COUR DE CASSATION

RAPPORT DE M. ANCEL, CONSEILLER

Arrêt n° 677 du 3 mai 2024 (B+R) – Assemblée plénière

Pourvoi n° 21-21.615

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 27 mai 2021

Mme [D] [M]
C/
la société Crédit Agricole Corporate & Investment Bank

Rapport avec avis de RNSM sur le premier moyen, le deuxième moyen pris en ses branches 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 et 11, et le troisième moyen pris en ses branches 2 et 3

PLAN

1 - Rappel des faits et de la procédure

2 - Analyse succincte des moyens

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1- Sur les textes applicables

4.2- Les questions posées par le pourvoi

4.2.1 - L'appréhension de la loi étrangère par le juge

4.2.1.1 - Le statut et le régime procédural de la loi étrangère : du fait au droit

4.2.1.2 - La désignation de la loi étrangère : l'office du juge à l'égard de la règle de conflit

4.2.1.3 - La mise en oeuvre de la loi étrangère

A- La connaissance de la loi étrangère: à qui la charge ?

1- L'absence d'obligation de connaissance de la loi étrangère par le juge

2- L'évolution de la jurisprudence quant à la connaissance de la loi étrangère

B- L'application par le juge de la loi étrangère : quel office, quel contrôle ?

1- Quel est l'office du juge du fond ?

2 - Quel est le contrôle exercé par la Cour de cassation ?

a- L'abandon de l'interprétation au pouvoir souverain des juges du fond

b- Les raisons de l'abandon

c- L'encadrement du pouvoir souverain des juges du fond

- le contrôle de la dénaturation

- le contrôle des motifs

- l'existence d'un contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation ?

d- Le droit comparé

e- Le projet de code de DIP

4.2.2 - Le contrôle de conformité de la loi étrangère au droit de l'Union européenne

4.2.2.1 - Rappel des principes essentiels du droit de l'Union européenne

A. Le principe de confiance mutuelle

B- Le principe de primauté

C- L'obligation d'interprétation conforme

1- Principe

2- Portée

4.2.2.2 - Incidences des principes essentiels sur l'office du juge appliquant la loi étrangère

A- La consécration d'une obligation d'interprétation conforme de la loi étrangère ?

B- Incidences d'une obligation d'interprétation conforme de la loi étrangère

1- Incidences sur l'office du juge du fond

2- Incidences sur l'office du juge de cassation

- Le principe d'autonomie procédurale : un rempart fragile ?

- Le principe de confiance mutuelle : un obstacle possible ?

4.2.3 - La problématique liée au Brexit

4.2.3.1 - L'Accord sur le retrait du Royaume-Uni

4.2.3.2 - Les dispositions législatives adoptées au Royaume-Uni

A- Le régime applicable au droit de l'Union entre le 1er janvier 2021 au 31 décembre 2023

1- Statut du droit de l'Union

2- Contenu du droit de l'Union

B- Le régime applicable au droit de l'Union à compter du 1er janvier 2024

1- Statut du droit de l'Union

2- Contenu du droit de l'Union

C- Le sort réservé à la jurisprudence de la CJUE

4.2.3.3 - Incidences sur l'office du juge
1 - Incidences liées à la modification du statut du droit de l'Union
2 - Incidences liées à la procédure ?

4.2.4 - La directive 2006/54/CE
4.2.4.1 - Présentation générale et charge de la preuve
4.2.4.2 - Transposition de la directive en France
4.2.4.3 - Transposition de la directive au Royaume-Uni : L'equality Act 2010

4.3- Examen des griefs

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par contrat à durée indéterminée du 17 janvier 2007, régi par la loi anglaise, Mme [D] [M] a été embauchée par la SA Crédit Agricole Corporate Investment Bank (CACIB) en qualité de « structureur, assistant director ». Elle y a ensuite exercé diverses fonctions et en dernier lieu comme « agent des systèmes d'informations clients Emea au sein de la division clients des marchés globaux » (avenant au contrat de travail du 19 avril 2013).

Par courrier du 4 juillet 2013, la salariée a dénoncé auprès du directeur général de la CACIB l'existence d'une inégalité homme-femme, dont elle s'estimait victime.

A compter du 28 août 2013, elle a été placée en arrêt maladie.

Par courrier du 17 septembre 2013, la salariée a dénoncé des faits de discrimination sexuelle et une rétrogradation.

Le 23 septembre 2013, Mme [D] [M] a saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre.

Par décision du 17 mars 2014, le bureau de conciliation a ordonné à la CACIB de remettre à Mme [D] [M] la liste nominative de tous les salariés ayant le titre de managing director présents au 31 décembre 2012 au sein de la Global Market Division.

Par jugement du 26 juin 2019, rendu en formation départage, le conseil de prud'hommes de Nanterre qui a débouté Mme [D] [M] de l'ensemble de ses demandes.

Mme [M] a interjeté appel le 9 septembre 2019.

Par un arrêt du 27 mai 2021, la cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement, et rejeté les demandes de Mme [D] [M].

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi, qui développe quatre moyens articulés comme suit:

Le premier moyen, en deux branches.
Le deuxième moyen, en treize branches.
Le troisième moyen, en trois branches.
Le quatrième moyen, en une branche.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen

Madame [M] fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à voir ordonner sous astreinte à la société CACIB de communiquer la liste nominative des membres du Comex portant le titre de managing director présents dans les effectifs au 31 décembre 2012 de la Global Market Division de CACIB en Europe, avec mention de leur lieu de travail, sexe, âge, formation de base, date d'embauche, classification et titre à l'embauche, date de passage au titre de managing director, rémunération à l'embauche

et montant de leur rémunération annuelle de 2007 à 2012, ainsi que du montant de la rémunération annuelle de 2013 à 2015 inclus et des primes et avantages en nature de 2007 à 2015 inclus de tous les salariés ayant le titre de managing director présents dans les effectifs au 31 décembre 2012 de la Global Market Division de CACIB en Europe, y compris les membres du Comex, alors :

« 1°/ que le bureau de conciliation peut prendre toutes mesures d'instruction et toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ; que ses décisions sont exécutoires par provision ; qu'il en découle qu'en l'état d'une ordonnance du bureau de conciliation ordonnant la communication par l'employeur de certaines informations, il incombe à ce dernier de justifier qu'il a satisfait à cette injonction ; qu'en l'espèce, pour débouter Madame [M] de sa demande de communication de pièces, la Cour d'appel, après avoir constaté que, par décision du 17 mars 2014, le bureau de conciliation avait ordonné à la société CACIB de remettre à Madame [M] la liste nominative de tous les salariés ayant le titre de managing director présents au 31 décembre 2012 au sein de la global market division, a relevé, par motifs propres et adoptés, que, si Madame [M] soutenait que la société CACIB n'avait pas exécuté intégralement cette ordonnance, la société prétendait pour sa part, avoir adressé à la salariée l'intégralité des informations sollicitées le 17 octobre 2014 ; qu'en statuant par de tels motifs sans vérifier si la société CACIB justifiait avoir intégralement exécuté l'ordonnance du 17 mars 2014, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles R. 1454-14 et R. 1454-16 du Code du travail ;

2°/ que le bureau de conciliation peut prendre toutes mesures d'instruction et toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ; que ses décisions sont exécutoires par provision ; qu'en l'espèce, pour débouter Madame [M] de sa demande de communication de pièces, la cour d'appel, après avoir constaté que, par décision du 17 mars 2014, le bureau de conciliation avait ordonné à la société CACIB de remettre à Madame [M] la liste nominative de tous les salariés ayant le titre de managing director présents au 31 décembre 2012 au sein de la global market division, a relevé, par motifs propres et adoptés, que, si Madame [M] soutenait que la société CACIB n'avait pas exécuté intégralement cette ordonnance, elle reconnaissait, au terme de ses écritures, que les pièces communiquées après l'ordonnance du bureau de conciliation étaient une « illustration édifiante de la discrimination à laquelle sont confrontées les femmes Managing Directors au sein du Département GMD Europe » et en a déduit que la salariée disposait de suffisamment d'éléments pour établir la discrimination liée au sexe et qu'il ne pouvait être reproché à l'employeur un refus d'accès à l'information ; qu'en statuant par ces motifs inopérants sans rechercher si la société CACIB justifiait avoir intégralement exécuté l'ordonnance du 17 mars 2014, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles R. 1454-14 et R. 1454-16 du code du travail. »

Deuxième moyen

Madame [M] fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à voir dire et juger qu'elle a fait l'objet d'une discrimination directe en raison de son sexe et à voir ordonner son repositionnement théorique à compter du 1er août 2016 dans un emploi équivalent à celui de directeur stratégie et développement commercial qu'elle occupait entre septembre 2011 et avril 2013, requalifié en poste de Front Office, ou relevant du même domaine de compétence, du même niveau de responsabilité et avec la même

potentialité de rémunération variable, à voir fixer sa rémunération fixe annuelle au 1er août 2016 à 279 895,34 euros et sa rémunération variable annuelle à la même date à 420 634,08 euros, à voir condamner sous astreinte la société CACIB au rappel de salaire et bonus correspondant, ainsi que les primes de toute nature et à voir condamner la société CACIB à diverses sommes à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice financier subi du fait de la discrimination directe et en réparation du préjudice moral lié à la discrimination directe subie , alors :

« 1°/ qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en l'espèce, s'il n'était pas discuté que l'article 136 de l'Equality Act de 2010 relatif à la charge de la preuve en matière de discrimination et selon lequel « (2) S'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée. (3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées » devait trouver à s'appliquer, Madame [M] faisait valoir que, selon l'arrêt Talbot c/ Costain de 2017, il appartenait au juge, dans ce cadre, d'étudier les faits primaires invoqués par le demandeur à une action en discrimination pris dans leur ensemble afin d'apprécier s'il convenait d'en tirer une inférence de discrimination ; que pour débouter Madame [M] de ses demandes formées au titre de la discrimination, la cour d'appel, après avoir notamment rappelé la teneur de l'article 136 de l'Equality Act, a examiné successivement chacun des différents faits invoqués par la salariée pour en conclure qu'elle échouait à présenter des faits primaires susceptibles d'être pris en compte en tant que circonstance pertinente dont il serait approprié de tirer une inférence de discrimination au sens de l'Equality Act 2010 ; qu'en statuant ainsi sans avoir recherché, ainsi qu'elle y était invitée par l'exposante, si les dispositions susvisées, telles qu'interprétées par la jurisprudence citée par Madame [M] n'imposaient pas au juge de procéder à une appréciation d'ensemble des différents faits primaires invoqués par le demandeur à une action en discrimination, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ;

2°/ en toute hypothèse que les dispositions de l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 imposent au juge de procéder à une appréciation globale des faits pour déterminer s'ils permettent de présumer l'existence d'une discrimination ; qu'en l'espèce, ayant rappelé la teneur des dispositions de l'Equality Act 2010 applicables en l'espèce, la cour d'appel, après avoir examiné successivement chacune des situations discriminatoires invoquées par Madame [M], a retenu que la salariée échouait à présenter des faits primaires susceptibles d'être pris en compte en tant que circonstance pertinente, dont il serait approprié de tirer une inférence de discrimination au sens de l'Equality Act 2010 et en a déduit que ses demandes relatives à la discrimination ne pouvaient aboutir ; qu'en statuant ainsi, sur le fondement d'une interprétation des dispositions de l'Equality Act non conforme à l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, la cour d'appel a violé les dispositions de cet article ;

3°/ que tout jugement doit être motivé ; qu'en l'espèce, pour établir qu'entre le mois d'octobre 2012 et le mois de mars 2013, Madame [M] s'était retrouvée sans aucun poste à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait, la salariée versait notamment aux débats le compte-rendu d'une réunion du 11 janvier 2013 au

cours de laquelle Madame [M] s'était plainte de ne plus avoir de poste dans la nouvelle organisation (pièce n°36) ainsi qu'une courriel du 22 février 2013 adressé au directeur général délégué de la CACIB et resté sans réponse dans lequel elle soulignait à nouveau qu'elle n'avait pas de poste dans la nouvelle organisation (pièce n°50) ; qu'en retenant, par motifs adoptés, que Madame [M] ne justifiait pas du manque d'activité entre les mois d'octobre 2012 et de mars 2013 et ne versait aux débats aucun élément permettant de laisser supposer que l'employeur l'aurait délibérément laissée sans activité sur le lieu de travail sans examiner même sommairement les pièces susvisées versées aux débats par la salariée au soutien de ses affirmations, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences découlant de l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motif ; qu'en l'espèce, Madame [M] qui soutenait s'être retrouvée sans aucun poste à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait entre le mois d'octobre 2012 et le mois de mars 2013, faisait valoir qu'afin d'établir le contraire, la société CACIB versait aux débats seulement sept mails sur la période en cause, soit un ou deux mails par mois alors qu'en temps normal elle en recevait entre vingt et cinquante par jour, ce qui corroborait le fait qu'elle n'avait pas continué à travailler normalement pendant cette période ; qu'en laissant sans réponse ce moyen, la cour d'appel a méconnu les exigences découlant de l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ que tout jugement doit être motivé ; qu'en l'espèce, pour établir que le poste d'agent des systèmes d'informations clients pour la zone Europe et Moyen-Orient qu'elle avait été contrainte d'accepter à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait constituait une rétrogradation, Madame [M] versait notamment aux débats les fiches de poste relatives à son ancien et à son nouveau poste mentionnant des rattachements hiérarchiques différents (pièces n°14 et 20) ainsi que des organigrammes du service établis par la société CACIB, avant et après la réorganisation litigieuse, Madame [M] figurant sur le premier mais plus sur le second (pièce n°51) ; qu'en considérant que la rétrogradation alléguée par la salariée n'était pas démontrée par les pièces produites, qui pour l'essentiel avaient été établies par l'appelante, notamment l'organigramme figurant en pièce n°47-1, sans examiner même sommairement les pièces susvisées émanant de la société employeur, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences découlant de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en l'espèce, au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Madame [M] faisait notamment valoir qu'elle avait été contrainte de signer un avenant à son contrat de travail entérinant une rétrogradation, sous la menace illégitime d'un licenciement faute de motifs suffisants pour justifier légalement une telle mesure, la société CACIB n'ayant pas respecté la procédure légale en droit anglais qui impose d'informer le salarié par écrit qu'un licenciement est envisagé à son encontre ; que, pour considérer que la signature de l'avenant à son contrat sous la contrainte n'était pas établie, la cour d'appel a relevé que le licenciement qui aurait résulté du refus de la modification de poste proposée procédait de la stricte application de la loi et non d'une violence illégitimement exercée par l'employeur et que ce dernier lui avait, de surcroît, laissé un mois supplémentaire par rapport au délai légal pour prendre sa décision ; qu'en statuant ainsi sans préciser

les dispositions du droit anglais auxquelles elle se référait ni leur teneur, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 3 du code civil ;

7°/ qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que, d'une part, aux termes de l'article 136 de l'Equality Act 2010 définissant la charge de la preuve en matière de violation d'une clause ou d'une règle d'égalité, « (2) s'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée. (3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées » et, d'autre part, en vertu de cet article, là où il serait approprié de tirer une inférence de discrimination de l'absence de « toute autre explication », il incombe au prétendu auteur de la discrimination de prouver l'absence de discrimination ; qu'au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Madame [M] faisait notamment valoir qu'à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait, elle avait été contrainte de signer un avenant à son contrat de travail entérinant une rétrogradation à un poste inférieur ; que pour débouter Madame [M] de ses demandes à ce titre, la cour d'appel a relevé que les affirmations de la salariée concernant l'absence de suppression de son poste, la composition d'une nouvelle équipe constituée uniquement d'hommes, la création de nouveaux postes attribués à des hommes, alors qu'elle a été la seule à ne pas avoir retrouvé de poste à la hauteur de ses compétences, n'étaient corroborées par aucune pièce probante ; qu'en statuant ainsi alors que le fait que Madame [M] se soit vu imposer une rétrogradation à un poste inférieur à la faveur d'une réorganisation du service au sein duquel elle travaillait constituait une circonstance dont il était approprié de tirer une inférence de discrimination et qu'il incombait en conséquence à la société CACIB de prouver l'absence de discrimination, la Cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve de la discrimination sur Madame [M], n'a pas donné à la question litigieuse une solution conforme au droit positif anglais tel quel en avait déterminé la teneur, en violation de l'article 3 du code civil ;

8°/ en toute hypothèse qu'en vertu des dispositions de l'article 19 de la directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006, dès lors qu'une personne établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ; qu'en l'espèce, au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Madame [M] faisait notamment valoir qu'à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait, elle avait été contrainte de signer un avenant à son contrat de travail entérinant une rétrogradation à un poste inférieur ; que pour débouter Madame [M] de ses demandes à ce titre, après avoir constaté que, d'une part, aux termes de l'article 136 de l'Equality Act 2010 définissant la charge de la preuve en matière de violation d'une clause ou d'une règle d'égalité, « (2) s'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée. (3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées » et, d'autre part, en vertu de cet article, là où il serait approprié de tirer une inférence de discrimination de l'absence de « toute autre explication », il incombe au prétendu auteur de la discrimination de prouver l'absence de discrimination, la cour d'appel a relevé que les affirmations de la salariée concernant

l'absence de suppression de son poste, la composition d'une nouvelle équipe constituée uniquement d'hommes, la création de nouveaux postes attribués à des hommes, alors qu'elle a été la seule à ne pas avoir retrouvé de poste à la hauteur de ses compétences, n'étaient corroborées par aucune pièce probante ; qu'en statuant ainsi alors que le fait que Madame [M] se soit vu imposer une rétrogradation à un poste inférieur à la faveur d'une réorganisation du service au sein duquel elle travaillait permettait de présumer l'existence d'une discrimination directe et qu'il revenait en conséquence à la société CACIB de prouver, le cas échéant, l'absence de caractère discriminatoire de cette mesure, la Cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve de la discrimination sur Madame [M], s'est appuyée sur une interprétation des dispositions de l'Equality Act 2010 non conforme à l'article 19 de la directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006 en violation des dispositions de cet article ;

9°/ en toute hypothèse que le principe selon lequel nul ne peut se constituer un titre à lui-même n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques ; qu'en l'espèce, pour considérer que les affirmations de Madame [M] concernant l'absence de suppression de son poste, la composition d'une nouvelle équipe constituée uniquement d'hommes, la création de nouveaux postes attribués à des hommes, alors qu'elle a été la seule à ne pas avoir retrouvé de poste à la hauteur de ses compétences, n'étaient corroborés par aucune pièce probante, la Cour d'appel s'est fondée sur le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ; qu'en s'abstenant, pour ce motif erroné, d'apprécier la valeur des éléments de preuve versés aux débats par Madame [M] à l'appui de ses affirmations, la cour d'appel a méconnu son office en violation des dispositions de l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016131 du 10 février 2016 ;

10°/ que les juges sont tenus de ne pas dénaturer les éléments de la cause ; qu'en l'espèce, pour considérer que Madame [M] n'avait pas été évincée brutalement et de manière discriminatoire du parcours DGA, la Cour d'appel a relevé que la lecture du rapport d'audit réalisé par le cabinet Hay révélait que nonobstant les grandes qualités professionnelles de la salariée, le cabinet Hay avait conclu à la nécessité pour elle d'évoluer « vers un poste de directeur dont le périmètre d'activité et de responsabilité serait clairement exposé sur une chaîne de valeur » ; qu'en statuant ainsi alors que le rapport d'audit en cause indiquait simplement que « par rapport à la question posée, concernant une candidature au portail DGA : l'intégration dans ce parcours serait facilitée, à nos yeux par une évolution de [D] [M] vers un poste de directeur, dont le périmètre d'activités et responsabilité serait plus clairement exposé sur une chaîne de valeur. » (pièce n°17, p. 8) et ne concluait donc pas à la nécessité pour Madame [M] d'évoluer vers un poste de directeur dont le périmètre d'activité et de responsabilité serait clairement exposé sur une chaîne de valeur afin de pouvoir accéder au parcours de DGA, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce rapport d'audit et a violé le principe susvisé ensemble les dispositions de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

11°/ qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que, d'une part, aux termes de l'article 136 de l'Equality Act 2010 définissant la charge de la preuve en matière de violation d'une clause ou d'une règle d'égalité, « (2) s'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute

autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée. (3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées » et, d'autre part, en vertu de cet article, là où il serait approprié de tirer une inférence de discrimination de l'absence de « toute autre explication », il incombe au prétendu auteur de la discrimination de prouver l'absence de discrimination ; qu'au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Madame [M] faisait notamment valoir qu'avant son embauche, elle avait été astreinte à un stage d'un an à l'issue duquel elle avait été engagée avec le salaire d'un jeune de vingt-cinq ans sans expérience, les hommes placés dans une situation identique à la sienne ne subissant pas un tel traitement ; que pour débouter Madame [M] de ses demandes à ce titre, la cour d'appel a retenu que la seule communication par la salariée du profil de trois salariés occupant un poste de directeur général ou de directeur général adjoint ne permettait pas d'établir ce fait et qu'au surplus, l'employeur soulignait que le stage auquel avait été soumis Madame [M] trouvait sa justification dans l'absence de toute expérience de la salariée dans le domaine bancaire avant son embauche ; qu'en statuant ainsi sans rechercher si, ainsi que le soutenait l'exposante dans ses conclusions, les deux salariés qu'elle citait à titre d'exemple n'avaient pas été embauchés directement à des niveaux de directeur alors qu'ils n'avaient aucune expérience passée dans une banque d'affaire, la cour d'appel a mis la Cour de cassation dans l'impossibilité de vérifier qu'elle avait donné à la question litigieuse une solution conforme au droit positif anglais tel qu'elle en avait déterminé la teneur en violation de l'article 3 du code de procédure civile ;

12°/ qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que, d'une part, aux termes de l'article 136 de l'Equality Act 2010 définissant la charge de la preuve en matière de violation d'une clause ou d'une règle d'égalité, « (2) s'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée. (3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées » et, d'autre part, en vertu de cet article, là où il serait approprié de tirer une inférence de discrimination de l'absence de « toute autre explication », il incombe au prétendu auteur de la discrimination de prouver l'absence de discrimination ; qu'au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Madame [M] se prévalait notamment d'un manque de transparence concernant les opportunités de mobilité internationale désavantageant les femmes puisque ces opportunités ne sont pas publiées en interne mais souvent communiquées via des réseaux informels sur lesquels les femmes ne sont pas présentes ; que pour débouter Madame [M] de ses demandes à ce titre, la Cour d'appel a relevé que s'il ressortait des pièces communiquées que les salariés ayant bénéficié d'expatriation au sein de la société étaient essentiellement des hommes, cette seule donnée était insuffisante à faire présumer l'existence d'une discrimination à l'égard des femmes en l'absence de tout élément concernant la candidature des femmes à l'expatriation ; qu'en statuant ainsi alors que le fait que l'essentiel des salariés expatriés soient des hommes constituait une circonstance dont il était approprié de tirer une inférence de discrimination et qu'il incombait en conséquence à la société CACIB de prouver l'absence de discrimination, la cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve de la discrimination sur Madame [M], n'a pas donné à la question litigieuse une

solution conforme au droit positif anglais tel quel en avait déterminé la teneur, en violation de l'article 3 du code civil ;

13°/ et en toute hypothèse qu'en vertu des dispositions de l'article 19 de la directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006, dès lors qu'une personne établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ; qu'en l'espèce, au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Madame [M] se prévalait notamment d'un manque de transparence concernant les opportunités de mobilité internationale désavantageant les femmes puisque ces opportunités ne sont pas publiées en interne mais souvent communiquées via des réseaux informels sur lesquels les femmes ne sont pas présentes ; que pour débouter Madame [M] de ses demandes à ce titre, après avoir constaté que, d'une part, aux termes de l'article 136 de l'Equality Act 2010 définissant la charge de la preuve en matière de violation d'une clause ou d'une règle d'égalité, « (2) s'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée. (3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées » et, d'autre part, en vertu de cet article, là où il serait approprié de tirer une inférence de discrimination de l'absence de « toute autre explication », il incombe au prétendu auteur de la discrimination de prouver l'absence de discrimination, la Cour d'appel a relevé que s'il ressortait des pièces communiquées que les salariés ayant bénéficié d'expatriation au sein de la société étaient essentiellement des hommes, cette seule donnée était insuffisante à faire présumer l'existence d'une discrimination à l'égard des femmes en l'absence de tout élément concernant la candidature des femmes à l'expatriation ; qu'en statuant ainsi alors que le fait que l'essentiel des salariés expatriés soient des hommes permettait de présumer l'existence d'une discrimination indirecte et qu'il revenait en conséquence à la société CACIB de prouver, le cas échéant, l'absence de caractère discriminatoire du système de mobilité internationale, la Cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve de la discrimination sur Madame [M], s'est appuyée sur une interprétation des dispositions de l'Equality Act 2010 non conforme à l'article 19 de la directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006 en violation des dispositions de cet article. »

Troisième moyen

Madame [M] fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à voir dire et juger qu'elle a fait l'objet de représailles (« victimisation ») et à voir condamner la société CACIB à lui verser une somme en réparation du préjudice résultant des représailles subies (« victimisation »), alors :

« 1°/ que la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur le deuxième moyen de cassation relatif à la discrimination entraînera celle des chefs de dispositif par lesquels la cour d'appel a débouté Madame [M] de ses demandes au titre de la victimisation sur le fondement de l'article 27 de l'Equality Act par application de l'article 624 du code de procédure civile dès lors qu'au soutien de ces demandes, la salariée invoquait pour partie les mêmes faits que ceux dont elle se prévalait au soutien de ses demandes au titre de la discrimination ;

2°/ qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ; qu'en l'espèce, ayant relevé que Madame [M] se prévalait du statut de lanceur d'alerte au sens des articles 43 et 47 du PID Act 1998, la cour d'appel a considéré que l'existence de représailles n'était pas démontrée et a, en conséquence, débouté la salariée de sa demande de dommages et intérêts à ce titre ; qu'en s'abstenant de préciser quelle était la teneur des dispositions du droit anglais sur lesquelles elle se fondait pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 3 du code de procédure civile;

3°/ en toute hypothèse que le juge est tenu de ne pas dénaturer les éléments de la cause ; qu'en l'espèce, au titre des mesures de représailles dont elle estimait avoir fait l'objet en sa qualité de lanceur d'alerte, Madame [M] faisait valoir que la procédure de griefs menée par la société CACIB en octobre 2013 à la suite des différentes plaintes pour discrimination et harcèlement de la salariée, avait été menée à charge ; que pour considérer que l'existence de mesures de représailles n'était pas établie, la Cour d'appel a notamment retenu, s'agissant de cette procédure de griefs, que la société CACIB expliquait que l'audience ne s'était pas tenue du fait de l'arrêt maladie de la salariée ; qu'en statuant par de tels motifs quand, dans ses conclusions d'appel, la société employeur n'évoquait pas cette procédure de griefs ni, a fortiori, l'audience à laquelle elle avait donné lieu, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de la société CACIB en violation du principe susvisé en ensemble de l'article 4 du code de procédure civile. »

Quatrième moyen

Madame [M] fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à voir dire et juger qu'elle avait fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire et à voir condamner la société CACIB à lui verser une somme en réparation du préjudice résultant du harcèlement moral discriminatoire, alors « que la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur les deuxième et troisième moyens de cassation relatifs à la discrimination et aux représailles entraînera celle des chefs de dispositif par lesquels la cour d'appel a débouté Madame [M] de ses demandes au titre du harcèlement moral par application de l'article 624 du code de procédure civile dès lors qu'au soutien de ces demandes, la salariée invoquait pour partie les mêmes faits que ceux dont elle se prévalait au soutien de ses demandes au titre de la discrimination et au titre des représailles. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Office du juge appliquant une loi étrangère : le juge du fond doit-il interpréter la loi émanant d'un autre Etat membre transposant une directive de l'Union européenne conformément au droit de l'Union ? Quel contrôle la Cour de cassation peut-elle ou doit-elle exercer sur cette interprétation ?

Quel statut doit-on reconnaître au droit britannique ayant transposé une directive européenne dans un litige introduit avant le *Brexit* et dont l'instance s'est poursuivie après ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1- Sur les principaux textes applicables

Article 3 du code civil :

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.
Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.
Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

Article 19 de la directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) :

« Charge de la preuve

1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse.

3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également:

a) aux situations couvertes par l'article 141 du traité et, dans la mesure où il y a discrimination fondée sur le sexe, par les directives 92/85/CEE et 96/34/CE;

b) dans le cadre de toute procédure civile ou administrative concernant le secteur public ou le secteur privé qui prévoit les recours selon le droit national en application des dispositions visées au point a), à l'exception des procédures gracieuses de nature volontaire ou prévues par le droit national.

