H. LAAMOURI, « Le Code du travail et le développement économique et social à travers la conclusion et la cessation des rapports de travail », (article en langue arabe), in *Le Code du travail 50 ans après, Actes du colloque international « Cinquantenaire du Code du travail » -1966-2016 – Hommage au Doyen Mongi Tarchouna*, organisé les 27 et 28 avril 2016 à Tunis par l'Institut National du Travail et des Études Sociales de Tunis (INTES) en partenariat avec la Friedrich-Ebert-Stiftung Tunisie., p. 5-34, spéc. p. 10.

<sup>1599</sup> L'article 29 du Code de travail tunisien précise que « Le chef d'entreprise est responsable avec le sous entrepreneur de main-d'œuvre de l'observation de toutes les prescriptions de la législation concernant les conditions du travail, l'hygiène et la sécurité, la durée du travail, le travail de nuit, le travail des femmes et des enfants, le repos hebdomadaire et les jours fériés, à l'occasion de l'emploi, dans ses ateliers, magasins ou chantiers, de salariés du sous-entrepreneur, comme s'il s'agissait de ses propres ouvriers et employés et sous les mêmes sanctions »,

<sup>1600</sup> Arrêt de la Cour de cassation, civil, n° 6679-2013, du 20/02/2013.

<sup>1601</sup> M. KCHAW, « Conférences sur les normes internationales du travail », rapport au profit du BIT, Tunisie, avril 2016

<sup>1602</sup> Jugement du Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance d'Ariana, n° 18522 en date du 16/04/2005,

<sup>1603</sup> N. MZID, le rôle de la jurisprudence tunisienne dans le développement du droit du travail, pp. 44 s

sous-traitance ont été, par contre, reconnues par la Cour de cassation, dans un arrêt de 2008 sans que ces situations soient qualifiées de co-emploi et sans donner lieu à une co-responsabilité. C'est ainsi que la Cour a considéré que « le travailleur ne peut agir contre la société utilisatrice qui n'est plus son employeur, tant qu'il a consenti à la conclusion d'un contrat avec l'entreprise de sous-traitance »<sup>1604</sup>. La Cour a confirmé cette position plus tard, dans un arrêt de 2011<sup>1605</sup>. Il s'agit dans ces hypothèses d'une application large de l'article 15 du code qui prévoit un maintien du contrat de travail en cas de changement de la situation juridique de l'employeur. La liste des situations entraînant une pareille modification a été citée à titre indicatif dans l'article 15 ce qui a permis d'y rattacher différents autres cas.

En l'absence de texte tunisien réglementant le co-emploi en général, le juge tunisien peut se référer à l'article 117 du CSC qui traite des gérants de fait à côté des gérants de droit. Mais, il ne s'agit dans ce cas que d'une hypothèse bien spécifique de ce qu'on peut qualifier de co-emploi. Mais, en raisonnant par analogie dans un contrat de travail international régi par le droit tunisien, le juge pourra relever l'existence de co-employeurs lorsque ceux-ci exercent conjointement leurs pouvoirs de direction et de contrôle sur le salarié.

***Limites des notions et apport de la RSE.*** La notion de co-employeur ou d'employeur de fait est ainsi relativement intégrée en droit positif. La question qui se pose est celle de savoir en quoi la RSE aurait un intérêt en termes de justice sociale, si la *hard law* est capable d'encadrer l'interférence dans les pouvoirs de direction entre plusieurs sociétés et protéger sur cette base les salariés.

Pour répondre à cette question, il suffit de partir de trois observations. D'abord, il faut signaler la complexité des rapports entre les sociétés d'un même groupe ou d'un même réseau, la mobilité des travailleurs que ces structures suscitent et de dévoiler le flou qui entoure l'exercice du pouvoir de direction sur les salariés. Le recours à la théorie de la RSE est à cet effet d'un grand secours. Il permet de lever le voile de la personnalité juridique et de mettre l'accent sur la réalité des rapports entre la société donneuse d'ordre et les autres sociétés du réseau.

Ensuite, c'est en raison de ces rapports diversifiés et compte tenu de l'étendue du champ d'action de l'entreprise, que celle-ci doit assumer sa responsabilité sociale à l'égard de toutes ses parties prenantes, y compris celles avec lesquelles elle n'a pas de rapport direct.

---

<sup>1604</sup> Arrêt de la cour de cassation tunisienne, civil n° 13509 en date du 12/01/2008.

<sup>1605</sup> Arrêt de la cour de cassation tunisienne, civil n° 64731 du 05/12/2011.

Ceci suppose que soit spécialement pris en considération le périmètre du groupe dans lequel intervient l'entreprise. La théorie de la RSE fournit, à ce sujet, un cadre bien construit pour fonder une responsabilité étendue du groupe ou réseau, bien que cette responsabilité ne coïncide pas parfaitement avec la responsabilité au sens juridique.

Enfin la mise en œuvre de ce principe de responsabilité est source de difficultés pour le juge. Elle révèle les limites du droit à qualifier et à traiter des situations complexes, à cheval entre droit commercial et droit du travail. Remarquons à cet effet, que plusieurs termes utilisés dans les instruments RSE ne sont pas définis par le droit positif. Le terme « *activités* » est totalement inconnu et on ne peut savoir s'il s'agit d'objet social, de chiffre d'affaires... La notion de « *filiale* » semble cernée par diverses dispositions des articles L. 233-1 et suivants du Code de commerce (français) »<sup>1606</sup>.

**Nécessaire adaptation de la hard law.** L'évolution du droit des sociétés aussi bien en France qu'en Tunisie (notamment avec la reconnaissance des groupes de sociétés) n'est pas en mesure de suivre les transformations organisationnelles. De plus, la dissociation du pouvoir économique du pouvoir de direction des salariés n'est réglementée ni en droit commercial ni en droit du travail. C'est ce qui contraint le juge à forcer les catégories du for voire à les déformer afin d'identifier l'employeur dans les contrats de travail exécutés dans les structures économiques complexes. En droit français, la décision du tribunal des affaires de la sécurité sociale de Melun le 11 mai 2012<sup>1607</sup> est illustrative. Le tribunal a pu qualifier la société Areva, de co-employeur de fait de la société Cominak. En conséquence elle a été déclarée responsable de la maladie professionnelle subie par des employés de la structure nigérienne dont elle ne possédait que 34 % des actions et qui n'aurait pas pu être qualifiée de « filiale ». Selon le tribunal, les deux sociétés « poursuivaient en concertation, simultanément, indivisiblement et durablement une activité commune dans un intérêt commun, sous une autorité unique, qu'il s'ensuit que la société Areva NC paraît pouvoir être valablement regardée comme co-employeur ».

On constate alors que l'interférence des pouvoirs économiques et commerciaux des sociétés est de nature à produire des effets sur le contrat de travail. La responsabilisation des auteurs réels de la violation des droits des salariés est de l'essence même de la théorie

---

<sup>1606</sup> C. HANNOUN et S. SCHILLER, « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *RDT*, n° 7/8, juillet/août 2014, pp. 441-446, spéc. p. 445.

<sup>1607</sup> Tribunal des affaires de la sécurité sociale de Melun le 11 mai 2012, jugement du 11 mai 2012, dossier n° 10-00924/MN.

de la RSE. Sa mise en œuvre par le juge appelle à un raisonnement au cas par cas afin de relever l'importance des rapports entre les sociétés en question pour que celles-ci puissent être qualifiées de co-employeurs.

La *hard law* rejoint ainsi la RSE dans l'objectif de responsabilisation des sociétés notamment la société mère pour ses fautes inexcusables à l'égard des salariés du groupe. Les fondements de cette responsabilité peuvent être recherchés mêmes dans les engagements volontaires de l'entreprise.

Mais c'est « *au détriment des principes juridiques de structuration des groupes de sociétés* »<sup>1608</sup>, que cet objectif est réalisé par le juge. Il suffit de remarquer que « *la notion de co-employeur est devenue, pour la Cour de cassation, une baguette magique capable de transformer n'importe quelle société mère d'un groupe en l'employeur de l'une de ses filiales* »<sup>1609</sup>. L'adaptation des principes du for aux principes de la RSE appelle donc à des transformations.

## **§ 2 Redéfinition de la responsabilité juridique des contractants**

***Les termes du nouveau.*** C'est essentiellement la responsabilité de l'employeur qui se trouve renforcée par la RSE. Du côté du travailleur, ce n'est pas autant d'une nouvelle responsabilité que d'une nouvelle obligation que la RSE est porteuse.

### A) Renforcement de la Responsabilité de l'employeur

***Une responsabilité à deux sens.*** La reformulation de la responsabilité de l'employeur est en premier lieu la conséquence de l'admission du co-emploi. La RSE permet d'élargir le champ de la coresponsabilité au-delà des hypothèses envisagées par le droit du travail. Tout en conservant le principe d'une responsabilité personnelle de l'employeur, la RSE envisage une responsabilité collective de toutes les sociétés détentrices du pouvoir économique. Celles-ci sont généralement tenues d'un devoir de vigilance en raison de leurs relations d'affaires.

---

<sup>1608</sup> C. RONIN, « Faute inexcusable dans les groupes de sociétés : la responsabilité de la société mère retenue en cas de co-emploi », *Lamy droit des affaires*, novembre 2012, n° 76, pp. 88-91, spéc. p. 91.

<sup>1609</sup> P. MORVAN, « Co-emploi et licenciements économiques dans les groupes de sociétés : les liaisons dangereuses », *JCP S*, 2011, p. 1065.

