

Licenciement d'un cadre par un groupe international de sociétés : une nouvelle application de la Convention de Rome du 19 juin 1980

(à propos de l'arrêt *Ferwerda* contre Banque Nationale de Paris, Cass. Soc., 18 mai 1999) (1)

par Christine CHANSENAY, Docteur en Droit

Le contentieux de la rupture des relations contractuelles d'un cadre avec un groupe à dimension internationale trouve une nouvelle illustration dans l'arrêt *Ferwerda* rendu par la Cour de Cassation le 18 mai 1999 (2). La solution de cet arrêt s'inscrit dans une tendance repérée (3) de la Cour de Cassation à rationaliser sa jurisprudence face à la diversité des parcours individuels et des montages contractuels qui apparaissent dans les rapports entretenus par les groupes avec leurs cadres internationaux. Mais il apparaît que cette rationalisation peut conduire les juges à des solutions dont le caractère favorable au salarié est discutable, notamment parce que la Convention de Rome, appliquée en l'espèce, ne saisit pas l'unicité du travail d'un cadre au service d'un groupe de sociétés employeur.

L'espèce ici rapportée décrit la situation d'un cadre, M. Ferwerda, à la carrière en progression, longuement affecté par son employeur, la banque BNP, société mère de droit français d'un groupe de dimension internationale, dans sa succursale d'Amsterdam (de juillet 1977 à septembre 1983), avant de partir, de 1983 à avril 1987, à Singapour. A cette occasion, l'employeur avait conféré, par avenant, le statut de cadre assimilé à ce salarié, qui lui permettait de bénéficier « de la couverture sociale garantie par la Mutuelle de la BNP-Paris » et qui lui garantissait « le maintien de son poste, de son classement et de son salaire », l'intégrant ainsi à son réseau de salariés expatriés. Puis Monsieur Ferwerda gagne les Etats-Unis pour diriger la succursale new-yorkaise du groupe FABC lié à la BNP jusqu'en mai 1993, date à laquelle son contrat est rompu à l'initiative de la BNP-PARIS.

Les circonstances selon lesquelles le salarié est de nationalité néerlandaise, que le lieu d'exécution du contrat n'a jamais été la France et enfin que la rupture est intervenue aux Etats-Unis après six années d'activité passées à New-York, sont largement explicatives de la solution, partagée par la Cour d'Appel de Paris et par la Cour de Cassation, qui rejette le pourvoi, en faveur de l'applicabilité de la seule loi de l'Etat de New York, à titre de loi du lieu de l'exécution habituelle du travail.

Des demandes formulées par le salarié devant le Conseil de Prud'hommes, tenant à la contestation du caractère réel et sérieux du licenciement, aux moyens articulés dans le pourvoi, il ressort que le choix du salarié établi depuis six ans aux Etats-Unis d'ester en justice devant les juridictions françaises avait pour objectif d'obtenir le bénéfice des dispositions de la loi française, en vain. Monsieur Ferwerda a demandé au juge français de tirer les conséquences au plan de la loi applicable à la rupture de son contrat, de la nationalité française de son employeur, la BNP-PARIS, société-mère du groupe international BNP, qui a organisé sa carrière au sein du groupe pendant seize ans avant de prendre l'initiative de la rupture.

L'enjeu tient à ce que le calcul des indemnités liées à la rupture du contrat soit effectué sur la base des standards de la loi française, avantageux, notamment par la prise en compte d'une ancienneté au temps passé au sein du groupe dans son ensemble (seize années).

La question de la loi applicable à un contrat international de travail relève d'un domaine aujourd'hui largement investi par la Convention de Rome du 19 juin 1980 (4), qui organise son application aux contrats conclus postérieurement au 1^{er} avril 1991, date de son entrée en vigueur. En l'espèce, la date de la formation du lien contractuel entre les parties étant largement antérieure à 1991, l'application des règles de conflit de la Convention de Rome ne s'imposait pas et la réponse pouvait dépendre de la mise en œuvre des principes jurisprudentiels traditionnels du droit international du travail.

(1) *Droit Social*, décembre 1999, Act., p. 1110, note M.-A. Moreau, ci-après en annexe p. 504.

(2) Sur le pourvoi formé contre C.A. Paris, 8 octobre 1996, *Rev. jur. soc.*, 4/1997, p. 259, n° 386 et le commentaire de J. Deprez, même revue, p. 235.

(3) V. M.-A. Moreau, préc.

(4) Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, du 19 juin 1980, JOCE n° L 266 du 9 octobre 1980, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 415, JOCE n° C 27 du 26 janvier 1998 (version consolidée).

Mais il est vrai que la Convention de Rome a déjà inspiré les juges par le passé, soit à titre de *ratio scripta* (5), en tant que principe d'interprétation guidant le juge dans ses appréciations, ou bien de façon plus (6) ou moins (7) explicite. C'est à cette dernière tendance que se rattache l'arrêt ici commenté. En effet, l'attendu de rejet qui clôt le litige déduit de « l'absence de choix par les parties, d'une loi applicable », que « le contrat de travail du salarié était régi par la loi de l'Etat de New-York en tant que loi du lieu de l'exécution habituelle du travail ». L'ordre des énonciations adopté par la Cour de Cassation en l'espèce reprend celui du texte conventionnel (8), qui postule d'abord l'applicabilité de principe de la loi choisie par les parties, avant de poser comme critère de rattachement du contrat de travail international à un ordre juridique, celui de l'exécution habituelle du travail, reprenant ainsi le schéma offert par les articles 3, 6.1 et 6.2.a de la Convention de Rome.

Le premier moyen du pourvoi a également adopté une notion propre à la Convention en soutenant que les liens les plus étroits unissaient valablement le contrat de M. Ferwerda à la France, et justifiaient l'applicabilité de la loi française. Le critère des liens les plus étroits entretenus par une configuration contractuelle avec un ordre juridique appartient certainement à l'article 6 *in fine* de la Convention de Rome.