5. Le présent article ne s'applique pas aux procédures pénales, sauf si les États membres en disposent autrement ».

Equality Act 2010

Article 13 :

« Discrimination directe

(1) « Une personne (A) discrimine une autre (B) si, en raison d'une caractéristique protégée, A traite B moins favorablement que A ne traite ou ne traiterait d'autres ». (...) **»**

Article 19 :

« 19 Discrimination indirecte

(1) « Une personne (A) est discriminatoire contre une autre (B) si A applique à B une disposition, un critère ou une pratique qui est discriminatoire par rapport à une caractéristique protégée pertinente de B.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), une disposition, un critère ou une pratique est discriminatoire par rapport à une caractéristique protégée pertinente de B si,

(a) A l'applique, ou l'appliquerait, à des personnes avec lesquelles B ne partage pas la caractéristique,
(b) cette pratique met ou mettrait des personnes avec lesquelles B partage la caractéristique dans une situation désavantageuse par rapport aux personnes avec lesquelles B ne la partage pas,
(c) cette pratique met ou mettrait B dans cette situation désavantageuse, et
(d) A ne peut pas démontrer qu'il s'agit d'un moyen proportionné pour atteindre un but légitime. »

Article 26 :

« 26. Harcèlement

(1) Une personne (A) harcèle une autre personne (B) si :

(a) A se livre à un comportement indésirable lié à l'une des caractéristiques protégées, et

(b) la conduite a pour objet ou pour effet : (i) de porter atteinte à la dignité de B, ou (ii) de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant pour B. (...)

(4) Pour décider si la conduite a pour effet visé au paragraphe (1) (b), chacun des éléments suivants doivent être pris en compte :
(a) la perception de B;
(b) les autres circonstances du cas d'espèce;
(c) s'il est raisonnable que la conduite ait cet effet.

(5) Les caractéristiques protégées concernées sont : L'âge ; L'invalidité ; Le changement de sexe ; La race ; La religion ou les croyances ; Le genre ; L'orientation sexuelle. »

Article 27 :

« 27 Victimisation

(1) Une personne (A) « victimise » une autre personne (B) si A fait subir à B un détriment car a) B a fait un acte protégé b) A croit que B a fait ou pourrait faire un acte protégé.

(2) Les actes suivants sont des actes protégés :
a) intenter une action en justice sur le fondement de l'Equality Act
b) fournir des preuves ou informations en relation avec une action en justice intentée sur le fondement de l'Equality Act
c) toute chose faite dans le but ou en relation avec cet Act
d) alléguer (expressément ou pas) que A ou une autre personne a violé l'Equality Act (...) »

Article 136 :

136 Charge de la preuve

« (1) Cet article s'applique à toute procédure concernant une violation de cette loi.

(2) S'il existe des faits à partir desquels la cour peut décider, en l'absence de toute autre explication, qu'une personne (A) a violé les dispositions concernées, la cour doit considérer que cette violation est avérée.

(3) Mais l'alinéa (2) ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées (...) ».

Code du travail :

Article R. 1454-14 du code du travail :

Le bureau de conciliation et d'orientation peut, en dépit de toute exception de procédure et même si le défendeur ne comparaît pas, ordonner :

1° La délivrance, le cas échéant, sous peine d'astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer ;

2° Lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable :

a) Le versement de provisions sur les salaires et accessoires du salaire ainsi que les commissions ;

b) Le versement de provisions sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement ;

c) Le versement de l'indemnité compensatrice et de l'indemnité spéciale de licenciement en cas d'inaptitude médicale consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle mentionnées à l'article L. 1226-14 ;

e) Le versement de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 et de l'indemnité de fin de mission mentionnée à l'article L. 1251-32 ;

3° Toutes mesures d'instruction, même d'office ;

4° Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux.

Au vu des pièces fournies par le salarié, il peut prendre une décision provisoire palliant l'absence de délivrance par l'employeur de l'attestation prévue à l'article R. 1234-9. Cette décision récapitule les éléments du modèle d'attestation prévu à l'article R. 1234-10, permettant au salarié d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2.

Cette décision ne libère pas l'employeur de ses obligations résultant des dispositions des articles R. 1234-9 à R. 1234-12 relatives à l'attestation d'assurance chômage.

Elle est notifiée au Pôle emploi du lieu de domicile du salarié. Tierce opposition peut être formée par Pôle emploi dans le délai de deux mois.

Article R. 1454-16 du code du travail :

Les décisions prises en application des articles R. 1454-14 et R. 1454-15 sont provisoires. Elles n'ont pas autorité de chose jugée au principal. Elles sont exécutoires par provision le cas échéant au vu de la minute.
Elles ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'en même temps que le jugement sur le fond, sous réserve des règles particulières à l'expertise.

4.2- Les questions posées par le pourvoi

4.2.1 - L'appréhension de la loi étrangère par le juge

L'appréhension de la loi étrangère par le juge pose différentes questions et particulièrement :

- celle du statut (et donc du régime procédural) de cette loi : est-ce du fait ou du droit ?

- celle de la désignation de la loi étrangère : le juge est-il tenu de mettre en oeuvre la règle de conflit de lois ?

- celle de la mise en oeuvre de la loi étrangère désignée comme applicable : quelle connaissance de la loi étrangère est-il exigée du juge/des parties, sous quel contrôle et quelle sanction ?

Deux observations préalables paraissent nécessaires :

- d'une part, les réponses à ces questions se résument souvent en « *une tension entre le souhaitable et le faisable* » B. Ancel,Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, p. 722, n°82-83). Les solutions adoptées sont le fruit de la recherche d'un équilibre entre un souci d'économie procédurale et le respect des exigences propres à la justice de droit international privé (R. Rabourdin, H. Muir Watt, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère, Rép. internat. 2017, § 2). Selon des auteurs, le droit international privé français a « *renoncé à tout dogmatisme lié à l'essence du droit étranger* » (D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, 5e éd., PUF, Thémis, 2021, § 436-2).

- d'autre part, il convient de garder à l'esprit le lien plus ou moins fort (selon les époques) entre ces différentes questions, ce qui oblige à avoir une approche globale.

Comme nous le verrons, les réponses à chacune de ces questions ont souvent été liées par la doctrine et/ou la jurisprudence : ainsi, l'effectivité et même l'autorité que l'on souhaite conférer à la règle de conflit de lois peut dépendre du degré d'exigence que l'on entend conférer à la connaissance par le juge de la loi étrangère.

S'aventurer à modifier une réponse apportée sur l'un de ces angles oblige à tout le moins à en apprécier l'incidence sur les autres angles afin de pouvoir en vérifier la cohérence d'ensemble du système français et conserver son indispensable équilibre.
C'est pourquoi il paraît nécessaire d'avoir un aperçu de l'état du droit sur chacune de ces questions.

4.2.1.1 - Le statut et le régime procédural de la loi étrangère : du fait au droit

Longtemps le statut et le régime procédural de la loi étrangère ont été liés à la nature de cette loi.

Dans un premier temps, la jurisprudence a assimilé la loi étrangère à « du fait ». Ainsi que l'affirmait l'avocat général Hello en 1843 : « *La loi étrangère n'est pour nous qu'un*

simple fait du procès, susceptible d'être débattu comme les autres faits »[1]. Cette conception permettait de justifier que le droit d'un ordre juridique étranger puisse, sans attenter à la souveraineté française, faire l'objet d'une application judiciaire en France.

Une telle assimilation était aussi fondée sur l'idée que, par le franchissement de la frontière, la loi étrangère perdait son élément impératif. En la considérant comme un simple « élément de fait », le juge français ne niait pas sa nature impérative à l'étranger, il constatait simplement « *qu'il lui manque dans le pays considéré un élément intégrant la notion de droit, celui de constituer un ordre du pouvoir* » (Batiffol, cité par Motulsky in L'office du juge et la loi étrangère, in Mélanges offerts à Jacques Maury, t. 1 : Droit international privé et public, 1960, Sirey, p. 337 s. ; § 36 H. Motulsky « L'office du juge et la loi étrangère », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*,Sirey : Droit international privé et public, 1960, t. 1 , 1960, p. 337 s., § 36).

Sur ces fondements, il était naturel de soumettre la loi étrangère au régime procédural réservé « au fait » par le code de procédure civile et de considérer qu'il incombait aux parties d'en rapporter de la preuve.

La question s'est alors posée de déterminer la partie sur laquelle cette charge de la preuve devait reposer.

Il a été d'abord décidé que celle-ci incombait au **demandeur à l'action en justice** (le demandeur en réparation d'un préjudice, auteur de la prétention soumise au droit étranger) quand bien même l'invocation du droit étranger émanerait du défendeur (1re Civ., 25 mai 1948, ***Lautour*** : B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1987, n° 17).

Le *critère de la prétention* (celle régie par le droit étranger) a été préféré à celui de *l'invocation* (celui qui se prévaut du droit étranger). Cette option était cependant propice à des attitudes dilatoires, car elle permettait au défendeur d'invoquer la loi étrangère afin de forcer le demandeur à réaliser des recherches (parfois coûteuses), qui faute d'être effectuées lui permettaient d'obtenir le rejet de sa prétention.

C'est pourquoi il a été jugé d'une part, que **cette charge de la preuve pouvait aussi incomber au défendeur** lorsqu'il émettait lui-même une prétention qui était elle-même soumise au droit étranger (1re Civ., 24 janvier 1984, affaire ***Thinet***, Les grands arrêts ; *op. cit.*n°56). D'autre part, il a été admis qu'en cas d'échec de ses recherches, la loi française avait vocation à s'appliquer à titre subsidiaire (1re Civ., 22 octobre 1980, **Ferkane**, pourvoi n° 79-14.169, Bull. civ. I, n° 268).

Cette jurisprudence « Lautour-Thinet-Ferkane », reposant sur un critère « d'autonomie de la prétention » pour déterminer la charge de la preuve, s'avérera cependant complexe à mettre en œuvre et parfois artificielle puisqu'il suffisait de qualifier d'autonome un moyen de défense pour pouvoir transférer, au nom de ce même critère, la charge de la preuve du demandeur au défendeur.

En outre, l'assimilation de la loi étrangère à un fait a été critiquée par la doctrine la plus autorisée : Motulsky lui a opposé un argument de cohérence en faisant valoir

[1] Cité par B. ANCEL, Rev. Crit. DIP 1994, p. 78 : « concl. sous Civ., 6 févr. 1843, S. 1843.1.209, reproduite in Batiffol et Lagarde, n° 337, ad notam 4 ».

qu'admettre une compétence subsidiaire de la loi française lorsque la teneur de la loi étrangère est inconnue, au lieu de rejeter l'action, c'était reconnaître une identité de nature entre ces deux lois, la loi française prenant la place de la loi étrangère uniquement parce que celle-ci est inaccessible.

Le même auteur a en outre fait observer que la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit de lois interne empêchait de la traiter comme du fait, car précisément la règle de conflit lui restitue son caractère impératif : « *Rendue applicable, [la loi étrangère] conserve son caractère d'impératif, qui lui est à notre avis, confirmé par la règle de conflit (...) » ; « le propre de la règle de conflit est de restituer à la loi étrangère le caractère d'impératif que le passage de la frontière lui fait normalement perdre (...) » ; « si le passage de la frontière est, en principe, de nature à priver la loi étrangère de son caractère impératif, le jeu de la règle de conflit a justement pour effet de lui restituer ce caractère* » (H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », *in Droit international privé et public, Mélanges offerts à Jacques Maury*, Sirey, 1960, t. 1, p. 337 s., § 36 à 38).

Ces critiques ont contribué à faire évoluer la jurisprudence. En 1993, la Cour de cassation a modifié son approche en considérant la loi étrangère comme une règle de droit : « les juges du fond appliquent et interprètent souverainement la loi étrangère laquelle, malgré l'absence de contrôle de la Cour de cassation, est une règle de droit, qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau code de procédure civile » (1re Civ., 13 janvier 1993, pourvoi n° 91-14.415, Bulletin 1993 I N° 14).

La loi étrangère n'est donc plus examinée comme du fait et n'a donc pas à être soumise au régime prévu par l'article 7 du code de procédure civile (qui interdit au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat) ce qui n'empêche pas, de la soumettre à l'interprétation souveraine des juges du fond (Cf. *infra*).

Ce changement de statut de la loi étrangère s'est aussi accompagné d'un changement terminologique : on ne parle plus de « preuve » du droit étranger, mais de « teneur » ou de « contenu » du droit étranger.

4.2.1.2 - La désignation de la loi étrangère : l'office du juge à l'égard de la règle de conflit de lois

La détermination de l'office du juge à l'égard de la règle de conflit de lois, dont la particularité est d'être une règle de droit qui ne permet pas d'apporter à elle-seule une réponse au fond, est le fruit d'une lente évolution jurisprudentielle.

C'est d'abord, une simple faculté qui a été posée pour le juge, par l'arrêt « Bisbal » (1re Civ., 12 mai 1959, Bull. civ., I, n° 236) selon lequel : « *les règles françaises de conflit 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* ».

Ensuite, par les arrêts « Rebouh » et « Schule » l'application de la règle de conflit de lois est devenue obligatoire pour le juge du fond, celui devant, « au besoin d'office »,

déterminer la loi applicable en vertu de la règle de conflit (1re Civ., 11 octobre 1988, pourvoi n° 87-11.198, Bulletin 1988 I N° 278 ; 1re Civ., 18 octobre 1988, pourvoi n° 86-16.631, Bulletin 1988 I N° 293, arrêts dits « rebouh » et « Schule »).

Puis, cette obligation a été cantonnée par un arrêt « Coveco » par lequel la Cour de cassation a jugé que le juge en était libéré lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autre loi que la loi française en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et lorsqu'elles ont la libre disposition de leurs droits (1re Civ., 4 décembre 1990, pourvoi n° 89-14.285, Bulletin 1990 I N° 272 ; pour une présentation de l'évolution de la jurisprudence, D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, 5e éd., Thémis-PUF, 2021, t. I, p. 459, n°361 et s.).

Le fait de rendre obligatoire la règle de conflit de lois lorsque celle-ci trouve sa source dans une convention internationale a suscité cependant des critiques.

La doctrine a en effet fait valoir en substance que cette solution reposait sur une confusion entre la place des traités dans la hiérarchie des normes et leur statut procédural : « *La seule obligation qu'impose le droit international public aux États contractants est d'assurer aux normes du traité un statut équivalent à celles du droit d'origine nationale. Les règles conventionnelles ne sont donc ni plus ni moins impératives que les règles nationales.* » (M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé,* 7e éd., LGDJ, 2020, n° 703).

Après ces premiers rebondissements, la jurisprudence s'est stabilisée en 1999 autour de la règle selon laquelle l'impérativité de la règle de conflit de lois dépendait de la nature des droits en cause. Deux décisions rendues en 1999 (arrêt dit « de la Mutuelle du Mans » et « Belaide ») par la Cour de cassation, sous le fondement de l'article 3 du code civil (et sans référence à l'article 12 du code de procédure civile), ont en effet considéré que :

- **Lorsque les droits en cause sont indisponibles**, le juge est tenu d'appliquer la règle de conflit de lois, au besoin d'office (1re Civ., 26 mai 1999, pourvoi n° 97-16.684, Bull. 1999, I, n° 174) ;

- **Lorsque les droits sont disponibles**, le juge n'est pas tenu de l'appliquer mais en conserve la faculté, à moins que l'une des parties ne réclame son application (1re Civ., 26 mai 1999, pourvoi n° 96-16.361, Bull. 1999, I, n° 172) étant précisé que pour ces droits, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente, un tel accord pouvant résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat (1re Civ., 6 mai 1997, pourvoi n° 95-15.309, Bulletin 1997, I, n° 140).

En outre, il est jugé que le moyen tiré de la méconnaissance de la règle de conflit de lois peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (1re Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 06-16.059 ; 1re Civ., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-16.569, inédit) puisqu'il est admis que cette dernière peut soulever d'office ce moyen en application de l'article 620 al. 2 du code de procédure civile sous réserve que des éléments d'extranéité pertinents soient dans le litige (au demeurant, en 1988, le moyen avait été

relevé d'office dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile - cf. 1re Civ,11 octobre 1988, *précité*)[2].

Considérée comme empreinte de pragmatisme, visant à la fois à simplifier le travail du juge au regard de la complexité du mécanisme des conflits de lois et la difficulté pour établir la teneur du droit étranger le cas échéant désigné mais aussi à réduire les coûts supportés par les parties (pour la recherche du contenu de la loi étrangère éventuellement applicable), cette solution n'en a pas moins fait l'objet de critiques récurrentes par une partie de la doctrine.

La première avait été mise en avant par Motulsky après l'arrêt Bisbal : l'auteur indiquait que si une règle de droit peut être impérative ou supplétive, elle demeure toujours obligatoire pour le juge, à moins de n'être plus une règle de droit (Note sous l'arrêt Bisbal, JCP, 1960. II. 11733), quitte à accepter que les parties dérogent ensuite aux droits dont elles ont la libre disposition au regard de la loi ainsi désignée (cité par D. Bureau et H. Muir Watt, Droit international privé, t. I, Thémis-PUF, 5e éd., 2021, n°362 et 366).

Il ne fût pas le seul. La doctrine majoritaire plaide pour qu'une obligation soit faite au juge de relever d'office de toute règle de conflit et donc à un retour aux solutions dégagées en 1988, qu'il s'agisse d'une règle d'origine nationale, européenne ou internationale, quelle que soit la matière en cause et sans qu'il soit nécessaire que la règle soit d'ordre public (voir L. Usunier, « L'office du juge et la règle de conflit de lois de source européenne », RTD civ. 2021, p. 854 et les références citées note 36 à 39).

Il en irait de la sécurité juridique et de l'égalité entre toutes les parties aux litiges internationaux étant en outre observé que le critère droits disponibles/indisponibles est considéré comme « *très fuyant et ce fait difficilement maniable* » (S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *in L'application du droit étranger*, Soc. législ. comp. 2017, p. 75).

N. Nord considère ainsi que la solution actuelle *« est erronée car elle méconnaît la nature des règles de conflit. (...) les règles de conflit constituent des règles de droit. La solution actuelle constitue un déni de cette nature première. Même lorsqu'elles poursuivent une finalité uniquement répartitrice, rien ne justifie leur mise à l'écart d'emblée par le juge. L'objectif de répartition mérite lui aussi d'être respecté. Une généralisation de l'application des normes conflictuelles est non seulement souhaitable pour introduire une vraie cohérence en la matière mais apparaît également possible malgré les contraintes qui pèsent sur le juge* » (Nicolas Nord, « L'office du juge et la nature de la règle de conflit de lois », *in L'office du juge et la règle de conflit de lois*, Société de Législation comparée, collection colloques, 2022, vol. 54, p. 15 et s.).

[2] C'est d'ailleurs aussi un des arguments avancés pour ne pas consacrer une obligation pour le juge de relever d'office la règle de conflit de lois en raison des risques d'une augmentation des pourvois dilatoires. A ceci la doctrine répond que la complexité du système actuel n'échappe pas au même risque et qu'au contraire « *le meilleur moyen d'éviter les pourvois dilatoires et d'alléger la tâche des juges serait encore de généraliser l'application d'office de la règle de conflit* » (B. Fauvarque-Cosson, chron. D 2000.128). Si la lutte contre les pourvois dilatoires constitue le motif essentiel, certains suggèrent que d'autres techniques telles que celle de la substitution de motifs ou celle de la théorie de l'équivalence pour éviter des cassations purement formelles (Voir B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de DIP*, 5e éd., Dalloz, 2006, p. 688).

Il convient de relever que le projet de code de droit international privé de mars 2022[3] consacre l'impérativité de la règle de conflit de lois et du droit étranger désigné, tout en ménageant une place à l'accord procédural en faveur de la loi française pour les droits disponibles et en matière de divorce. Selon le rapport de présentation de ce texte, il est énoncé que « *Alors que la solution dégagée par la jurisprudence pouvait susciter des interrogations dans sa mise en oeuvre, l'affirmation de l'impérativité de la règle de conflit pour le juge a le mérite de la clarté* » (Ministère de la justice, « Projet de code de droit international privé », Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel, mars 2022, p. 24)[4].

De même, le groupe européen de droit international privé (GEDIP, travaux consultables sur le site : gedip-egpil.eu/fr/) s'est prononcé pour l'application d'office de la règle de conflit (et les références citées par H. Gaudemet-Tallon, RCDIP 2021, p. 850, note 36)[5].

Il n'est pas inintéressant de relever pour les besoins de l'affaire soumise à l'assemblée plénière que le débat a été relancé avec l'essor des règles de conflit de lois de source européenne. La question s'est en effet posée de savoir s'il fallait réserver un sort particulier à la règle de conflit de lois d'origine européenne ?[6]
L'idée de faire dépendre l'autorité de la règle de conflit de sa source avait déjà été explorée par la jurisprudence avec l'arrêt Coveco précité (1re Civ., 4 décembre 1990, pourvoi n° 89-14.285, Bulletin 1990 I N° 272) par lequel la Cour de cassation refusa de censurer une cour d'appel n'ayant pas appliqué la règle de conflit de lois dès lors que les parties n'avaient pas invoqué d'autre loi que la loi française et que l'on se trouvait dans une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et pour laquelle les parties avaient la libre disposition de leurs droits.

---

[3] Sur lequel aussi cf. *infra* p.58

[4] Article 9 : « *L'application du droit internationalement désigné est impérative pour le juge. / Lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent, par un accord procédural, soumettre leur litige au droit français. Cet accord est exprès ou résulte d'écritures concordantes et non-équivoques./ En matière de divorce, l'accord procédural doit être exprès./ Lorsque les parties s'abstiennent de s'expliquer sur le droit applicable, le juge les y invite et applique, au besoin d'office, la règle française de conflit de lois.* »

[5] Il a aussi été proposé la création d'un règlement « Rome 0 » consacré à un régime commun relatif à l'office du juge en conflit de lois (Marylou Françoise, « Proposition d'un régime européen de l'office du juge en conflit de lois », *in l'office du juge et la règle de conflit de lois*, Société de législation comparée, Collection colloques, 2022, vol. 54, p. 87).

[6] Cette question se pose parce que, précisément, le droit de l'Union ne comporte pas de règles sur le statut procédural de la règle de conflit de lois. Il est donc renvoyé aux droits des Etats membres et celui-ci est divers : la grande majorité des Etats européens impose au juge son application (Allemagne, Autriche, Italie, Espagne, Belgique, Croatie, République Tchèque, Danemark, Estonie, Italie, Grèce, Pologne, Portugal, Roumanie). Les pays de tradition de Common law considèrent en revanche que le déclenchement du raisonnement conflictuel est l'affaire des parties (Royaume-Uni, l'Irlande et Malte) mais c'est également le cas de la Suède et la Finlande. Le modèle français, mixte en fonction de la nature des droits, se singularise donc (M.-L. Niboyet, Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel, in Quel avenir pour la théorie générale du conflit de lois ?, dir. T. Azzi et O. Boskovic, Bruylant 2015, p. 19). Ce panorama européen emporte des conséquences pratiques peu satisfaisantes (Voir à cet égard S. Corneloup, L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne, in L'application du droit étranger, Soc. législ. comp. 2017, spéc. p. 79.).

Cependant, après les critiques rappelées ci-dessus, ce critère tiré de la source internationale de la règle de conflit applicable a été abandonné par la Cour de cassation par les arrêts rendus en 1999 précités.

M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle estiment qu'il devrait en être de même pour une règle de conflit d'origine européenne : « *L'origine européenne d'une règle de conflit… ne doit pas avoir, en tant que telle, d'incidence sur l'office du juge. La Cour de justice n'impose l'application d'office des règles européennes que dans des hypothèses où celles-ci présentent un caractère d'ordre public de direction (en_particulier en matière de concurrence) ou dans les matières qui suscitent un impératif particulier de protection (en matière de protection des consommateurs). Mais, jusqu'à nouvel ordre, elle admet que la question du traitement procédural des normes européennes, à défaut de dispositions spécifiques, relève de l'autonomie procédurale des États membres, sous la double réserve de respecter les principes d'équivalence avec le droit national et de l'effet utile du droit européen. Le premier principe est à l'évidence satisfait puisqu'il est proposé d'aligner le statut de la règle de conflit européenne sur celui de la règle nationale. Le second n'est pas davantage entamé, puisqu'en tout état de cause les parties peuvent toujours invoquer la règle de conflit… La primauté du droit européen ne saurait donc condamner le principe dispositif, qui confère aux parties, dans les systèmes procéduraux de nombreux États membres, la maîtrise des termes du litige*» (M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé : 7e éd., 2020, n° 704).

La doctrine plaide ainsi pour un traitement uniforme de l'office du juge quelle que soit la source de la règle de conflit et quelle que soit la nature des droits en cause (V. not. M.-L. Niboyet, Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel, in O. Boskovic et T. Azzi (dir.), Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun : Bruylant, 2015, p. 19).

Dans le même sens, il peut être observé qu'en matière de règles de conflit d'origine européenne, le droit international privé européen laisse une large place à l'autonomie de la volonté, de nombreux règlements autorisant les parties à choisir la loi applicable. Ce choix est parfois libre (règlement Rome I, art. 3), parfois soumis à certaines conditions (règlement Rome II, art. 14), parfois encadré (règlements Rome III, art. 5; Successions, art. 22 ; Régimes matrimoniaux, art. 22 ; Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, art. 22).

Ainsi, s'interroge un auteur « *lorsque les parties disposent ainsi d'une certaine liberté dans le choix de la loi applicable (parfois même par la voie d'un accord procédural) faut-il obliger le juge à soulever d'office l'applicabilité de la règle de conflit ?* » (H. Gaudemet-Tallon, Rev. crit. DIP 2021. 850, qui cependant plaide pour un relevé d'office qui s'impose au juge, V. *infra*).

Selon L. Rass Masson, le rôle accru des parties s'accompagne « *assez naturellement d'un rôle plus passif du juge, dans la continuité de la conception française du principe dispositif* », l'auteur soulignant que le droit international privé européen se caractérise aussi par une indifférence envers le critère de la libre disposition des droits en cause (« L'office du juge et l'origine européenne de la règle de conflit de lois, conférence à la Cour de cassation le 17 mai 2021, Société de législation comparée, Collection colloques Volume 54 page 55 et spec. 59).

Le critère tiré de la source de la règle de conflit de lois a cependant été renouvelé par un arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2021 (1re Civ., 26 mai 2021, pourvoi n° 19-15.102, publié) pour les règles de conflit intégrant une logique d'ordre public.

Aux termes de cette décision[7], la Cour a considéré qu'il résultait de l'article 12 du code de procédure civile et des principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne que si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle une règle de conflit de lois lorsqu'il est interdit d'y déroger, même si les parties ne les ont pas invoquées. Le juge doit ainsi mettre en oeuvre d'office les dispositions impératives de l'article 6 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II») pour déterminer la loi applicable au litige[8].
La portée de cette décision a suscité de nombreux commentaires.

Pour certains, la « décision est difficile à interpréter » (N. Nord, *op. cit.*, p. 19, O. Boskovic Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2021, comm. 25) ou comporte « une motivation aux termes incertains » (Droit international privé, t. I, Thémis-PUF, 5e éd., 2021, n°366) et ils se demandent si « *la Haute juridiction n'amorce pas ici un revirement qui se traduirait par l'abandon de la jurisprudence Mutuelle du Mans et Belaid* » (H. Gaudemet-Tallon RCDIP 2021 850) tout en estimant que cet arrêt ne signifie pas que toutes les règles de conflit de lois d'origine européenne doivent être soulevées d'office puisqu'il précise que l'article 6 du règlement Rome II, applicable en la cause, établit une règle de conflit impérative, règle d'ordre public et qu'il rappelle que « *sauf règles particulières, le juge n'a pas l'obligation de changer le fondement juridique des demandes* » (conformément à la solution adoptée par l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007, N° 06-11343).

Pour F. Mélin (Dalloz actualité, 08 juin 2021), cette décision conduit à distinguer « deux niveaux de l'office du juge » :

- Le premier niveau concerne les règles de conflit de lois d'ordre public issues du droit de l'Union européenne : le juge doit les appliquer d'office, indépendamment de la distinction des droits disponibles et indisponibles.

- Le second niveau concerne les autres règles de conflit, à savoir celles qui ne sont pas de source européenne et celles qui ont cette source mais qui ne sont pas d'ordre public. Le critère de la disponibilité/indisponibilité des droits litigieux devrait alors continuer à s'imposer.

[7] Rejoignant une option déjà retenue par la CJUE qui oblige le juge à relever d'office la loi applicable dans l'arrêt Amazon EU du 28 juillet 2016 (aff. C-191/15) après avoir estimé que l'article 6 du règlement Rome I organisant un régime de protection « impératif » du consommateur imposait au juge d'appliquer d'office la loi de la résidence habituelle du consommateur ; et reprenant presque mot pour mot, le principe dégagé à propos de la responsabilité du fait des produits défectueux par un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2017 (n° 15-25.651).