1) Extension de la responsabilité aux entreprises du réseau : La coresponsabilité

**La co-responsabilité en droit positif.** En droit tunisien, la coresponsabilité est réglementée dans deux situations. La première se rapporte aux groupes de sociétés. Elle permet de retenir une responsabilité conjointe de deux filiales ou encore d'une filiale et la société mère en cas d'immixtion de l'une dans les actions de l'autre. Cette hypothèse est prévue par le Code des sociétés commerciales et ne touche pas spécialement à la responsabilité découlant du contrat de travail. La deuxième situation se rapporte aux hypothèses de mise à disposition de travailleurs par une sous entreprise de main d'œuvre c'est-à-dire une entreprise qui recrute des travailleurs pour les mettre à la disposition de ses clients. Elle est réglementée par les articles 28, 29 et 30 du Code de travail tunisien. La relation de travail qu'elle envisage est par nature une relation triangulaire. Or, le déploiement des relations internationales engendre deux formes essentielles de mise à disposition internationale celles de l'expatriation et celle du détachement, ce qui ne donne pas lieu toujours à une relation triangulaire. C'est « *le cas d'un salarié affecté à un établissement de l'entreprise employeur situé dans un autre pays que celui du siège social ou du principal établissement, ainsi que le cas du salarié affecté à une activité exercée par l'employeur sur un autre territoire mais sans destinataire étranger précis, autrement dit sans que se noue une opération triangulaire faisant intervenir une entreprise tierce* »<sup>1610</sup>.

Même en droit français, où différentes formes de prêt de main d'œuvre sont envisagées (le portage, l'intérim, le temps partagé, l'association intermédiaire ou encore l'entreprise de temps partagé), leur examen par la doctrine s'apprête plus à une approche théorique. Les études fournies ne rendent pas compte de la réalité des conditions dans lesquelles se nouent et s'exécutent les contrats de travail, ni de leurs effets sur les droits et obligations des parties<sup>1611</sup>.

**Le renforcement de la co-responsabilité dans le droit souple.** La mise à disposition des travailleurs par les groupements d'employeurs, est révélatrice, dans la pratique française, d'une tendance généralisée vers l'autorégulation. Ce sont essentiellement

---

<sup>1610</sup> R. VATINET « La mise à disposition de salariés », *Dr. soc.*, n° 6, juillet 2011, pp. 656-669, spéc. p. 658.

<sup>1611</sup> R. MARIE, « Vers une nécessaire redéfinition du droit de la mise à disposition », *JCP S* 2009. 1131 ; J.-Y. KERBOURC'H, « Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ? », *Dr. soc.*, n° 5, mai 2009, p. 530 ; R. Vatinet, « La mise à disposition de salarié », article précité, p. 656 ; M. Del Sol, « L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux », *JCP S* 2005. 1314 ; M.-L. Morin, « Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.*, n° 5, mai 2001, pp. 478-486.

les groupements d'employeurs qui élaborent des documents fixant le cadre de mise à disposition de leurs salariés. Est illustratif, à cet égard, le nouveau document intitulé « Conditions générales de mise à disposition de salarié » établi par les groupements d'employeurs multisectoriels du Grand Est, récemment structurés en un réseau baptisé « Procrest ». « *Il constitue un outil de gouvernance et s'inscrit dans la responsabilité sociale et environnementale. En effet, il s'agit d'un document dont la finalité est de faire œuvrer ensemble groupements et adhérents tout en offrant au salarié mis à disposition des garanties sociales* »<sup>1612</sup>. Le document régleme les différents aspects des rapports collectifs du travail mais aussi tout ce qui se rapporte à la relation individuelle de travail (détermination du lieu de travail de sa durée, détermination du salaire et des éventuelles majorations, modalité de calcul des heures supplémentaires). Ce texte de *soft law* présente l'avantage de régler des questions qui sont ignorées par la loi et qui nécessitent un accord entre le groupement d'employeur et l'entreprise d'accueil. Tel est le cas pour la programmation des sessions de formation des travailleurs et les hypothèses de « refacturation » de leur frais à la structure d'accueil. Les obligations des parties et leur responsabilité en matière de sécurité et de protection de la santé des travailleurs, ces deux questions sont généralement réglées suite à une analyse des risques.

Par un procédé de *soft law*, on permet aux entreprises de restaurer une certaine liberté dans la régulation du contrat de travail. C'est cette même liberté que le législateur européen cherche à instaurer en rattachant le contrat de travail au principe d'autonomie de la volonté. Seulement, les entreprises préfèrent mieux exercer leur liberté en édictant par elles-mêmes des normes de régulation de leurs contrats de travail qu'en choisissant une loi applicable. Celle-ci n'exprime que les attentions de son rédacteur.

***La complémentarité du droit souple et du droit dur en matière de co-responsabilité.*** Les normes résultant de l'autorégulation ont parfois une fonction complémentaire à la loi du fait qu'ils peuvent combler les éventuels vides juridiques. Le document établi par le groupement d'employeurs « Procrest » confirme cette idée. « *Inconsciemment, peut-être, ce document pallie l'absence d'un accord collectif national, voire régional, qui*

---

<sup>1612</sup> Caroline André, « De la mise à disposition des salariés par un groupement d'employeurs : approche pratique », *Dr. soc.*, 2019, pp. 130-140, spéc. p. 130.

*permettrait, certes, de doter tous les salariés des groupements d'un socle conventionnel minimum (95), mais aussi d'asseoir les droits et obligations des parties »<sup>1613</sup>.*

La régulation souple autorise une conciliation entre la norme et la réalité des circonstances d'exécution du contrat de travail. C'est ce qui permet une redistribution des responsabilités dans les réseaux d'entreprises en fonction de l'effectivité des pouvoirs exercés sur le salarié. C'est ainsi que, « *les démarches de RSE exercées par une société donneuse d'ordre, notamment les procédures de contrôle et les mesures correctives qui en découlent, peuvent être assimilées à l'exercice d'un pouvoir de fait pouvant entraîner une co-responsabilité aux côtés de l'employeur de droit* »<sup>1614</sup>. Les juges tunisiens sont appelés à en tenir compte afin de fonder la coresponsabilité dans les relations inter-entreprises même si la situation ne correspond pas à celle d'un groupe de sociétés. En droit français, ce raisonnement paraît plus simple à retenir. « *Les juges sanctionnent (déjà) des sociétés au titre du co-emploi s'il existe un lien de subordination entre les salariés de l'employeur de jure et l'employeur de facto, ce qui serait le cas, en dehors d'un groupe de sociétés, de salariés de sociétés sous-traitantes, se trouvant sous la subordination juridique de la société donneuse d'ordre pour l'exécution de leur travail* »<sup>1615</sup>.

Les instruments RSE édictant des mesures relatives aux conditions d'exécution du travail assortis parfois de mesures correctives sont révélateurs d'une nouvelle forme de subordination juridique. Celle-ci ne correspond pas à l'exercice d'un pouvoir direct sur les travailleurs. Elle résulte plutôt de l'existence d'un pouvoir d'influence sur les sous-traitants et partenaires même étrangers par la société pivot ou donneuse d'ordre. C'est ce qui se répercute nécessairement sur la question de la responsabilité.

### ***La concrétisation de l'idée de complémentarité dans l'affaire Rana Plaza.***

Certains accords-cadres internationaux prévoient des règles permettant de responsabiliser la société donneuse d'ordre des faits de ses sous-traitants notamment en cas de violation des droits sociaux fondamentaux ou encore en cas de licenciement. L'accord conclu au Bangladesh, dans le secteur textile, suite à l'affaire *Rana Plaza* est illustratif à ce sujet<sup>1616</sup>. Il

---

<sup>1613</sup> *Ibid.* p. 140.

<sup>1614</sup> M.-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 317.

<sup>1615</sup> *Ibid.*

<sup>1616</sup> En 2011, les syndicats bangladais et les ONG internationales ont initié un Accord sur la protection contre les incendies et la sécurité des bâtiments afin d'améliorer la sécurité au travail dans les usines bangladaises. En 2012, Tommy Hilfiger, Calvin Klein, et Tchibo étaient les premières entreprises à signer cet accord. Le 24 novembre 2012 a eu lieu la première tragédie au Bangladesh à savoir l'incendie de l'usine Tazreen suivie six mois après par la seconde tragédie celle de l'effondrement du Rana Plaza le 24 avril 2013. Une forte pression publique était alors, exercée sur les entreprises de textile produisant au Bangladesh. C'est ce qui incité à l'élaboration en mai 2013 de l'Accord sur la

constitue un outil indépendant de mise aux normes, des usines, des fournisseurs et des donneurs d'ordres dans le domaine du textile au Bangladesh, associant les travailleurs à sa mise en œuvre. L'accord instaure un système d'évaluation et d'inspection des conditions de sécurité dans les ateliers et usines par des inspecteurs de la sécurité recrutés sous le contrôle de l'OIT. A l'issue de l'inspection, des mesures correctives de financement des rénovations peuvent être décidées auxquelles sont impliquées les entreprises donneuses d'ordre. Celles-ci s'engagent également à demander à leurs sous-traitants la création de comités de santé et sécurité. L'Accord envisage ainsi une réorganisation des responsabilités entre les sociétés donneuses d'ordre et les sociétés sous-traitantes. Il prévoit une relocalisation des travailleurs aux cours des périodes de rénovation et de restructuration des usines.