Ce sont donc largement les règles de conflit telles que conçues par la Convention de Rome qui ont encore trouvé ici un cas d'application implicite.

La Haute Juridiction résout un classique conflit de lois. La chronologie de la relation de travail de M. Ferwerda fait ici apparaître une caractéristique importante de ce conflit, qui tient non seulement à sa résolution dans l'espace mais aussi à sa résolution dans le temps et qui gagne une visibilité particulière lorsque la succession de longs épisodes de travail s'effectue au service d'un même groupe de sociétés, sous la direction constante de la société-mère du groupe. On parlera alors de mobilités successives du salarié dans le groupe.

La difficile prise en compte par la Convention de Rome de la dimension globale du contrat de travail conduit le juge à une reconnaissance limitée de l'unicité du contrat de travail avec le groupe employeur et de la réalité d'un groupe de sociétés au plan de la détermination de la loi applicable (I). En refusant de prendre en considération le critère d'applicabilité tiré des liens étroits qu'un contrat de travail entretient avec un ordre juridique, pourtant proposé comme solution, la Cour de Cassation confirme strictement la vocation subsidiaire de l'article 6 *in fine* de la Convention de Rome et décline l'ébauche du régime de celui-ci (II).

I.

LA DIFFICILE PRISE EN COMPTE DE LA DIMENSION GLOBALE DU CONTRAT DE TRAVAIL DANS UN CAS DE MOBILITE SUCCESSIVE AU SEIN D'UN GROUPE

Puisque la Convention de Rome implicitement est à l'œuvre, c'est à travers les mécanismes conflictualistes qu'elle impose qu'il convient de raisonner. La Convention de Rome traite spécifiquement, en son article 6, du contrat international de travail, mais, sur ce plan, les solutions qu'elle offre ne sont pas suffisamment nuancées pour saisir la diversité des situations pratiques. En matière de contrat de travail, le texte conventionnel distingue deux hypothèses : celle du travail exécuté habituellement dans un même pays ;

celle du travail qui n'est pas exécuté habituellement dans un même pays, c'est-à-dire le travail mobile.

Comme le suggère l'espèce ici rapportée, la question est de savoir si de longues périodes d'emploi dans plusieurs pays successivement au service d'un même groupe employeur constituent plusieurs phases de travail fixe ou si l'activité transnationale d'un cadre pour un groupe pouvait être assimilée à un travail mobile. L'intérêt de la question est que, dans la

(5) V. CA Paris, Wuetig c/ International Harvester, 27 novembre 1986, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, p. 314, note A. Lyon-Caen. Alors que la Convention de Rome avait été ratifiée par la France, mais n'était pas encore entrée en vigueur, faute de ratifications en nombre suffisant, la Cour d'Appel de Paris avait expressément visé ce texte comme reflétant des principes ayant reçus l'approbation formelle du législateur.

(6) CA Paris, 7 juin 1996, Boikov c/ Soc. Black Sea and Baltik general insurance company Ltd, *Rev. trim. Dr. eur.*, 1996, p. 785, note H. Gaudemet-Tallon ; JCP, 1997, éd. E, II, 955, note P. Coursier ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, p. 55, note M.-A. Moreau. Cet arrêt offre un exemple dans lequel la solution du litige a été explicitement fondée par l'application de la Convention de Rome. Pourtant, les auteurs ont relevé que le juge a voulu ignorer la première période de l'exécution du contrat en Russie, pour ne saisir les faits qu'à compter du début de l'exécution du contrat en France, postérieure au 1^{er} avril 1991. La Cour pouvait alors appliquer la Convention de Rome. V. les obs. de B. Saintourens (*JDI* 1997, p. 429, note p. 435), sur les évictions répétées de la loi russe, à quelque titre que ce soit, par la Cour

d'Appel de Paris, et la prise en considération volontaire d'un contrat ultérieur à celui qui avait initialement mis les parties en présence.

(7) V. J. Deprez, « Evolutions récentes des solutions de conflits de lois en matière de contrat de travail international », *Mélanges en l'honneur d'Henri Blaise*, *Economica*, 1995, p. 165.

(8) L'article 6.1 de la Convention de Rome reprend son article 3.1 et soumet le contrat international de travail au droit commun des contrats internationaux. Il pose comme premier critère de désignation de l'ordre juridique applicable à ce contrat celui de l'autonomie des parties. Mais cette orientation est rapidement encadrée par la disposition suivante, l'article 6.2, qui impose de considérer des rattachements objectifs propres aux relations de travail, tenant, selon les hypothèses distinguées par le texte, à l'exécution habituelle du travail (art. 6.2.a, qui maintient l'applicabilité de la loi du lieu de l'exécution habituelle du travail au cas du détachement temporaire du travailleur dans un autre Etat), à l'établissement d'embauche (art. 6.2.b, lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays), et enfin aux liens plus étroits que le contrat entretiendraient avec un ordre juridique (art. 6 *in fine*).

première hypothèse, les juges résolvent alors, sans le dire, ce que la doctrine appelle un conflit mobile (9), marqué par la modification successive de l'élément de rattachement principal, le lieu d'exécution du travail. Le critère de rattachement en définitive retenu par la Convention de Rome, le lieu de l'exécution habituelle du travail, ne porte pas la marque de la spécificité d'une relation de travail cohérente pour le compte d'un seul employeur, le groupe dans son ensemble. Dans la seconde hypothèse, l'existence de critères de rattachement spécifiquement dévolus aux cas de mobilités permet de désigner une loi applicable au contrat qui viendrait transcender la relation de travail dans son ensemble, parce que le critère de sa désignation est dégagé de toute référence au lieu de l'exécution du travail, par définition pluriel.