[8] Le droit de l'Union européenne à lui seul n'obligeait pas à une telle solution puisqu'il n'impose pas au juge national de relever d'office les moyens tirés d'une violation du droit européen, les États membres disposant d'une autonomie procédurale dans l'application des règles de conflit de lois européennes, sous réserve de respecter les principes d'équivalence et d'effet utile du droit européen.

Selon cet auteur cette décision « *met ainsi en cause, en partie, la jurisprudence actuelle, qui n'est certes pas parfaite mais qui a le mérite de la stabilité. Elle la fragilise en introduisant un critère tenant à la source européenne de la règle de conflit de lois, alors pourtant que la Cour de cassation a abandonné par l'arrêt du 26 mai 1999 le critère, pourtant proche, tenant à la source conventionnelle de la règle, et ce précisément car il était difficile de faire coexister un système de solution à double niveau* ».

Il considère aussi que « *Si un sort particulier devait être réservé aux règles de conflit de lois de source européenne, seule une solution franche tenant à leur application d'office par principe serait, à notre sens, satisfaisante, sans référence à la notion d'ordre public ou à celle de disponibilité ou d'indisponibilité des droits litigieux. Ce serait alors le moyen d'assurer l'effectivité du droit international privé européen et l'égalité des parties dans sa mise en œuvre* ».

L. Usunier relève que « *Ce « relevé d'office » est un signal fort de l'attention prêtée par la Cour de cassation au droit de l'Union européenne dont elle entend faire respecter les principes de primauté et d'effectivité en limitant l'autonomie procédurale et en écartant la difficile distinction entre droits disponibles et droits indisponibles. Mais il ne signifie nullement que, pour la Haute juridiction, toutes les règles de conflit de lois d'origine européenne doivent être soulevées d'office* (« L'office du juge et la règle de conflit de lois de source européenne », RTDciv. 2021 854).

H. Gaudemet-Tallon constatant que la Cour avait relevé d'office le moyen tiré des «*principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne* », relève qu'il ne « *s'agit pas seulement de contraindre le juge du fond à appliquer une règle de conflit de lois, mais, de façon plus générale, à l'obliger au respect des principes de primauté et d'effectivité du droit de l'UE, s'interdisant d'invoquer le principe d'autonomie procédurale des États membres et écartant d'emblée la distinction faite en droit international privé français entre droits disponibles et droits indisponibles* », ce qui ne va pas, selon l'autrice, sans poser « *de délicats problèmes* » (Rev. crit. DIP 2021. 850). Parmi les questions qui émergent : qu'en est-il des règles de conflit d'origine européenne qui ne sont pas impératives, qui ne mettent en cause ni l'ordre public de direction, ni l'ordre public de protection. Faut-il en revenir au droit national avec la distinction entre les droits disponibles et indisponibles ? Ou l'origine européenne justifierait-elle que la règle soit soulevée d'office ?[9]

H. Gaudemet-Tallon se prononce en faveur de l'obligation pour le juge national de relever d'office toute règle de conflit européenne faisant valoir que les règlements européens (à l'exception du règlement Rome I), ne laissent jamais une totale liberté aux parties, de sorte qu'il serait « *normal que le juge national s'assure d'office que ces règles sont respectées* » et que le souhait d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique que poursuivent les règlements européens, suppose d'assurer une unification du droit international privé des États membres afin que la loi applicable ne dépende plus de la saisine de tel ou tel juge : « *la sécurité juridique et l'unification seraient mises à mal si les juges nationaux ne devaient pas soulever d'office toutes ces règles de conflit* » (*op. cit.*).

[9] Outre que la doctrine y voit une confusion entre l'office du juge et le pouvoir des parties, les deux questions se situant à des niveaux différents (V. not. S. Clavel, Droit international privé : Dalloz, 2018, n° 154. – V. également JCP G 2021, 733, note L. d'Avout sous l'arrêt commenté)

Dans le même sens, L. Rass Masson rappelle aussi qu'en droit international privé européen, l'abandon d'un droit individuel par le choix d'une loi applicable, notamment par un accord procédural, est possible mais spécifiquement encadré : « *La conséquence en est, logiquement, que le droit international privé européen doit bien permettre la réalisation des droits subjectifs, et que la renonciation à ses droits par le titulaire ne peut se faire qu'en respectant un certain nombre de conditions posées par l'Union européenne elle-même, et éventuellement par les ordres juridiques nationaux. Or si chaque Etat membre pouvait prévoir ses conditions propres pour faire échec à la réalisation du droit subjectif attribué à travers une règle d'origine européenne, on voit bien que l'unité et l'efficacité du droit de l'Union seraient fortement remises en cause, et avec elles la confiance que pourraient avoir les justiciables dans l'espace de justice européen* » ce qui peut conduire vers un office renforcé pour le juge (« L'office du juge et l'origine européenne de la règle de conflit de lois, conférence à la Cour de cassation le 17 mai 2021, Société de législation comparée, 2022 Collection colloques Volume 54 page 55 et spec. 65).

Selon O. Boskovic, la Cour de cassation introduit de nouveaux critères, discutables, pour déterminer l'applicabilité d'office des règles de conflit et maintient une pluralité de régimes alors même que la doctrine se prononce généralement en faveur d'un traitement uniforme de la question de l'office du juge face à la règle de conflit (Journal du droit international (Clunet) n° 4, octobre 2021, comm. 25).

Une autre question a émergé de ces critiques : appartient-il à la Cour de cassation de procéder ainsi seule à telle une délimitation entre l'autonomie procédurale et l'atteinte à l'effectivité du droit de l'Union ?

Ne revient-il pas à la Cour de justice de se prononcer sur le relevé d'office de la règle de conflit de lois de source européenne afin de permettre une application harmonisée qui s'imposerait à tous les Etats membres, quitte à poser une règle distincte s'agissant de la législation protectrice des parties faibles ?[10]

Sous cet angle, L. D'Avout se demande si la Cour de cassation n'a pas ouvert une boîte de Pandore. Il formule plusieurs critiques contre cette décision, dont celle selon laquelle la Cour de cassation se croirait, « à tort », contrainte par le droit de l'Union, et ses principes de « primauté » et « d'effectivité », dans la défense des règles européennes d'ordre public, alors que « *la jurisprudence de l'Union n'imposait pas le statut privilégié de la règle de conflit par rapport à la règle nationale* ». (L. D'Avout, L'office du juge français remodelé sous l'effet des règles de conflit européennes, JCP G, 5 juillet 2021, n° 27, p. 733).

Dans le même sens sur ce dernier point, pour L. Rass Masson , « *une telle faveur à l'origine européenne de la règle de conflit de lois paraît difficile à justifier, tant qu'elle n'est pas imposée par le droit de l'Union* » alors que « *l'intégration des règles de conflit de lois européennes au droit procédural national devrait (...) conduire à une assimilation*

[10] Cf. M.-L. Niboyet, Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel, in Quel avenir pour la théorie générale du conflit de lois ?, dir. T. Azzi et O. Boskovic, Bruylant 2015, spec. 24

entre règles européennes et nationales » (« L'office du juge et l'origine européenne de la règle de conflit de lois, conférence à la Cour de cassation le 17 mai 2021, Société de législation comparée, Collection 2022 colloques Volume 54 page 55 et spec. 66).

Le modèle mixte français n'est pour autant pas abandonné par la Cour de cassation dans une affaire, ne mettant pas en jeu une règle de conflit de lois d'origine européenne, la Cour de cassation a confirmé son « attachement » à la distinction selon la nature des droits (1re Civ., 17 novembre 2021, pourvoi n° 20-19.420 ; 1re Civ., 15 septembre 2021, pourvoi n° 19-22.588) qui persiste donc « *dans les interstices laissés vacants par le droit de l'Union européenne* » (R. Legendre, L'article 311-14 du code civil s'impose encore et toujours au juge, revue critique DIP, 2022, p. 154).

4.2.1.3 - La mise en oeuvre de la loi étrangère

La mise en oeuvre de la loi étrangère recouvre deux questions différentes : celle de la connaissance de la loi et celle de son application (et donc celle de son interprétation) par le juge français.

Dès 1829, la chambre des requêtes constatait qu'« *aucune loi n'a déterminé, la manière de connaître et d'appliquer les lois et la jurisprudence étrangère* » (req. 16 juin 1829, Cotty). Il est donc revenu à la jurisprudence d'en fixer les principes.

A) La connaissance de la loi étrangère : à qui la charge ?

1- L'absence d'obligation de connaissance de la loi étrangère par le juge

Un point n'a jamais été contesté : si dans l'ordre juridique interne, le juge doit connaître, ou est censé connaître le droit, une telle fiction ne peut raisonnablement s'appliquer lorsqu'une loi étrangère est désignée comme applicable au litige, le juge ne pouvant être présumé connaître *ab initio* le droit en vigueur dans chaque ordre juridique étranger. Et le changement de statut procédural de la loi étrangère (du fait au droit[11]) n'a pas eu pour conséquence de modifier l'absence d'exigence de connaissance *ab initio*, par le juge français de la loi étrangère.

Motulsky, pourtant fervent partisan de l'assimilation de la loi étrangère à la loi française dont il considérait aussi que le juge devait la relever d'office, admettait que l'on ne pouvait imposer au juge français de connaître le droit étranger puisque la loi étrangère ne s'incorpore pas dans l'ordre interne dont il est le gardien : « *la règle de droit que le juge est censé connaître c'est la règle de conflit, qui fait partie du système interne...* ». Il en déduisait que « *le juge est obligé d'appliquer cette loi et d'en rechercher le contenu, mais il n'est pas obligé de la connaître* » (op citée § 51).

De même, selon J. Lemontey et J.-P. Rémery, malgré sa nature de règle de droit, « *la loi étrangère ne peut pas, cependant, être soumise, sous le rapport de sa connaissance, au même statut que la loi française. Le juge n'est pas tenu, en effet, d'en avoir la même science que du droit français (...) La collaboration des parties lui est donc souvent indispensable* » (La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la

[11] Cf. Supra 1re Civ., 13 janvier 1993, pourvoi n° 91-14.415, Bulletin 1993 I N° 14

Cour de cassation, Rapp. de la Cour de cassation 1993, 1994, La Documentation française, p. 81).

Au-delà de ce constat, point d'ancrage certain, la jurisprudence a évolué dans son approche de la question.

2- L'évolution de la jurisprudence quant à la connaissance de la loi étrangère

Le changement de statut procédural de la loi étrangère a tout de même modifié les termes du débat autour de la question de la connaissance de la loi étrangère.

Lorsque la loi étrangère était assimilée à un fait, alors le débat était posé en termes de charge de la preuve du droit étranger. A partir du jour où la loi étrangère a été appréhendée comme du droit, le problème de la connaissance de la loi étrangère a été abordé sous l'angle de l'office du juge.

L'évolution de la jurisprudence sur cette question peut être synthétisée comme suit :

La jurisprudence a d'abord, raisonné en termes de **charge de la preuve** en faisant application de la doctrine issue de la jurisprudence « Lautour-Thinet » évoquée ci-dessus, laquelle consistait à faire peser la charge de la preuve de la loi étrangère sur l'auteur de la prétention régie par le droit étranger, quelle que soit sa position procédurale (critère de l'auteur de la prétention).

Puis en 1993, par l'arrêt Amerford, la chambre commerciale a énoncé que « dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre de la loi étrangère conduirait à un résultat différent de celui obtenu par application du droit français de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi, le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire » (Com., 16 novembre 1993, pourvoi n° 91-16.116, Bulletin 1993 IV N° 405).(souligné par nous)[12].
Par cette décision, la chambre commerciale s'inscrivait dans le sillage de la jurisprudence « Lautour-Thinet », tout en insistant sur le critère de la prétention utile : la charge de la preuve de la teneur de la loi étrangère est supportée par la partie qui entend tirer avantage de son application en ce sens qu'elle conduirait à une solution différente de celle résultant de l'application du droit français, dont la vocation subsidiaire était ainsi renforcée.

L'inconvénient de cette jurisprudence était cependant de faire peu de cas de l'internationalité du litige en permettant d'écarter aisément la règle de conflit et la loi étrangère au profit d'une compétence subsidiaire renforcée de la loi française.

[12] La première chambre civile s'était déjà implicitement orientée vers une telle solution en 1990 et 1991 en jugeant qu'« il incombe à la partie qui prétend qu'un contrat est soumis à une loi étrangère de rapporter la preuve du contenu de cette loi. A défaut, il y a lieu d'appliquer la loi française, dont la vocation est subsidiaire. » (1re Civ., 10 janvier 1990, Bull. Civ. I n° 2 p. 1 ; 1re Civ., 5 novembre 1991, pourvoi n° 90-40.163, Bulletin 1991 I N° 293).

C’est alors que la première chambre civile a fait le choix de se placer sur **le terrain de l’office du juge** (et non plus sur celui de la charge de la preuve) et ce en trois étapes :

- En 1994, la première chambre civile a jugé qu’il incombait au juge de mettre en oeuvre le droit étranger qu’il déclare applicable (1re Civ., 5 octobre 1994, pourvoi n° 91-21.073, Bull. 1994, I, n° 267 : l’arrêt est censuré au double visa de l’article 3 du code civil et des « principes du droit international privé relatifs à l'application du droit étranger »).

- En 1997, la première chambre civile a étendu cette même solution en présence de droits dont les parties n’avaient pas la libre disposition (1re Civ., 1 juillet 1997, pourvoi n° 95-17.925, Bull. 1997, I, n° 222).

- En 2002, la première chambre civile a désolidarisé la question de l’application de la règle de conflit de celle de la mise en oeuvre de la loi étrangère en précisant que, même en matière de droits disponibles, le juge devait appliquer le droit étranger si son application était revendiquée par l’une des parties (1re Civ., 18 septembre 2002, pourvoi n° 00-14.785, Bulletin civil 2002, I, n° 202 : le juge « saisi de l'application d'un droit étranger [doit] procéder à sa mise en œuvre et, spécialement […] en rechercher la teneur afin de trancher le litige selon ce droit »).

En 2005, l’harmonisation entre les positions de la 1ère chambre civile et de la chambre commerciale est intervenue, non par le biais d’une chambre mixte, mais « *à la suite d’une concertation entre les deux chambres* » (J-P Ancel, : L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation, in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, 2008, Dalloz, p. 3.).
Par deux arrêts prononcés le 28 juin 2005 (les arrêts dits « Aubin » et « Itraco »), rendus respectivement par la première chambre civile et la chambre commerciale, la Cour de cassation, au visa de l'article 3 du code civil, a jugé qu’ « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d’en rechercher, soit d'office, soit à la demande d’une partie qui l’invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s’il y a lieu et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » (1re Civ., 28 juin 2005, n°00-15.734, *Aubin* ; Com., 28 juin 2005, n°02-14.686, *Itraco*).

En cas d’impossibilité d’établir le contenu de cette loi, le juge peut, même dans les matières où les droits sont indisponibles, faire application subsidiaire du droit français (1re Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-22.002, Bull. 2006, I, n° 500).

Tel est encore l’état du droit positif (1re Civ., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-10.373, Bull. 2015, I, n° 209 ; 1re Civ., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-13.466).

Il résulte de ces éléments que bien qu’il ne soit toujours pas exigé qu’il connaisse *ab initio* la loi étrangère, le juge n’est pas déchargé de toute obligation puisqu’il est tenu d’en rechercher la teneur. La charge de la connaissance de la loi étrangère est donc transférée sur les épaules du juge (avec le concours des parties) et cette règle a vocation à s'appliquer, quelle que soit la disponibilité des droits en cause, mais aussi quelle que soit la position procédurale des parties ou l’intérêt de chacune d’elle à voir appliquer le droit étranger au litige.

B) L'application par le juge de la loi étrangère : quel office/quel contrôle ?

Si l'on s'intéresse à l'application de la loi étrangère, alors le questionnement est double. Il porte d'abord sur l'office attendu des juges du fond. Il porte ensuite sur le contrôle exercé la Cour de cassation sur cet office.

1- Quel est l'office du juge du fond dans l'application de la loi étrangère ?

L'office du juge du fond peut être séquencé en deux temps :

- d'une part, il lui appartient de prendre connaissance de la teneur de la loi étrangère.

- d'autre part, il lui incombe de mettre en oeuvre celle-ci, ce qui peut l'amener à devoir pour l'appliquer, l'interpréter.

S'agissant du premier temps, la jurisprudence est bien établie :

D'une part, elle est constante dans l'exigence qu'elle impose au juge d'effectuer la recherche de la loi étrangère. Le juge ne peut donc se contenter, pour rejeter une demande tendant à écarter des débats des correspondances échangées entre des avocats inscrits à des barreaux américains et canadiens, de retenir qu'il n'est pas justifié de l'existence d'un principe de confidentialité applicable à ces documents, qui ne sont pas régis par les règles déontologiques françaises, sans rechercher le contenu des lois étrangères pour en faire application (1re Civ., 1 juin 2016, pourvoi n° 15-13.221, Bull. 2016, I, n° 124).

D'autre part, il est jugé que cette recherche doit porter non seulement sur les sources légales mais aussi inclure les sources jurisprudentielles ou coutumières (1re Civ., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-00.859, Bulletin civil 2003, I, n° 133).

La jurisprudence est souple s'agissant des modes de preuve admissibles de la loi étrangère. Peuvent en effet être produits ou mis en oeuvre :

- Un certificat de coutume, attestation écrite sur la teneur du droit étranger, rédigée à la demande d'une partie et généralement en contrepartie d'une rémunération et dont la Cour de cassation a précisé que sa valeur probante relevait de l'appréciation souveraine du juge (1re Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-14.934, Bull. 2008, I, n° 235). A cet égard, la Cour de cassation prend soin cependant de relever l'attention que le juge du fond a porté sur l'auteur du certificat, dont les qualités professionnelles sont parfois soulignées (1re Civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 03-12.354, Bull. 2007, I, n° 44 : qui constate « pour accorder crédit à l'affidavit », outre « les éminentes qualifications professionnelles de son auteur »..., « les productions d'une traduction jurée et des plus importantes jurisprudences citées ».) ;

- Une expertise ou une consultation d'un technicien l'interrogeant sur le contenu de la loi étrangère[22].

[22] Le fondement juridique de cette option n'est cependant pas parfaitement certain au regard notamment de l'article 232 du code de procédure civile selon lequel le recours à l'expertise est cantonné à « *une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien* ». Certes, dans un arrêt du 19 octobre 1971 (pourvoi n°70-14.042), la Cour de

- Le recours à l'*amicus curiae*.

- Les instruments internationaux de coopération. C'est le cas notamment de la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, signée à Londres le 7 juin 1968[23], ratifiée par 47 pays, dont la France le 10 avril 1972. Par cette Convention, entrée en vigueur le 17 décembre 1969, les Parties s'engagent à fournir aux autorités des autres Parties, lorsque des problèmes de droit étranger se posent à l'occasion d'une procédure judiciaire, des renseignements concernant leur droit et leur procédure en matière civile et commerciale ainsi que leur organisation judiciaire[24].

C'est aussi le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (RJECC), mis en place pour favoriser la coopération judiciaire et juridique entre les États membres et qui a pour objet de fournir un soutien et des informations, dans le cadre d'un réseau spécifique, aux autorités ayant à traiter d'affaires transnationales[25].

En tout état de cause, les juges du fond apprécient souverainement la valeur probante des éléments de preuve qui leur sont soumis et en particulier, des certificats de coutume (1re Civ., 30 janvier 2007, n°03-12.354 ; Rapport annuel 2012, La preuve pages 112,113), ou l'expertise (1re Civ., 4 janvier 2017, n°16-10.754 Bull. 2017, I, n° 1).

S'agissant du second temps relatif à la mise en oeuvre de ce droit étranger par le juge dans le litige, il est plus délicat et donne lieu à plus de débats.

La question qui se pose est celle de savoir si le juge français doit se contenter de « photographier » l'état du droit étranger tel qu'il se présente au jour où il statue, ou s'il peut ou doit aussi s'aventurer dans l'interprétation de ce droit au regard notamment des propres règles applicables dans l'ordre juridique étranger ?

Selon un auteur la réponse à cette question n'est pas sans lien avec l'objet que l'on assigne à la règle de conflit de lois : a t-elle pour objet de désigner le droit étranger

---

cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir ordonné une expertise pour connaître le contenu de la loi tunisienne. Mais cette décision est ancienne, et elle est antérieure même au texte de l'article 232 du code de procédure civile sur l'expertise.

[23] Et son Protocole additionnel à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, signé à Strasbourg le 15 mars 1978 qui a étendu le système international d'échange d'informations établi par la Convention au domaine du droit pénal et de la procédure pénale.

[24] Chaque Partie désigne à cet effet un organe chargé de recevoir les demandes de renseignements (organe de réception) et de les transmettre à l'organe de réception étranger. Pour la France, l'organe désigné est le Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile (BDIP), de la Direction des affaires civiles et du Sceau, Ministère de la Justice. La demande doit comporter l'exposé des faits indispensables à l'élaboration de la réponse et préciser les points de droit à propos desquels il est demandé des éclaircissements (art. 4 § 1 et 2, Convention). Elle doit être rédigée dans la langue de l'État requis, comme la réponse d'ailleurs (art. 14). L'organe de réception étranger doit donner suite à la demande (art. 10) sous réserve de l'hypothèse dans laquelle les intérêts de l'État considéré seraient affectés en raison du litige donnant lieu à la demande ou dans laquelle sa souveraineté ou sa sécurité serait mise en cause par la réponse (art. 11). L'autorité requérante n'est pas liée par l'avis fourni et conserve toute liberté dans l'interprétation du droit étranger et dans la résolution de la controverse (art. 8).

[25] Le RJE-civil a été institué par la décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001 et a commencé à fonctionner le 1er décembre 2002. Tous les États membres à l'exception du Danemark participent au RJE-civil. Il suffit à la juridiction de saisir (par courriel) le point de contact français d'une demande d'information sur le contenu de la loi de l'État membre concerné en rappelant de manière succincte le contexte de l'affaire. En France, le point de contact national est un magistrat au BDIP du ministère de la justice. Il appartient à ce point de contact français de transmettre ensuite par courriel la demande à son homologue de l'État membre concerné.

comme « source » pour résoudre la question posée, ou simplement comme « solution » (G. Cerqueira, « La hiérarchie étrangère des normes devant le juge français » L'application du droit étranger, SLC collection colloques 2018 volume 36 p. 95) :

-Si l'objet de la règle de conflit est de désigner la source de droit (ce qui est l'avis en général de la doctrine), alors le juge devrait être autorisé à confronter la loi étrangère à un test de conformité pour ne retenir qu'une solution qui serait, aux yeux de cet ordre juridique étranger dans toutes ses composantes, régulière.

-Si en revanche, l'objet de la règle de conflit est de trouver la solution au litige, alors elle n'impliquerait pour le juge que de faire application de la disposition substantielle du droit étranger effectivement applicable, sans qu'il y ait lieu à apprécier la conformité de cette norme à une norme supérieure prévue par le système de droit étranger dont elle émane.

La réponse qui a été apportée à cette question n'a pas été liée au statut procédural reconnu à la loi étrangère, quand bien même elle était plus aisée à concevoir selon l'option retenue : lorsque la loi étrangère était assimilée à un « élément de fait » il en était déduit que le juge devait avoir vis-à-vis de cette loi la position d'un « *observateur sociologique* », devant rechercher « *non ce qui doit être, mais ce qui est* » (Battifol, Traité, n°328 et 340 cité par Motulsky in L'office du juge et la loi étrangère, in Mélanges offerts à Jacques Maury, t. 1 : Droit international privé et public, 1960, Sirey, p. 337 s. ; § 39).

Cependant, pour d'autres, même si la loi étrangère est assimilée à une règle de droit, le juge français ne faisant pas partie de l'ordre juridique désigné, « *il doit donc saisir la loi étrangère telle qu'elle existe à l'étranger : elle apparaît comme « un fait observé »* et *« Loin de dénier la juridicité de la loi étrangère applicable, il s'agit au contraire de s'assurer que la sanction du rapport juridique litigieux devant les tribunaux du for sera conforme à celle qu'édicte cette loi, considérée comme étant la plus légitime pour résoudre la question litigieuse* » (Répertoire de droit international Dalloz - Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère – Pierre Rabourdin ; Horatia Muir Watt; § 64).

Si le droit étranger n'est pas du fait (il s'agit bien de droit étranger), il devrait donc être, examiné par le juge français, comme un élément de fait. Il s'agit de prendre acte de ce que l'office du juge à l'égard de la loi étrangère est différent de celui qu'il exerce à l'égard de la loi française : « *il ne s'agit plus pour lui de rechercher ce qui est juste, ou utile, mais ce qui existe en fait à l'étranger* » (J-P Ancel, l'office du juge dans la recherche du droit étranger " Société de législation comparée, L'application du droit étranger, collection colloques volume 36 p.9).

Motulsky (qui plaidait pour l'assimilation de la loi étrangère à une règle de droit) estimait lui aussi que le rôle du juge face à la loi étrangère devait être plus passif qu'actif « *en tant qu'il s'agit pour le juge de constater l'état du droit étranger, autrement dit de rechercher la règle de droit applicable à la cause. Obligé de se transporter mentalement dans un ordre juridique étranger, le juge est tout naturellement porté à enregistrer - et plus passivement qu'en présence de sa propre loi - « ce qui se fait » à l'étranger. (...). Le juge est transporté dans l'ordre juridique étranger ; mais il n'en fait pas partie (...). Le juge n'ira donc pas normalement à l'encontre des solutions acquises à l'étranger* ».

Motulsky ajoutait cependant : « *Mais si la solution est douteuse ou controversée, ou même si le juge estime simplement, de par sa connaissance du droit en cause, qu'elle n'est pas définitive, sa fonction l'habilite parfaitement à aller à son encontre, de même*

que cette fonction l'habilite, dans le cas où il ne trouverait pas, dans le droit considéré, de règle de droit d'ores et déjà explicitée sur le point qui l'intéresse, à construire cette règle, à la seule condition de respecter les données de l'ordre juridique intéressé : il doit agir comme agirait le juge étranger ; et si par exemple, toute activité créatrice était interdite à ce dernier, il devrait s'incliner devant cette défense » (*op. cit.* § 39 et 40, souligné par nous).

Il faut replacer les réflexions de Motulsky dans leur époque : elles s'inscrivaient dans sa conception de la loi étrangère comme devant être assimilée à une règle de droit à une époque où l'état de la jurisprudence en 1960 n'était pas dans ce sens.

Depuis que la loi étrangère est assimilée à une règle de droit (cf. supra), la pensée de Motulsky n'en est que plus forte et a d'ailleurs été consacrée en jurisprudence : s'il est admis généralement que le juge du fond français est tenu d'appliquer la loi étrangère de la même manière qu'elle l'aurait été dans son ordre d'origine, il est aussi admis que si le droit positif étranger ne peut pas être établi par une simple «photographie » de ce droit parce qu'une solution claire ne s'en dégage pas, alors il incombe au juge de procéder à son interprétation.

La Cour de cassation impose ainsi au juge de rechercher « la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'Etat concerné » (1re Civ., 24 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.078, Bull. 1998, I, n° 327). Elle approuve les juges du fond qui ont procédé à une «interprétation nécessaire des textes soumis à leur examen » (Soc. 20 févr. 1991, no 88-41.910 , Bull. civ. V, no 82).

De même, a t-il été admis que le juge puisse retenir qu'une disposition de la loi étrangère n'ayant fait jusqu'alors l'objet d'aucune application jurisprudentielle, il devait en déterminer le sens et la portée en fonction du texte lui-même et des éléments d'interprétation produits aux débats et contradictoirement débattus (1re Civ., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-00.859, Bulletin civil 2003, I, n° 133).

Cette démarche peut conduire une cour d'appel, qui fait application d'une loi étrangère régissant le régime matrimonial des époux, à l'interpréter comme permettant à l'épouse mariée sans contrat d'acheter seule un bien immobilier (1re Civ., 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-12.201, Bull. 2006, I, n° 471 ; dans le même sens : 1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-11.864).

Elle peut aussi amener le juge à devoir s'interroger sur les règles de conflits internes à un Etat fédéré pour déterminer la loi effectivement applicable : il a été jugé ainsi que prive sa décision de base légale au regard des articles 3 et 311-14 du code civil la cour d'appel saisie d'une action en recherche de paternité qui, après avoir constaté que la mère de l'enfant était de nationalité américaine, déduit de l'obtention, par celle-ci, d'un certificat de naturalisation de l'Etat de Virginie, que la loi de cet Etat fédéré est applicable au litige, sans rechercher, d'après les règles américaines de conflits internes, de quel Etat fédéré la loi était applicable et le contenu de celle-ci (1re Civ., 20 avril 2017, pourvoi n° 16-14.349, Bull. 2017, I, n° 88 ; 1re Civ., 15 mai 2018, pourvoi n° 17-11.571, Bull. 2018, I, n° 83).