L'Accord prévoit également que « les sociétés signataires exigeront que leurs usines fournisseuses qui sont inspectées au titre du programme maintiennent la relation d'emploi des travailleurs et les revenus réguliers durant toute la période pendant laquelle une usine (ou une partie d'usine) est fermée pour rénovations nécessaires afin que ces actions correctives soient menées à bien sur une période ne dépassant pas six mois. Le manquement à ces exigences est susceptible de déclencher une notification, un avertissement ou en dernière analyse la résiliation de la relation d'affaires »<sup>1617</sup>. En cas de licenciement de travailleur par suite d'une perte de commandes dans une usine, les sociétés signataires s'engagent à déployer des efforts raisonnables pour que le travailleur se voie offrir un emploi auprès de fournisseurs sûrs. Si nécessaire, ce recrutement doit se faire par le biais d'une collaboration active avec d'autres fournisseurs afin d'assurer un recrutement préférentiel à ce salarié<sup>1618</sup>. Un droit de retrait pour les activités dangereuses est également prévu dans l'Accord.

En tant qu'instrument de régulation hybride de la responsabilité sociale des multinationales, l'Accord Bangladesh est très significatif. Selon Mme Moreau, l'Accord montre qu'*« il est possible d'affirmer que l'engagement d'une entreprise transnationale sur un territoire pourrait être relayé par une combinaison d'actions engageant acteurs privés et acteurs publics, avec l'aide et*

---

protection contre les incendies et la sécurité des bâtiments au Bangladesh (Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh). L'accord a été conclu entre les syndicats internationaux *Industri ALL Global Union* et *UNI Global Union*, plusieurs syndicats locaux et les grandes marques internationales. Il a été renouvelé pour trois ans à partir de 2018.

Pour le texte de l'Accord, voir :

[https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/accord\\_sur\\_les\\_incendies\\_et\\_la\\_securite\\_des\\_batiments\\_au\\_bangladesh.pdf](https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/accord_sur_les_incendies_et_la_securite_des_batiments_au_bangladesh.pdf)

<sup>1617</sup> *Ibid.* p. 4.

<sup>1618</sup> *Ibid.*



*le moteur de l'OIT, pour créer un cercle vertueux d'amélioration des conditions de travail*»<sup>1619</sup>. D'après Mme I. Daugareilh, il constitue « *l'ultime évolution de l'autorégulation en vertu de la RSE* ».

La responsabilisation des entreprises transnationales des abus exercés par leurs fournisseurs s'est avérée nécessaire face à une législation sociale défailante au niveau local. A cet effet, l'Accord de Bangladesh « *est différent des accords mondiaux d'entreprise par le fait que son point d'ancrage n'est pas de gérer la protection des travailleurs à l'échelle transnationale mais sur un territoire précis où se concentrent des activités conditionnées par le contexte de globalisation* »<sup>1620</sup>.

On peut constater également, que la responsabilité qui résulte de l'application des instruments RSE ne se confond pas avec un régime particulier de responsabilité en droit. Elle se base plutôt sur une conciliation entre prévention et correction des dommages<sup>1621</sup>. En fait, « *la liberté inhérente au caractère soft de la RSE a ... permis aux normes de RSE de mélanger divers principes et fondements de responsabilité là où le caractère rigide du droit « dur » compartimente les régimes de responsabilité* »<sup>1622</sup>. On rompt ainsi avec « *une logique purement sanctionnatrice ou réparatrice liée au caractère individuel d'un fait ou d'un acte, illicite ou fautif* »<sup>1623</sup>. C'est ce qui s'exprime également par la mise en œuvre d'un devoir de vigilance à la charge des entreprises.

## 2) Le devoir de diligence

***Les fondements du devoir de vigilance en droit dur.*** La responsabilité développée dans les normes « souples » de la RSE trouve son fondement principal dans le devoir de vigilance. Elle est essentiellement orientée vers l'anticipation des risques contrairement à la responsabilité juridique qui suppose, généralement, pour sa mise en œuvre que le dommage soit déjà subi. Cependant, cette axiologie n'est pas absolue. La responsabilité résultant du devoir de vigilance n'est pas sans effets juridiques. La logique de prévention des risques trouve ses fondements dans des textes de droit « dur », bien qu'elle n'y soit pas bien définie.

---

<sup>1619</sup> M-A. MOREAU, « La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions » Recherche précitée, p. 61.

<sup>1620</sup> *Ibid.* p. 60.

<sup>1621</sup> L'idée de la complémentarité entre une responsabilité curative et une responsabilité préventive des risques répond à un besoin d'efficacité et témoigne du besoin de mobilisation des engagements éthique. Cette idée touche non seulement au domaine des droits sociaux mais aussi aux aspects commerciaux et financiers des actions des entreprises. Voir en ce sens pour le domaine financier, I. YOUSSEF, *L'intermédiation financière, étude comparée des droits américain, français et tunisien.*, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne et Université DE Carthage, 2012.

<sup>1622</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 516.

<sup>1623</sup> *Ibid.*

En droit positif, un devoir général de vigilance est mis à la charge de l'employeur. Il ouvre la voie à la sanction sur le fondement de la négligence. L'employeur est censé exercer ses obligations en bon père de famille. C'est ce qui découle en droit tunisien, de l'article 152-2 du Code de travail qui prévoit que « tout employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour la protection des travailleurs et la prévention des risques professionnels ».

***Extension du devoir de vigilance par des normes RSE.*** Dans les normes RSE, le devoir de vigilance se trouve renforcé et accentué en vue de mettre en place une logique d'anticipation efficace des risques. Différentes normes RSE consacrent cet objectif. Les principes directeurs des Nations Unies mettent à la charge des entreprises un devoir de diligence « raisonnable » afin de gérer les incidences négatives potentielles de leur activité sur les Droits de l'Homme. La mise en œuvre de ce devoir suppose que ces incidences potentielles soient traitées par des mesures de prévention ou d'atténuation des effets. Elle suppose également, que les incidences effectives -celles qui se sont déjà produites- fassent l'objet de mesures correctives<sup>1624</sup>. Le même devoir de vigilance est consacré par les Principes Directeurs de l'OCDE dans les différentes relations de l'entreprise notamment ses relations de travail.

***Les normes RSE inspirent le droit dur.*** En mettant le devoir de vigilance au centre de la responsabilité des entreprises, les normes RSE se prêtent à inspirer les normes de droit dur. Elles contribuent à détacher l'obligation de vigilance du droit de la responsabilité en mettant en valeur le principe de précaution et d'action préventive.

En droit tunisien et en l'absence d'un texte instaurant un devoir de vigilance à la charge des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre, il est très utile de mobiliser les normes de droit comparé instaurant ce devoir et de le faire prévaloir à l'égard de leurs filiales installées en Tunisie. Un exemple pratique est illustratif à cet effet. Il se rapporte aux filiales des entreprises allemandes, sises en Tunisie<sup>1625</sup>. En fait, une loi allemande récente régissant les devoirs de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement

---

<sup>1624</sup> Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, précités, principe 17.

<sup>1625</sup> S. BEN SEDRINE et M. AMAMI, « Projet de mise en œuvre de la loi allemande sur le devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement du secteur mécanique et électronique », *Friedrich-Ebert-Stiftung* Tunis – Tunisie, mai 2022.

(« *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* ») a été adoptée le 11 juin 2021<sup>1626</sup>. Le principal de ses dispositions entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Le devoir de vigilance qu'elle instaure à la charge des entreprises et de leurs filiales est une transposition des valeurs d'ordre public social transnational. La loi interdit notamment les discriminations, le travail forcé, et la violation des droits syndicaux essentiellement le droit à la grève. La loi allemande s'inscrit dans le cadre du principe de précaution et de gestion des risques.

En droit positif français, ce principe visait essentiellement les autorités publiques. Aujourd'hui, il est de plus en plus étendu au champ de la responsabilité civile. En 2013, deux propositions de lois ont été enregistrées en vue d'édicter une obligation de vigilance à la charge des sociétés multinationales. Elles s'inscrivent totalement dans une logique RSE par l'anticipation des risques. C'est dans ce sens qu'elles permettent « (d') envisager tous les incidents qui pourraient éventuellement perturber l'exécution d'un contrat, ou causer un dommage aux tiers, afin d'en prescrire les remèdes par anticipation »<sup>1627</sup>. L'objectif était d'établir un cadre législatif permettant de responsabiliser les grandes entreprises françaises des faits nuisibles de leurs sous-traitants. Les deux propositions ont été abandonnées. Ce n'est qu'en 2017 que les ambitions internationales de la responsabilité sociale des entreprises furent concrétisées par l'adoption d'une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>1628</sup>. Sans aller jusqu'à lui imputer les fautes de ses filiales, de ses sous-traitants ou fournisseurs, la nouvelle loi prévoit un « devoir de vigilance raisonnable » pour la société mère ou donneuse d'ordre. En conséquence lorsque le manquement à son obligation de vigilance est la cause du dommage, la responsabilité de l'entité de contrôle est engagée. Cela suppose que soit établi le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. La loi soumet ainsi, les sociétés donneuses d'ordre à un régime spécial de responsabilité. « *La méthode ... est originale, en ce qu'elle transforme une règle du droit commun en règle spéciale, ce qui pourrait d'ailleurs permettre de renforcer l'idée qu'il s'agit d'une véritable loi de police* »<sup>1629</sup>. En consacrant un devoir de vigilance pour une société autonome

---

<sup>1626</sup> Loi sur le devoir de vigilance des entreprises dans le but de prévenir les violations des droits humains dans les chaînes d'approvisionnement (loi LkSG), adoptée par le Bundestag, le 21 juin 2021, *Bundesgesetzblatt 2021 (Journal officiel)*, Section I, p. 2959 et s.