Les cadres d'appréhension de la mobilité internationale proposés par la Convention de Rome distinguent la mobilité substantielle et le détachement temporaire. De plus, que les parties aient entendu choisir une loi d'autonomie, sous l'empire de laquelle elles placent leurs rapports, ou bien qu'aucun ordre juridique n'ait été désigné à titre de loi d'autonomie, la Convention impose la recherche d'une loi *objectivement* applicable au contrat. L'hypothèse de la mobilité substantielle permet quelques comparaisons avec la solution de l'espèce commentée. L'article 6.2.b pose une règle de conflit spécifique au cas du travail mobile, lorsque « le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays », dans laquelle le critère de rattachement est « l'établissement qui a embauché le travailleur ». L'hypothèse visée par le texte tient essentiellement à des activités transnationales (10) qu'un salarié poursuit pour le compte de son employeur dans le cadre d'un même contrat. L'applicabilité de la loi du pays d'embauche au contrat est alors substituée à celle de la loi du lieu de l'exécution habituelle du travail. En effet, le critère tiré du lieu d'exécution du travail perd toute pertinence lorsque celui-ci est éclaté entre plusieurs pays. Le pays d'embauche constitue alors le point fixe de rattachement objectif du contrat. On conçoit que dans un cas de travail international dans un groupe, retenir le lieu d'embauche comme critère de rattachement puisse conduire à considérer le groupe comme

employeur en dégageant la résolution du conflit des localisations successives du travail (11).

Pour ce qui est ensuite du détachement du salarié, en vertu maintenant de l'article 6.2.a, la loi « applicable à défaut de choix » (12) est d'abord la loi en vigueur au lieu de l'exécution habituelle du travail, c'est-à-dire la loi du pays d'origine. Au prix d'une fiction juridique, cette loi demeure applicable même en cas de détachement temporaire (13) du salarié dans un autre Etat.

Si le détachement n'est pas temporaire, la loi de l'Etat d'expatriation devient à son tour la loi applicable à titre de *lex locis executionis*. Dès lors, le conflit de lois dans le temps est résolu par l'absorption du contrat par l'ordre juridique du second pays d'exécution du travail.

Ce sont donc à la fois l'éclatement spatial, mais aussi la dimension temporelle du conflit de lois qui sont saisis par les hypothèses du texte conventionnel, qui proposent des conséquences juridiques aux spécificités factuelles de la mobilité transnationale, du détachement temporaire ou non temporaire.

En l'espèce, c'est implicitement mais conformément à cet article 6.2.a de la Convention de Rome que M. Ferwerda, travaillant depuis six ans à New York, et pour une durée indéterminée, voit la loi de cet Etat applicable à son contrat, « en tant que loi du lieu d'exécution habituelle de son travail ». Est-ce à dire que la loi applicable au contrat, et à sa rupture, est la loi du pays dans lequel celui-ci s'est exécuté pendant les dernières six années d'une relation contractuelle inaugurée entre les parties quelques seize ans auparavant? La réponse est positive et réitère une solution déjà connue de la jurisprudence (14).

Cette jurisprudence obéit à la constatation de l'intégration de plus en plus complète du salarié dans la communauté de travail de cet Etat, voire du dernier Etat d'emploi comme le suggère l'arrêt ici rapporté. La solution ne manque pas d'être tranchée : peu important que le contrat de travail ait longuement uni le salarié et le groupe bancaire en plusieurs points du globe, la loi applicable à son contrat est la loi du dernier Etat d'emploi. Cette solution est accentuée par le refus de la Cour de Cassation d'accueillir la loi française à titre de

(9) V. E. Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse, Nanterre, 1993.

(10) Ont été proposés comme exemples celui de l'activité d'un V.R.P. international, celui du travailleur sur un chantier itinérant, voire celui de l'activité exercée hors de tout Etat sur des plates-formes pétrolières en haute-mer (H. Gaudement-Tallon, *Juris-Classeur Europe*, Fasc. 3200 (1996)), ainsi que celui des salariés des transports internationaux (G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 8^e édition, Dalloz, 1993).

(11) Faut-il encore, pour que cette solution apparaisse satisfaisante, que dans le déroulement du contrat de travail, cette loi continue de démontrer la pertinence de son applicabilité. En l'espèce, la loi néerlandaise, loi du pays d'embauche, est également la loi de nationalité du salarié. Mais celui-ci a préféré poursuivre l'applicabilité de la loi française.

(12) Mais, on le rappelle, également en présence d'un choix. La loi applicable à défaut de choix, telle que désignée par l'un quelconque

des critères d'applicabilité de l'article 6. (6.2.a ou 6.2.b) se doit d'être recherchée en tout état de cause, c'est-à-dire en l'absence, certes, de choix, mais aussi en présence du choix d'une loi, l'autonomie des parties ne pouvant priver le salarié du bénéfice des dispositions impératives de la loi « normalement applicable ».

(13) Le caractère temporaire du détachement s'entend d'une durée courte, fixée à un an renouvelable une fois, si le modèle que constitue le règlement CE 1408/71 de coordination des régimes de sécurité sociale est retenu, ou bien dépend d'une appréciation au cas par cas, qui privilégie l'idée de retour comme indicateur du caractère temporaire du détachement.

(14) V. Cass. Soc. 30 juin 1993, SA Carrefour c/ De Marchi ; Rev. Crit. Dr. int. pr., 1994, p. 323, note M.-A. Moreau ; JCP éd. E, 1993, II, 523, note Ph. Coursier ; Rev. jur. soc. 1994, p. 235, note J. Deprez ; D. 1994.83, note E. Moreau. Le contrat de M. De Marchi a été tout entier soumis au droit brésilien, ordre juridique de nouveau pays d'emploi, par lequel le contrat, initialement soumis à la loi française, avait été absorbé.

loi choisie par les parties et marque la déficience de la Convention de Rome à saisir plus finement le travail dans un groupe, qui supposerait, pour ce faire, que la globalité du travail pour le compte du groupe soit reconnue, dans un titre objectif d'applicabilité législative dégageant de toute référence au lieu du travail.