Il résulte de ces éléments que la jurisprudence française, ne cantonne pas le juge français à appliquer la loi étrangère telle qu'elle est formulée dans le texte de la loi applicable, mais bien aussi telle qu'elle est « appliquée » par le juge étranger. Comme le souligne un auteur, le juge « *n'applique donc pas seulement la loi, entendue dans un sens étroit comme impliquant la seule référence à un énoncé textuel (par exemple, un article d'un Code civil étranger), mais le droit d'un système juridique étranger, c'est-à-dire l'ensemble des sources textuelles et jurisprudentielles, internes, internationales ou*

européennes, appliquées dans le pays étranger » (Jean-Sylvestre Bergé - De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux - Journal du droit international (Clunet) n° 1, janvier 2013, doctr. 1, point 20).

Mais alors, une autre question se pose : celle de l'étendue de ce pouvoir d'interprétation : le juge du fond peut-il/ doit-il aller jusqu'à un contrôle de conformité de la loi étrangère désignée comme applicable à une norme supérieure (constitutionnelle, régionale ou conventionnelle) applicable dans l'ordre juridique étranger ? Cela revient à se demander si le juge français peut, parce qu'il est tenu d'appliquer le droit étranger, passer d'une hiérarchie des normes à une autre et devoir se soumettre à celle en vigueur dans l'ordre juridique dont il applique la loi ?

Si on s'inscrit dans la voie tracée par la jurisprudence, qui invite le juge français à inscrire la loi applicable étrangère dans le système juridique dont elle émane, en cas de conflit entre les sources étrangères, il pourrait être considéré nécessaire de lui permettre de se référer à la hiérarchie des normes étrangères [26].

L'incidence institutionnelle d'un tel office du juge n'est cependant pas neutre et cette question a été qualifiée de véritable « dilemme » par un auteur. Admettre un tel contrôle de conformité par le juge français, c'est admettre que le juge français puisse contrôler la conformité de la loi étrangère à la hiérarchie des normes du système étranger, et en quelque sorte s'ériger en juge de la législation d'un autre Etat (Pascal de Vareilles-Sommières SLC, Collection colloques « Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger » 2017 volume 34).

Il pourrait dès lors être considéré qu'un « obstacle de légitimité » s'érige, lequel imposerait au juge français un rôle plus effacé (en ce sens Jean-Sylvestre Bergé *op. cit.*, § 20).

La doctrine est d'ailleurs partagée[27] :

S'agissant du contrôle de constitutionnalité, certains auteurs estiment qu'il n'appartient pas au juge français de s'ériger en gardien de la Constitution d'un ordre juridique étranger, faisant valoir notamment que procéder à ce contrôle constitue aussi une violation du droit étranger pour lequel le texte est toujours applicable (puisque par hypothèse ce contrôle de conformité n'aura pas encore été fait par le juge étranger).

Seul serait possible pour le juge de tirer les conséquences d'une inconstitutionnalité déclarée par le juge étranger (Y Loussouarn, P. Bourel, et P. De Vareilles-Sommières, Droit international privé, 10e éd., 2013, Précis Dalloz, no 362).

---

[26] En droit administratif, il semble que le Conseil d'Etat ait écarté la possibilité d'un contrôle de conformité de la loi étrangère avec la constitution de l'Etat étranger concerné. La question lui a été posée dans le contentieux de l'extradition. « Considérant qu'il n'appartient pas en principe au Conseil d'Etat statuant au contentieux, lorsqu'il est saisi d'un pourvoi dirigé contre un décret d'extradition, de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen tiré de ce qu'un acte législatif applicable sur le territoire de l'Etat requérant ne serait pas conforme à la constitution de cet Etat, ou, dans le cas d'un Etat fédéral, à la constitution de l'Etat fédéré concerné ; qu'il n'en va autrement que si cet acte a déjà été déclaré inconstitutionnel par une décision devenue définitive d'une juridiction de l'Etat requérant ou, le cas échéant, de l'Etat fédéré, ou si son adoption a été entachée de vices d'une gravité telle qu'il doive être regardé comme inexistant » (C.E, 11 juillet 2001, n°227747 , M. Einhorn).

[27] Pour un rappel plus détaillé des différentes positions doctrinales sur cette question cf. G. Cerqueira, « La hiérarchie étrangère des normes devant le juge français » L'application du droit étranger, SLC collection colloques 2018 volume 36 spéc. p. 106.

D’autres auteurs admettent ce contrôle tout en étant attentifs au régime du contrôle de constitutionnalité dans l'ordre juridique désigné : « *Ainsi, si une telle question est soulevée dans un ordre juridique où le droit constitutionnel est développé et la jurisprudence ample, tel qu'aux États-Unis, le juge français devrait pouvoir répondre à la question en effectuant des recherches précises. Et seulement si la jurisprudence manque véritablement de clarté, le juge français devra alors appliquer de manière subsidiaire le droit français. Si aucun contrôle de constitutionnalité n'existe, ou bien si le déclenchement d'un tel contrôle est réservé à certaines institutions précises, alors, le juge français devra appliquer la norme litigieuse en l'état, car l'ordre juridique dans lequel elle s'inscrit la considère comme intégrée au droit positif.* » (Répertoire de droit international, Dalloz - Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère – Pierre Rabourdin ; Horatia Muir Watt; § 77 ; Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome 2, 5ème édition, Thémis droit (PUF), § 455 p. 568).

Comme l’a relevé J-S Bergé, des considérations d'ordre pratique rendent difficile ici l’office du juge quand il applique la loi étrangère, qui ne peut être « *exactement équivalent à l'office du juge étranger quand il applique sa propre loi* », en raison de ce que sa position « extérieure » au système juridique étranger fait qu'il n'est pas en mesure de mettre en oeuvre l'ensemble des outils juridiques d'application existant dans le système juridique étranger pour exercer un tel contrôle hiérarchique des normes (Jean-Sylvestre Bergé - De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux - Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2013, doctr. 1).

Ainsi, un obstacle procédural peut se mettre sur le chemin du juge français qui n’aura pas accès à la procédure étrangère spécifique interne permettant d’exercer un tel contrôle (à l’instar de la question prioritaire de constitutionnalité en France qui doit passer par le filtre des juridictions françaises).

S’agissant du contrôle de conventionnalité de la loi étrangère alléguée comme étant contraire à une convention internationale liant l’Etat étranger dont elle émane, la doctrine semble plus aisément en admettre le principe (G. Cerqueira, « La hierarchie étrangère des normes devant le juge français » L’application du droit étranger, SLC collection colloques 2018 volume 36 spec. 108).

Elle s’appuie pour ce faire sur une décision de la Cour de cassation ayant étendu le pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier « le sens et la portée d’un traité passé entre deux puissances étrangères, lequel traité doit être considéré comme une loi étrangère » (1re Civ., 1 février 1972, pourvoi n° 70-11.911, Bull. 1972, I, n° 36, p. 33)[28].

En revanche, la doctrine se divise sur les modalités de ce contrôle : certains (Batiffol, Lagarde) estiment que ce contrôle suppose que le juge étranger dispose de ce pouvoir (outre que certains Etats n’accordent pas aux traités une autorité supérieure à leurs lois), tandis que d’autres estiment que cette condition n’est pas nécessaire dès lors que le juge français doit respecter le droit « des gens » (Maury).

Cependant, le juge français appliquant un traité international dans un contexte de droit étranger n'est pas exactement dans la même position que s'il devait appliquer un traité international liant la France et l’Etat étranger dont émane la loi, de sorte que son office pourrait être différent.

[28] Même si la question dans cette affaire n’était pas tant de contrôler la conformité d’une loi étrangère à un traité que de déterminer le champ d’application respectif de la loi et du traité.

Au demeurant, la Cour de cassation considère que le juge français ne peut pas appliquer une loi étrangère qui est contraire aux dispositions d'une convention signée par la France.

Ainsi, la Cour a jugé qu'une loi étrangère désignée par une règle de conflit émanant d'un traité devait être écartée pour violation de l'ordre public international si elle allait à l'encontre de dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1re Civ., 31 janvier 1990, pourvoi n° 87-18.955, Bulletin 1990 I N° 29 ; 1re Civ., 25 mai 2016, no 15-10.532).

Dans cette situation, **que doit faire le juge français si le texte conventionnel international ou européen n'est pas mis en oeuvre selon les mêmes modalités hiérarchiques à l'étranger et en France ?**

Selon un auteur (J-S Bergé, précité), trois solutions radicalement différentes peuvent être envisagées.

- soit le conflit d'interprétations d'une convention internationale portant loi uniforme est traité comme un conflit de lois ordinaire et le juge français qui applique le texte international ou européen dans un contexte étranger, doit alors tenir compte des seules règles d'application hiérarchique prévues par le pays étranger ;

- soit le juge fait prévaloir les constructions françaises sur les constructions hiérarchiques étrangères, ce qui revient à évincer, au moins partiellement (pour la part de la solution juridique qui dépend du texte international ou européen), la loi étrangère au profit de la loi française (par exemple, une exception d'ordre public française qui intégrerait un impératif d'ordre public de source conventionnelle, ou européenne) ;

- soit le juge s'inspire de la manière dont la hiérarchie des normes étrangère a été mise en oeuvre à l'étranger ou si cela est possible renvoie à une interprétation émanant d'une juridiction internationale ou européenne, ce qui permet d'avoir recours à une technique d'interprétation uniforme (renvoi à une jurisprudence de la CEDH déjà rendue ou de la CJUE déjà rendue ou question préjudicielle).

A supposer que l'on admette ce contrôle, son issue reste incertaine : si la norme est jugée contraire à la norme supérieure étrangère, quelle règle le juge devra t-il appliquer au litige si la déclaration de non-conformité aboutit à un vide juridique dans l'ordre juridique étranger ?

A suivre la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge du fond devra combler ce vide en établissant la teneur du droit étranger d'après les données de ce droit et son pouvoir souverain (1re Civ., 3 juin 2003, pourvoi n° 01-00.859, Bulletin civil 2003, I, n° 133), sauf à considérer qu'il y aura lieu alors d'appliquer subsidiairement la loi française.

De même, si le droit étranger fait partie d'un Etat ayant une organisation fédérale, il pourrait être complexe pour le juge français de déterminer si la matière relève de la compétence législative de l'Etat fédéré ou de l'Etat fédéral, voire le cas échéant de la nécessité de doubler le contrôle de constitutionnalité effectué au niveau de l'Etat fédéré d'un contrôle au niveau de l'Etat fédéral (voir G. Cerqueira, *op. cit.* p. 119).

Ce débat prend aussi un relief particulier lorsque la loi étrangère applicable transpose le droit de l'Union européenne. Les contours de l'office du juge, déjà sensiblement renforcé depuis plusieurs décennies, pourrait-il être renouvelé lorsque la loi étrangère peut être regardée comme du droit de l'Union porté par une source nationale d'un Etat membre ?

2- **Quel est le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'application de la loi étrangère ?**

a) L'abandon de l'interprétation de la loi étrangère au pouvoir souverain des juges du fond

La question du contrôle de l'application par le juge français du droit étranger (comme celui de l'office du juge du fond) aurait pu être appréhendée différemment selon que l'on opte pour une assimilation de la loi étrangère à du fait ou à une règle de droit.

Il est en effet plus aisé intellectuellement, la loi étrangère étant considérée par le juge du fond comme du fait, de lui laisser, au stade de la cassation, un pouvoir souverain quant à l'application, et donc à l'interprétation de ce droit.

C'est donc assez naturellement[29] que la solution tendant à conférer un pouvoir souverain au juge du fond s'est imposée à l'époque où la loi étrangère était examinée comme un élément de fait (Req. 18 mai 1886, S. 86. 1. 243 ; Civ., 5 mai 1908, D.P.1913. 1. 260).

Cette solution devait-elle être reconsidérée à l'aune de la prise en compte de la loi étrangère, non plus comme élément de fait, mais en tant que règle de droit ?

Ce n'est pas ce qui s'est produit. Lorsque la Cour de cassation a qualifié en 1993 la loi étrangère de règle de droit, elle a aussi dans le même arrêt précisé que son interprétation demeurait soumise au pouvoir souverain des juges du fond : « les juges du fond appliquent et interprètent souverainement la loi étrangère laquelle, malgré l'absence de contrôle de la Cour de cassation, est une règle de droit, qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau code de procédure civile » (1re Civ., 13 janvier 1993, pourvoi n° 91-14.415, Bulletin 1993 I N° 14).

Les juges du fond sont donc souverains pour déterminer quelle interprétation donner à la loi étrangère (1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-11.864) et les moyens qui ne tendent qu'à soumettre au contrôle de la Cour de cassation l'application et l'interprétation souveraines par les juges du fond d'une loi étrangère ne peuvent être accueillis (1re Civ., 20 décembre 2000, pourvoi n° 98-23.099, Bulletin civil 2000, I, n° 336).

Cette jurisprudence est solidement ancrée[30]. Lorsque la jurisprudence a transféré la charge de la connaissance de la teneur de la loi étrangère sur le juge, en en faisant pour lui une obligation propice alors à une sanction en cas de non respect, elle n'a pas pour autant abandonné sa jurisprudence en faveur du pouvoir souverain des juges du fond[31].

---

[29] Après quelques hésitations au 19ème siècle cependant, mais qui ont été analysées par la doctrine comme la résultante d'une confusion entre le contrôle de l'interprétation de la règle de conflit de lois, placée comme toute règle de droit interne sous le contrôle de la Cour de cassation, et celui de la loi étrangère désignée applicable, relevant alors seulement du pouvoir souverain des juges du fond (Francescakis : " la loi étrangère à la Cour de cassation " : D. 1963. 8 note 2).

[30] Une exception est généralement citée par la doctrine, un arrêt de la chambre criminelle (Crim., 17 mai 1989, pourvoi n° 88-83.085, Bull. crim. 1989 N° 203) qui a censuré une cour d'appel pour avoir méconnu « le sens et la portée » d'une loi Suisse.

[31] En 1989, André Ponsard laissait entendre que l'unanimité semblait faite pour maintenir la souveraineté du juge dans l'interprétation de la loi étrangère, ce « *principe ne sera pas remis en cause, quelle que soit la solution admise quant au rôle du juge dans la détermination du contenu du droit étranger* » (A. Ponsard, " L'office du juge et l'application du droit étranger " Rapport de la Cour de cassation, 1989 pp 11-19)

Il s'agit comme l'a écrit un auteur de l'un « *des vestiges de l'ancienne conception factuelle de la loi étrangère* » (M. Nicod « Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit ». Mélanges Jestaz, 2006 p.417).

Tel est toujours de l'état du droit positif (pour un rappel récent : Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 15-13.098, Bull. 2017, V, n° 218).

En outre, sous l'angle du contrôle de la Cour de cassation, les deux temps évoqués (cf. supra) de l'office du juge du fond ne semblent pas emporter une différence quant à son office.

Tout au plus peut-on relever que lorsque la Cour énonce que « *l'application de la loi étrangère désignée pour régir les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi* » (1re Civ., 1 juillet 1997, pourvoi n° 95-17.925, Bull. 1997, I, n° 222), elle porte davantage son contrôle sur la recherche du contenu de la loi étrangère par le juge du fond. Lorsque, la Cour indique qu'il « *incombe au juge français qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'Etat concerné* », elle porte davantage son contrôle sur la mise en oeuvre de la loi étrangère (1re Civ., 24 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.078, Bull. 1998, I, n° 327**). De mêmelorsqu'elle impose au juge de « rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi [étrangère] » (1re Civ., 11 octobre 1988, pourvoi n° 87-11.198, Bulletin 1988 I N° 278 ; 1re Civ., 18 novembre 1992, pourvoi n° 90-15.275, Bulletin 1992 I N° 282).**

En résumé, comme l'a souligné Jacques Foyer, la loi étrangère est traitée « *comme du droit devant les juges du fait, et comme un fait devant les juges du droit* » (in « Loi française et Loi étrangère, in C. Puigelier (dir), la Loi, Economica 2005 p. 87)[32]**.**

b) <u>Les raisons de l'abandon au profit du pouvoir souverain des juges du fond</u>

Comment expliquer la persistance d'une appréciation souveraine des juges du fond de la loi étrangère alors même qu'elle a été reconnue comme une règle de droit depuis 1993 ?

Plusieurs considérations ont été avancées pour justifier le contrôle limité exercé par la Cour de cassation sur l'application de la loi étrangère[33]**.**

- <u>Des considérations institutionnelles</u>

Elles touchent d'abord aux **relations institutionnelles** de la Cour avec ses homologues et au risque de voir son prestige atteint si elle se livrait à une interprétation erronée du droit étranger. Sans moyens appropriés pour connaître le droit étranger de manière suffisamment fine, la Cour ne serait pas à l'abri d'erreurs pouvant

[32] Il peut être observé que lorsque le Conseil d'Etat est amené, en tant que juge de cassation, à exercer un contrôle sur la prise en compte de la loi étrangère par le juge du fond (par exemple en matière fiscale), il exerce un contrôle similaire à celui de la Cour de cassation : L'application ou l'interprétation de la loi étrangère apparaît constituer alors une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, le Conseil d'Etat, en tant que juge de cassation, n'opérant sur celle-ci qu'un contrôle de la dénaturation (voir en ce sens C.E, 2 avril 2021, n°427880, Société World Investment Corporation, B. ; CE, 10 juin 1983, n° 27391, Rec. p. 242). Hors la matière fiscal, il a été aussi jugé que "Sous réserve de dénaturation, il n'appartient pas au Conseil d'Etat, juge de cassation, de contrôler l'interprétation faite par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) des dispositions d'une loi étrangère qui déterminent les règles d'attribution ou d'acquisition de la nationalité d'un demandeur d'asile, qui relève de son appréciation souveraine" (analyse de la décision 1) CE, 26 mai 2014, n°344265, M. Gao, A, (pts. 2 à 4).

[33] Aussi pour un aperçu d'ensemble : G. Légier, La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond, Rev. crit. DIP 1994. 510.

compromettre son autorité, et les relations institutionnelles qu'elle a avec ses homologues pourraient en être affectées.

En outre, il est difficile de séparer la fonction d'interprétation de la fonction créatrice qui en résulte. Dès lors son exercice pourrait conduire la Cour de cassation, en procédant à une interprétation du droit étranger nouvelle, à méconnaître le droit étranger tel qu'il est appliqué par les juridictions de l'Etat dont il émane.

La Cour de cassation serait ainsi « *en concurrence défavorable avec les cours suprêmes étrangères lorsqu'il s'agit d'unifier la jurisprudence relative à la loi étrangère (...)* » et « *mal placée pour donner une leçon aux juridictions d'un Etat étranger sur la façon dont la loi de cet Etat doit être comprise* » (P. De Vareilles-Sommières, ouvrage DIP § 823).

Ces considérations touchent ensuite à la **mission institutionnelle** de la Cour : celle de veiller à l'interprétation uniforme sur le territoire du droit français. La Cour de cassation n'est pas la gardienne de l'unité de la loi étrangère[34] de sorte que son contrôle sur l'application de la loi étrangère ne peut qu'être limité. On trouve trace d'une telle explication dans un arrêt ancien (req., 15 avril 1861, S. 1861.1.722, « Seitz ») dans lequel la Chambre des requêtes a énoncé qu'elle ne pouvait censurer une décision pour une erreur sur une législation étrangère, « *la Cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères...*».

Ces raisons institutionnelles ont été mises en avant par Francescakis qui, bien que reconnaissant la légitimité et la cohérence à tendre vers une solution inverse s'appuyant sur l'alignement du sort de la loi étrangère à celui de la loi française dans son traitement procédural, ajoutait que « *pour autant le recours en cassation dépend en outre de considérations propres à l'organisation de la Cour suprême et à sa mission, et que ces considérations peuvent conduire à rompre la symétrie avec les solutions données aux autres problèmes* » (Francescakis : " la loi étrangère à la Cour de cassation " : D. 1963. 8).

Des considérations tirées de l'office du juge :

Motulsky a avancé une autre raison en abordant cette question sous l'angle des principes devant guider l'office du juge et en tenant compte de la double considération selon laquelle le juge est tenu d'appliquer (d'office) la loi étrangère, mais il n'est pas tenu de la connaître.

Il expliquait ainsi que la non-application de la loi désignée par la règle de conflit constitue une violation de cette dernière de sorte qu'une censure devait être encourue.

Mais dès lors que le juge n'est pas tenu de connaître la loi étrangère, il ne peut lui être fait grief du sens qu'il a attribué à cette loi. Sa décision ne peut donc être censurée pour ce motif.

Motulsky écrivait en 1960[35] : « *Ce n'est donc, à nos yeux, ni le souci de l'unité de la jurisprudence française, ni (surtout) la prétendue impossibilité pratique du contrôle qui interdit à la Cour suprême de prononcer une cassation pour violation de la loi étrangère, mais l'application pure et simple des principes régissant l'office du juge : l'un*

[34] Le juge de cassation « n'est pas le vengeur de la loi étrangère » selon l'avocat général Hello en 1843 (Cf. Cité par G. Légier RCDIP 1994. 510)

[35] Et donc à une époque où les obligations du juge quant à la recherche de la teneur de la loi étrangère n'était pas encore fixées

de ces principes (« jura novit curia ») n'a pas cours en la matière ; et l'on ne saurait, par suite sanctionner sa méconnaissance » (Motulsky in L'office du juge et la loi étrangère, in Mélanges offerts à Jacques Maury, t. 1 : Droit international privé et public, 1960, Sirey, p. 337 s. § 57).

Des considérations pratiques :

Les arguments portent sur la difficulté de rapporter la preuve officielle du droit étranger, les difficultés liées aux barrières linguistiques (et de traduction), de compréhension du sens et la portée d'une norme étrangère hors la connaissance de son système juridique.

Louis Boré explique ainsi que cette solution est justifiée par la difficulté de rapporter la preuve du contenu de la loi étrangère et qu'il n'est pas souhaitable que la Cour de cassation joue en ce domaine « *un rôle créateur de droit »* que l'exercice d'un contrôle emporte nécessairement. Ils soulignent que *« les erreurs d'interprétation qu'elle peut commettre sur la base de documents imparfaits sont inévitables » et que « l'espoir d'appliquer en France la loi étrangère comme elle l'eût été dans son milieu d'origine comporte une large part d'illusion. Ces erreurs inévitables doivent pouvoir être redressées dans un autre litige à la faveur d'une meilleure information fournie par les parties* » (La cassation en matière civile - J. et L. Boré - Dalloz Action - 2015/2016, § 62.53).

S'il admet que sur un plan strictement rationnel, le contrôle est « *parfaitement concevable* », il est « *difficile à mettre en oeuvre à l'égard des systèmes juridiques très éloignés des nôtres, et risque de figer l'interprétation du juge national sur des positions erronées* » (*op. cit.*, § 62.54).

Enfin, la crainte d'une augmentation des pourvois a été avancée par J. Lemontey en 1990 qui avait indiqué : « *A la période d'inflation que nous subissons pour les pourvois et ne serait-ce que pour cette raison là, il n'est pas question d'accueillir les pourvois fondés sur une violation, une mauvaise application de la loi étrangère. Nous sommes déjà au bord de l'asphyxie, alors si on y ajoute le suicide en plus, on va à l'échec* » (Trav. Com. Fr DIP 1990-1991 p. 42 et 43).

L'absence de contrôle de l'application de la loi étrangère par la Cour de cassation n'a pas été sans susciter des critiques :

Au début du XXème siècle, Pillet affirmait que « *l'unité de la loi française est subordonnée à l'unité dans l'interprétation du droit étranger* » (note sous Civ., 24 mai 1905, R 1905. 518, S. 1906.1.161).

En 1929, G. Marty écrivait que « *si l'on se place à un point de vue strictement logique et juridique, la Cour de cassation devrait contrôler la constatation et l'interprétation de la loi étrangère ; la raison en est que la loi est étrangère, lorsqu'elle est applicable en France, possède à l'égal de la loi française, le caractère de règle de droit* » (La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait. Sirey 1929 , spécialement n°89 page 150-151).

Il évacuait à cet égard la difficulté pratique liée à la connaissance du droit étranger :

« *Il nous semble que l'on a beaucoup exagéré la difficulté que présenterait pour la Cour de cassation un tel contrôle : en effet le développement des moyens d'information et des études de droit comparé, nous paraît mettre la Cour en situation d'exercer avec la collaboration des parties un contrôle utile sur la constatation et l'interprétation de la loi étrangère* » (*op. cit.*, n° 97 p. 164).

Il concluait en indiquant « *Nous sommes ainsi amenés à conclure que la Cour de cassation devrait contrôler la constatation et l'interprétation des lois étrangères et réprimer leur violation* » (cité par Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome 1, 5ème édition, Thémis droit (PUF), § 448).

Aux arguments institutionnels, il a été répondu que l'absence de fonction unificatrice envers le droit étranger ne peut s'appuyer sur les textes instituant la Cour de cassation comme gardienne de la « Loi » (Décr. du 27 novembre et du 1er décembre 1790, créant le Tribunal de cassation ; L. du 20 avril. 1810, art. 7) lesquels ne prescrivent aucune exclusion du droit étranger (G. Légier, La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond, Rev. crit. DIP 1994. 510).

Dès lors, « *le respect de l'uniformité d'application de la loi française ne s'oppose pas à ce que la Cour régulatrice veille également à la correcte application de la loi étrangère* » (Répertoire Dalloz, *op. cit.* § 93).

Il a été ajouté que s'il n'est pas souhaitable que la Cour de cassation française intervienne dans la création du droit prétorien étranger, il serait exagéré d'en déduire que sa mission unificatrice ne peut porter que sur le droit français : la fonction d'unifier la jurisprudence française ne paraît pas incompatible avec un certain contrôle relatif à l'application des droits étrangers et « *La mission d'unifier la jurisprudence française n'exclut pas l'interprétation des droits étrangers* ». (G. Légier *op. cit.* ; A. Meier-Bourdeau, « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger » SLC, L'application du droit étranger, collection colloques 2018 volume 36 spec.p 139).

Il a été également indiqué que :

- le risque de l'interprétation erronée existe avec le système actuel, même s'il repose sur les épaules des juges du fond puisqu'une fausse application de la même loi par les juges du fond peut être maintenue ;

- l'atteinte au prestige de la Cour n'est pas écartée avec le système actuel puisque la Cour de cassation n'opère pas de contrôle de l'interprétation de la loi étrangère appliquée par les juges du fond, et peut donc laisser perdurer des décisions en faisant une interprétation erronée, voire même divergentes au sein de ce même ordre, générant une inégalité devant la justice et une faveur au forum shopping.

- prendre l'attitude d'« observateurs sociologiques » n'est pas de nature à interdire à la Cour de cassation tout contrôle sur la manière dont les juges du fond ont entendu la norme étrangère : « *Si précisément ils sont tenus d'appliquer ce qui est effectivement en vigueur à l'étranger, il serait même bon que la Cour de cassation s'en assure. Pour reprendre la comparaison avec la reproduction photographique, la Cour devrait être en mesure d'examiner si la photographie a été bien prise* » (G. Légier, *op. cit.*) ;

- une évolution de la jurisprudence de la Cour ne viserait pas à se substituer à son homologue étranger en vue de déterminer la signification actuelle ou l'orientation future du droit positif d'un pays qui n'est pas le sien. Elle permettrait en revanche, sur le territoire français, une application uniforme de ce droit, fût-il d'origine étrangère.

- admettre un tel contrôle ne serait pas convenir que la Cour de cassation entende se substituer, dans l'interprétation et la création du droit étranger, à la juridiction suprême étrangère : « *dans l'ordre juridique français, la Cour de cassation doit s'assurer d'une bonne application du droit, même étranger. Seul un contrôle normal de la loi étrangère permettrait de prévenir des interprétations judiciaires divergentes ou erronées* » (M. Nicod, « Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit ». Mélanges Jestaz, 2006 sp. p.425).

- l'objet de ce contrôle serait le même que celui que l'on impose au juge du fond : vérifier que la version du droit étranger qui est retenue reproduit fidèlement l'état des solutions applicables au sein du système désigné. Des auteurs considèrent qu' « *un tel contrôle n'impliquerait aucun jugement de valeur ni aucune prise de position sur le terrain de la politique législative, susceptible de froisser la sensibilité des autorités étrangères.* » (Répertoire International Dalloz, *op. cit.* § 92).

Aux arguments « pratiques », il a été opposé que :

- la règle préserve davantage le juge de cassation que le juge du fond, alors même que les exigences envers les juges du fond se sont considérablement accentuées, et comme l'a écrit une autrice, le juge du fond rencontre les mêmes difficultés pour connaître la teneur de la loi étrangère (A. Meier-Bourdeau, « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger » SLC, L'application du droit étranger, collection colloques 2018 volume 36 p.141).