<sup>1627</sup> Propositions de loi n°1519 et n°1524, toutes deux relatives *au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 nov. 2013.

<sup>1628</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, n° 0074 du 28 mars 2017.

<sup>1629</sup> CH. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.*, n° 10, octobre 2017, pp. 806-818, spéc. p. 807.

juridiquement en raison de son pouvoir d'influence sur une autre société, on fait prévaloir la réalité et les valeurs éthiques suprêmes sur le principe de l'autonomie de la personnalité juridique. « *Par le contrôle qu'elle exerce, par la maîtrise financière qu'elle détient, par son pouvoir de direction, ou tout simplement par sa fonction de coordination des activités du groupe, la société mère est la mieux placée pour recueillir les informations cruciales pour l'identification des risques et leur traitement, d'une part, et, d'autre part, pour exécuter une politique intra-groupe, en l'occurrence, de prévention des risques* »<sup>1630</sup>.

La loi française de 2017 est illustrative de l'apport de la RSE dans l'appréhension des rapports de travail dans les réseaux transnationaux « *Par le symbole de responsabilisation qu'elle incarne, (elle apporte) une nouvelle pierre non négligeable au droit des groupes, tout en ouvrant la porte à une nouvelle forme de réparation des préjudices causés par les activités industrielles à leur environnement humain et naturel* »<sup>1631</sup>. La *hard law* se sert ainsi, de la *soft law* pour redéfinir ses régimes de responsabilité et donner des solutions juridiques conformes aux exigences de l'éthique. C'est ce qui ne peut que consolider la réalisation de la justice sociale en droit international privé du travail lorsque l'application du texte est déclenchée à l'occasion d'une mobilité internationale d'un travailleur.

Nous estimons nécessaire, l'intervention du législateur tunisien afin d'instaurer un principe de vigilance à la charge des sociétés mères et donneuses d'ordre. Ce cadre juridique permettra de responsabiliser les multinationales des actes de leurs filiales œuvrant sur le territoire tunisien. L'adoption de pareilles dispositions nécessite une volonté politique et la renonciation à une conception classique faisant du droit du travail un instrument d'attraction des investisseurs étrangers.

## B) Le développement d'un devoir d'alerte à la charge du travailleur

***Les dispositifs d'alerte à l'épreuve des exigences de l'ordre public social transnational.*** L'apparition des dispositifs d'alerte n'est pas liée à l'adoption de normes RSE. Plusieurs législations nationales notamment le droit tunisien et le droit français ont instauré des devoirs d'alerte à la charge des travailleurs. Néanmoins, ces dispositifs législatifs sont de teneur et d'étendue généralement limités, dus essentiellement à la territorialité de la

---

<sup>1630</sup> *Ibid*, p. 808.

<sup>1631</sup> *Ibid*. p. 817.

loi. Les entreprises ont trouvé dans la théorie de la RSE un terrain favorable à la consécration de ce devoir dépassant ainsi les limites de sa conception légales. Le devoir d'alerte se trouve ainsi renouvelé dans les codes de conduites entraînant une implication du travailleur dans la mise en œuvre des engagements sociaux de l'entreprise. Il en découle une responsabilité conjointe du travailleur et de l'employeur dans le respect des principes d'ordre public social transnational expression d'une éthique sociale. Il importe alors, d'analyser l'étendue de ce devoir tel que reformulé dans la RSE avant d'examiner les effets qu'il pourra engendrer.

### 1) L'évolution du devoir d'alerte

***La consécration législative des dispositifs d'alerte.*** Les dispositifs d'alerte ne sont pas totalement méconnus du droit tunisien et français. Ils sont consacrés dans plusieurs branches du droit et constituent un moyen de prévention des actes nuisibles pour l'entreprise<sup>1632</sup>.

En droit tunisien, l'alerte professionnelle est prescrite par l'article 152-3 du Code de travail tunisien. Aux termes de cet article, le travailleur est tenu d'aviser son chef direct de « toute défaillance constatée susceptible d'engendrer un danger à la santé et à la sécurité au travail »<sup>1633</sup>.

En dehors de cette hypothèse, aucun texte tunisien ne permet d'encadrer les dispositifs d'alerte professionnelle mis en place par les entreprises dans le cadre de leur démarche RSE. La loi adoptée en 2017 relative au signalement des faits de corruption et à la protection des lanceurs d'alerte, n'envisage que les dispositifs d'alerte externes<sup>1634</sup>. Elle instaure un dispositif d'alerte géré par une autorité administrative indépendante.

---

<sup>1632</sup> Il en est ainsi en droit tunisien par exemple pour la loi n° 95-34 du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques qui a instauré une procédure d'alerte. Celle-ci consiste, pour le commissaire aux comptes, à informer les dirigeants des entreprises de tout acte menaçant l'activité de l'entreprise qu'il a relevés à l'occasion de l'exercice de sa mission. Il en est de même en droit français pour Art. 36 et 37 de l'arrêté du 3 nov. 2014 relatif au contrôle interne ayant instauré un dispositif d'alerte dans les établissements de crédit et les entreprises d'investissement ; de même pour l'article 313-71 du Règlement général de l'autorité des marchés financiers qui a imposé aux sociétés de gestion de portefeuille la mise en place d'un dispositif d'alerte

<sup>1633</sup> L'article 152-3 du Code de travail tunisien.

<sup>1634</sup> C'est le fait de dénoncer les infractions commises aux autorités publiques compétentes. Sur la distinction entre dispositifs d'alerte interne et dispositifs d'alerte externe, voir, Hatem MANSALI, Boite à outils anticorruption, Outil relatif au Whistleblowing, article disponible en ligne sur :

<https://www.iace.tn/wp-content/uploads/2020/04/WHISTLEBLOWING-TOOL.pdf> p. 3.

En droit du travail français, l'alerte professionnelle peut découler de l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression. Mais, elle peut résulter également d'exigences législatives<sup>1635</sup>. Son objet porte essentiellement sur la protection des droits des salariés, leur santé physique et mentale ou les libertés individuelles<sup>1636</sup>. Un rôle important est mis à cet effet à la charge du délégué du personnel. Pour les faits préjudiciaux à l'entreprise ou les situations de travail précaires, le lanceur d'alerte est plutôt le comité d'entreprise<sup>1637</sup>. Par contre tous les salariés sont tenus d'un devoir d'alerte afin de préserver leur santé et leur sécurité ainsi que celles de toute autre personne concernée par leurs actes<sup>1638</sup>.

Dans tous les cas, la consécration législative du devoir d'alerte bien que variable d'un Etat à un autre fait que « *l'alerte professionnelle peut prospérer en dehors de la RSE. Mais la RSE peut aussi trouver un avantage dans les mécanismes d'alerte. C'est la raison pour laquelle plusieurs textes internationaux sur la RSE s'emparent de ce concept*<sup>1639</sup> »<sup>1640</sup>.

***Les transformations apportées au devoir d'alerte par implication des entreprises.*** Si les débats autour des dispositifs d'alerte ont pris de l'ampleur, c'est suite à l'adoption aux Etats Unis Américains, de la loi Sarbanes-Oxley appelée encore loi SOX<sup>1641</sup>. Cette loi a mis à la charge des sociétés cotées aux États-Unis, une obligation de mise en place d'un système de « *whistleblowing* »<sup>1642</sup> permettant aux salariés de rapporter de façon confidentielle et anonyme les informations dont ils auraient connaissance concernant les fraudes, les malversations comptables et les comportements contraires aux normes éthiques<sup>1643</sup>. Le dispositif d'alerte qui en découle est destiné à fonctionner même aux delà

---

<sup>1635</sup> C'est le cas notamment du devoir d'alerte fait au représentant du personnel par l'article L. 2313-2 du Code du travail français.

<sup>1636</sup> C'est ce qui prévoit l'article L. 2313-2 du Code de travail français

<sup>1637</sup> C'est ce que prescrit l'article L. 2323-50 du Code de travail français.

<sup>1638</sup> Cette obligation découle des articles L. 4131-1, L. 4131-3, L. 4131-4, L. 4132-1 et L. 4122-1, al. 1<sup>er</sup> du Code de travail français. Mais faut-il encore noter qu'« *il ne s'agit pas tant d'une obligation que d'un devoir du travailleur, aucune sanction n'étant prévue. Ce dernier est protégé puisqu'il peut exercer un droit de retrait mais surtout ne peut être sanctionné s'il a pu légitimement croire qu'il existait une cause de danger grave et imminent* ». M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 189.

<sup>1639</sup> R. DE QUENAUDON cite à titre d'exemple, l'« ISO 26 000, § 4.4. – PDOCDE (principes directeurs OCDE), p. 22. – *Adde* Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises, adopté par la France le 27 avr. 2017, § 1.6 » R. DE QUENAUDON, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, n° 36.

<sup>1640</sup> *Ibid.*

<sup>1641</sup> La loi Sarbanes Oxley, fait référence aux noms respectifs des deux sénateurs Paul Sarbanes et Michael G. Oxley à son initiative, a été adoptée par le congrès américain en Juillet 2002. L'adoption de cette loi est une réaction aux scandales financiers qu'ont connu les marchés financiers américains suite à des manipulations comptables au sein d'un certain nombre de sociétés cotées en bourse comme *World com*, *Enron*, *Imclone* et *Global Crossing*.