Certes, la jurisprudence française ne reconnaît pas le groupe comme employeur mais telles sociétés faisant partie du groupe. Mais antérieurement à la Convention de Rome, le juge a admis la conjonction ou la succession d'employeurs et a pris en compte par addition la totalité du temps passé au service des filiales pour en déduire l'ancienneté du salarié dans le groupe (15). Ainsi, la jurisprudence traditionnelle, par l'usage de la conjonction ou succession d'employeurs, par celui d'un faisceau d'indices pour désigner une loi applicable au tout, et par la mise à jour de l'intention commune des parties, avait souvent su tirer quelques conséquences favorables au salarié d'une telle configuration en imposant la réalité du groupe, du contrat initial jusqu'à la rupture (16).

Il apparaît que les rattachements objectifs de la Convention de Rome ne lui permettent pas de traduire les spécificités factuelles rencontrées dans les cas où l'évolution de la carrière d'un cadre emprunte la forme de périodes successives de travail dans des pays différents, éventuellement repérables à l'addition d'avenants. Ceci est avéré en particulier lorsque le juge, comme en l'espèce, dénie à un avenant la valeur de choix d'une loi d'autonomie implicite.

Ainsi un V.R.P. international que son contrat conduit à une exécution transnationale de son travail en Amérique du Sud, a vu la diversité spatiale de l'exécution de son travail et sa mobilité reconnues par l'application d'une règle de conflit spécialement articulée autour du lieu d'embauche (17). Aujourd'hui, la situation du salarié qui exécute son travail dans un pays, puis successivement dans un autre pays, etc., ne bénéficie, en vertu du texte conventionnel désormais en vigueur, d'aucun rattachement global, reflétant l'unicité de son emploi pour le compte du même employeur, indépendant de la localisation de ce salarié dans l'espace. Autrement dit, un cadre international n'est pas un cadre mobile au sens de la Convention de Rome.

Une possibilité de pallier la déficience des rattachements objectifs qu'ouvre la Convention consiste à mettre à profit l'articulation entre la loi objectivement

désignée et la loi choisie par les parties. En effet, l'autonomie apparaît comme le correctif subjectif éventuel des rigidités induites par les rattachements objectifs. Il y aurait alors place pour la prise en considération d'une loi indépendante des rattachements successifs dans l'espace, qui viendrait transcender la relation de travail dans son ensemble, du premier contact contractuel jusqu'à la rupture définitive entre le salarié et le groupe, surtout lorsque la rupture est imputable à la société mère du groupe.

L'articulation entre les deux lois tiendrait au respect des dispositions impératives de la loi objectivement désignée, combinées aux dispositions de la loi choisie. Faut-il encore que les parties aient volontairement placé leurs rapports sous l'empire d'un ordre juridique, dont idéalement le choix devrait être réitéré à chaque novation du contrat par nouvelle affectation, ou bien encore que le juge accepte de reconnaître un choix implicite. Le texte conventionnel ne s'oppose pas à la détermination d'une loi d'autonomie implicite, dès lors que « le choix (...) résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause » (18). La sécurité juridique impose alors de mettre à jour les indices qui détiendraient la valeur d'expression d'une volonté implicite mais certaine. Il apparaît, à la lecture de l'arrêt du 18 mai 1999, que l'avenant daté de septembre 1983, attribuant à M. Ferwerda le « statut de cadre assimilé » et le bénéfice de certains « avantages reconnus aux collaborateurs assimilés », dont une couverture mutualiste française, par la BNP Paris n'a pas été retenu par les juges comme valant désignation de la loi française comme loi d'autonomie. Sur ce point, l'arrêt commenté s'illustre par sa rigueur et ajoute peut-être un élément de sévérité supplémentaire à l'égard du salarié. Relevant que le bénéfice de quelques avantages de « collaborateur assimilé » accordé à M. Ferwerda ne pouvait s'entendre du bénéfice « de l'ensemble des droits découlant de la législation française ou de la convention collective du personnel des banques », la Cour de Cassation se range du côté d'une interprétation stricte de la volonté certaine telle que prévue par la Convention de Rome. D'une part, elle refuse toute qualification de faits en indices de loi choisie, qui, jusqu'alors, ont suffi à découvrir une loi d'autonomie implicite, par l'interprétation de la commune intention des parties (19). D'autre part, la Cour de Cassation rappelle que la désignation de l'ordre juridique français, à titre objectif ou subjectif, se

(15) La jurisprudence française avait fort justement imposé le calcul des indemnités de rupture au prorata du temps passé au service du groupe dans son ensemble, et non seulement pour le temps passé dans l'une quelconque de ses filiales. V. A. Lyon-Caen, La mise à disposition internationale du travailleur, *Dr. soc.*, 1981, p. 747.

(16) V. sur cette « heureuse jurisprudence », E. Moreau, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 319.323.

(17) V. Cass. Com. 9 novembre 1959, Lautier c/ Carton, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 556, note M. Simon-Depitre, arrêt dans lequel un faisceau d'indices conduit à la désignation de la loi française,

applicable à titre objectif, selon un sens assez proche de celui des liens étroits qu'un contrat entretient avec une loi qui figure dans la Convention de Rome.

(18) Convention de Rome, article 3.1.

(19) Cass. Soc. 28 octobre 1997, Société CIEC c/ Piriou, *Rev. jur. soc.*, 1/1998, n° 13, comm. J. Deprez, 4/1998, p. 251. Il est vrai que le salarié était de nationalité française, engagé en France par une société de droit français, pour exécuter son travail sur un chantier au Pakistan.

comprend de son ensemble, lois et conventions collectives incluses (20). La Cour de Cassation est soucieuse de ne pas faire un usage dispendieux de tels bénéfices.