- les moyens, tant matériels qu'intellectuels, que doit mettre en œuvre la Cour de cassation afin de s'assurer que la connaissance de la loi étrangère par le juge du fond est complète, « *diffèrent peu de ceux qu'il s'agirait d'exercer si elle admettait d'en vérifier l'interprétation. Par ailleurs, le développement de la coopération judiciaire, le renforcement de l'espace judiciaire européen, notamment par le biais des nouvelles technologies, facilitent de telles recherches.* » (Rep Dalloz op *op. cit.*, § 96).

- le risque d'encombrement de la Cour n'a pas empêché celle-ci d'ouvrir à la censure les décisions ayant omis de faire application d'une loi étrangère désignée par une règle de conflit, alors même qu'aucune différence de contenu ne sépare cette loi de celle du for (cf. Supra). Il serait dès lors peu compréhensible qu'elle vienne s'opposer à ce que soit exposée à la cassation une décision comportant un vice plus grave, à savoir l'application, au nom du droit étranger, d'une solution que renierait celui-ci[36].

Une étude statistique interne[37] révèle qu'à la suite de la jurisprudence Itraco/Aubin de 2005 (1re Civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734 et Com, 28 juin 2005, n° 02-14.686, cf. supra), le nombre de pourvois a certes augmenté, mais n'a pas été tel qu'il puisse être considéré comme ayant obstrué l'activité de la Cour de cassation.

Le nombre de pourvois invoquant la dénaturation de la norme étrangère après les arrêts relatifs à l'office du juge dans la recherche de la teneur du droit applicable est passé sur la période du 28 juin 1995 au 28 juin 2005, puis du 29 juin 2005 au 28 juin 2015, de dix-neuf pourvois, toutes chambres confondues, à soixante-quatre pourvois, soit une augmentation de 237 %[38].

- Affirmer que la Cour de cassation est dans l'impuissance de connaître les droits étrangers est discutable. Par sa position, la Cour de cassation a plus de moyens et de facilités pour s'informer que les autres juridictions outre que, dans le cadre particulier des pays européens, le mécanisme mis en place par la Convention de Londres du 7

[36] A. Meier-Bourdeau indiquait en 2018 qu'en 15 ans de carrière elle n'avait eu que 5 dossiers qui auraient pu inviter la Cour a exercer un contrôle sur l'application de la loi étrangère (cf. « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger » SLC, L'application du droit étranger, collection colloques 2018 volume 36 p.142)

[37] Réalisée avec l'aide du SDER, que je remercie pour sa contribution

[38] L'évolution concerne principalement la première chambre civile qui a connu l'augmentation la plus importante du nombre de pourvois invoquant la dénaturation, ce dernier étant passé de douze pourvois entre le 28 juin 1995 et le 28 juin 2005 à cinquante-quatre pourvois entre le 29 juin 2005 et le 26 juin 2015, soit une augmentation de 350 % du nombre de pourvois invoquant la dénaturation du droit étranger.

juin 1968 facilite l'obtention d'informations précises. Plus généralement, elle dispose d'une certaine latitude pour se doter de moyens d'investigation. Par exemple, l'appel à un amicus curiae, qui lui permet de se faire exposer l'état d'un droit étranger.

Cependant, selon ce qu'en relatent Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, dans leur ouvrage (Droit international privé, Tome 1, 5ème édition, Thémis droit (PUF), § 443), la position de la jurisprudence est majoritairement approuvée par la doctrine (voir aussi Batiffol et Lagarde, t, I n°335 ; Mayer P., Heuzé V., Remy B., Droit international privé, nov. 2019, Lextenso § 198 ; B. Audit, L. D'avout, droit international privé édition 2022 LGDJ n°362; P. Vareilles de Som § 823).

En outre, même les partisans d'un contrôle de la Cour de cassation admettent qu'une limite pourrait être fixée : ce contrôle devrait avoir pour unique objectif d'assurer une interprétation uniforme par les juges du fond du droit étranger en France. Au delà, s'il s'avérait que la jurisprudence étrangère est muette, hésitante, ou inconnue, ils admettent que la Cour de cassation devrait alors s'abstenir d'interpréter le droit étranger, puisqu'il ne lui appartient pas de participer à sa création.

Dans ces hypothèses, le rejet du pourvoi fondé sur une prétendue mauvaise analyse de la norme étrangère s'imposerait, dès lors que le demandeur n'est pas en mesure de démontrer que les juges du fond ont commis une erreur d'interprétation (G. Légier, *op. cit.*).

Ce même auteur considère qu'il n'y a pas là de paradoxe à écarter le pouvoir d'interprétation de la Cour de cassation, précisément là où les difficultés sont les plus vives : « *il est des situations où les justifications du contrôle doivent céder, face à des impératifs plus forts. Quand l'état du droit étranger est incertain ou difficile à connaître, la préoccupation prédominante est de ne pas s'ingérer dans son élaboration, ce qui justifie, de la part de la cour suprême française, une politique de « non-intervention* » (G. Légier).

A. Meir-Bourdeau partage la même analyse : à supposer que ce contrôle puisse être opéré, elle propose de le limiter aux cas où il n'y aurait pas de réelle difficulté d'interprétation au sein de l'ordre juridique étranger (A. Meier-Bourdeau, « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger » SLC, L'application du droit étranger, collection colloques 2018 volume 36 spec. P 140).

Toute la question est de savoir si le contrôle actuellement exercé par la Cour de cassation via le contrôle de la dénaturation ou des motifs des juges du fond ne revient pas à une solution proche.

c) <u>L'encadrement du pouvoir souverain des juges du fond</u>

S'il n'a pas été envisagé de remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter la loi étrangère, son application n'est pas dénuée de contrôle. Deux bornes ont été en effet posées : celle de la dénaturation et celle du contrôle des motifs.

Le contrôle de la dénaturation (via la violation de la loi : de l'article 1134 du code civil celle de l'article 3 de ce code) :

Afin de remédier aux erreurs grossières, la Cour de cassation a importé du droit des contrats la notion de dénaturation pour l'appliquer également au contrôle l'application de la loi étrangère, et ce pour la première fois en 1961 par l'arrêt Montefiore (1re, Civ., 21 nov. 1961, Rev. crit. DIP 1962. 329, note P. Lagarde).

En 1961, on restait cependant dans l'épure de la dénaturation telle qu'appliquée en droit des contrats :

- D'une part, la solution était rendue au visa de l'article 1134 du code civil et non celui de l'article 3 de ce code, ce qui tendait à montrer que la Cour de cassation ne souhaitait pas fonder son contrôle sur la violation de la règle de conflit[39].

Certains auteurs avaient alors précisément justifié ce choix, considérant qu'un autre visa que l'article 1134 du code civil aurait rendu délicat le cantonnement du contrôle de la Cour à la dénaturation : « *faussement interpréter une loi étrangère, c'est aussi ne pas l'appliquer et donc violer la règle de conflit française qui la désigne* » (B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz 1987 page 260).

- D'autre part, il s'agissait bien, comme en matière contractuelle, d'apprécier la dénaturation d'un document (en l'occurrence législatif) dont les termes sont clairs et précis.

Contrairement à la fausse interprétation, pour la dénaturation il n'y a rien à découvrir en raison du sens évident du document argué de dénaturation. Il ne s'agit pas donc de contrôler l'opération intellectuelle qui permet de distinguer la fausse interprétation de la dénaturation, mais uniquement l'objet auquel cette opération intellectuelle s'applique (B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz 1987 page 261).

Comme en matière contractuelle, la dénaturation était ainsi conçue comme une « soupape de sûreté », visant à sanctionner uniquement le refus de reconnaître à une formule le sens et la portée que ses termes clairs et précis requièrent sans possibilité de discussion.

Cependant, l'application de cette notion de la dénaturation à la loi étrangère a connu deux évolutions, qui en ont modifié la portée et conduisent à considérer qu'elle n'est plus l'exact décalque de celui exercé en matière contractuelle.

- D'une part, en 1997, la Cour de cassation a substitué le visa de l'article 3 du code civil à celui de l'article 1134 en posant qu'il y a dénaturation lorsque le juge méconnaît le sens littéral de la loi étrangère applicable au profit de l'interprétation donnée en droit interne à la loi française, dont les termes n'étaient pas identiques, et sans faire état d'aucune autre source de droit positif étranger donnant à la disposition litigieuse le sens qu'il lui a attribué (1re Civ., 1 juillet 1997, pourvoi n° 95-15.262, Bull. 1997, I, n° 221).

- D'autre part, la Cour de cassation, par ce même arrêt, a énoncé que, contrairement à la matière contractuelle, la dénaturation devait s'apprécier au regard de toutes les sources de la loi étrangère.

Cette évolution peut s'expliquer par le fait qu'en matière contractuelle, il est simple d'établir la teneur de la clause discutée, celle-ci étant insérée dans le contrat et ne dépend pas d'éléments extérieurs.

Pour la loi étrangère, les choses sont plus complexes puisque celle-ci s'insère dans un système juridique, de sorte qu'au delà de la lettre du texte de loi appliquée, son

[39] Contrairement à ce que soutenait Motulsky selon lequel la dénaturation pose bien une question de doit (H. Motulsky, L'office du juge et la loi étrangère, in Mélanges offerts à Jacques Maury, t. 1 : Droit international privé et public, 1960, Sirey, p. 337 s. op. cit. § 58).

application par la jurisprudence peut s'en émanciper alors pourtant qu'il s'agira bien de l'état du droit positif appliqué par le juge étranger.

Or comme indiqué ci-dessus, l'office du juge n'est pas cantonné à l'application d'un texte issu du droit étranger, il doit le conduire à appliquer le droit étranger tel qu'appliqué dans l'ordre juridique étranger, quelle qu'en soit la source, légale, jurisprudentielle ou coutumière.

Le contrôle de dénaturation ne peut donc se résumer à un simple contrôle des termes clairs et précis d'un seul document comme en matière contractuelle. Il est nécessairement plus vaste puisqu'il invite à porter ce contrôle sur une combinaison de documents émanant de sources différentes.

C'est pourquoi il a été décidé que ne peut être considéré comme une dénaturation, le fait pour le juge du fond, d'interpréter un document produit dans un sens qui ne correspond pas à ses termes clairs et précis, précisément parce qu'il est établi qu'il donne une vision infidèle de l'état du droit étranger, sous réserve que les juges du fond justifient des éléments sur lesquels ils s'appuient pour tirer cette conséquence. (1re Civ., 2 février 1982, pourvoi n° 79-17.064, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 N 057).

Il n'y a dénaturation que lorsque le juge a méconnu le sens littéral d'un texte législatif étranger produit devant lui « *sans faire état d'aucune autre source du droit positif étranger donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue* » (1re Civ., 1 juillet 1997, pourvoi n° 95-15.262, Bull. 1997, I, n° 221).

Mais ce contrôle peut conduire la Cour de cassation à sanctionner l'application du droit procédural étranger (Civ. 1re, 6 déc. 2005, Nestlé, no 02-19.208 , Bull. civ. I, no 467) ou à caractériser une dénaturation dans le fait pour une cour d'appel d'avoir déduit du fait qu'un administrateur judiciaire n'est nommé que lorsqu'il n'est pas nécessaire d'organiser la tutelle que l'intéressé avait conservé sa capacité d'agir en justice alors qu'il résultait d'un jugement versé aux débats que la nomination d'un administrateur judiciaire entraînait, selon le droit étranger, la perte de la capacité civile (1re Civ., 14 février 2006, pourvoi n° 03-11.604, Bull. 2006, I, n° 67).

En revanche, une interprétation erronée de la loi étrangère par le juge qui s'appuie sur le sens littéral des documents produits devant lui, n'encourt pas le grief de dénaturation. Il ne peut être sanctionné puisqu'il n'a pas l'obligation de connaître la loi étrangère. En outre, s'il a respecté le sens du document produit, aucune dénaturation n'est caractérisée, seule une violation de la loi étrangère l'est et celle-ci n'est pas susceptible d'emporter la cassation.

Des auteurs considèrent que « *détachant ainsi la question de celle du régime de la dénaturation en matière contractuelle, la jurisprudence semble désormais s'orienter vers un contrôle renforcé de la loi étrangère, porté au-delà de ses frontières habituelles* » (Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome 1, 5ème édition, Thémis droit (PUF), § 445).

Ce contrôle de la dénaturation n'a pas entraîné un raz-de-marée des cassations pour autant. Le nombre d'arrêts ayant prononcé une cassation pour dénaturation de la loi étrangère entre le 1er janvier 2000 et le 26 janvier 2024 est de huit.

Le contrôle des motifs (via le manque de base légale au regard de l'article 3 du code civil).

Une seconde borne a en effet été posée au caractère souverain de l'interprétation du juge du fond en lien avec le transfert de la charge de la teneur du droit étranger des parties vers le juge.

Dès lors qu'il a été décidé en 2005 que le juge était tenu de rechercher et d'établir une solution conforme au droit positif étranger, son interprétation doit se baser sur une recherche complète et motivée des sources du droit étranger. Le moyen tiré du manque de base légale s'est ainsi imposé naturellement pour sanctionner l'obligation nouvelle imposée aux juges du fond (Etude annuelle 2017 « *Le juge et la mondialisation* » pages 22 et suiv.).

1. Ainsi, la Cour de cassation censure les arr ts qui :

- **se bornent à constater que les preuves fournies par les parties étaient insuffisantes pour établir la teneur du droit étranger** applicable : Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 3 du code civil, la cour d'appel qui déboute une partie de sa demande fondée sur l'application de la loi japonaise, aux motifs que les pièces produites ne sont pas suffisantes pour apprécier les circonstances dans lesquelles les tribunaux étrangers statuent dans le sens demandé, sans établir l'impossibilité d'obtenir les éléments dont elle avait besoin (1re Civ., 13 novembre 2003, n°01-17.180).

- **se bornent à une référence générale et abstraite au droit étranger** : Une cour d'appel ne peut se contenter d'une référence à la loi étrangère en ces termes « il apparaît, du moins en l'état de l'extrait produit ... » mais doit rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur de l'Etat concerné (1re Civ., 24 novembre 1998, n° 96-15.078).

- **se contredisent en exprimant la volonté d'appliquer la loi étrangère tout en apportant une solution du litige par référence au droit français** : La cour ne satisfait pas aux exigences de l'article 3 du code civil en énonçant que le droit belge est applicable au rapport de droit litigieux, et qu'en application de l'article 99 du code de commerce français, la société Calberson est, en qualité de commissionnaire de transport, responsable des avaries à l'égard de la société Synkin (1re Civ., 8 décembre 1998, n° 95-15.938).

- **ne procèdent pas à la recherche du contenu de la loi étrangère pour l'appliquer** : 1re Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 07-13.088, Bull. 2009, I, n° 28).

- **font application de règles du droit étranger sans indiquer sur quelle disposition de ce droit elle fondait sa décision** (1re Civ., 16 septembre 2015, n° 14-10.373).

Il doit préciser les dispositions légales qui ont été appliquées, même implicitement : Ainsi, la Cour de cassation a censuré un arrêt dans lequel les juges d'appel n'avaient pas mentionné les dispositions de la loi étrangère sur laquelle ils s'étaient fondés pour rendre leur décision (1re Civ., 6 mars 2001, n°98-17.416).

De même, ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 3 du code civil, la cour d'appel qui déclare une action prescrite en application d'un délai de prescription institué par une loi étrangère applicable au litige, sans préciser les dispositions du droit étranger sur lesquelles elle se fonde et quand bien même la cour d'appel avait précisé que cette disposition de la loi étrangère n'était pas contestée (1re Civ., 6 février 2007, n° 05-19.333).

Ceci peut le conduire à devoir s'expliquer sur la loi dont le juge fait application alors que toutes les parties ont invoqué une autre disposition de la loi étrangère (1re Civ., 20 février 2008, pourvoi n° 06-19.936, Bull. 2008, I, n° 54).

- **ne précisent pas la teneur de la loi étrangère qu'il applique** : Pour écarter une fin de non-recevoir, l'arrêt retient qu'il est produit un article de doctrine sur le droit civil chinois qui permet de vérifier que la cession litigieuse est conforme au droit chinois applicable. En se déterminant ainsi, sans préciser la teneur des règles de droit chinois sur lesquelles elle se fondait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale (Com., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-12.972).

Prive sa décision de base légale au regard de l'article 3 du code civil la cour d'appel, qui pour retenir que les lois allemandes et françaises sont équivalentes, ne précise pas le contenu du droit étranger et son équivalence à la loi française (1re Civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 03-13.422, Bull. 2007, I, n° 32).

- **ou font application d'une loi inapplicable en raison de dispositions transitoires** :

La recherche de la loi étrangère comporte celle portant sur ses dispositions transitoires de sorte que le non-respect de ces règles transitoires est aussi sanctionné par le contrôle des motifs, le juge n'ayant pas effectué des recherches suffisantes (1re Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.402).

En « cas de modification ultérieure de la loi étrangère désignée, c'est à cette loi qu'il appartient de résoudre les conflits dans le temps » (1re Civ., 3 mars 1987, pourvoi n° 85-12.693, Bulletin 1987 I N° 78).

Au regard de ces exemples, particulièrement des derniers, la différence entre la recherche insuffisante (sanctionnée par le manque de base légale) et l'application erronée (sanctionnée par la violation de la loi) apparaît subtile, cette dernière pouvant aussi être perçue comme une recherche insuffisante de la part du juge.

Selon certains auteurs, cette proximité permettrait en réalité à la Cour régulatrice de contrôler indirectement l'interprétation du juge via un contrôle des motifs.

La Cour de cassation, « *par l'examen de la motivation, se donne les moyens d'opérer un contrôle rigoureux, tout en évitant de se prononcer directement sur le contenu lui-même du droit étranger ou sur l'interprétation qui en a été faite par les juges du fond* » (A. Meier-Bourdeau, « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger » SLC, L'application du droit étranger, collection colloques 2018 volume 36 p.131).

La doctrine exprime ainsi des doutes quant à la viabilité du système français : « *recherche et interprétation de la loi étrangère ne sont pas deux opérations intellectuellement distinctes (...) En effet la connaissance de la loi étrangère, qui implique l'appréhension de l'ensemble des sources étrangères, y compris interprétatives, se distingue difficilement de son interprétation, qui n'est en réalité que la reproduction la plus fidèle possible de la solution qui serait appliquée au sein de l'ordre juridique étranger, compte tenu de l'ensemble de ses sources* » (Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome 2, 5ème édition, Thémis droit (PUF), § 450). Ces auteurs ajoutent que « *Par conséquent, les moyens tant matériels qu'intellectuels que doit mettre en oeuvre la cour régulatrice afin de s'assurer que la connaissance de la loi étrangère est complète, ne diffèrent pas de ceux qu'il faudrait employer si elle acceptait d'en vérifier l'interprétation* ».

La doctrine y voit cependant un « équilibre » qui « *obéit à des considérations essentiellement pragmatiques liées aux difficultés afférentes à la connaissance et à l'interprétation d'un droit étranger et au risque de contentieux qu'impliquerait l'ouverture d'un recours en cassation pour violation de ce droit. Cet équilibre permet cependant*

d'assurer l'intégrité de la loi étrangère grâce au contrôle en dénaturation » et « *grâce à l'obligation désormais imposée aux juges du fond de rechercher le contenu de la loi applicable* » (Répertoire de droit international - Dalloz - Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère – Pierre Rabourdin ; Horatia Muir Watt ; §7).

Comme le soulignent ces mêmes auteurs, « *Du temps où le juge du fond n'était en aucun cas tenu de rechercher lui-même la teneur de la loi étrangère, le refus de la Cour régulatrice de contrôler l'interprétation de la loi étrangère pouvait également s'appuyer sur l'argument « disciplinaire », qui s'opposait à ce que le juge du fait se voie reprocher d'avoir mal interprété une loi qu'il n'était pas tenu de connaître. Aujourd'hui, il est difficile de ne pas considérer le juge du fond, tenu de rechercher le contenu de la loi étrangère (Civ. 1re, 28 juin 2005, Aubin, no 00-15.734. – Com. 28 juin 2005, Sté Itraco, no 02-14.686 , V. supra, nos 7 et 24), comme étant également astreint à procéder de façon circonstanciée et complète à son interprétation. Cependant, en l'état actuel de la jurisprudence, l'hypothèse d'une recherche non aboutie ou incomplète du droit étranger encourt, en l'absence de motivation, la censure, alors qu'une fausse interprétation donnée en raison d'une exclusion délibérée, mais erronée, de certaines sources étrangères échapperait à la critique au nom de l'appréciation souveraine des juges du fond. Persister à distinguer les deux opérations sous le rapport du contrôle de la Cour régulatrice, c'est prendre le risque que l'obligation de recherche, à laquelle est tenu le juge du fond au-delà du seul cas de règle de conflit impérative, perde elle-même sa force pour devenir une initiative purement formelle.* » (*op. cit.*, n°90).

L'existence d'un contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation de la loi étrangère ?

Il existe un cas, où l'on peut se demander si la Cour de cassation ne s'est pas d'ores et déjà glissée dans un registre de contrôle de l'interprétation de la loi étrangère lorsque la Cour de cassation écarte une loi étrangère pour contrariété à l'ordre public international.

Afin de vérifier que l'exception d'ordre public a été a juste raison mobilisée pour écarter la loi étrangère, la Cour de cassation se livre bien à une interprétation de celle-ci.

Mais ce contrôle est rendu nécessaire pour rendre utile le contrôle de l'ordre public international. Il consiste en outre à interpréter la loi étrangère pour en connaître le sens général (ou l'objectif), non pas pour justifier de son application mais plus précisément pour aboutir le cas échéant à son éviction. Les enjeux et les difficultés pratiques évoquées ci-dessus ne sont donc pas les mêmes.

d) Droit comparé

Un regard sur le droit comparé[40] portant sur l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque et la Slovénie révèle que la plupart de ces pays adoptent une conception proche, sinon similaire de la loi étrangère.

S'agissant du statut procédural de la loi étrangère, comme en droit français, la loi étrangère est majoritairement traitée comme une règle de droit (Belgique, Finlande, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque et Slovénie). L'Espagne semble davantage

[40] Cette partie a été réalisée avec l'appui du SDER que je remercie tout particulièrement.

assimiler la loi étrangère à un élément de fait, cette question étant abordée sous l'angle de la procédure civile et du droit de la preuve.

S'agissant de la connaissance de la loi étrangère et son application, comme en droit français, nombreux sont ceux parmi les Etats précités, qui imposent au juge de rechercher et d'appliquer le droit étranger tel qu'il est appliqué dans l'Etat dont il émane (Allemagne, Belgique, Finlande, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque, et Slovénie). Dans une moindre mesure l'Espagne également, puisque l'article 33 de la loi 29/2015 du 30 juillet 2015 sur la coopération judiciaire internationale en matière civile énonce que « *Les juridictions espagnoles déterminent la valeur probante des preuves recueillies pour prouver le contenu et la validité du droit étranger conformément aux règles de la saine critique " (sana critica). »* (souligné par nous).

S'agissant du contrôle de l'application de la loi étrangère par la Cour suprême, il semble que, comme en droit français, les Cours suprêmes exercent bien un contrôle de l'application de la loi étrangère par les juridictions inférieures. Les différences portent sur la nature et l'intensité de ce contrôle.

Pour tous les Etats précités (Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque, et Slovénie), le contrôle, comme en droit français, vise à vérifier que le juge a bien recherché le contenu de la loi étrangère et l'a appliqué.

Pour certains, une limite au contrôle est expressément établie : celle de l'interprétation, qui relève du pouvoir souverain des juridictions inférieures (Pologne, Allemagne, Pays-Bas).

Pour d'autres, le contrôle semble plus poussé, même si la comparaison est délicate et que seule une étude approfondie des décisions de justice permettrait de bien comprendre l'étendue de ce contrôle et les éventuelles différences avec celui pratiqué actuellement par la Cour de cassation française.

Ainsi, en Allemagne, un contrôle de « l'erreur de droit » est exercé avec cette précision qu'il semble que soit visée plus précisément une absence de recherche suffisante ou d'examen du droit étranger.

En Belgique, la Cour de cassation semble contrôler que l'interprétation et l'application du droit étranger faites par les juges du fond belges sont conformes à l'interprétation et à l'application du droit étranger faites par les juges du pays d'origine.

Selon un auteur, la Cour de cassation belge adopte cette position depuis 1980[41].

Un arrêt rendu par cette Cour, (arrêt du 13 février 2023, n° S.22.0078.F, ECLI:BE:CASS:2023:ARR.20230213.3F.4) tend à montrer qu'il s'agit d'un contrôle similaire à celui qui serait exercé quant à une loi interne[42].

---

[41] Voir les décisions citées par G. Légier dans sont article à la Revue Critique de droit international privé « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », Rev. crit. DIP 1994. 506) : Cass. 9 oct. 1980 et 23 févr. 1984, Clunet 1989.727, chr. N. Watté) qu'elle rejetait autrefois (4 juin 1891, S. 1893.4.9, note A. Pillet).

[42] La Cour de cassation Belge énonçant d'abord la règle applicable telle qu'interprétée par la jurisprudence française (« Le transporteur aérien au sens de l'article L. 322-3, alinéa 1er, du Code français de l'aviation civile, tel qu'il est applicable en l'espèce, ne doit pas, selon la jurisprudence française dominante, être un transporteur aérien au sens de la Convention de Varsovie ») et ensuite sanctionne le juge du fond, qui a ajouté une condition à la loi étrangère (« En considérant que « [la demanderesse] [invoque] [à tort], pour la première fois dans ses conclusions de synthèse en degré d'appel, la limitation de responsabilité du pilote à 115.000,00 euros par passager, telle qu'elle est prévue à l'article L322-3 du Code français de l'aviation civile, dès lors que cette disposition légale ne trouvait à s'appliquer qu'aux responsabilités établies sur la base de la Convention de Varsovie (relative au transport aérien) susmentionnée

Pour l'Espagne, il semble que l'application et l'interprétation du droit étranger par les juridictions inférieures peuvent être contrôlées, le cas échéant, par voie d'appel.

A. Meier-Bourdeau indique en outre que depuis 2006, à la suite d'une décision rendue par le tribunal suprême[43], il est admis un recours en cassation en cas d'application erronée du droit étranger (alors qu'auparavant, assimilé à un fait, il ne pouvait être contrôlé, sauf éventuelle dénaturation), aux motifs qu'il s'impose pour éviter une méconnaissance de la règle de conflit de lois interne qui a désigné la loi étrangère applicable.

Pour la Finlande, la Cour suprême de Finlande (Korkein Oikeus) peut contrôler l'application et l'interprétation de la loi étrangère par les juridictions inférieures.

Pour la République Tchèque, une erreur quant au contenu du droit étranger, ou une mauvaise interprétation de celui-ci constitue une violation du droit qui est contrôlée par la Cour suprême.

Pour la Slovénie, la décision d'une juridiction ayant mal appliqué le droit étranger doit être considérée comme étant entachée d'une erreur de droit.

Il ressort de ces différents éléments, qu'à ce jour, parmi les huit pays visés, les Cours suprêmes de la Belgique, de la République Tchèque, de la Slovénie, de la Finlande, voire de l'Espagne, semblent adopter un contrôle de l'application de la loi étrangère plus poussé (contrôle de l'interprétation de la loi étrangère) que celui de la Cour de cassation française.

A. Meier-Bourdeau indique que le nombre d'Etat ayant adopté un contrôle étendu « *tend à augmenter* » (A. Meier-Bourdeau, « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger » SLC, L'application du droit étranger, collection colloques 2018 volume 36 spec. p.137 ; dans le même sens G. Légier « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », Rev. crit. DIP 1994. 506).

Peuvent être cités notamment l'Italie, la Turquie, l'Egypte et la Grèce :

En Italie, la Cour de cassation se reconnaît le pouvoir d'interpréter les lois étrangères[44].

Un contrôle de l'interprétation du droit étranger donnée par les juges inférieurs est aussi opéré par les Cours suprêmes d'Egypte[45] et de Turquie[46].

(remplacée par la Convention de Montréal) qui, comme motivé ci-avant, ne s'applique cependant pas au présent sinistre, précisément parce que [la partie appelée en déclaration d'arrêt commun] n'est pas une entreprise de transport aérien au sens de la convention précitée », les juges d'appel ont ajouté à l'article L. 322-3 du Code français de l'aviation civile une condition que celui-ci ne contient pas et n'ont donc pas légalement justifié leur décision »).

[43] Tribunal suprême, 4 juillet 2006, n° 2421/1999

[44] Voir les décisions citées par G. Légier dans sont article à la Revue Critique de droit international privé « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », Rev. crit. DIP 1994. 506) : Cass. Florence, 25 avr. 1881, Clunet 1883.81, S. 1884.4.21. En sens contraire : Cass. Turin, 23 avr. 1884, Clunet 1886.746. Mais ont repris le principe, Cass. Naples, 26 janv. 1897, Clunet 1901.414, qui se fonde sur l'idée que la violation du droit étranger conduit à la méconnaissance du droit italien qui en a ordonné l'application, Cass. Turin, 26 mars 1904, S. 1907.IV.15, Cass. Rome, 5 nov. 1910, Clunet 1911.537 et 24 mai 1910, Clunet 1911.672, Cass. 16 févr. 1966, Clunet 1968.369, chr. G. Di Ciommo.