<sup>1642</sup> Cette expression est traduite en droit français par « alerte éthique » ou encore « procédure d'alerte ».

<sup>1643</sup> Le *whistleblowing* est défini « comme le fait, pour un membre d'une organisation (ancien ou actuel), de révéler l'existence de pratiques illégales, immorales ou illégitimes dont l'employeur a la maîtrise, à une personne ou à un

des frontières des Etats Unis Américains. Il peut être déployé par une entreprise étrangère cotée aux Etats Unis ou au sein de filiales d'entreprises américaines installées à l'étranger. Le devoir d'alerte a été par la suite consacré dans plusieurs législations de pays européens.

En Belgique par exemple, un code de gouvernance d'entreprise, dit « *Code Lippens* » a été établi par un groupe informel, dit « *groupe du Zoute* » travaillant sous l'égide de la Commission bancaire et financière et d'une Commission *corporate governance* belge. Le Code a fait l'objet d'une longue discussion sans issues à la Chambre et au Sénat. Finalement, il fut désigné par le Gouvernement comme le code de référence belge.

De même, au niveau européen, un « plan d'action » a été établi par la Commission européenne invitant les États membres à « désigner » un code de conduite de référence applicable aux sociétés cotées en bourse et fonctionnant sur le principe désormais fameux « *comply or explain* »<sup>1644</sup>.

On doit remarquer à cet effet, qu'en droit français, les premiers dispositifs d'alerte dans le cadre de la RSE, ont été introduits par les filiales des entreprises américaines soumises à la loi « SOX ». C'est en réaction à ce mouvement, que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est intervenue pour exprimer au départ son opposition catégorique<sup>1645</sup> pour changer par la suite de position et admettre la réception de déclarations portant entre autres sur les pratiques de discrimination ou d'harcèlement au travail<sup>1646</sup>. On remarque ainsi que *la hard law* est intervenue à posteriori pour encadrer les dispositifs d'alerte instaurés par les entreprises.

Dans un rapport établi par M. Antonmattei et M. Vivien au ministre français délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes, on a pu relever que « *dans l'immense majorité des situations examinées, c'est un support normatif unilatéral qui assure aujourd'hui la mise en place et l'organisation des alertes professionnelles : le plus souvent une charte d'éthique avec parfois*

---

organisme susceptible de remédier à la situation », définition fournie par J. NEAR, M.-P. MICELI, « *Organizational dissidence: The case of whistleblowing* », cité par Sandra Charreire-Petit et Joëlle Surply, « Du *whistleblowing* à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise », *Revue Management*, 2008/2 Vol. 11, p. 113 à 135, spéc. p. 113.

<sup>1644</sup> Commission des communautés européennes, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer », Bruxelles, COM (2003) 284 final, 21 mai 2003.

<sup>1645</sup> CNIL, Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005. Les dispositifs d'alerte professionnelle ont été considérés par la CNIL comme étant contraires à la loi française.

<sup>1646</sup> Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (décision d'autorisation unique n° AU-004).

*une insertion des clauses relatives à l'alerte dans le règlement intérieur* »<sup>1647</sup>. C'est ce qui pousse à s'interroger sur les effets d'une telle transformation dans l'exercice du devoir d'alerte.

## 2) Effets du devoir d'alerte

***L'effet extraterritorial des dispositifs d'alerte dans la RSE.*** Ce qui caractérise les dispositifs d'alertes insérées dans les instruments RSE est principalement leur vocation transnationale. « *De tels dispositifs, mis en place à travers des chartes éthiques ou des codes de conduite, permettent aux entreprises de se conformer à une loi tout en lui conférant un effet extraterritorial* »<sup>1648</sup>.

Ils profitent à toutes les parties prenantes de l'entreprise exploitant leurs activités en réseau. Pour les salariés en mobilité internationale en Tunisie, le devoir d'alerte peut découler des codes de conduite et chartes éthiques établis par l'entreprise employeur. La RSE est dans ce cadre d'une grande utilité en ce qu'elle permet de prévenir les faits nuisibles aux salariés exerçants sur le territoire tunisien. Le fait de relever les comportements qui pourraient porter atteinte à la santé, la sécurité et l'intégrité des salariés au sein des filiales sises en Tunisie, incite la société mère ou donneuse d'ordre de mieux contrôler ses filiales. En confrontant celles-ci à leurs engagements en matière de RSE, on parvient à les responsabiliser. Le salarié, victime des agissements illégaux pourra se prévaloir des informations relevées au moment de l'exercice du devoir d'alerte pour obtenir une indemnisation.

La RSE contribue ainsi, en fonction d'un fondement législatif étranger à mettre à la charge du travailleur international une obligation qui ne découle pas de la loi désignée par la règle de conflit. Le devoir d'alerte en question s'inscrit dans le cadre d'une justice sociale solidaire à la réalisation de laquelle contribuent aussi bien les travailleurs que les entreprises.

***L'effet du devoir d'alerte sur l'exercice du pouvoir patronal.*** Par la mise en place de la procédure d'alerte professionnelle, l'entreprise cherche à crédibiliser sa politique en matière de RSE. Du côté du travailleur, ce devoir « éthique » est, également, révélateur du rôle qui lui est attribué dans la mise en œuvre des chartes éthiques et codes de conduite établis par l'entreprise. Lorsqu'il est inscrit dans les instruments établis par une société mère,

---

<sup>1647</sup> P-H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, « Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », rapport précité, p. 35.

<sup>1648</sup> M-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 193.



le devoir d'alerte est généralement destiné à engager tous les travailleurs du groupe ou réseau. C'est ce qui entraîne une disparition de l'employeur de droit face à l'autorité du groupe.

***La nécessaire protection du lanceur d'alerte.*** En dépit des avantages que l'instauration d'un devoir d'alerte peut procurer aux salariés en permettant soit de prévenir soit de dénoncer les faits nuisibles, elle est entourée de certains risques.

D'abord, le salarié lanceur d'alerte a besoin de protection. C'est pour cette raison que les codes de conduites prévoyant un devoir d'alerte pour les salariés doivent fournir aux lanceurs d'alerte la protection nécessaire. Un contrôle est à exercer par le juge pour éviter que l'exercice de son devoir d'alerte ne soit détourné à son détriment.

En droit tunisien, la loi de 2017 relative au signalement des faits de corruption et à la protection des lanceurs d'alerte a instauré tout un dispositif de protection du lanceur d'alerte spécialement lorsque celui-ci est salarié. Aux termes de l'article 23 de la loi, « aucune sanction disciplinaire ni pénale n'est encourue par le lanceur d'alerte pour violation du secret professionnel ou pour manquement à l'obligation de réserve, si ces sanctions ont été prises à l'occasion ou suite au signalement ». De plus, une aide judiciaire et une aide juridictionnelle auprès du Tribunal administratif, sont accordée à tout lanceur d'alerte en ce qui concerne les procès intentés contre lui ou introduits par lui en rapport avec le signalement de faits de corruption, et ce, nonobstant les conditions requises pour en bénéficier. Le lanceur d'alerte salarié peut alors, bénéficier de l'aide judiciaire à l'occasion de l'action qu'il pourra intenter contre son employeur suite à une sanction disciplinaire décidée suite à un signalement.

En application de la loi de 2017, les signalements sont à relever à l'instance créée à cet effet, à savoir l'Instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption<sup>1649</sup>. Il revient à l'instance d'accorder par son initiative ou sur demande une protection au lanceur d'alerte<sup>1650</sup>. Outre l'assistance psychologique et juridique du lanceur d'alerte, l'Instance peut décider la mutation du lanceur d'alerte, sur sa demande ou après son consentement, de son lieu de travail, selon ce qu'exigent les nécessités de la protection<sup>1651</sup>. La décision de

---

<sup>1649</sup> La création de cette instance est prévue par l'article 130 de la Constitution tunisienne.

<sup>1650</sup> L'article 19 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi prévoit que « Le lanceur d'alerte bénéficie, sur sa demande, ou à l'initiative de l'Instance après son consentement, de la protection contre toute forme de rétorsion, de discrimination, d'intimidation ou de répression. Il est également protégé contre toute poursuite pénale, civile ou administrative, ainsi que contre toute autre mesure lui causant un préjudice matériel ou moral, si tout cela est survenu à l'occasion ou suite au signalement ».

<sup>1651</sup> Article 25-2 de la loi tunisienne de 2017 relative au signalement des faits de corruption et à la protection des lanceurs d'alerte.

protection peut en outre faire bénéficier le lanceur d'alerte de « la prise de toute autre mesure propre à prévenir tout préjudice professionnel, corporel ou moral au lanceur d'alerte »<sup>1652</sup>.

Par un raisonnement très original, les juges tunisiens ont fait application de la loi 2017, afin de protéger un salarié licencié suite au signalement d'actes de corruption pris par son employeur. Le jugement se rapporte à un conflit civil en paiement des échéances d'une dette à la charge du travailleur, qu'il n'a pas pu honorer suite à son licenciement. La Cour d'appel de Monastir, dans un arrêt de 2018, a décidé que la mise en œuvre de la législation nationale relative à la lutte contre la corruption autorise de faire bénéficier le requérant de la protection accordée aux lanceurs d'alerte afin de garantir ses droits et libertés<sup>1653</sup>.