Le troisième moyen du pourvoi tente une dernière fois d'obtenir l'applicabilité de la loi française au contrat en cause. Il fait valoir que les résultats de l'application de la loi de l'Etat de New York décidée par la Cour d'Appel seraient contraires à « *la conception française de l'ordre public international* », parce qu'ils sont moins favorables au salarié que les résultats de l'application de la loi française, applicable au regard de l'avenant d'autonomie déjà visé. C'est donc une exception d'ordre public au sens du droit international privé (21) qui a été soulevée par le pourvoi. Ce mécanisme permet au juge français, heurté dans ses convictions par le résultat auquel parviendrait l'application de la loi étrangère pourtant normalement applicable de faire jouer cette exception pour évincer cette loi et lui substituer la loi française, applicable alors au titre de sa vocation subsidiaire de loi du for. On peut en effet s'interroger sur les résultats de l'application du droit de

l'Etat de New York à la rupture du contrat de M. Ferwerda par comparaison aux règles françaises qui en disposent. De plus, encore une fois, l'application de la loi française, même à titre subsidiaire de *lex fori*, aurait peut-être permis de prendre en compte le travail au service du groupe, tel que le droit français sait le faire.

Néanmoins, une reconnaissance limitée du groupe s'opère ici par le jeu combiné des règles de compétence juridictionnelle et de la qualité, non contestée ici, d'employeur (et de défendeur) de la société mère du groupe, la BNP Paris (22), peu important que la loi new-yorkaise détermine les conditions du licenciement, voire, le cas échéant, le montant des créances patronales.

Enfin, le premier moyen a voulu faire valoir la voie ouverte par les dispositions de l'article 6 *in fine*, encore mal définie, faute de cas suffisants d'application. En refusant, non seulement de l'emprunter, mais plus encore d'en discuter l'opportunité quitte à l'exclure, la Cour de Cassation confine l'article 6 *in fine* dans sa vocation strictement subsidiaire.

II.

LA TENTATIVE DE SOLUTION : LA CONSIDERATION DES LIENS PLUS ETROITS ENTRETENUS PAR LE CONTRAT DE TRAVAIL AVEC UNE AUTRE LOI

Le pourvoi renvoie à la question du statut de l'article 6 *in fine* de la Convention de Rome qui propose un ultime critère de rattachement du contrat guidé par les liens les plus étroits qu'un contrat de travail entretient avec un ordre juridique.

L'intérêt du critère des liens les plus étroits est de permettre la désignation d'une loi globale, indépendante du lieu de travail, et saisissant dans son ensemble le travail pour le groupe.

L'objet du premier moyen tend à la mise en œuvre des dispositions finales de l'article 6, en renfort des critères d'applicabilité posés par la Convention de Rome.

S'agissant de contester la pertinence du seul critère tiré du lieu de l'exécution habituelle du travail, la première branche du moyen s'emploie à promouvoir la considération du lieu d'embauche « comme rattachement significatif », en faisant valoir l'inadéquation de la considération de la loi du lieu d'exécution du travail, « non prévisible et contingente », lorsque le salarié « est muté à l'étranger pour des périodes indéterminées ». Tentant une assimilation, intéressante, entre travail transnational et mobilité

successive dans le groupe, le moyen propose que le lieu d'embauche soit retenu en tant que l'élément fixe de cette relation contractuelle. Puis le moyen opère un glissement entre l'employeur qui a embauché le salarié (la succursale de la BNP à Amsterdam) et l'employeur global du salarié (la BNP Paris) qui a géré sa carrière et a procédé à la rupture. A l'aide d'un faisceau d'indices, le moyen mobilise alors le critère du siège social de la société mère, principal employeur, variante du critère du lieu d'embauche. La règle de conflit de l'article 6 *in fine* viendrait désigner la loi française en renfort de la règle de conflit posée par l'article 6.2.b de la Convention de Rome.

Toujours suivant l'argument que l'article 6 *in fine* détiendrait une valeur confirmative des solutions obtenues par le jeu normal d'une autre règle de conflit proposée par le texte conventionnel, la deuxième branche du moyen soutient que les indices factuels conduisant à la reconnaissance de la loi française à titre de loi d'autonomie cette fois (bénéfice du statut des collaborateurs français et de la couverture sociale mutualiste de la BNP) sont également constitutifs d'autant de liens étroits qui viennent renforcer la vocation de la loi française à s'appliquer.

(20) Cass. Civ. I, 5 novembre 1991, Société Masson c/ Lalanne Berdoutice, Bull. civ. I, n°293, qui pose le principe de l'unicité législative et conventionnelle du droit du travail dans l'ordre international et décide que « l'application du droit français emporte celle des conventions collectives qui en font partie ».

(21) Cass. Civ. I, 30 mai 1967, Kieger, D. 1967, p. 629, note Malaurie; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, p. 728, note Bourel; *JDI*, 1967, p. 622, note B. G.

(22) L'incidence de la nationalité française du défendeur, la société-mère du groupe BNP, et de sa qualité d'employeur se traduit par la compétence des juridictions françaises à connaître de ce litige.

Tout a été essayé dans ce moyen fourni et bientôt inopérant : la Cour de Cassation le rejette. Plus encore, le rejet, sans l'assortir d'un examen de ses éléments, vaut affirmation de l'inutilité d'une critique fondée sur le critère des liens étroits lorsque le rattachement objectif tiré du lieu de l'exécution habituelle est à l'œuvre. C'est bien le caractère subsidiaire de l'article 6 *in fine* qui apparaît dans toute sa rigueur et qui ouvre la voie à quelques remarques.