[45] Voir les décisions citées par G. Légier dans sont article à la Revue Critique de droit international privé « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », Rev. crit. DIP 1994. 506) : Cass. 3 juin 1965, confirmant la jurisprudence antérieure, Clunet 1970.955, chr. Y. Linant de Bellefonds

En Grèce, une disposition législative accorde expressément ce rôle à la juridiction supérieure[47].

Enfin, A. Meier-Bourdeau cite la Suisse qui admet un contrôle de l'application de la loi étrangère, mais dont la nature s'avère assez proche de celui de la dénaturation à la française : l'article 96 de la loi sur le tribunal fédéral du 17 juin 2005 autorise un recours faisant valoir qu'une décision a appliqué de manière erronée la loi étrangère[48].

e) Le projet de code de DIP

Un groupe de travail[49], a remis au garde des Sceaux le 31 mars 2022 un projet de codification de droit international privé (DIP) qui comporte certaines dispositions sur l'office du juge.

Si la pertinence d'une référence à ce projet, à l'occasion de l'affaire soumise à l'assemblée plénière, pourrait se poser au regard du champ d'application de ce dernier, excluant à dessein le champ du droit de l'Union européenne et des conventions internationales[50], il n'est pas inintéressant d'en connaître les propositions s'agissant de l'office du juge, quand bien même celles-ci n'auraient vocation à s'appliquer qu'aux seuls cas où une règle de conflit de source française serait susceptible de s'appliquer[51].

La perspective globale est celle d'une volonté de rendre effective la règle de confit de lois en imposant au juge de la relever.

Le rapport accompagnant le projet de code énonce que « *En ce qui concerne l'office du juge, il a été pris le parti d'innover en rompant avec certaines des règles dégagées par*

---

[46] Voir les décisions citées par G. Légier dans sont article à la Revue Critique de droit international privé « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », Rev. crit. DIP 1994. 506 :Cass. 9 nov. 1948, Clunet 1969.441, chr. V. R. Sedig, qui précise que cette juridiction a le pouvoir de statuer sur les faits

[47] Décret du 1er décembre 1971, art. 559, qui énonce que le pourvoi est recevable en cas de violation d'une règle de droit substantiel, en précisant que « peu importe qu'il s'agisse d'une loi ou d'une coutume, nationale ou étrangère » (cité par G. Légier dans sont article à la Revue Critique de droit international privé « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », Rev. crit. DIP 1994. 506)

[48] Cet article est ainsi rédigé :

« *Droit étranger*

Le recours peut être formé pour :

a. inapplication du droit étranger désigné par le droit international privé suisse;

b. application erronée du droit étranger désigné par le droit international privé suisse, pour autant qu'il s'agisse d'une affaire non pécuniaire. »

Cependant, ce recours est cantonné aux seules affaires portant sur une contestation civile portant sur un droit de nature non pécuniaire. Hors ces matières, le contrôle existe mais est encadré et ne paraît pas si éloigné d'un contrôle de la dénaturation : il s'agit de vérifier si la mauvaise application de la loi étrangère constitue une violation du droit fédéral parce qu'elle est arbitraire. Il s'agit de voir si l'interprétation donnée est « défendable »

[49] Présidé par Jean-Pierre Ancel, président honoraire de la première chambre civile de la Cour de cassation, il était composé de Jean-Noël Acquaviva, conseiller honoraire à la Cour de cassation, Mathias Audit, professeur à l'école de la Sorbonne Paris I, Dominique Foussard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président du Comité français de droit international privé, Agnès Maîtrepierre, présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, Françoise Monéger, professeure honoraire, ancienne conseillère à la Cour de cassation en service extraordinaire, Marie-Laure Niboyet, professeure émérite de l'université Paris-Nanterre, présidente du Comité français de droit international privé, Jacques Pellerin, avocat à la Cour, Cyril Nourissat, professeur à l'université Lyon III-Jean Moulin

[50] Cf. article 1er alinéa 4 du projet de code

[51] Cette exclusion, pour les articles relatifs à l'office du juge, a été critiquée dès lors qu'elle serait difficilement lisible et pourrait en outre poser question quant à sa conformité au droit de l'Union, dont la règle de conflit pourrait être mise en oeuvre différemment de la règle de conflit de droit interne, ce qui pose une difficulté au regard du principe d'équivalence et d'effectivité (M. Françoise, « L'office du juge à la lumière du projet de Code de droit international privé » JDI, octobre 2023 p. 1209).

la jurisprudence » tout en veillant *« à équilibrer les rôles respectifs du juge et des parties*. »

Ainsi, le projet propose de faire obligation au juge d'appliquer le droit internationalement désigné (art. 9, alinéa 1)[52]. Cette impérativité se traduit l'abandon de la distinction consacrée par la Cour de cassation de la disponibilité ou non des droits en cause (cf. supra).

Toutefois, il a été décidé de maintenir l'accord procédural implicite consacré par la jurisprudence. Pour ne pas priver cependant d'effet l'impérativité de la règle de conflit, la prise en compte de l'accord procédural tacite d'application de la loi française a été encadré : il ne peut l'être s'il ne ressort pas clairement des écritures des parties que celles-ci ont eu conscience du caractère international du litige et de la possible application d'une loi étrangère (article 9 al. 2)[53].

Le projet de code comporte aussi quelques articles sur l'« Identification du droit applicable ».

L'objectif affiché par le projet de code est de privilégier une « démarche pragmatique », reposant sur l'idée qu'il ne serait ni raisonnable ni réaliste de faire peser sur le juge la charge exclusive des conséquences induites par cette impérativité.

Le rapport indique que « *dans un souci de ne pas trop alourdir son office, il a été estimé opportun d'organiser une répartition équilibrée des charges processuelles pesant respectivement sur le juge et les parties* » en conférant notamment à ces dernières un rôle plus actif.

Ainsi, les parties doivent de leur propre initiative s'interroger sur le droit applicable et s'en expliquer spontanément (art. 9, al.4)[54].

S'agissant de la recherche et la teneur du droit étranger, l'article 14 consacre la jurisprudence de 2005 Itraco et Aubin (précitée) en instaurant une collaboration entre le juge et les parties. Ce texte précise en outre que la preuve est libre et dresse une liste des modes possibles d'établissement du droit étranger[55].

Sur l'application du droit étranger, l'article 13 du projet consacre aussi la jurisprudence en énonçant que « *(...) le droit étranger doit être mis en oeuvre tel qu'il est appliqué dans son ordre juridique d'origine, y compris ses dispositions transitoires et ses règles relatives au conflit interne de lois.* » A l'autorité de la règle de conflit de lois (article 9) s'ajoute l'autorité du droit étranger désigné applicable, lequel renvoie à toutes les règles de l'ordre juridique désigné quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle.

---

[52] Article 9 alinéa 1er : « L'application du droit internationalement désigné est impérative pour le juge. »

[53] Article 9 alinéa 2 : « Lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent, par un accord procédural, soumettre leur litige au droit français. Cet accord est exprès ou résulte d'écritures concordantes et non-équivoques. »

[54] Article 9 al. 4 : « Lorsque les parties s'abstiennent de s'expliquer sur le droit applicable, le juge les y invite et applique, au besoin d'office, la règle française de conflit de lois. »

[55] L'article 14 dispose que « *Le contenu du droit étranger déclaré applicable est recherché par le juge avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu.*
La preuve en est rapportée par tous moyens, au besoin par avis produit par les parties ou par expertise, le cas échéant en faisant appel à une institution française ou étrangère spécialisée.
La coopération judiciaire internationale ou européenne peut dans tous les cas être mise en oeuvre.
S'il l'estime nécessaire, le juge organise une confrontation entre les auteurs des avis ou invite les parties à y procéder elles-mêmes./ S'il est impossible d'établir le contenu du droit étranger, le droit français s'applique. »

On notera en revanche, que le projet ne comporte aucune disposition quant au renforcement du rôle et du contrôle de la Cour de cassation, pas même dans le sens d'une consolidation de celui dégagé par la jurisprudence.

4.2.2 - Le contrôle de conformité de la loi étrangère avec le droit de l'Union européenne

4.2.2.1 - Rappel des principes essentiels du droit de l'Union européenne

A- Le principe de confiance mutuelle

Historiquement, le principe de **confiance mutuelle** ne figure pas comme un principe essentiel de la construction européenne. Il n'est d'ailleurs pas mentionné dans les traités.

C'est le principe de **reconnaissance mutuelle** qui a d'abord été érigé comme « *pierre angulaire de la coopération judiciaire tant civile que pénale* » par le Conseil européen de Tampere[56], avant d'être intégré dans le droit primaire (notamment à l'article 53 du TFUE).

La première référence à « la confiance mutuelle » figure dans la déclaration faisant suite au Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 selon laquelle le Conseil européen estime *« que le projet commun visant à renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice est essentiel pour garantir la sécurité des collectivités,* ***la confiance mutuelle et la prééminence du droit*** *dans toute l'Union* » et que « *La coopération judiciaire dans les matières tant pénales que civiles pourrait être encore développée en renforçant* ***la confiance mutuelle*** *et en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des États membres et sur l'unité par le droit européen* », ainsi que dans le Programme de La Haye (2005-2010).

Dans le Programme de Stockholm (2010-2014), la confiance mutuelle est envisagée comme la condition nécessaire à la reconnaissance mutuelle et selon ce texte, le défi doit consister à instaurer cette confiance. La notion de confiance mutuelle sert « *à la fois de fondement et de condition à la reconnaissance mutuelle* » (E. Farnoux, regards historiques sur la construction de la coopération judiciaire en matière civile, in Un système de droit international privé de l'Union européenne ? Sous la direction de L. Pailler et Cyril Nourissat, Bruylant, 2023, page 49 et suivants[57]).

La confiance mutuelle a aussi pris une place croissante dans la jurisprudence de la Cour de justice au point d'être consacrée en 2014 comme fondamental :

Dès 2004, dans sa décision Turner, la Cour de justice a énoncé :

---

[56] Conclusions du Conseil tenu les 15 et 16 octobre 1999, point 33 ; voir aussi sur l'historique, « Principes de confiance et de reconnaissance mutuelles » par E. Bonifay, in Un système de droit international privé de l'Union européenne ? Sous la direction de L. Pailler et Cyril Nourissat, Bruylant, 2023, page 267 et suivantes.

[57] Selon l'auteur, cette notion est affectée d'une « ambiguité inhérente » reposant à la fois sur un sentiment et un principe : « *Ce sentiment peut évoluer favorablement avec l'amélioration des appareils de justice des Etats membres ou des initiatives des autorités compétentes pour la compréhension entre eux. Il peut aussi évoluer défavorablement si l'appareil de justice, ou l'Etat de droit, d'un ou plusieurs Etats membres se dégrade. Ce sentiment de confiance mutuelle se mue en principe, prenant alors un contenu normatif qui ne se prête plus à une véritable appréciation, mais vient purement et simplement interdire aux Etats membres de rétablir des contrôles. Or il est indéniable que dernièrement le sentiment de confiance mutuelle s'est nettement dégradé à l'égard de certains Etats membres* » (*op. cit.* § 62-63).

« *D'emblée, il convient de rappeler que la convention repose nécessairement sur la confiance que les États contractants accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires. C'est* ***cette confiance mutuelle*** *qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétence, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de la convention sont tenues de respecter, et la renonciation corrélative par ces mêmes États à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice* » (CJCE, 27 avril 2004, Turner, C-159/02, point 24).

Puis, surtout dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, portant sur l'adhésion à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, la Cour de justice, rattachant ce principe aux articles 1er alinéa 2, et 2 du TFUE, a énoncé que le principe de confiance mutuelle était un « *principe d'importance fondamentale qui permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures* ».

Elle énonce également dans cette décision que « *ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité, et de justice, à chacun de ces Etats de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les Etats membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit* » (CJUE, assemblée plénière, avis du 18 décembre 2014, 2/13, point 191).

C'est précisément, au nom de ce principe et de la présomption qu'il emporte du respect par les Etats membres des droits fondamentaux, que la Cour de justice a conclu à l'impossibilité pour l'Union européenne d'adhérer à cette convention.

Elle rappelle que la construction juridique de l'Union européenne « *repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE*[58]*. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre* » (point 68).

Elle estime en effet que « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union* » (point 192, souligné par nous).

Et que : « *Dans la mesure où la CEDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle*

[58] Aux termes de l'article 2 TUE, il s'agit des « *valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités […,] communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union » (point 194).

Comme l'a énoncé également la Commission européenne « *un espace de la justice réellement européen ne peut fonctionner que si une confiance mutuelle prévaut entre les systèmes judiciaires nationaux* »[59].

Comme le souligne une autrice, « *le principe de confiance mutuelle repose sur une double présomption : celle du respect par les Etats membres des mêmes valeurs, et, corrélativement, celle du respect des Etats du droit de l'Union et de ses valeurs* » (H. Gaudin, « La jurisprudence » in Un système de droit international privé de l'Union européenne ? Sous la direction de L. Pailler et Cyril Nourissat, Bruylant, 2023, page 49 et suivants spec. p. 157).

L'adhésion à ces valeurs communes justifie, en droit de l'Union, un assouplissement dans chaque État membre du régime d'effets des jugements rendus dans d'autres États membres, soit par une suppression de la procédure d'exequatur dans certains domaines[60], soit par un allégement des conditions de régularité internationale des jugements rendus dans d'autres États membres[61].

La jurisprudence restrictive de la Cour de justice relative à l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements rendus en matière civile et commerciale, dans le cadre de la mise en œuvre du règlement Bruxelles I bis est une déclinaison du principe de confiance mutuelle.

La Cour de justice a en effet énoncé que « le juge de l'État requis ne saurait, sous peine de remettre en cause la finalité de la convention, refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un autre État contractant au seul motif qu'il estime que, dans cette décision, le droit national ou le droit communautaire a été mal appliqué. Il importe, au contraire, de considérer que, dans de tels cas, le système des voies de recours mis en place dans chaque État contractant, complété par le mécanisme du renvoi préjudiciel […], fournit aux justiciables une garantie suffisante » (CJCE, arrêt du 11 mai 2000, Renault c. Maxicar, C-38/98, point 33).

Dès lors, un juge d'un État membre ne peut exciper de l'exception d'ordre public prévue par le règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale fondée sur une violation manifeste d'une directive pour s'opposer à la reconnaissance d'une décision de la juridiction d'un autre État membre (CJUE, arrêt du 16 juillet 2015, Diageo Brands, C-681/13, point 30[62]).

---

[59] Communiqué de presse " Instaurer la confiance dans les systèmes judiciaires en Europe : le forum des "Assises de la justice" se propose de façonner l'avenir de la politique de l'UE en matière de justice ", IP/13/1117, 21 novembre 2013.

[60] La procédure d'exequatur a été supprimée s'agissant de certaines décisions en matière de responsabilité parentale dans les règlements Bruxelles II bis (règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000) et Bruxelles II ter (règlement (UE) du Conseil du 25 juin 2019 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) et en matière alimentaire dans le règlement Aliments (règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires).

[61] Cf. 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 (refonte).

[62] Il s'agissait, en l'espèce, de la violation par le juge bulgare d'une règle de droit matériel contenue à l'article 5 de la directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques.

La doctrine en déduit que ce principe impose un « *devoir de confiance pour ce qui concerne l'application de normes communes par les différents organes nationaux » et que « les administrations et les pouvoirs judiciaires nationaux sont tenus, dans une certaine mesure, de faire confiance à leurs pairs pour ce qui concerne l'application correcte du droit de l'Union sur leurs territoires respectifs* » (Cecilia Rizcallah, Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union. Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs, Bruxelles, Bruylant, 2020, n° 165, p. 141).

Il en ressort que le contrôle de la conformité au droit de l'Union repose principalement sur le juge de l'Etat d'origine.

B- Le principe de primauté du droit de l'Union

Le principe de primauté du droit de l'Union, qui pose le principe d'une prééminence du droit de l'Union sur le droit des États membres, a été consacré par la Cour de justice dans son arrêt Costa (CJCE, 15 juillet 1964, Costa, 6/64). La primauté de l'ordre juridique communautaire est qualifiée de « principe fondamental » (CJCE 10 oct. 1973, Variola c/ Administration des finances italienne, aff. 34/73, Rec. 981)[63].

Selon un auteur « *La primauté ne saurait donc s'accommoder de la moindre faille* » (Répertoire de droit européen Primauté du droit de l'Union européenne – Joël MOLINIER, § 9). Au demeurant, aux termes de l'arrêt Costa, s'agissant des normes soumises à la primauté, l'arrêt Costa évoque « un texte interne quel qu'il soit ». Sont donc concernées « *des dispositions soit législatives, soit administratives, ces dernières ne comprenant pas uniquement des normes générales et abstraites, mais également des décisions administratives individuelles et concrètes* » (CJCE 29 avr. 1999, Ciola, aff. C-224/97 , Rec. I. 2517).

Ce principe impose à toutes les instances des États membres de donner leur plein effet aux différentes normes de l'Union, le droit des États membres ne pouvant affecter l'effet reconnu à ces différentes normes sur le territoire de ces États (CJUE, 24 juin 2019, Poplawski C-573/17, point 54).

Il est également admis que la jurisprudence doit respecter la primauté, le juge national étant selon la Cour, chargé « *d'assurer, par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 (devenu l'art. 10) du traité [aujourd'hui art. 4-3 du Traité sur le fonctionnement de l'UE], la protection juridique découlant de l'effet direct des dispositions communautaires, aussi bien lorsque celles-ci engendrent des obligations pour les justiciables que lorsqu'elles leur accordent des droits* » (CJCE 5 mars 1980, Ferwerda c/ Produktschap voor Vee en Vlees, aff. 265/78, Rec. 617).

Le principe de primauté se décline tant pour les mesures du droit de l'Union qui sont directement applicables que pour celles qui nécessitent une transposition.

---

[63] Si le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 ne comporte pas de disposition portant sur la primauté du droit de l'Union, il est indiqué dans une déclaration n°17 annexée au Traité, « relative à la primauté », que « la Conférence [intergouvernementale] rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence. En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 ».Cet avis du Service juridique du Conseil, du 22 juin 2007, énonce que : « il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne » (Répertoire de droit européen Primauté du droit de l'Union européenne – Joël MOLINIER, § 4)

S'agissant des premières, il ressort de l'arrêt Simmenthal (CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal : Rec. CJCE 1978, p. 629), que les règles d'effet direct, « *en tant qu'elles font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire des États membres* », doivent être appliquées dès leur entrée en vigueur, malgré l'éventuelle préexistence d'une loi nationale incompatible, et pendant toute la période où elles restent, malgré l'adoption ultérieure d'une loi incompatible.

En ce sens, le « *juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* » (même arrêt).

Lorsque la règle du droit de l'Union a vocation à s'appliquer directement, elle aura donc vocation à se substituer à la règle interne incompatible.

Selon un auteur « *La Cour n'hésite donc pas à inférer du principe de primauté des conséquences propres à " subvertir " l'ordre juridique interne. En effet, elle invite le juge interne rien de moins qu'à s'affranchir, il est vrai afin d'assurer l'application prévalente du droit communautaire, de son devoir d'obéissance hiérarchique* » (Rostane Mehdi, JCL Fasc. 196 : ordre juridique de l'Union européenne - Primauté du droit de l'Union européenne, § 102).

S'agissant des secondes, elles doivent aussi primer, sans égard pour leur caractère directement applicable ou non, le droit interne incompatible.

Le juge national est ainsi tenu, a minima, d'envisager une interprétation du texte afin que celui-ci soit conforme au texte issu du droit de l'Union (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Maribel Dominguez , pt 27) et si une telle démarche n'est pas possible alors de déclarer le texte de transposition inapplicable.

C'est « *dans l'ordonnancement juridique de l'État que le juge interne recherche le "remède" à la défaillance de la législation nationale* » (Rostane Mehdi, JCL Fasc. 196 : ordre juridique de l'Union européenne - Primauté du droit de l'Union européenne, § 107).

A cet égard, à propos de la directive 2008/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la Cour de justice, dans l'arrêt Dansk Industri c/ Rasmussen du 19 avril 2016 (affaire C-441/14), a retenu l'obligation pour le juge national d'une interprétation conforme, à défaut, celle de laisser une disposition nationale contraire inappliquée :

« *Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il incombe à une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, lorsqu'elle applique les dispositions de son droit national, de les interpréter de manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme à cette directive ou, si une telle interprétation conforme est impossible, de laisser, au besoin, inappliquée toute disposition de ce droit national contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. Ni les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, ni la possibilité pour le particulier qui s'estime lésé par l'application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union d'engager la responsabilité de l'État membre concerné pour violation du droit de l'Union ne peuvent remettre en cause cette obligation. »*.

En outre cette obligation est renforcée lorsque la directive met en oeuvre un principe de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, comme l'a précisé la Cour de justice dans un litige mettant en jeu la directive 2000/78 en matière d'égalité de traitement et l'article 47 de la Charte à propos d'une atteinte fondée sur la religion:

« Une juridiction nationale, saisie d'un litige opposant deux particuliers, est tenue, lorsqu'il ne lui est pas possible d'interpréter le droit national applicable de manière conforme à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables des articles 21 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de garantir le plein effet de ces articles en laissant au besoin inappliquée toute disposition nationale contraire » (CJUE 17 avril 2013 Egenberger aff C-414/16, point 82).

C - L'obligation d'interprétation conforme

1- Principe

L'obligation d'interprétation conforme a été consacrée par la Cour de justice en s'appuyant sur l'obligation de transposition des directives imposée aux Etats membres par l'article 189, alinéa 3, du traité CEE. Elle découle, ainsi que la Cour l'a affirmé en 1984, de l'obligation des Etats membres, en présence d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que de leur devoir, en vertu de l'article 5 du Traité ; de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation. Cette obligation pèse sur toutes les autorités d'un État membre, en ce compris les autorités juridictionnelles et ce y compris dans le contexte d'un litige entre particuliers (CJCE, arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/83, point 26 ; CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing SA, C -106/89).

Cette jurisprudence a depuis été de manière constante reprise. Elle s'appuie désormais sur l'article 288, alinéa 3, TFUE (CJUE, 7 août 2018, Smith C-122/17, point 39).

L'exigence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du traité en ce qu'elle permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit communautaire lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie (CJCE, 5 octobre 2004, Pfeiffer, C-397/01 à C-403/01, point 114).

L'obligation mise à la charge du juge national contribue aussi à assurer la primauté de la norme européenne sur la norme nationale qui n'aurait pas été mise en conformité avec celle-ci. Ce lien entre le principe de primauté et celui d'interprétation conforme a été rappelé par la Cour de justice puisqu'elle relève dans la décision Poplawski que le principe d'interprétation conforme du droit interne « *est inhérent au système des traités, en ce qu'il permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie* » (CJUE, 24 juin 2019, Poplawski C-573/17, point 55).

Elle énonce en outre que « *afin de garantir l'effectivité de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union, le principe de primauté impose, notamment, aux juridictions nationales d'interpréter, dans toute la mesure du possible, leur droit interne de manière conforme au droit de l'Union et de reconnaître aux particuliers la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit de l'Union imputable à un État membre* » (même arrêt point 56).

Elle déduit du principe de primauté que, « *à défaut de pouvoir procéder à une interprétation de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les*

dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de celles-ci en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »(même arrêt point 58).

Il en résulte que l'obligation d'interprétation conforme procède à la fois de l'obligation de transposition impartie par l'article 288, alinéa 3, TFUE, aux Etats membres dans leurs ordres juridiques internes et du principe de primauté. Toutefois, comme l'observe le rapporteur désigné initialement dans la présente affaire, « il ne découle pas de la lecture dudit arrêt que cette interprétation est détachable de l'obligation de transposition » (rapport complémentaire précité page 15).

2- Portée

Si l'obligation d'interprétation conforme a d'abord été posée s'agissant de mesures internes prises pour la transcription des directives dans l'arrêt Von Colson et Kamann précité, la primauté constituant l'un des fondements de cette obligation, ses effets n'ont pas été cantonnés aux seules directives[64].

Elle a donc été étendue à l'ensemble du droit communautaire :

- aux dispositions du traité (CJCE, 4 févr. 1988, aff. 157/86, Mary Murphy) ;

- aux règlements (CJCE, 7 janv. 2004, aff. C-60/02)

- au droit non décisoire (CJCE, 13 déc. 1989, aff. C-322/88, Salvatore Grimaldi).

L'obligation d'interprétation conforme emporte en outre pour le juge national celle de donner au droit interne, une interprétation et une application conformes au droit de l'Union.

La Cour a eu l'occasion de préciser que le principe d'interprétation conforme « requiert que les autorités nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité du droit de l'Union et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celui-ci » (CJUE, 4 octobre 2018, Link Logistik NN, aff. C-384/17, point 58).

Son office peut être décliné en plusieurs étapes :

- Le juge est d'abord invité à tenir compte de l'ensemble des règles du droit national, et en application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de **décider si et dans quelle mesure une disposition nationale est susceptible d'être interprétée en conformité avec la norme européenne** de référence (CJUE, 19 avr. 2016, aff. C441/14, DI, pt 31 et 32. - CJUE, 17 avr. 2018, aff. C414/16, Egenberger, pt 71).

- Cela implique l'obligation pour les juges nationaux **le cas échéant de modifier une jurisprudence établie** si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive (CJUE, 17 avr. 2018, aff. C414/16, Egenberger, pt 72). Partant, une juridiction nationale ne saurait, notamment, valablement considérer qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'interpréter une disposition nationale en conformité avec le droit de l'Union en raison du seul fait que

[64] Au demeurant, dans son arrêt Von Colson et Kamann, la Cour y énonce que l'obligation d'interprétation conforme porte « notamment » sur les dispositions des lois spécialement introduites pour l'exécution de la directive.

cette disposition a, de manière constante, été interprétée dans un sens qui n'est pas compatible avec ce droit (CJUE, 6 novembre 2018, Wuppertal, C-569/16 et C-570/16, point 68).

- Lorsqu'une telle interprétation ou application conforme n'est pas possible, le juge est invité à **laisser inappliquée la règle nationale contraire** (CJCE 4 févr. 1988, Murphy c/ An Bord Telecom Eireann, aff. 157/86, Rec. 673). Aucune disposition de l'ordre juridique national et aucune pratique ne doivent « *refuser au juge compétent […] le pouvoir de faire […] tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporairement, à la pleine efficacité des normes communautaires* » (CJCE 28 juin 2001, Larsy, aff. C-118/00).

Cette obligation vaut lorsqu'une directive a été transposée, mais aussi en cas de défaut de transposition ou d'une transposition incorrecte d'une directive : le juge doit alors, dans toute la mesure du possible, interpréter les dispositions nationales, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la directive, à la lumière du texte et des finalités de celle-ci (CJCE, arrêt du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, point 8).

Il s'agit alors pour le juge national d'interpréter son droit national à la lumière de la directive et non d'appliquer directement la directive au litige (CJCE, arrêt du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, point 7 ; CJCE, arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori, C-91/92, point 30). La Cour de justice considère en effet, depuis l'arrêt Marshall, qu'une directive « *ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre* ». Elle ne dispose pas d'un effet direct horizontal (CJCE, arrêt du 26 février 1986, Marshall, 152/84, point 48).

Comme l'a souligné la doctrine, cette solution ne remet pas en cause l'absence d'effet direct horizontal des directives , car « *c'est le droit national - même s'il est interprété à la lumière des objectifs et des dispositions de la directive - qui est appliqué au litige : juridiquement, il n'y a donc pas application directe du droit de l'Union* » (D. Simon, V° " Directive ", Répertoire de droit européen, janv. 2018, n° 133).

Toutefois, le principe d'interprétation conforme du droit national connaît certaines limites : La Cour de justice énonce qu'elle ne peut servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national et que si tel est le cas, alors, la juridiction nationale a pour obligation d'appliquer intégralement le droit de l'Union et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant, au besoin, inappliquée toute disposition dans la mesure où l'application de celle-ci, aboutirait à un résultat contraire au droit de l'Union (CJUE, 4 octobre 2018, Link Logistik NN, aff. C-384/17, point 59 et 61)[65].

4.2.2.2 - Incidences des principes essentiels du droit de l'Union sur l'office du juge national à l'occasion de l'application de la loi étrangère

A- La consécration en droit de l'Union d'une obligation d'interprétation conforme de la loi étrangère ?

Qu'en est-il lorsque la loi étrangère désignée comme applicable n'est pas conforme au droit de l'Union européenne ?