L'arrêt est intéressant en ce qu'il fait une application particulière de la loi 2017 et étend la protection du travailleur lanceur d'alerte contre tout effet inhérent à la dénonciation de sa part d'actes de corruption, notamment la situation d'insolvabilité dans laquelle il peut se trouver suite à son licenciement.

Si la protection des salariés lanceurs d'alerte externe ne pose pas de problème en droit tunisien. Il n'en va pas de même pour l'alerte interne. En l'absence de solutions spéciales pour l'alerte professionnelle qui s'effectue au sein même de l'entreprise laisse floues les voies de protection du salarié lanceurs d'alerte. Serait-il, possible pour le juge tunisien d'étendre la protection prescrite par la loi 2017 au travailleur international lanceur d'alerte qui, en application d'un code de conduite ou charte éthique est tenu de relever à son employeur, les faits nuisibles à l'entreprise, dont il aurait connaissance. Il semble que le droit du for n'est d'aucun secours à ce titre. Ni les dispositifs d'alerte dans les entreprises ni la protection des lanceurs d'alerte professionnelle ne font l'objet de réglementation particulière en Tunisie.

Une intervention législative est primordiale à ce sujet afin d'encadrer les dispositifs d'alerte professionnelle mis en place par les entreprises notamment transnationales produisant en Tunisie. Le texte à adopter devrait, à l'instar de la loi française de 2007, instaurer le principe d'interdiction des représailles à l'encontre des salariés lanceurs d'alerte<sup>1654</sup>. En attendant que le législateur intervienne, nous recommandons aux juges

---

<sup>1652</sup> Article 25 *infra* de la loi tunisienne de 2017, *Ibid*.

<sup>1653</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Monastir n° 53131 du 12/10/2018, arrêt inédit.

<sup>1654</sup> En droit français, l'article L. 1161-1 du Code du travail introduit par la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, dispose qu' « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure

tunisiens de faire application directe des conventions internationales à l'instar de ce qu'a fait la Cour de cassation française avant l'introduction de l'article 122-9 du Code pénal français<sup>1655</sup>.

Dans un arrêt précurseur, la Cour de cassation française a assuré la protection d'un « lanceur d'alerte » en se référant à l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. Dans cet arrêt, la chambre sociale a censuré l'arrêt d'une cour d'appel ayant refusé d'annuler le licenciement d'un salarié lanceur d'alerte pour « manquement à l'obligation de loyauté ». En l'espèce, le salarié, directeur administratif et financier d'une association avait dénoncé au procureur de la République les agissements (susceptible de caractériser une escroquerie ou un détournement de fonds publics) d'un membre du conseil d'administration et du président de l'association. C'est ce qui a été qualifié par son employeur de faute grave et a donné lieu à son licenciement. L'arrêt de la Cour de cassation vient préciser à cet effet que « le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute ». Cette « immunité disciplinaire du lanceur d'alerte » ne dépend pas d'une éventuelle qualification pénale des faits dévoilés. « *Position raisonnable qui évite de faire dépendre la protection du lanceur d'alerte de sa maîtrise du droit pénal et de son long catalogue d'infractions. Une solution contraire aurait été incitation au silence face au risque d'affubler faussement d'un vêtement répressif le comportement dénoncé* »<sup>1656</sup>.

***Les effets pervers des dispositifs d'alerte.*** La mise en œuvre du devoir d'alerte risque de dévier de son objectif initial de lutte contre les comportements préjudiciaux. « *En effet, sous couvert de faire participer les travailleurs au respect des engagements de l'entreprise, c'est au*

---

discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

<sup>1655</sup> Cet article a été créé par l'article 7 de la Loi n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Aux termes de cet article, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* » Voir pour une première application de ce texte à un inspecteur du travail, Crim. 17 oct. 2018, n° 17-80.485, D. 2019. 101, avis R. Salomon, note L. Saenk.

<sup>1656</sup> P. ADAM, « Mon traître, ce héros, Soc. 30 juin 2016, n° 15-10.557, à paraître au Bulletin », RDT, n° 9, septembre 2016, pp. 566-568, spéc. p. 567.

*contraire au contrôle de leur comportement et de leur travail, que ces dispositifs peuvent conduire* »<sup>1657</sup>. D'un dispositif de contrôle interne au sein de l'entreprise, l'alerte professionnelle risque de se transformer en « *véritables outils de contrôle de l'activité des salariés* »<sup>1658</sup>. La mise en œuvre du devoir d'alerte par certains codes de conduite risque également de limiter la liberté d'expression du salarié appelé à ne pas divulguer les informations dont il a eu connaissance. La Chambre sociale de la Cour de cassation française a eu à censurer un code de conduite établi en application de la loi américaine « SAXO », pour avoir étendu les informations couvertes par son dispositif d'alerte au-delà des questions visées par la loi de référence<sup>1659</sup>. Ce phénomène prouve le nécessaire encadrement des instruments RSE par des normes législatives afin que leur contribution à l'instauration de la justice soit effective. La complémentarité entre droit souple et droit dur se trouve ainsi, réaffirmée.

---

<sup>1657</sup> M.-C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises Transnationales*, thèse précitée, p. 191.

<sup>1658</sup> François Barrière « Les lanceurs d'alerte », *Rev. sociétés*, 2017, pp. 191-197, spéc. p. 191.

<sup>1659</sup> Chambre soc. de la Cour de Cassation française, 08-12-2009, n° 08-17.191 (n° 2524 FP-P+B+R+I), *D.* 2010. 548, obs. L. Perrin, note I. Desbarats ; *ibid.* 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; *Rev. Sociétés*, 2010, p. 483, étude F. Barrière ; *RDT* 2010. 171, obs. R. de Quenaudon, *Bull. civ.* V, n° 276.

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

L'entreprise constitue une composante essentielle du contrat de travail. En droit interne, son implication en tant que partenaire social est considérable, attestée par le développement des sources professionnelles des normes de travail. Par analogie, Nous estimons qu'il est inconcevable d'imaginer un traitement socialement juste du contrat international de travail en dehors de toute contribution des entreprises. L'espace international, constitue d'ailleurs, un espace de prédilection de l'œuvre entrepreneuriale et parallèlement de la production normative privée.

L'apport des instruments RSE est incontestable dans l'instauration de la justice sociale. Ils constituent un palliatif aux insuffisances méthodologiques des mécanismes classiques du droit international privé orienté principalement vers la répartition des compétences entre normes étatiques. Leur mobilisation en vue de la résolution des conflits qui naissent dans les contrats internationaux de travail est très utile aussi bien pour les justiciables que pour les juges tunisiens. Elle doit résulter des engagements sociaux des sociétés mères et donneuses d'ordre ayant des filiales ou partenaires commerciaux implantés en Tunisie. Il en résulterait, une transformation des solutions quant à la qualification du contrat et la responsabilité des parties. Travailleurs et employeurs contribuent dans le contexte de la RSE à la mise en œuvre effective de droits sociaux, dans un cadre de solidarité sociale.

A cet effet, le rapport qu'entretiennent les normes RSE avec le droit dur doit être envisagé, sous un angle de communication interactive. En première ligne de ce schéma s'effectue une transposition des principes formant l'ordre public social transnational à travers le canal des normes interétatiques. Elle est suivie par leur appropriation et modélisation par l'entreprise ce qui permet de donner de l'âme à des valeurs abstraites et de les rendre adaptables au contexte de l'entreprise ou du réseau. Il en résulte une grande diversité de normes privées qui gravitent autour d'un socle de valeurs sociales transnationales.

La communication entre les normes RSE et le droit dur prend également une forme composite en mettant à la charge des filiales des obligations sociales ayant parfois, pour origine la loi étrangère régissant la société mère ou donneuse d'ordre. Cette mobilité

normative est de nature à réduire les effets du dumping social favorisé par la disparité des législations étatiques.

Néanmoins et pour une mise effective de cette œuvre normative au service de solutions sociales justes, il est indispensable de soumettre les normes RSE à un contrôle de légalité. Les risques de dilution des valeurs sociales internationales se trouve ainsi, écartés et la complémentarité enrichissante entre droit dur et droit souple affirmée

## CONCLUSION DU TITRE SECOND

L'ordre public social transnational se forme et se développe autour d'un noyau de valeurs sociales universelles qui doit s'imposer aux Etats, aux travailleurs et aux entreprises. En tant que concept, cet ordre public regroupe principalement les droits sociaux fondamentaux. Il trouve ses sources dans des textes supranationaux dont l'auteur principal est l'OIT. Son émergence est le résultat du développement des rapports sociaux internationaux et de la formation d'une « communauté internationale du travail ».

Pour sa mise en œuvre concrète, dans les conflits se rapportant aux contrats internationaux de travail, on peut avoir recours au mécanisme des lois de police, mais dans la limite des valeurs transposées dans l'ordre interne. Pour les autres valeurs non reconnues par le for, la méthode des lois de police s'avère inadaptée. Il va falloir, alors, instrumentaliser l'ordre public social transnational afin de garantir le respect des droits que certains Etats refusent de reconnaître pour une meilleure attraction des investisseurs étrangers. Au besoin de cette instrumentalisation, le juge tunisien spécialement est appelé à donner effet direct aux conventions internationales et aux Déclarations de l'OIT.