Introduite dans la Convention de Rome par la locution « à moins que », dont le sens porte à penser que le mécanisme est alternatif, la question des modalités d'application de cette alternative a été largement débattue par la doctrine. Les auteurs les plus attachés à la dimension protectrice du droit du travail (23) ont, en particulier, insisté sur la latitude qu'offrait au juge cette clause échappatoire, qui lui permettrait de s'émanciper (24) de la rigidité des critères de rattachement de la Convention de Rome, et de désigner, par le maniement d'un faisceau d'indices, une loi objectivement applicable, dont la pertinence est fondée sur l'étroitesse des liens pratiques qui l'unissent au contrat. Cependant, un auteur avait relevé que la présentation du texte de l'article 6 n'autorisait pas une telle interprétation (25).

D'une lecture exégétique du texte conventionnel, on doit retenir que, puisque disposition finale il y a, celle-ci clôture, non l'article 6 dans son entier, mais le seul paragraphe 2.b de l'article 6. La locution « à moins que » n'introduit pas un improbable article 6.2.c qui viendrait proposer un troisième critère objectif de rattachement, alternatif aux deux premiers. Dès lors, si la disposition finale ne vient compléter que l'article 6.2.b, elle ne doit être envisagée que lorsque « le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans le même pays », pour pallier une éventuelle inadéquation de la règle de conflit formulée autour du lieu d'embauche. La doctrine s'accorde à dire que cette hypothèse recouvre celle du travail mobile. Pourtant, l'intérêt de l'usage du critère des liens étroits dans une hypothèse de mobilité successive dans un groupe est de permettre de qualifier les interventions de la société mère dans la gestion de la carrière d'un salarié, jusqu'à la responsabilité de la rupture, de liens étroits. Le groupe serait reconnu par la qualité d'employeur de la société mère, conjointement avec la ou les filiales dans lesquelles le travail s'est exécuté, voire même par l'applicabilité de la loi du pays depuis lequel la carrière du salarié était supervisée.

Une telle interprétation repose sur une assimilation entre mobilité successive dans un groupe et travail mobile et ne constitue pas la voie empruntée par la Cour de cassation. Tant que l'article 6.2.b de la Convention de Rome sera cantonné à des hypothèses aussi restreintes que celles jusqu'ici proposées par la doctrine, « les solutions posées par la Convention (seront) plutôt en retrait par rapport au droit antérieur » (26).

On retrouve la conclusion qu'aucune règle de conflit de la Convention de Rome, y compris maintenant celle construite autour des liens les plus étroits, ne saisit véritablement la dimension du rapport de travail international au sein d'un groupe.

On peut le regretter. L'assimilation entre travail mobile et mobilité successive dans un groupe et l'utilisation de la disposition finale de l'article 6 de la Convention de Rome serait le correctif privilégié (27) du critère tiré de l'exécution habituelle du travail.

Plus avant, le refus de la Cour de Cassation d'envisager, ne serait-ce que pour l'écartier, le jeu de la règle de conflit tenant aux liens étroits que le contrat pourrait entretenir avec une autre loi, confirme la vocation subsidiaire de l'article 6 *in fine* et la prolonge en esquissant son régime. Dès lors que l'article 6.2.a reçoit application et conduit à la désignation de la loi du pays de l'exercice habituel du travail, la seule interrogation tient à l'expression éventuelle de l'autonomie des parties. Aucune considération tenant à des liens étroits ne pourrait influencer la résolution du conflit. Clairement, la Cour de Cassation exclut l'idée d'une alternative objective à l'article 6.2.a et renvoie l'article 6 *in fine* à sa vocation subsidiaire de complément du seul article 6.2.b.

Le caractère subsidiaire des dispositions finales de l'article 6 de la Convention de Rome était déjà affirmé, mais les modalités d'expression de cette subsidiarité n'étaient pas définies. L'arrêt *Ferwerda* contribue à leurs définitions dans un sens strict. Il faut se souvenir que la jurisprudence s'était enrichie d'un arrêt *Boikov* rendu en 1996 par la Cour d'Appel de Paris (28). Les juges du fond concluaient à l'applicabilité de la loi française au contrat de travail de M. Boikov. L'arrêt fondait explicitement ses solutions sur la Convention de Rome. Le droit français était applicable à titre de loi du lieu de l'exécution habituelle du travail en vertu expresse de l'article 6.2.a de la Convention, puis « en vertu de la disposition terminale de l'article 6 de la Convention de Rome ». C'est peut-être dans cette

(23) G. et A. Lyon-Caen, Droit social international et européen, 8^e édition, Dalloz, 1993, en part. n° 32 ; J. Deprez, Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international, *Dr. soc.*, 1995, p. 323 ; du même auteur, Evolutions récentes des solutions de conflits de lois en matière de contrat de travail international, Mélanges en l'honneur d'Henry Blaise, préc.

(24) P. Lagarde, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1991, p. 287, en part. n° 39 à 42.

(25) M.-L. Niboyet-Hoegy, *Juris-Classeur Droit International*, Fasc. 552-4.

(26) J. Deprez, *Mél. Henry Blaise*, préc., en part. p. 169.

(27) L'utilisation du critère du critère des liens les plus étroits joue comme correctif objectif, d'autant plus intéressant lorsque le correctif subjectif, l'autonomie implicite des parties, a été écarté par le juge.

(28) CA. Paris 7 juin 1996, préc. *supra* note 6.

utilisation conjointe par la Cour d'Appel de Paris de l'article 6.2.a et de la disposition finale de cet article que le moyen du pourvoi de M. Ferwerda a trouvé son inspiration. L'arrêt *Boikov* inscrivait dans le droit positif une solution qui conduisait à penser que l'article 6 *in fine*, outre son caractère subsidiaire, ou bien peut-être pour mettre celui-ci en œuvre, détenait en plus une vocation confirmative d'un titre d'applicabilité législative, le second venant en renfort du premier. Cette interprétation est, à notre sens, aujourd'hui exclue à la lecture de l'arrêt *Ferwerda*. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide que le caractère subsidiaire de l'article 6 *in fine* ne comprend aucune vocation confirmative. De façon rigoureuse, l'arrêt *Ferwerda* éclaire le régime de l'article 6 *in fine* dans un sens restrictif de sa portée, et conforme à une lecture exégétique de l'article 6 dans son ensemble.