Des auteurs proposent de distinguer selon deux cas :

[65] Pour une application par la Cour de cassation (1re Civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 14-13.151, Bull. 2015, I, no 117 ; 1re Civ., 5 février 2020, pourvoi n° 18-23.752Com., 19 octobre 2022, pourvoi n° 21-19.197).

- Soit la loi étrangère applicable émane d'un Etat non membre de l'Union européenne, alors le droit de l'Union ne devrait pas faire obstacle à l'application du droit désigné[66] (P. Rabourdin et H. Muir Watt, Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère, Répertoire de droit international, Dalloz, 2018, § 80) sauf à recourir à l'exception d'ordre public ou au mécanisme de la loi de police (G. Cerquira, *op. cit.*, p.120).

- Soit la loi étrangère applicable émane d'un État membre de l'Union, alors certains auteurs s'interrogent sur la possibilité pour le juge national, qui est aussi juge européen, d'écarter une telle loi d'un autre Etat membre, sans apporter de réponse précise sur ce point (Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, Droit international privé, Tome 2, 5ème édition, Thémis droit (PUF), § 455 p. 570).

La réponse à cette question pourrait trouver un appui dans le principe de primauté du droit de l'Union.

Selon un auteur, il ressort de la jurisprudence de la CJUE, que tous les organes d'un Etat membre sont « *contraints de respecter la primauté du droit communautaire et de ne pas appliquer les dispositions nationales dont l'application représenterait une violation du droit communautaire. Cela vaut non seulement pour le juge de l'Etat membre défaillant, mais également pour le juge des autres Etats membres qui, d'après leur règle de conflit, ont à appliquer ce droit matériel. Certains vont riposter que le juge doit appliquer le droit étranger comme il est appliqué dans son pays d'origine, mais non comme il devrait être appliqué. Ils devront tenir compte de l'ordre public : quand le juge national, à travers l'interaction de normes de conflit nationales et de droit matériel étranger contraire au droit communautaire, aboutit à un résultat, qui n'est pas conciliable avec la directive européenne, il s'expose lui-même et son Etat membre à la critique de ne pas respecter le droit communautaire (...) Que le juge n'expose pas son propre Etat par son activité aux sanctions décrites, est la préoccupation essentielle de toute jurisprudence et fait partie de l'ordre public national, qui n'admet pas l'application d'un droit étranger incompatible au droit communautaire* » (J. Basedow, "Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence", in Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé: esprit et méthodes, Dalloz, 2005, pp. 55- 74, et plus part. p. 62.).

Pour d'autres, il y aurait à tout le moins lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne afin de savoir si la disposition de droit européen invoquée s'oppose à la disposition de la loi désignée et si elle doit alors être évincée (Répertoire de droit international, Dalloz - Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère – Pierre Rabourdin ; Horatia Muir Watt; § 80 ; ou encore G. Cerquira *op. cit.*, p.120).

A cet égard, la Cour de justice a déjà admis la recevabilité d'une question préjudicielle tendant à examiner la compatibilité au droit de l'Union d'une loi d'un Etat membre autre que celui de la juridiction de renvoi : « *en présence de questions destinées à permettre à la juridiction nationale d' apprécier la conformité au droit communautaire de dispositions nationales, la Cour peut fournir les éléments d' interprétation du droit communautaire qui permettront à la juridiction nationale de résoudre le problème*

[66] En effet, application des règles de conflit de lois européennes « l'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée […] ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for » (Règl. [CE] no 864/2007 du 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles [Rome II], art. 26, à lire en combinaison avec l'art. 3 qui indique que « la loi désignée par le présent règlement s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre».

juridique dont elle se trouve saisie. ***Il en est de même lorsqu'il s'agit de l'appréciation de la compatibilité avec le droit communautaire des dispositions d' un État membre autre que celui de la juridiction de renvoi*** » (CJCE, 23 nov. 1989, Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik, aff. C-150/88, pt 12 ; dans le même sens : CJUE, 7 juillet 2022, C-7/21, Ikw walter).

On peut également citer l'arrêt précité (cf. supra) par lequel la Cour de justice (CJUE arrêt du 24 octobre 2013, C-85-12, LBI), a répondu à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation sur la conformité d'une loi islandaise à une directive (Com., 14 février 2012, pourvoi n° 10-27.648, Bull. 2012, IV, n° 37), semblant ainsi admettre le principe d'un contrôle par le juge national de la conformité d'une loi d'un autre Etat membre au droit de l'Union européenne.

On rappellera cependant que lorsqu'une juridiction nationale la saisit d'une question d'interprétation du droit communautaire destinée à lui permettre de mettre en œuvre son obligation d'interprétation conforme, la Cour de justice « *ne peut se prononcer ni sur des questions qui relèvent du droit interne des États membres ni sur la conformité de dispositions nationales au droit communautaire [mais] peut […] fournir les éléments d'interprétation du droit communautaire qui sont de nature à permettre à la juridiction nationale de trancher le litige dont elle se trouve saisie* » (CJCE, 24 janvier 2008, Roby Profumi, C-257/06, point 11).

Il n'y a pas de raison que ce cadre, conçu pour l'interprétation de la loi du for, soit différent en présence d'une demande d'interprétation par une juridiction de renvoi portant sur la loi d'un autre Etat membre.

La jurisprudence citée ci-dessus examine la portée de l'obligation d'interprétation conforme d'un juge à l'égard de son propre droit national.

La question se pose de savoir si un tel office doit aussi s'étendre lorsque le droit applicable n'est pas celui du juge saisi.

La Cour de justice a déjà été saisie d'une question similaire : Dans un arrêt du 15 décembre 2022, elle a été interrogée par une juridiction bulgare (CJUE, 15 décembre 2022, C-577/21) dans les termes suivants :

« *Le principe selon lequel le juge national est tenu d'interpréter le droit national d'une manière conforme au droit de l'Union s'applique-t-il lorsque la juridiction nationale applique non pas son droit national, mais le droit national d'un autre État membre de l'Union européenne ?* ».

Cependant, la Cour de justice a d'abord répondu à une question préalable et considéré que la législation allemande en cause, telle qu'interprétée par la jurisprudence allemande, n'était pas de nature à compromettre la réalisation de l'objectif de protection des victimes d'accidents de la circulation visé par la directive 2009/103, s'agissant des conditions fixées par cette législation pour qu'un préjudice immatériel subi par des membres de la famille proche des victimes d'accidents de la circulation ouvre un droit à indemnisation[67]. En répondant ainsi, elle n'a pas eu à se pencher sur la question qui nous intéresse.

[67] La Cour de justice a ainsi dit pour droit que l'article 3, quatrième alinéa, de la directive 2009/103 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui subordonne l'indemnisation, par l'assureur de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, du préjudice immatériel subi par les membres de la famille proche des victimes d'accidents de la circulation à la condition que ce préjudice ait entraîné un dommage pathologique chez de tels membres de la famille proche.

Pourtant, la Cour de justice semble bien avoir admis que le juge du for, faisant application d'une loi d'un autre Etat membre, est tenu de se livrer à une interprétation conforme de cette loi.

Dès 1981, dans une décision Foglia (CJCE du 16 décembre 1981, Foglia 244/80, point 30), la Cour de justice a précisé les contours de son office lorsqu'elle était saisie d'une question préjudicielle par le juge d'un Etat membre de la compatibilité au droit de l'Union de la législation d'un autre Etat membre, en admettant ainsi implicitement donc le principe[68].

En 2020, la Cour a été saisie d'une question préjudicielle par une juridiction polonaise, dont la compétence était critiquée par le défendeur qui mettait en avant la clause attributive de juridiction au profit des juridictions irlandaises. La Cour a retenu que la question nécessitait de savoir si la clause était valable et que cette validité devait être appréciée au regard de la loi irlandaise, interprétée à la lumière de la directive sur les clauses abusives.

La Cour de justice a ainsi énoncé qu' « *il incombe à la juridiction saisie d'un litige, tel que celui au principal, d'appliquer la législation de l'État dont les juridictions sont désignées dans ladite clause,* ***en interprétant cette législation conformément au droit de l'Union,*** *et notamment à la directive 93/13 (voir, en ce sens, arrêts du 21 avril 2016, Radlinger et Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, point 79, ainsi que du 17 mai 2018, Karel de Grote Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16, EU:C:2018:320, point 41)* » (CJUE, arrêt du 18 novembre 2020, C-519/19, Ryanair, point 51 ; voir aussi CJUE sur le contrôle de la loi lettone par un juge polonais CJUE 20 mai 2021, K.S. C 707/19).

On peut enfin relever que la Cour de justice a réitéré cette affirmation en 2022 en énonçant que « *la juridiction de renvoi a l'obligation d'interpréter le droit applicable au litige au principal, qu'il s'agisse du droit de l'État membre de l'acquéreur intermédiaire ou de celui de l'acquéreur final, conformément au droit de l'Union (voir, par analogie, arrêt du 18 novembre 2020, DelayFix, C 519/19, EU:C:2020:933, point 51)* » (CJUE, arrêt du 8 décembre 2022, Luxury Trust Automobil, C-247/21, point 67).

Il convient à présent d'évaluer, à supposer qu'elle soit consacrée, les incidences d'une telle obligation sur le droit positif français.

B- Incidences d'une consécration d'une obligation d'interprétation conforme sur le juge français appliquant la loi étrangère

Les incidences d'une telle obligation d'interprétation conforme, si elle était consacrée, sont à examiner tant au regard de l'office du juge du fond, que de l'office du juge de cassation.

1- Incidences sur l'office du juge du fond

Si l'on se place du point de vue du droit français, et de l'office du juge du fond vis-à-vis de la loi étrangère, un tel contrôle ne paraît pas, en l'état de notre droit, impossible.

[68] Cf. Point 30 de cette décision « *Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que, pour sa part, la Cour doit user d'une vigilance particulière lorsqu'elle est saisie dans le cadre d'un litige entre particuliers d'une question destinée à permettre au juge de porter une appréciation sur la conformité, avec le droit communautaire, de la législation d'un autre Etat membre* ». Dans le même sens, CJCE, 21 janvier 2003, Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins C 318/00, point 45.

Comme indiqué ci-dessus, le juge qui déclare une loi étrangère applicable au litige doit l'appliquer conformément au juge étranger. Si ce juge est lui-même celui d'un Etat membre de l'Union européenne, il doit alors inscrire son office dans le cadre du respect du droit de l'Union, et cela doublement : non seulement parce qu'il relève d'un Etat membre de l'Union (qui impose de rendre une décision qui respecte ces principes, ne serait-ce que pour lui faire bénéficier d'une reconnaissance mutuelle simplifiée) mais aussi parce que la loi qu'il est amenée à appliquer émane aussi d'un Etat membre de l'Union.

La réticence que l'on pouvait avoir au regard d'un contrôle de constitutionnalité de la loi étrangère vis-à-vis de la Constitution de cet Etat semble ici moindre dès lors que le droit de l'Union constitue précisément une norme commune à tous les Etats membres.

En outre, on pourrait se demander si la transposition d'une directive passant par le recours à une loi nationale, celle-ci une fois adoptée, ne devrait être regardée, non pas comme une loi interne ordinaire, mais comme une loi participant à la mise en oeuvre du droit de l'Union, dont la source ne pourrait être effacée par le juge procédant à son application.

De même que lorsque le juge applique la loi étrangère il est affirmé qu'il ne peut se contenter de se référer à l'acte formel mais doit adopter une approche substantielle et globale du droit étranger, ne devrait-il prendre en compte la source européenne de la loi étrangère qu'il applique, au surplus lorsque cette source l'oblige en tant que juge d'un Etat membre ?

Cette observation pourrait conduire également à interroger le recours à l'expression même de « loi étrangère » lorsqu'il s'agit d'une loi d'un autre Etat membre transposant une directive européenne (qui ne serait alors plus regardé comme une « vraie loi étrangère »).

La spécificité de la construction européenne, pourrait conduire à reconsidérer le caractère strictement étranger d'un droit issu d'un Etat membre de l'Union européenne, précisément lorsqu'il met en oeuvre du droit de l'Union européenne.

Dans l'hypothèse d'une loi de transposition d'une directive, il est certain que chaque Etat membre est, dans le cadre de son système juridique, maître de la transposition. Mais ne peut-on considérer que dans cette hypothèse, seul le véhicule législatif est véritablement « étranger » entre Etats membres ? En revanche, s'agissant de la substance de la loi, le qualificatif de « loi étrangère » pourrait être inadéquat puisque précisément les Etats sont invités à transposer les principes dégagés dans la directive européenne de sorte que la substance de ce droit émane bien de l'Union européenne.

Lorsque la Cour de justice s'appuie sur le principe d'effectivité, c'est bien la solution in fine retenue, et donc la substance des droits reconnus ou refusés, qui constitue le critère à prendre en compte pour apprécier du respect de ce principe, non pas le véhicule normatif utilisé. C'est donc bien, au fond, le droit de l'Union européenne qui est mise en oeuvre par la loi de transposition d'une directive d'un Etat membre. Or le droit de l'Union ne peut être qualifié par un juge d'un Etat membre, ou même avoir le même statut, qu'une loi dite « étrangère »[69].

[69] Cela peut conduire à écarter une loi étrangère qui serait contraire aux valeurs essentielles de l'Etat français via le mécanisme de l'exception d'ordre public international. Cependant, il ne s'agirait pas ici d'écarter formellement le droit « étranger » applicable, mais plus précisément de l'interpréter conformément au droit de l'Union européenne. Il est vrai que la distinction peut paraître ténue car le résultat sera de traiter le droit étranger, dans le même sens que le droit national du for, à la lumière de la directive. On n'écarte donc pas formellement la loi étrangère mais on lui réserve le même traitement que celui réservé la loi interne (principe d'équivalence).

En outre, contrairement à une application indifférenciée à toute loi étrangère, il ne faut pas négliger que l'Union européenne dispose de mécanismes pour répondre aux éventuelles susceptibilités des Etats membres : si un autre Etat n'était pas d'accord avec l'affirmation posée par la Cour de cassation, il pourrait en saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

Il ressort enfin du principe de confiance mutuelle (cf. supra) que le contrôle de la conformité au droit de l'Union repose principalement sur le juge de l'Etat d'origine.

Ce principe pourrait dès lors justifier que lorsque le juge du for est amené à appliquer la loi étrangère émanant d'un Etat membre, il exerce, comme ce juge y est tenu, une interprétation conforme au droit de l'Union (à défaut de quoi sa décision ne pourrait bénéficier du système de reconnaissance simplifiée au sein de l'Union européenne).

Les incidences d'un tel office sont plus délicates en revanche lorsque l'on examine l'office du juge de cassation.

2- Incidences sur l'office du juge de cassation

La Cour de justice de l'Union européenne n'a, à notre connaissance, pas à ce jour tranché la question de savoir si l'obligation d'interprétation conforme emportait nécessairement une obligation pour les Cours suprêmes des Etats membres de pouvoir contrôler l'application de la loi d'un autre État membre par les juges du fond.

En réalité, il n'est pas certain que la question se pose réellement en ces termes car l'interprétation conforme incombe aux autorités des Etats membres, en ce compris les autorités juridictionnelles (CJCE, arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/83, point 26) sans distinction selon le niveau de la juridiction concerné (juridictions inférieures ou Cours suprêmes).

Il n'en demeure pas moins que cette question est délicate en droit français, au regard de la jurisprudence constante qui réserve un sort particulier à l'appréhension par le juge de la loi étrangère, et notamment au principe selon lequel, la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond pour l'interprétation de cette loi.

Un auteur s'est interrogé sur le risque d'une action en manquement sur la base de l'article 258 TFUE relatif à la compétence de la Commission européenne à connaître des manquements d'un Etat membre en vertu du droit de l'Union, si la Cour de cassation se refusait à exercer un contrôle d'une loi désignée par la règle de conflit communautaire qui ignorerait ou trahirait une directive (D. Lefranc, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », RCDIP, 2005, p. 413).

On pourrait ajouter le fait que la France ne serait pas à l'abri d'une procédure initiée par l'Etat membre dont la loi aurait été ainsi interprétée par le juge français de manière non conforme au droit de l'Union. En effet, selon l'article 259 TFUE « *chacun des Etats membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre Etat a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités* ».

Dans une note sous un arrêt de la chambre commerciale du 3 février 2021 (Com. 3 février 2021, pourvoi n°19-13.260), un auteur n'exclut pas que « *le juge français se livre à une interprétation du droit d'un Etat membre à la directive, notamment en cas de transposition tardive ou imparfaite* ».

Toutefois, selon cet auteur « *il n'en reste pas moins qu'obtenir de la Cour de cassation un contrôle de l'application de la loi étrangère s'avère périlleux. C'est peut-être pour cela que le rédacteur du pourvoi a habilement invoqué la directive et son application,*

faisant le pari que la Cour de cassation serait plus à l'aise pour en contrôler l'application. Ce pari est à moitié réussi : il ne permet pas d'obtenir la cassation de l'arrêt car la Cour de cassation approuve le raisonnement de la cour d'appel mais il semble ouvrir une voie prometteuse. Demain, peut-être, il sera possible de faire contrôler par la Cour de cassation l'application faite de la loi étrangère, lorsque cette loi constitue une loi de transposition et que la Cour peut placer son contrôle sur le terrain de la directive. Il est vrai qu'au moins une partie des justifications traditionnellement avancées pour justifier que la Cour de cassation ne s'aventure pas trop profondément dans le contrôle de l'interprétation de la loi étrangère perdent de leur pertinence en présence d'une directive. Il ne fait par exemple aucun doute que la Cour de cassation est bien capable d'opérer le contrôle de l'application de cette directive, aussi bien dans le contexte du droit étranger que dans celui du droit français, et c'est d'ailleurs ce qu'elle fait en l'espèce. Une telle avancée, si elle devait se confirmer, réjouira sans doute ceux qui ne se satisfont pas de la légèreté actuelle du contrôle » (JDI, 2022, comm. 10, note E. Farnoux, souligné par nous).

La réponse à la question pourrait alors dépendre de la marge d'autonomie des Etats membres en cette matière, particulièrement au regard du principe d'autonomie procédurale réservé aux Etats membres, voire du principe de confiance mutuelle.

- Le principe d'autonomie procédurale : un rempart fragile pour faire obstacle au contrôle de l'interprétation conforme par la cour de cassation

Le principe d'autonomie procédurale permet-il à la Cour de cassation de maintenir sa jurisprudence abandonnant aux pouvoirs souverains des juges du fond l'interprétation conforme de la loi étrangère ?

On sait que ce principe trouve sa source dans le principe plus générale d'autonomie institutionnelle des États membres, laquelle conduit à l'autonomie d'organisation de l'État.

Le Traité de Rome s'étant abstenu de créer devant les juridictions nationales, pour la mise en œuvre du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national (CJCE 7 juill. 1981, Rewe II, aff. 158/80, pt 44), les juridictions internes doivent statuer dans les formes prévues par le droit national (CJCE 27 janv. 1976, IBC, aff. 46/75, pt 5)[70].

Sur le plan juridictionnel, ce principe se traduit par la reconnaissance au profit de l'État, en l'absence d'une réglementation communautaire, d'un principe d'autonomie institutionnelle, notamment quant à la question de l'unicité ou de la pluralité des ordres de juridictions, et procédurale (CJCE 19 déc. 1968, Sté Salgoil, aff. 13/68).

En l'absence de dispositions communautaires, « *il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne* » (CJCE 16 déc. 1976, Rewe I, aff. 33/76, point 5).

Le droit de l'UE laisse ainsi au droit national le soin de régler l'office du juge et donc la possibilité, l'obligation ou l'impossibilité de soulever d'office une règle de droit, qu'il s'agisse de droit d'origine nationale ou de droit d'origine européenne. Tirant les conséquences du principe d'autonomie procédurale des États, la Cour a précisé que

[70] A l'exception du renvoi préjudiciel devant la CJUE prévu à l'article 267 TFUE

l'obligation pour les juridictions internes de relever d'office un moyen de droit communautaire disparaît « lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe » – c'est-à-dire, en pratique, à méconnaître le principe dispositif que connaissent les droits processuels de la plupart des États membres (CJCE 14 décembre 1995 Jeroen van Schijndel Affaires jointes C-430/93 et C-431/93, pt 22).[71]

Dans ce cadre, le principe d'autonomie procédurale du droit national renvoie aux règles internes en le soin d'identifier la juridiction compétente, les délais de recours, les conditions de recevabilité de l'action et plus généralement l'ensemble des règles de procédure applicables à l'action introduite devant les tribunaux nationaux.

La Cour de justice considère qu'« il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union » (CJUE, grande chambre, 22 juin 2010, Abdeli, C-189/10, point 50 ; souligné par nous), ce dont la doctrine déduit que « *la Cour de justice a paramétré l'interprétation conforme de telle sorte qu'elle respecte l'autonomie procédurale et institutionnelle des États membres* » (A. Fabre J.-G. Huglo, " Regards croisés sur l'interprétation conforme du droit social national ", Droit social, 2021, p. 964).

La Cour de justice énonce en outre que « Le principe d'interprétation conforme requiert néanmoins que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci (voir arrêt Pfeiffer e.a., précité, points 115, 116, 118 et 119) (CJCE, grande chambre, 4 juillet 2006, Adeneler e. a., C-212/04, point 109 à 111).

Toutefois, deux autres principes sont posés afin d'encadrer l'autonomie procédurale des Etats membres[72] :

---

[71] En droit interne français, on sait que par un arrêt du 21 décembre 2007, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que le relevé d'office des moyens de droit n'était qu'une simple faculté (Ass. plén., 21 déc. 2007, no 06-11.343).

La Cour de justice a cependant atténué la portée du principe de l'autonome procédurale en invoquant le critère de l'ordre public d'une disposition en cause : Dans l'arrêt précité Van Schijndel du 14 décembre 1995, tout en admettant l'autonomie procédurale des États membres, la Cour a énoncé que le juge national doit appliquer d'office des dispositions de droit de la concurrence (art. 3 sous f), art. 85, 86 et 90 du Traité de Rome) non invoquées par la partie qui a intérêt à son application sous la réserve toutefois que le droit national permette une telle application.De même, dans les contrats conclus par les consommateurs, en présence d'une clause abusive au sens de la directive 93/13, le juge doit relever d'office ce caractère abusif et en tirer les conséquences. Il en est de même (CJUE, 21 avril 2016) à propos de la directive 2008/48 du 23 avril 1988 sur le crédit à consommation. Dès 1995, la CJCE avait condamné une disposition de droit national qui écartait la possibilité pour le juge d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte avec le droit européen. La Cour de cassation a énoncé une obligation de soulever d'office une disposition d'origine européenne dans un arrêt de chambre mixte du 7 juillet 2017 (N° 15-25.651, Monsanto, D. 2017. 1800) alors qu'était en cause le droit issu de la directive sur la responsabilité du fait des produits (C. civ., art. 1245 et s.). De même, la Cour de Luxembourg dans l'arrêt Amazon EU du 28 juillet 2016 (aff. C-191/15) a estimé que l'article 6 du règlement Rome I organisant un régime de protection « impératif » du consommateur imposait au juge d'appliquer d'office la loi de la résidence habituelle du consommateur.

[72] Pour un auteur, ces principes ne sont pas des limites au principe de l'autonomie « *ils en sont consubstantiels, détruisant par là le sens et la portée réelle de la prétendue autonomie en tant que principe* » (Robert Saint-Esteben « Le principe de l'autonomie procédurale : réalité ou mirage ? » in Laurence Idot, Concurrence et Europe, Libert Amicorum Vol. I p.583).

- Le principe d'équivalence : il résulte de ce principe que les modalités procédurales ne doivent pas, dans les situations relevant du droit de l'Union, être moins favorables que dans des situations similaires soumises au droit interne.

En particulier, la Cour affirme que « *le droit de l'Union, en principe, ne s'oppose pas à ce que les États membres limitent ou soumettent à des conditions les moyens susceptibles d'être invoqués dans les procédures de cassation, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité* » (CJUE, grande chambre, 21 décembre 2021, Randstad Italia SA, précité, point 59).

Ainsi, si les Etats membres disposent d'une autonomie pour encadrer les moyens susceptibles d'être invoqués dans les procédures de cassation, la Cour de justice considère que « *lorsque les dispositions du droit interne relatives aux modalités procédurales en matière de recours en cassation confèrent à une juridiction statuant en cette qualité l'obligation d'accueillir ou de soulever d'office un moyen fondé sur la violation du droit national, cette même obligation doit prévaloir de la même manière pour ce qui est d'un moyen de la même nature, pris de la violation du droit de l'Union* » (CJUE, 17 mars 2016, Bensada Benallal, C 161/15, point 30).

Elle juge que « *lorsque, conformément au droit national applicable, un moyen tiré de la violation du droit interne soulevé pour la première fois devant le juge national statuant en cassation n'est recevable que si ce moyen est d'ordre public, un moyen tiré de la violation du droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par le droit de l'Union, soulevé pour la première fois devant ce même juge, doit être déclaré recevable si ce droit, tel qu'il est garanti par le droit interne, remplit les conditions exigées par ledit droit pour être qualifié de moyen d'ordre public, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* » (CJUE, 17 mars 2016, Bensada Benallal, précité, point 35).

Peut-on dès lors établir un parallèle avec la question relative à l'office du juge de cassation en matière de contrôle de la loi étrangère appliquée ? Il s'agirait de considérer qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, la Cour de cassation n'est pas tenue (en vertu du droit de l'Union) de contrôler l'interprétation par les juges du fond de la loi étrangère applicable au fond et transposant une directive, puisqu'elle ne procède pas à un tel contrôle pour l'interprétation de la loi d'un État tiers applicable au fond ?

Sous l'angle du principe d'équivalence, la condition pourrait être satisfaite **à supposer toutefois que l'on admette que la comparaison opère ici entre deux lois étrangères**. Dans cette hypothèse, le statut procédural de la loi étrangère émanant d'un Etat membre n'est pas moins favorable pour les plaideurs que le statut procédural accordé à toute autre loi étrangère.

Cependant, cette condition ne serait pas satisfaite si le sort de la loi émanant d'un Etat membre devait être comparé au régime applicable à la loi française. Or, si le droit applicable au litige relève du champ du droit de l'Union, la loi émanant d'un autre Etat membre qui l'applique, peut-elle subir un sort différent de la loi interne appliquant ce même droit ?

En outre, une autre difficulté réside dans le respect de la seconde condition posée par la Cour de justice pour encadrer le principe d'autonomie procédurale.

- Le principe d'effectivité : il résulte de ce principe que les modalités procédurales mises en place dans l'Etat membre ne doivent pas rendre impossible en pratique ou

excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (CJUE, grande chambre, 21 décembre 2021, Randstad Italia SA, C-497/20, point 58).

Le principe d'effectivité du droit européen, impose que la solution finale retenue par le juge soit conforme au droit européen. La Cour de justice pose en effet un alignement du sort du droit de l'Union sur celui du droit interne, précisément pour que le premier ne soit pas moins bien traité que le second.

Il appartient ainsi à chaque État membre, d'assurer à tout justiciable que les droits qui lui sont conférés par le droit européen pourront être sanctionnés par un recours effectif adéquat devant une juridiction puisque, faute de ce « droit au recours juridictionnel effectif », ils risqueraient de demeurer théoriques.

Depuis le Traité de Lisbonne, l'article 19 TUE stipule que « *les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* » et le droit au juge résulte directement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi.

Ainsi, le juge national saisi d'un recours contre une sanction pécuniaire infligée à un administré doit pouvoir en examiner la légalité (CJUE 16 mai 2017, Berlioz Investment Fund, aff. C-682/15). L'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constituant un principe général du droit de l'Union, un tel contrôle doit pouvoir intervenir « même si les règles de procédure internes ne prévoient pas un tel recours en pareil cas » (CJUE 17 sept. 2014, Liivimaa Lihaveis, aff. C-562/12, point 75).

En outre, la garantie de ce droit ne saurait se réduire à la simple possibilité formelle de saisir de leur méconnaissance une juridiction. A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle la Convention EDH « *a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* » (CEDH 9 oct. 1979, req. no 6289/73 , Airey c/ Irlande), le droit au juge doit aussi s'accompagner de règles procédurales garantissant que la juridiction saisie soit en mesure d'exercer sur le respect de la règle européenne un contrôle juridictionnel efficace.

Si le juge français, sur le fondement de l'autonomie procédurale, peut adopter le régime qui lui est propre s'agissant de l'application de la loi étrangère, encore faut-il que la solution finalement retenue ne porte pas atteinte à l'effectivité du droit européen.

Cette démarche revient à s'assurer, qu'au-delà du raisonnement théorique qui conduit le juge à la solution retenue, cette solution ne porte pas atteinte au principe d'effectivité du droit européen, et notamment qu'elle ne heurte pas l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux[73].