Il lui est également, recommandé de tenir compte des différents engagements sociaux adoptés par les entreprises dans le cadre de leur responsabilité sociale. Les instruments utilisés et les normes édictées dans ce cadre n'ont pas uniquement une valeur éthique et morale. Ils créent parfois de vrais engagements juridiques, impactent la qualification du contrat et la détermination de responsabilités.

L'importance de ces normes sociales est indéniable. Le droit international privé ne doit pas rester insensé devant ce phénomène. Au contraire, il peut en profiter, pour donner des solutions plus justes parce que la « la justice sociale n'est pas uniquement l'œuvre de l'Etat ». Mais, pour le faire, il doit faire preuve de renouveau méthodologique.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Afin d'intégrer une dimension sociale plus concrète et plus proche de l'idéal de justice sociale dans la détermination du droit applicable au contrat international du travail, il est nécessaire d'identifier les méthodes qui permettraient de dépasser les insuffisances de la règle de conflit. Pour le faire, il était indispensable d'explorer les voies nouvelles et renouveler les voies classiques.

L'intérêt des méthodes de correction classiques en droit international privé n'est pas douteux, mais il a manifesté ses limites en matière de contrat international de travail. Pour les lois de police, ces limites sont inhérentes à la nature même de la méthode et à son contenu substantiel. Le mécanisme étant par définition, un mécanisme d'exception, on ne doit y faire recours que pour mettre en valeur, les choix suprêmes et vitaux du for. Ceux-ci ne recourent pas nécessairement avec les valeurs sociales universelles touchant principalement à l'individu indépendamment de l'intérêt étatique.

Parallèlement, la méthode des règles matérielles internationales, bien que donnant des solutions adaptées à l'internationalité du rapport de droit, elles ne traduisent, en raison de leur sources interne qu'une conception nationale de la justice sociale, celle de l'Etat du for. Cette méthode aurait pu avoir plus d'intérêt si elle avait autorisé l'application directe des normes internationales du travail notamment celles qui sont les plus essentielles, se rapportant aux droits sociaux fondamentaux.

Ces droits fondamentaux qui font le cœur de toute théorie de justice sociale, participent au développement d'un ordre public social transnational ou réellement international. Ils doivent à ce titre, être respectés dans les contrats de internationaux travail indépendamment de leur ratification par la loi désignée par la règle de conflit.

Méthodologiquement, leur intervention peut se faire par application directe de la loi du for dans les seules hypothèses d'intersection entre l'ordre public social transnational et les lois de police du for, donc dans la limite de la reconnaissance des valeurs de cet ordre public par l'Etat du for.

En dehors de ces hypothèses, l'instrumentalisation de l'ordre public social transnational devient nécessaire. Elle nécessite un travail de construction méthodologique



qui peut être entamé en donnant effet direct aux textes supranationaux véhiculant des valeurs sociales universelles.

Cette construction, appelle aussi à une ouverture sur les nouvelles formes de production normative. Les entreprises auxquelles le droit dur impose le respect de règles impératives pour une régulation juste du rapport de travail, participent, dans le cadre de leurs engagements RSR, à la concrétisation des valeurs sociales universelles voir même à leur développement. Bien que la question de leur juridicité appelle à un travail de qualification, il est incontestable qu'elles impactent les solutions juridiques.

Ce dialogue entre réglementation publique et régulation privé est un terrain très propice à exploiter par le juge, notamment tunisien, au moment de la résolution de la question du droit applicable au contrat de travail, afin de donner des solutions socialement plus justes.

## CONCLUSION GENERALE

Placer la question de la justice sociale au centre de l'étude du conflit de lois commande une démarche particulière étant donnée la nature de l'objet étudié qui ne porte pas sur un concept prédéfini mais plutôt des représentations. Il a fallu alors, aux fins de sa confrontation à des mécanismes aussi techniques que ceux du droit international privé, chercher non pas sa réalisation, qui ne peut jamais être totale, mais plutôt sa perception.

Empruntée à la science de la psychologie, la perception permet de mettre le point sur la manière dont on prend connaissance d'une donnée. Elle correspond, ainsi, à une réception active consistant dans l'acquisition de l'information et son interprétation. La justice sociale étant par nature un ensemble pluridimensionnel de valeurs, l'analyse de sa perception par le droit international privé du travail était orientée au départ vers la recherche de ses composantes saisissables par la méthode conflictuelle. Le caractère indirect de la règle de conflit et le renvoi qu'elle effectue aux droits étatiques ont rendu, alors, la recherche de la justice sociale dans les différentes phases du raisonnement conflictuel assez complexe. Il était nécessaire d'interroger les critères de rattachements retenus, de vérifier le modèle de justice sociale qu'ils représentent dans les deux systèmes juridiques en comparaison et la projection que traduit ce modèle de l'état du droit du travail interne. Des réajustements étaient à ce stade recommandés essentiellement pour la solution tunisienne.

Cette démarche croisée circonscrite dans les limites méthodologiques de la règle de conflit, fait abstraction des mutations contextuelles qui affectent le contrat international de travail. Une remise en contexte était, alors, nécessaire afin de recentrer la résolution du conflit de lois dans le contrat international du travail autour de la justice sociale. L'objectif était de tracer les voies autorisant une perception plus dynamique et plus effective d'une justice sociale universelle, cognitive et participative dans le contrat international de travail, et ce, par mobilisation des différentes ressources normatives. L'impact empirique recherché était l'identification des palliatifs méthodologiques qui, sans se substituer au mécanisme de la règle de conflit, contribuent à son enrichissement et à la modélisation de la solution substantielle produite.

L'ensemble des constatations tirées et des propositions formulées aux différents stades du raisonnement peuvent être rapportées à deux conclusions principales : La

correction d'une perception limitée de la justice sociale dans le contrat international du travail passe par une révision des règles de conflits de lois (I) et l'évolution des solutions conflictuelles dans le contrat international du travail en faveur d'une justice sociale pluridimensionnelle demande une mobilisation des différents instruments normatifs (II).

### **I- La correction d'une perception limitée de la justice sociale dans le contrat international du travail passe par une révision des règles de conflits de lois**

La correction de la règle de conflit tunisienne exige en premier lieu la reconnaissance des deux valeurs essentielles sur lesquelles s'est fondée l'idée de justice sociale, celles de la liberté et de l'égalité. Ecartée jusqu'au là, parce que présumée être déformée et expression d'une liberté négative du côté du travailleur, la loi d'autonomie devrait être perçue comme alternative autorisant le salarié à améliorer la solution résultant d'un rattachement de proximité. Par la reconnaissance du libre choix du droit applicable, on corrige les déformations qui ont accompagné la transposition de la logique de l'ordre public social du droit du travail interne dans l'ordre international. Si dans l'ordre interne, le travailleur se réserve l'avantage d'améliorer la solution légale par voie contractuelle ou conventionnelle collective, il est plus cohérent de lui reconnaître une faculté parallèle dans ses rapports internationaux.

La conjugaison des valeurs de liberté et d'égalité dépend en deuxième lieu de leur articulation en fonction du principe de faveur, ce qui permettrait de contrecarrer les hypothèses d'une liberté fictive du côté du salarié sans pour autant défavoriser l'employeur dont l'autorité économique lui autorise un choix délibéré du lieu d'exécution et de la loi régissant le contrat. Le principe de faveur à introduire ne devrait pas être restreint voire anéanti par un rattachement alternatif à l'ordre public de la loi applicable à défaut de choix source de complications en droit français.

La nouvelle règle de conflit que nous proposons devrait comprendre, également, les garanties de sa mise en œuvre effective ce qui appelle à préciser que la loi applicable est celle qui résulte d'une comparaison analytique des lois désignées par les rattachements alternatifs. Une prédétermination de la méthode de comparaison permettrait d'éviter les éventuelles interprétations jurisprudentielles contradictoires à l'instar des hésitations qui ont eu lieu en droit français en application de la Convention de Rome. Les déviations

jurisprudentielles doivent être aussi, évitées au niveau de l'identification de la loi applicable à défaut de choix de droit par les parties. Celle-ci est principalement la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. L'identification de ce lieu devait être possible selon un critère législatif prédéfini limitant le recours au critère subsidiaire du pays de l'établissement de l'employeur qui n'est pas significatif et qui risque de favoriser les pratiques de délocalisation préjudiciables aux salariés.

En conséquence, et aux vues de l'ensemble de ces recommandations, nous proposons de reprendre intégralement l'article 67 du Code de droit international privé tunisien et de prévoir que :

« 1. Le contrat international de travail est régi par la loi choisie par les parties ou la loi applicable à défaut de choix. Le juge applique, pour chaque question litigieuse, la loi la plus favorable au salarié.

2. En l'absence de choix fait par les parties, le contrat est régi par :

a) La loi du lieu d'exécution habituelle du travail.

Le lieu d'exécution habituelle du travail est celui dans lequel ou à partir duquel, le travailleur s'acquitte du principal de son travail ;

b) Dans les cas où le lieu d'exécution habituelle du travail est indéterminable, le contrat de travail est régi par la loi de l'établissement de l'employeur ;

c) S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, c'est la loi de ce pays qui est applicable. ».