On ne peut dénier à cette rigueur, source de prévisibilité, le mérite de concourir à la sécurité juridique. Mais, ce sont, en partie, des considérations de sécurité juridique qui avaient conduit, par le passé, les applications de la règle de conflit spécifique au contrat international de travail, à se rigidifier (29) et à produire des solutions décevantes (30). Si l'interprétation de la Convention de Rome devait se poursuivre suivant l'esprit de l'arrêt *Ferwerda*, la prégnance du lieu d'exécution habituelle du travail comme critère majeur (31) de désignation de la loi applicable à un contrat international de travail conduirait à des déceptions comparables.

Mais l'impression de rigueur qui se dégage de l'interprétation par la Cour de Cassation des dispositions de la Convention de Rome est tempérée par le rappel que le salarié n'a jamais intégré la communauté de travail française. Dans le même sens, la solution aurait-elle été différente dans l'hypothèse de la nationalité française du salarié ? Si l'internationalisme qui préside à la matière peut être sensible à la nationalité française ou étrangère du salarié (32), mais aussi à l'intégration du salarié dans la collectivité de travail française (33), il faut aussi remarquer, en général, qu'un cadre dirigeant a moins

besoin de la protection de dispositions sociales impératives ; en particulier, un cadre néerlandais, dirigeant d'une succursale américaine, certes au bénéfice d'un groupe de souche française, même licencié par la société mère du groupe bancaire, et dont la carrière ne s'est jamais déroulée en France, a peu à voir avec la collectivité de travail française que le droit du travail, dans sa vocation première, organise.

La conclusion est difficile. La Convention de Rome porte l'ambition d'une unification des règles de conflit appliquées en matière contractuelle par les juges des Etats parties à la Convention. A l'heure actuelle, l'interprétation unifiée de ces règles n'est pas assurée (34). Il revient à chacun des juges nationaux de mettre en œuvre les règles issues du texte conventionnel.

Faut-il souhaiter que l'interprétation de la Convention de Rome par les juges français soit différente à l'égard d'un salarié français, ou ayant travaillé en France, et que les liens qui unissent le salarié à la société mère du groupe, gestionnaire de sa carrière, soient autant de liens étroits conduisant à la désignation d'une loi applicable à l'ensemble de son travail pour le compte du groupe ? Ceci pourrait constituer une première étape.

Il serait préférable que la solution vienne enfin de la Cour de justice lorsque cette juridiction sera compétente pour interpréter le texte de la Convention de Rome, en espérant qu'alors l'interprétation de la notion de travail mobile ne se borne pas aux hypothèses étroites jusqu'ici présentées par la doctrine (35).

Indirectement, c'est le groupe qui y gagnera une reconnaissance.

Il reste, qu'une fois encore, sécurité juridique et vocation protectrice du droit social international entretiennent des rapports d'opposition, qu'il appartient au juge, national ou, peut-être, communautaire, de nuancer vers une conciliation des intérêts en présence.

Christine Chansenay

(29) La position cardinale et les conséquences malheureuses de l'emploi exclusif de la loi du lieu d'exécution du travail au cœur des règles de conflit du système jurisprudentiel français avaient déjà été dénoncées par la doctrine. V. P. Lagarde, Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, 1989, p. 83.

(30) V. pour exemple Cass. Soc. 6 novembre 1985, Cie française de l'Afrique occidentale c/ Garnier, Rev. Crit. Dr. Int. pr., 1986, p. 502, note P. Lagarde.

(31) V. en ce sens, B. Audit, Droit international privé, Economica, 1991, 3^e édition, 2000.

(32) La jurisprudence laisse souvent penser que le maniement des règles de conflit obéit à une fonction protectrice par la loi française du salarié, français, ou du salarié ayant travaillé en France.

(33) V. la solution de l'arrêt *Boikov*, préc., qui témoigne de la volonté de la Cour d'Appel de Paris de rendre la loi française applicable à un salarié de nationalité russe au service d'une société de droit britannique, dont le contrat de travail ne s'était déroulé que deux années en France.

(34) Les deux Protocoles de 1988 (JOCE n° C 27, 26 janvier 1988, p. 47) concernant l'interprétation par la Cour de Justice des Communautés Européennes de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ne sont pas encore en vigueur.

(35) V. les exemples cités note 10 supra.

ANNEXE

LICENCIEMENT – Groupe de sociétés – Mise à disposition d'une filiale à l'étranger – Licencement – Loi du lieu d'exécution du contrat – Obligations de la société mère.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)
18 mai 1999

Ferwerda contre Banque Nationale de Paris

Sur les trois moyens réunis :

Attendu que M. Ferwerda, de nationalité néerlandaise, a exercé, à compter du 15 juillet 1997, les fonctions de « chef de département du marché des changes » à la succursale de la Banque Nationale de Paris (BNP) à Amsterdam ; que le 22 septembre 1983, il a bénéficié du « statut de cadre assimilé » réservé aux cadres exerçant leurs fonctions dans « les réseaux extérieurs » de la BNP et a été affecté, en cette qualité, à la succursale de la BNP à Singapour, puis à celle de New-York ; que la BNP a mis fin à son contrat de travail le 18 mai 1993 ; qu'il a engagé devant le Conseil de Prud'hommes une instance contre la BNP pour obtenir, notamment le paiement des indemnités de rupture et de dommages-intérêts, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sur le fondement de la loi française et, à titre subsidiaire, le paiement de dommages-intérêts soit sur le fondement de la loi néerlandaise soit sur celui de la loi américaine ;