L'introduction du rattachement à la volonté dans l'article 67 renvoie à l'article 62 du même code quant au régime juridique du contrat de choix du droit applicable. Très lacunaire, ce régime appelle à des précisions multiples que le projet de réforme n'en a prévu que celle relative à l'admission de la volonté implicite. Les questions relatives à la validité du contrat de choix et de sa modification doivent être réglementées afin de garantir une intervention délibérée de la volonté et afin de prévoir les hypothèses d'invalidité du contrat en application de la loi choisie. Nous proposons à cet effet d'ajouter un deuxième et un troisième, nouveaux alinéas à l'article 62 prévoyant que :

« - Le contrat de choix du droit applicable est régi quant à sa validité par la même loi régissant le contrat principal.

- La validité du contrat de choix du droit applicable est indépendante de la validité du contrat au fond.

- Les parties peuvent, à tout moment modifier leur choix et désigner une autre loi pour régir leur contrat autre que celle qu'elles ont choisie auparavant. La modification du choix de la loi applicable intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 68 ».

A l'heure actuelle, l'intervention de la liberté en matière de compétence législative écartée par la règle de conflit de l'article 67 peut revêtir une forme indirecte par mobilisation des règles de compétence judiciaire. Trop libérale, l'admission des clauses attributives de compétence ne devraient pas être préjudiciable au salarié. Nous proposons à cet effet une révision de l'article 5-2 du Code de droit international privé tunisien afin de prévoir que :

« Les juridictions tunisiennes connaissent également :

2 – des actions relatives à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie, sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger.

Toutefois, une clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger ne prive pas le salarié de son droit de saisir les tribunaux tunisiens pour son contrat de travail exécuté en Tunisie ».

On limitera ainsi, le détournement des règles de compétence législative par le choix d'un for étranger et par là même de tout son système de droit international privé. Les pratiques de détournement des règles de compétence pourraient d'ailleurs, être sanctionnées par l'introduction dans le Code de droit international privé, d'une exception générale de fraude opérant dans les deux champs de compétence.

De plus, la recherche la justice sociale devrait se faire par une correction des mécanismes de droit international privé que de leur déformation. Nous invitons, à ce titre, les juges tunisiens à faire un usage neutre de la clause d'exception déchargé de considérations substantielles prévenant, de la sorte, le *lexforisme* et le favoritisme.

La correction que nous préconisons vise, au total, à garantir un équilibre entre les deux dimensions de la justice sociale, égalité par la proximité et liberté par l'autonomie de la volonté. Sa réalisation ne dépend pas uniquement du contenu de la règle de conflit. Elle est tributaire également de son statut et son autorité à l'égard du juge et des parties. Plus efficace en droit tunisien, notamment à l'égard du juge, ce statut ne nécessite que des aménagements pour une meilleure effectivité de la règle de conflit. L'admission de l'accord procédural par l'article 28 du Code de droit international privé doit, à cet effet, être

maintenue en tant qu'expression de volonté contrairement à ce que prévoit le projet de réforme du Code.

La révision préconisée des règles de conflit tunisienne et française relatives au contrat international du travail, toute essentielle soit elle, ne constitue qu'une étape de la démarche à suivre pour une adaptation de la réglementation conflictuelle aux valeurs sociales. Un élargissement du champ de la perception de la justice sociale nécessite une interprétation fonctionnelle des différents mécanismes de correction possibles et une exploitation des normes sociales de différentes natures.

## **II- L'évolution des solutions conflictuelles dans le contrat international du travail en faveur d'une justice sociale pluridimensionnelle demande une mobilisation des différents instruments normatifs**

Le principe de la répartition des compétences dans le règlement du conflit de lois incarne la question de la justice sociale dans les choix législatifs étatiques en dissociation par rapport à l'évolution du droit international public et par désintérêt au développement du droit non étatique. Sur le plan méthodologique, l'intégration de la dimension universalisante de la justice sociale demande des mécanismes de résolution des conflits de lois qui soient directs et substantiels. Il a fallu, à ce titre, exploiter en premier lieu les mécanismes de correction classiques de droit international privé. Toutefois, le résultat n'était que partiel.

Les lois de police constituent un mécanisme d'exception. Il est recommandé alors, aux juges tunisiens d'en faire une interprétation restrictive. Par contre, l'application des lois de police étrangères du lieu d'exécution du travail doit être garantie. Nous recommandons à cet effet, de reformuler l'article 38 du Code de droit international privé et prévoir que « Sont directement applicables, quel que soit le droit désigné par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison des motifs de leur promulgation. Le juge donne effet aux dispositions d'un droit étranger non désigné par les règles de conflit s'il s'avère que ce droit a des liens étroits avec la situation juridique envisagée et que l'application desdites dispositions est indispensable, eu égard à la fin poursuivie.

Dans les contrats internationaux exécutés à l'étranger, le juge fait application des lois de police du pays du lieu d'exécution

Le caractère de droit public de la loi étrangère n'empêche pas son application ou sa prise en considération ».

L'application ainsi recommandée des lois de police du lieu d'exécution a pour effet de dépasser la confusion longtemps opérée entre ordre public et lois de police, à l'origine du rattachement du contrat de travail à son lieu d'exécution. Elle a également pour effet de favoriser, dans ce pays, l'exécution des jugements tunisiens et d'assurer la coordination des systèmes.

Le palliatif méthodologique aux limites de la règle de conflit devrait également être recherché dans les nouvelles formes de règles matérielles de droit international privé intégrant une dimension transnationale tels qu'essentiellement les accords-cadres transnationaux. Les syndicats tunisiens sont appelés à la mise en œuvre effective, sur le territoire tunisien, des accords collectifs conclus notamment par les multinationales ou réseaux transnationaux reliés par des liens juridiques ou économiques à des entreprises sises en Tunisie. De même, l'Etat tunisien est invité à ratifier les conventions de l'OIT édictant des solutions matérielles internationales pour le travail des gens de mer<sup>1660</sup>, ce qui permettra de favoriser des solutions sociales universelles.

Cette aspiration à une justice sociale universelles appelle, d'ailleurs, à un retour aux sources internationales et une analyse des textes fondamentaux de droit international public édictant des normes sociales de *jus cogens*. Sur le plan substantiel, elles se rapportent essentiellement aux droits sociaux fondamentaux reconnus et défendus par l'OIT et repris dans multiples instruments internationaux. Ce consensus international autour de ce standard, dont la fonction essentielle est la régulation de la production normative étatique, traduit l'émergence d'un ordre public social réellement international ou encore transnational. En droit international privé du travail, il pourrait avoir le mérite de constituer le minimum social intangible à l'intérieur duquel sont freinés le *dumping* social et le *forum shopping*. Son instrumentalisation ne devrait pourtant pas être mécanique étant donné les interférences possibles avec les mécanismes du droit international privé, principalement les lois de police. Lorsque les valeurs d'ordre public social transnational ne se trouvent pas absorbées par les mécanismes classiques de droit international privé, les juges tunisiens et français doivent en faire application directe. Concrètement, les juges, notamment tunisiens,

---

<sup>1660</sup> Il s'agit essentiellement de la Convention n° 146 portant sur les congés payés annuels des marins et la Convention n° 166 sur le rapatriement des marins.

sont invités à donner effet direct aux conventions internationales qui en constituent les sources, afin de rendre les engagements sociaux de l'Etat tunisien plus effectifs dans les rapports privés.

En focalisant sur la fonction de régulation normative verticale assurée par l'ordre public social transnational, nous avons déduit une interaction active d'un autre niveau entre les valeurs formant l'ordre public social transnational et les normes sociales privées adoptées par les entreprises dans leurs démarches de responsabilité sociétale. Produites dans différents supports assouplis et négociés, elles ne se contentent pas d'une appropriation des valeurs sociales universelles. Elles participent plutôt à leur concrétisation apportant de la sorte des réponses enrichissantes à des questions de droit multiples qui ne sont parfois pas réglementées en droit du travail interne tunisien. Celles-ci sont relatives principalement à la qualification du contrat, à la délicate identification de l'employeur dans les réseaux d'entreprises et autres configurations managériales complexes et aux nouvelles formes de responsabilité inhérente au devoir de vigilance et à l'obligation d'alerte à la charge respectivement de l'employeur et du salarié. L'apport normatif incontestable des normes sociales RSE n'exclut pas, dans certains cas, leur justiciabilité. Leur analyse par référence à la théorie des sources du droit et la théorie générale du contrat était, en conséquence, nécessaire. Elle débouche sur des réponses variables en fonction de la nature de l'instrument et de son contenu substantiel. Mais, elle prouve, dans l'ensemble, une complémentarité intéressante avec le droit dur que les juges tunisiens doivent exploiter essentiellement dans les contrats internationaux de travail impliquant des entreprises tunisiennes œuvrant dans le cadre d'un réseau économique international. Ce n'est que par la mobilisation et l'exploration de la diversité normative qu'on pourra évoluer aussi bien le droit international privé du travail que le droit du travail interne.

L'enrichissement normatif mutuel devrait déboucher sur un comblement des lacunes du droit interne. A ce titre, nous recommandons l'introduction en droit tunisien de la notion de l'unité économique et sociale en vue de la reconstitution de la communauté salariale essentiellement dans les groupes d'entreprises et d'en prévoir les effets notamment quant à la représentation des salariés.

Nous proposons également, la réglementation du co-emploi, l'instauration d'un devoir de vigilance à la charge de l'entreprise et de ses partenaires économiques et d'un devoir d'alerte professionnelle à la charge des salariés. Nous trouvons de même



indispensable, le développement d'un cadre législatif de responsabilité sociale des entreprises rompant avec une perception défigurée de cette forme de responsabilité, telle qu'en témoignent les plans d'action formulés par les entreprises tunisiennes.