Attendu que M. Ferwerda fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 8 octobre 1996), d'avoir décidé que la loi américaine était applicable et de l'avoir débouté de ses demandes, alors, selon le premier moyen, que premièrement, la loi applicable au contrat de travail est celle avec laquelle le contrat présente les liens plus étroits et les plus significatifs ; que la loi applicable ne doit pas être arbitraire ou contingente et laisser le salarié dans l'incertitude des garanties auxquelles il a droit ; qu'ainsi lorsqu'il entre dans la mission du salarié d'être muté à l'étranger pour des périodes indéterminées, sans connaître le lieu des mutations, la loi applicable est celle du lieu d'embauche, cette loi étant la seule prévisible, déterminable et présentant le rattachement le plus significatif ; qu'en l'espèce, il est constant, et la Cour d'Appel le relève, que M. Ferwerda avait le statut de cadre affecté au réseau extérieur de la BNP, ce qui impliquait des mutations à l'étranger ; qu'en considérant que la loi applicable au contrat de travail était celle, non prévisible et contingente, du lieu d'exécution du contrat, et non pas la loi du lieu d'embauche, la Cour d'Appel a violé l'article 3 du Code Civil ; alors que, deuxièmement, la loi applicable au contrat de travail est celle du lieu qui présente le rattachement le plus significatif au contrat ; qu'ainsi, lorsque les conditions d'embauche, de carrière et d'extinction du contrat de travail sont établies par une société employeur et que le salarié reçoit ses directives de cette société, la loi applicable est celle du lieu où se trouve le siège social de cette société ; qu'en l'espèce, la Cour d'Appel relève que les conditions d'embauche et d'avancement, de carrière de M. Ferwerda étaient régies par la BNP-Paris ; qu'en écartant, néanmoins, l'application de la loi française, la Cour d'Appel a violé l'article 3 du Code Civil ; alors que, troisièmement, la loi applicable au contrat de travail est la loi selon laquelle le statut du salarié, et les droits auxquels il a droit en vertu de ce statut, sont déterminés ; qu'en l'espèce, la Cour d'Appel relève que la BNP-Paris avait octroyé à M. Ferwerda le statut de collaborateur assimilé affecté au réseau extérieur et que cet avantage permettrait à celui-ci de bénéficier d'avantages reconnus aux collaborateurs français ; que la Cour d'Appel relève également que M. Ferwerda

bénéficiait de la couverture sociale garantie par la Mutuelle de la BNP-Paris ; qu'en déclarant néanmoins le contrat de travail soumis à la loi de l'État de New-York, et non pas à la loi française, la Cour d'Appel a violé l'article 3 du Code Civil ; alors, selon le deuxième moyen, qu'en cas de modification d'un contrat de travail soumis à une loi déterminée, le salarié ne peut être présumé avoir choisi une nouvelle loi qui lui est défavorable ; qu'en l'espèce, la Cour d'Appel relève que le contrat de travail conclu pour M. Ferwerda en 1977 faisait référence à la loi néerlandaise sur les incapacités et à la convention néerlandaises des banques ; qu'en 1983, lorsque le contrat de travail de M. Ferwerda s'est trouvé modifié, ce dernier ne peut être présumé avoir choisi la loi de l'État de New-York, plus défavorable pour lui, que la loi française ; qu'en considérant que la loi de l'État de New-York était applicable au contrat de travail, la Cour d'Appel a violé les articles 3 et 1134 du Code Civil ; alors, selon le troisième moyen, qu'est contraire à la conception française de l'ordre public international une loi qui permet à l'une des parties de ne pas respecter ses engagements et de revenir sur les garanties qu'elle offrait à son cocontractant ; qu'en l'espèce, il est constant que, par avenant en date de mai 1983, avenant visé par la Cour d'Appel, la BNP-Paris a garanti à M. Ferwerda le maintien de son poste, de son classement et de son salaire ; que la BNP-Paris n'a pas maintenu ses engagements puisqu'elle a proposé à M. Ferwerda, quelques années plus tard, un poste à Tokyo inférieur au poste précédemment occupé avec un salaire lui aussi inférieur ; qu'en énonçant que la loi de New-York permettrait à la BNP-Paris, de ne pas tenir les engagements pris par elle dans le cadre de l'avenant en cause, et en faisant application de la loi de l'État de New-York, la Cour d'Appel a méconnu la conception française de l'ordre public international, violant l'article 3 du Code Civil ;

Mais attendu, d'abord, qu'il ne résulte ni des conclusions ni de la décision attaquée que le deuxième moyen, qui est mélangé de fait et de droit, a été soutenu devant les juges du fond ;

Attendu, ensuite, que, dans ses écritures, M. Ferwerda a demandé à titre subsidiaire le paiement de dommages-intérêts sur le fondement de la loi américaine, de sorte que le troisième moyen est contraire à ses prétentions dans l'instance d'appel ;

Attendu, enfin, que la Cour d'Appel a constaté, d'une part, que le statut de « collaborateur assimilé » avait pour conséquence de faire bénéficier M. Ferwerda, non pas de l'ensemble des droits découlant de la législation française ou de la convention collective du personnel des banques, mais d'avantages strictement déterminés et, d'autre part, que, affecté le 27 avril 1987, en qualité de directeur de succursale, auprès du groupe FABC de New-York pour une durée indéterminée, il avait exercé ces fonctions jusqu'au 18 mai 1993, date de la rupture de son contrat de travail soit pendant plus de six années ; qu'en l'état de ces constatations elle a pu décider qu'en l'absence de choix, par les parties, de loi applicable, le contrat de travail du salarié était régi par la loi de l'État de New-York en tant que loi du lieu d'exécution habituel de son travail ;

Où'il s'ensuit que les deuxième et troisième moyens sont irrecevables et que le premier moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(MM. Waquet, f.f. Prés. - Brissier, Rapp. - Lyon-Caen, Av. gén.)