Il n'est dès lors pas à exclure que le principe d'interprétation conforme, pour autant qu'en relève le droit étranger applicable lorsque le juge français est saisi d'un litige régi par ce droit, impose, sans que puisse y faire obstacle le principe d'autonomie

[73] *Article 21 Non-discrimination*
1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.
2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite

procédurale, un contrôle de l'application de cette loi, en ce compris au stade de la cassation.

Sauf à admettre que les contrôles tels qu'ils existent en droit interne quant à l'application par le juge du fond de la loi étrangère (à savoir celui de la dénaturation, ou celui des motifs) permettent de s'assurer de l'effectivité du droit de l'Union ?

A supposer que l'on consacre une obligation pour le juge de se livrer à une interprétation conforme de la loi étrangère émanant d'un autre Etat membre, le périmètre du contrôle que s'autorise la Cour de cassation sur la loi étrangère (dénaturation/motifs) permettrait-il de sanctionner une application de la loi non conforme au droit de l'Union ?

S'agissant du **contrôle des motifs** des juges, on pourrait se demander si le juge du fond, ayant appliqué la loi d'un autre Etat membre, sans s'assurer que l'interprétation soit conforme au droit de l'Union, ne méconnaîtrait pas son office et priverait sa décision de base légale.

Dès lors, la Cour de cassation pourrait sanctionner cette erreur. Il ne s'agirait pas de reprocher au juge du fond d'avoir interprété de manière non conforme la loi étrangère mais de ne pas avoir procédé à cette recherche.

S'agissant du **contrôle de la dénaturation,** une interprétation de la loi étrangère non conforme à une directive ne peut-elle pas caractériser une dénaturation de celle-ci ?

Une telle conclusion pourrait s'appuyer sur le principe de confiance mutuelle (cf. Supra), dont il conviendrait de déduire, pour le juge d'un Etat membre, une présomption de conformité au droit de l'Union de la loi émanant d'un autre Etat membre transposant une directive.

Dès lors, si le juge du for, appliquant cette loi, en livre une interprétation qui se révèle non conforme au droit de l'Union, à tout le moins lorsque cette non-conformité « saute aux yeux », est « flagrante », ou « manifeste », n'y a-t-il pas dénaturation de cette loi ?

Interpréter une loi étrangère de transposition d'une directive dans un sens non conforme à cette directive, serait équivalent à une dénaturation, entendue ici comme l'opération consistant à interpréter une loi de manière non conforme au droit de l'Union, partant du présupposé que celle-ci est présumée être conforme.

Cette option suppose cependant de s'appuyer sur une conception, non plus matérielle, mais intellectuelle de la dénaturation, qui pourrait se déployer précisément pour rendre effectif le droit de l'Union européenne.

La dénaturation serait comprise comme la déformation du sens, non pas d'un simple document qui, tout en étant clair, peut être erroné, mais du droit étranger lui-même (H. Motulsky, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France, in Mélanges offerts à René Savatier, 1965, Dalloz, p. 651 s., nos 40 et s.).

Un auteur relève que « *cette extension pourrait mettre la Cour de cassation dans un engrenage, qu'elle veut éviter en maintenant une conception stricte de la dénaturation. Néanmoins, sanctionner de graves contresens n'est pas encore contrôler l'interprétation des droits étrangers. Si, pour des contraintes matérielles, la cour s'abstient d'exercer ce contrôle, élargir le champ de la dénaturation constituerait une solution médiane qui, tout en ne renversant pas le droit positif, aurait l'avantage d'améliorer la condition du droit étranger. L'effort attendu, il faut le reconnaître, ne serait pas mince, mais il est à la mesure de l'enjeu car, comme le constatait Pillet, «la force*

de la loi étrangère, lorsqu'elle est appliquée, est la force même du droit international privé, qui commande de l'appliquer » (note S. 1893.IV.9) » (G. Légier, *op. cit.*).

- Le principe de confiance mutuelle : un obstacle possible à l'obligation d'interprétation conforme dans la loi étrangère ?

La confiance mutuelle qui impose selon le CJUE à chacun des Etats membres de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les Etats membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit (CJUE, assemblée plénière, avis du 18 décembre 2014, 2/13, point 191), pourrait-elle faire obstacle au contrôle par le juge d'un Etat membre de la conformité d'une loi d'un autre Etat membre au droit de l'Union ?

De même que le juge requis doit faire confiance à son homologue en présumant qu'il a fait une application conforme du droit de l'Union, ce qui empêche de refuser de reconnaître une décision de justice alors qu'est alléguée une mauvaise application de ce droit, **pourrait-on consacrer une présomption de conformité de la loi étrangère avec la directive européenne qu'elle entend transposer** ?[74]

On sait à cet égard, qu'en matière de clauses abusives, la Cour de justice a déjà énoncé que les clauses qui reflètent des dispositions nationales de nature supplétive sont exclues du contrôle des clauses abusives par le juge national, quand bien même le droit national ne le mentionne pas expressément (CJUE, 21 déc. 2021, aff. C-243/20, Trapeza Peiraios AE, point 30)[75].

Cette décision s'appuie sur l'idée qu'il est « *est, en principe, légitime de présumer que le législateur national a établi un équilibre entre l'ensemble des droits et des obligations des parties à certains contrats, équilibre que le législateur de l'Union a explicitement entendu préserver* » (même arrêt, point 35).

Pourrait être avancé en outre qu'il existe un mécanisme dédié lorsqu'un Etat membre est suspecté de violer le droit de l'Union par un autre Etat membre. Il appartient à ce dernier de mettre en oeuvre la procédure prévue par l'article 259 TFUE qui prévoit une procédure centralisée[76]. Toutefois celle-ci n'est pas à la main des juridictions.

Cependant, comme le souligne le conseiller rapporteur désigné initialement dans la présente affaire, « *Pour autant le champ de la confiance mutuelle, limité aux décisions des organes d'autres États membres, ne semble pas, à ce jour, avoir, par analogie, été étendu aux lois nationales qui leur servent de fondement en ce sens que ces lois, entendues comme comprenant les jurisprudences nationales, devraient, par principe être considérées comme conformes au droit de l'Union par tout juge d'un autre État membre que celui de la loi applicable* » (rapport page 25).

---

[74] Il s'agirait en quelque sorte d'envisager le juge français ici comme un juge « requis », chargé d'appliquer la loi étrangère.

[75] La Cour de justice s'appuie néanmoins sur le fait que l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE exclut du champ d'application de celle-ci les clauses contractuelles reflétant des « dispositions législatives ou réglementaires impératives »

[76] Selon ce texte : « Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités. Avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il doit en saisir la Commission. La Commission émet un avis motivé après que les États intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales. Si la Commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour ».

En outre, nonobstant le principe de confiance mutuelle, la Cour de justice a admis que le juge puisse adopter un raisonnement en termes de lois de police pour écarter une loi d'un autre Etat membre[77].

La question s'est posée dans une affaire où était en cause la possibilité pour le juge d'un Etat membre d'appliquer la loi locale de transposition, en qualité de loi de police du contrat international, à l'encontre de la loi d'un autre Etat membre ayant lui-même correctement transposé la directive, mais en des termes différents et moins favorables au demandeur à l'action en justice ?

La Cour de justice a décidé qu'une juridiction pouvait écarter la loi nationale de transposition de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 concernant les agents commerciaux choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale au profit de la loi de transposition du for pour un motif tiré du caractère impératif des règles régissant la situation des agents commerciaux uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'État du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives (CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-184/12).

Enfin, il semble périlleux de déduire du principe de confiance mutuelle une portée telle qu'elle pourrait exonérer le juge d'un Etat membre de son obligation d'appliquer le droit en conformité avec celui de l'Union et son interprétation par la Cour de justice.

4.2.3 - La problématique liée au *Brexit*

Le dossier soumis à l'assemblée plénière pose une autre difficulté liée aux conséquences du *Brexit*.

La question porte sur l'office du juge britannique : aurait-il été tenu de faire une application de l'Equality Act 2010 en conformité à la directive européenne applicable ?

Si on se place à la date des faits litigieux, Madame [M] ayant été engagée par la société CACIB le 17 janvier 2007 en vertu d'un contrat de travail et les faits allégués de discrimination concernant une période antérieure à la saisine le 23 septembre 2013 par celle-ci du conseil de prud'hommes, tel était bien le cas. Le droit applicable au jour des faits litigieux est bien l'Equality Act, devant être interprété par le juge britannique conformément au droit de l'Union.

Si on retient comme critère, non pas la date des faits, mais la date à laquelle le juge est tenu de trancher ce litige, alors, les choses se compliquent dès lors que le jugement de première instance a été rendu par le conseil des prud'hommes le 26 juin 2019 (soit avant que le *Brexit* produise effet) tandis que la cour d'appel Versailles a statué le 27 mai 2021 (soit après le *Brexit* ait produit ses effets).

Pour répondre à cette question, il paraît nécessaire de se reporter, non seulement aux termes de l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, mais également aux dispositions que cet Etat a pris en droit interne, pour organiser la

[77] Autre serait le raisonnement qui reviendrait à écarter la loi anglaise sur le fondement de l'ordre public international qui intègre l'article 21 de la charte, car cette option suppose que la loi anglaise n'est pas conforme à la directive, ce qui n'est pas prouvé, ni même vraiment allégué. On peut même suggérer que le pourvoi, par les griefs de dénaturation qu'il formule considère qu'elle est bien conforme et que c'est son application par la cour d'appel qui est dénaturante.

transition quant au droit et aux principes applicables devant les juridictions britanniques[78].

4.2.3.1 - **L'Accord sur le retrait du Royaume-Uni**

Par sa décision (UE) 2020/135, du 30 janvier 2020, relative à la conclusion de l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) (JO 2020, L 29, p. 1), le Conseil de l'Union européenne a approuvé, au nom de l'Union européenne et de la CEEA, cet Accord (JO 2020, L 29, p. 7), qui a été joint à cette décision.

Aux termes de ce texte, conclu conformément à l'article 50 du Traité sur l'Union européenne, le Royaume-Uni est devenu un État tiers à l'Union à partir de sa date d'entrée en vigueur, qui a été fixée au **1er février 2020**.

L'article 126 de cet accord prévoit néanmoins, **une période de transition**, qui a débuté le 1er février 2020 et **expiré le 31 décembre 2020**, durant laquelle le droit de l'Union est resté applicable sur ce territoire.

Durant cette période, le statut du droit de l'Union est demeuré inchangé.

En effet, selon l'article 127, § 3 de l'accord, « *le droit de l'Union applicable en vertu du paragraphe 1 produit à l'égard du Royaume-Uni et de son territoire les mêmes effets juridiques que ceux qu'il produit au sein de l'Union et de ses États membres, et est interprété et appliqué selon les mêmes méthodes et principes généraux que ceux applicables au sein de l'Union.* »

De même, la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne a été maintenue : l'article 86 paragraphes 2 de l'accord de retrait, intitulé « Affaires en instance devant la Cour de justice de l'Union européenne » dispose en effet que :

« *2. La Cour de justice de l'Union européenne demeure compétente pour statuer à titre préjudiciel sur les demandes des juridictions du Royaume-Uni présentées avant la fin de la période de transition* »[79].

En outre, l'article 89, paragraphe 1, de l'Accord de retrait énonce que :

« *Les arrêts et ordonnances de la Cour de justice de l'Union européenne prononcés avant la fin de la période de transition, ainsi que les arrêts et ordonnances prononcés après la fin de la période de transition dans des procédures visées aux articles 86 et 87, ont force obligatoire dans tous leurs éléments pour le Royaume-Uni et au Royaume-Uni.* »[80]

Il a été jugé par la Cour de justice qu' « *il ressort de l'article 89, paragraphe 1, de cet accord, lu en combinaison avec l'article 86, paragraphe 2, de celui-ci, que les décisions préjudicielles que la Cour rend après la fin de la période de transition sur la demande d'une juridiction du Royaume-Uni, présentée avant la fin de cette période, ont force obligatoire dans tous leurs éléments pour le Royaume-Uni et au Royaume-Uni* »

[78] Cette partie a été élaborée avec l'appui du SDER pour ses recherches. Qu'il en soit remercié pleinement.

[79] Selon l'article 86 § 3 « Aux fins du présent chapitre, une procédure est considérée comme ayant été introduite devant la Cour de justice de l'Union européenne [...] au moment où l'acte introductif d'instance a été enregistré par le greffe de la Cour de justice [...] ».

[80] Il semble que la portée de ce texte doive aussi être appréciée à la lumière des textes adoptés par le Royaume-Uni pour organiser le sort du droit de l'Union après le 1er janvier 2021.

(CJUE, 10 mars 2022, The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, C-247/20, point 43).

Il en résulte que le droit de l'Union, en ce compris les principes essentiels le composant, a conservé son statut au Royaume-Uni entre le 1er février 2020 (date du retrait) et le 31 décembre 2020, date d'expiration de la période de transition.

En revanche, cet Accord ne précise pas le sort du droit de l'Union dans des procédures judiciaires engagées avant la fin de la période de transition, et qui ont perduré après[81].

S'agissant enfin des règles d'interprétation et d'application de l'accord, il peut être relevé que dans son préambule, il est énoncé que les Parties rappellent « *qu'afin de garantir l'interprétation et l'application correctes du présent accord et le respect des obligations en vertu du présent accord, il est essentiel d'établir des dispositions en assurant la gouvernance globale, en particulier des règles contraignantes en matière de règlement des différends et de contrôle de l'application qui respectent pleinement l'autonomie des ordres juridiques respectifs de l'Union et du Royaume-Uni ainsi que le statut du Royaume-Uni en tant que pays tiers* ».

Ainsi, est-il prévu notamment à l'article 4 § 5 de cet accord que « *Dans l'interprétation et l'application du présent accord, les autorités judiciaires et administratives du Royaume-Uni tiennent dûment compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne prononcée après la fin de la période de transition* ».

De même, en application de son article 87 § 1, il est prévu que la Cour de justice de l'Union européenne pourra être saisie en cas de non application de cet accord. Cet article dispose en effet que « *Si la Commission européenne considère que le Royaume-Uni a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu des traités ou en vertu de la quatrième partie du présent accord avant la fin de la période de transition, la Commission européenne peut, dans les quatre ans suivant la fin de la période de transition, saisir la Cour de justice de l'Union européenne conformément aux exigences énoncées à l'Article 258 du TFUE ou à l'Article 108, paragraphe 2, deuxième alinéa, du TFUE, selon le cas. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour connaître de telles affaires* ».

Il convient en outre d'ajouter que l'article 161 de l'accord dispose que lorsqu'une juridiction d'un État membre saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'une question relative à l'interprétation du présent accord aux fins d'une décision préjudicielle, la décision de la juridiction nationale contenant cette question est notifiée au Royaume-Uni et pour certaines questions (traitées par la deuxième partie de l'accord, relatif à la citoyenneté) des modalités particulières sont prises pour permettre à cet Etat de participer à la procédure préjudicielle.

Enfin, en cas de différend entre les Parties sur l'interprétation et l'application du présent accord, il est prévu la constitution « d'un groupe spécial d'arbitrage » (art. 170). Toutefois, si le différend soumis à l'arbitrage soulève une question concernant

[81] Seul un mécanisme de renvoi préjudiciel a été préservé lorsqu'une juridiction britannique estime qu'un tel renvoi est « nécessaire pour lui permettre de statuer », à la condition que l'affaire dont elle est saisie ait « commencé en première instance dans un délai de huit ans à compter de la fin de la période de transition » (articles 158, § 1), cette compétence préjudicielle a cependant un champ matériel limité puisqu'elle ne concerne que « l'interprétation de la deuxième partie » de l'accord, relative aux droits des citoyens de l'Union. Les décisions préjudicielles rendues par la Cour dans ce cadre ont les « effets juridiques des décisions préjudicielles rendues en vertu de l'Article 267 du TFUE dans l'Union et ses États membres » (art. 158, § 2). (JurisClasseur Europe Traité Fasc. 205 – Brexit et institutions européennes Première publication : 7 mai 2021 Lauren Blatière Professeure de droit public, Faculté de droit, d'économie et de gestion d'Angers). Il ne semble pas que les questions de discrimination, autres que celle portant sur la nationalité, envisagée par l'article 12, ne soient inclues dans cette partie.

l'interprétation d'un concept de droit de l'Union, une question concernant l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union visée dans le présent accord ou une question visant à déterminer si le Royaume-Uni s'est conformé aux obligations qui lui incombent en vertu de l'Article 89, paragraphe 2, le groupe spécial d'arbitrage ne se prononce pas sur cette question. Dans ce cas, il demande à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer sur la question. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour rendre une décision qui est contraignante pour le groupe spécial d'arbitrage (art. 174.1).

4.2.3.2 - **Les dispositions législatives adoptées au Royaume-Uni**

Outre la période de transition résultant de l'Accord de retrait précité, le Royaume-Uni a également pris des dispositions législatives afin d'organiser en droit interne le sort réservé au droit de l'Union après le 31 décembre 2020 (fin de la période de transition[82]).

Parmi, ces lois, peuvent être particulièrement citées :

- la loi intitulée « European Union (Withdrawal) Act 2018 » (ci-après Loi de retrait 2018),

- la loi intitulée « European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 » (Ci-après Loi de retrait ou « EUWA » jusqu'au 1er janvier 2024)[83],

- La loi intitulée « Retained EU Law (Revocation and Reform) Act 2023 » (ci-après « REUL »).

Ces textes ont ajouté à la période de transition « européenne » (celle résultant de l'accord de retrait), une période de transition « interne ».

Deux périodes doivent être distinguées. Ces textes précisent le sort qui a été réservé au droit de l'Union d'abord jusqu'au 31 décembre 2023 (le droit de l'Union dit « maintenu » ou « conservé » -« Retained EU Law ») puis celui qui lui est réservé depuis le 1er janvier 2024 en droit britannique (le droit de l'Union « assimilé ») tant du point de vue du statut de ce droit, que de son contenu et de l'application des principes généraux (A et B). Ils règlent aussi le sort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (C).

A- Le régime applicable au droit de l'Union entre 1er janvier 2021 au 31 décembre 2023

1- Statut du droit de l'Union

Après le *Brexit*, ***pour la période comprise entre le 1er janvier 2021 et le 31 décembre 2023***, le statut du droit de l'Union a été modifié en ce sens que les dispositions de ce droit pouvaient être modifiées par le législateur britannique[84].

---

[82] Appelée aussi au Royaume-Uni « Implementation Period (IP) » (période de réalisation), la date du 31 décembre 2020 (à 23h00) étant désignée sous les termes « IP completion day » ; Cf. Simon Whittaker, retaining European Union law in the United Kingdom », L.Q.R. 2021, 137 (Jul), 477-502

[83] Cf. Simon Whittaker, retaining European Union law in the United Kingdom », L.Q.R. 2021, 137 (Jul), 477-502

[84] Ainsi qu'il a été indiqué « EU law will no longer be a free-standing or overrinding source of rights under UK law » (le droit de l'Union ne sera plus une source autonome et supérieure de droit en vertu du droit britannique) Cf.réponse du Bar council au ministre de la justice citée par Duncan Fairgrieve, " The Intriguing Notion of

Cependant, les lois de retrait précitées de 2018 et 2020 ont préservé le principe de primauté du droit de l'Union en l'intégrant dans la législation britannique de sorte qu'il s'appliquait toujours après la sortie du Royaume-Uni de l'UE à la législation nationale adoptée avant la fin de la période de transition[85].

Il en est de même des principes généraux du droit de l'Union.

Ces derniers sont définis à l'article 6-7 de la loi de retrait de 2018 comme « *les principes généraux du droit de l'UE, tels qu'ils sont en vigueur dans le droit de l'Union immédiatement avant la date de fin de la période de transition* ».

Cette loi précise aussi qu'« *aucun principe général du droit de l'UE ne fait partie du droit national à compter du jour de la sortie s'il n'a pas été reconnu comme principe général du droit de l'Union par la Cour européenne dans une affaire jugée avant le jour du retrait (que ce soit ou non en tant qu'élément essentiel de la décision*) »[86] de sorte que l'application de ces principes demeurait possible pour l'interprétation du droit de l'Union maintenu applicable au Royaume-Uni.

Cette conséquence ressort du rapport explicatif de la loi de 2023 qui précise que :

« *Les principes généraux du droit de l'UE ont été élaborés par la CJUE. La jurisprudence de la CJUE prévoit qu'ils peuvent être utilisés comme une aide à l'interprétation des traités et de la législation de l'UE et qu'ils peuvent être invoqués directement par les particuliers à l'encontre des institutions de l'UE ou des autorités nationales qui agissent de manière incompatible avec eux. Il n'existe pas de liste définitive des principes généraux reconnus dans la jurisprudence de la CJUE, mais on peut citer la protection des droits fondamentaux et le principe de l'égalité de traitement.*

En vertu des lois de retrait de 2018 et 2020, les principes généraux reconnus par la jurisprudence de la CJUE avant la fin de la période de transition ont été incorporés dans la législation britannique, mais avec certaines restrictions, de sorte qu'ils ne peuvent être utilisés que comme une aide à l'interprétation du droit de l'Union maintenu. »[87]

Le principe d'interprétation conforme devrait donc suivre le même sort étant précisé que la mise en oeuvre de ce principe a d'ores et déjà été réalisée pour interpréter l'Equality Act[88].

Ce principe avait donc vocation à continuer à s'appliquer devant les juridictions britanniques après le 31 décembre 2020 du moins en ce qui concerne la jurisprudence de la CJUE antérieure à la date de retrait.

2- Contenu du droit de l'Union

"Retained EU Law" ", in V. Barbé et Ch. Koumpli (dir.), Brexit, droits et libertés, Bruylant, 2022, p. 31, spec., p. 42.

[85] En revanche, ce principe ne s'appliquait pas à la législation nationale adoptée après la fin de la période de transition.

[86] Schedule 1 paragraph 2, Withdrawal Act 2018

[87] Rapport explicatif, loi de 2023, § 25 et 26

[88] V. en ce sens, le site suivant : Archive: Effect of EU law when interpreting Equality Act, 2021 to 2023 - Stammeringlaw - Stuttering/stammering

Entre le 1er janvier 2021 au 31 décembre 2023**,** pour des raisons de sécurité juridique, le Royaume-Uni a opté pour le maintien, sous certaines conditions, du droit de l'Union dans l'ordre juridique britannique.

Le droit de l'Union applicable est celui qui, en vertu des textes législatifs précités, a été « maintenu » (ou « conservé » - « Retained EU Law »), c'est à dire celui que le Royaume-Uni a choisi d'incorporer, par le biais d'une conversion, dans le droit national.

L'article 2 de la loi de retrait 2018 énonce ainsi notamment que « *le droit de l'Union transposé par des textes normatifs britanniques (EU-derived domestic legislation), qui produisent effet en droit interne avant le retrait, continuent de produire effet en droit interne après le jour du retrait* ».

-Tel est le cas en particulier, selon la loi de retrait 2018 du droit de l'Union d'ores et déjà transposé par des textes normatifs britanniques.

Cette catégorie comprend le droit primaire ou dérivé de l'Union qui fait l'objet d'une transposition ou d'une incorporation en droit britannique[89].

-Tel est le cas aussi de l'ensemble « *des droits, pouvoirs, responsabilités, obligations, restrictions, recours et procédures qui ont un effet direct* ». Cet ensemble, qualifié, de « fourre-tout »[90] par la doctrine, englobe les droits qui ont été reconnus directement applicables par les traités européens, les dispositions « *suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour conférer des droits directement aux individus et qui peuvent être invoquées dans le droit national sans nécessiter de mesures de mise en œuvre* ».

Pour ces derniers, « *c'est le droit qui est maintenu, et non le texte de l'article lui-même* »[91]. Parmi ces droits, sont cités certains droits reconnus par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) comme le principe de non-discrimination de l'article 18 ou encore la citoyenneté européenne prévue à l'article 20.

Ainsi, la législation nationale mettant en oeuvre le droit de l'UE, restée en vigueur après que le Royaume-Uni a quitté l'UE, a continué à produire les mêmes effets juridiques qu'avant le départ du Royaume-Uni[92].

B- Le régime applicable au droit de l'Union à compter du 1er janvier 2024

1- Le statut du droit de l'Union

A compter du 1er janvier 2024, la loi intitulée « Retained EU Law (Revocation and Reform) Act 2023 », autorise non seulement le Royaume-Uni à modifier le contenu du

[89] En revanche, cette catégorie n'inclut pas les directives en elles-mêmes qui n'auraient pas été transposées avant le 31 décembre 2020 et ne permettent pas de conférer des droits directs, sauf si ce droit a été reconnu antérieurement par la Cour de justice de l'Union ou une juridiction anglaise. De même, a été exclue la Charte des droits fondamentaux (article 5 (4)) ; Cf. Duncan Fairgrieve, " The Intriguing Notion of "Retained EU Law" ", in V. Barbé et Ch. Koumpli (dir.), Brexit, droits et libertés, Bruylant, 2022, p. 31, spec., p. 41.

[90] Duncan Fairgrieve, *op. cit.*, spéc., p. 35.

[91] European Withdrawal Act 2018, Explanatory Notes, §§ 92-94.

[92] Cela résulte du rapport explicatif de la loi de 2023 : « Under EUWA, this principle was incorporated into the UK statute book, so that the supremacy principle still applied in relation to domestic legislation that was made prior to the end of the Transition Period, after the UK's exit from the EU. This ensured that domestic legislation related to EU obligations that remained in force after the UK left the EU continued to produce the same legal effects as before the UK's departure. The principle does not apply to domestic legislation made after the end of the Transition Period »(§23).

droit de l'Union « assimilé », mais celui-ci également n'est plus soumis au principe de primauté.

Ce nouveau statut touche aussi les autres principes généraux du droit de l'Union (cf. art. 4).

Ainsi, a-t-il été précisé qu'aucun principe général de l'Union européenne n'était intégré dans la loi britannique après le 31 décembre 2023 (art. 5 : « *No general principle of EU law is part of domestic law after the end of 2023* »).

Le rapport explicatif de la loi de 2023 précise ainsi que « *Cette loi abolit ces principes généraux maintenus en droit britannique à la fin de l'année 2023, de sorte qu'ils ne puissent plus avoir d'influence dans l'interprétation de la législation britannique* »[93].

La suppression du principe de primauté emporte la suppression du principe d'interprétation conforme de toute la législation nationale au droit de l'Union.

Il en est de même de la règle qui exige que la législation nationale cède face au droit de l'Union maintenu lorsqu'une interprétation cohérente n'est pas possible[94].

Cela signifie que depuis le 1er janvier 2024, les juridictions ne peuvent appliquer ces principes d'interprétation quand ils appliqueront le droit « maintenu » et ensuite le droit « assimilé » de l'UE. Aux lieu et place, les juridictions britanniques appliqueront les principes d'interprétation standards propres au droit britannique et ceux prévus par la loi de 2023[95]. Ainsi l'exigence d'interprétation conforme ne paraît plus applicable après le 1er janvier 2024.

2- Contenu du droit de l'Union

A compter du 1er janvier 2024[96], le droit de l'Union « maintenu », est pour partie devenu du droit « assimilé » (« assimilated législation »).

Ainsi que l'indique le rapport explicatif de la loi REUL 2023, celle-ci a eu « *pour objet de permettre la modification du droit de l'UE maintenu et de supprimer les particularités qu'il présente dans le système juridique britannique* ».

---

[93] « General principles of EU law have been developed by the CJEU. CJEU case law provides that they may be used as an aid to the interpretation of the EU Treaties and EU legislation, and may be relied upon directly by individuals against EU institutions or national authorities acting incompatibly with them. There is no definitive list of general principles recognised in the CJEU case law, but examples include the protection of fundamental rights, and the principle of equal treatment. Under EUWA, general principles recognised by the CJEU case law before the end of the transition period were incorporated onto the UK statute book, but with some restrictions, so that they may only be used as an aid to the interpretation of REUL.This Act abolishes these retained general principles in UK law at the end of 2023, so that they no longer influence the interpretation of legislation on the UK statute book. » (Rapport explicatif § 25 à 27).

[94] Cf. « This has the effect of removing the principle of consistent interpretation in relation to all domestic legislation, and the conflict rule requiring domestic legislation to give way to RDEUL where a consistent interpretation is not possible » (Rapport explicatif § 92).

[95] Cf. « Section 4 of this Act removes the remaining effects of general principles of EU law in domestic law, which are not already limited by these EUWA provisions. This means that from the end of 2023 our domestic courts will no longer apply these retained principles of interpretation which this Act removes, when they are interpreting and applying REUL (and, after the end of 2023, assimilated law). Instead, they will apply standard domestic principles of interpretation, including rules of interpretation provided for in this Act. » (§ 102)

[96] date d'entrée en vigueur du Retained EU Law (Revocation and Reform) Act 2023, ci-après REUL Act 2023.

A cet effet, ce texte a abrogé 587 textes issus du droit de l'Union maintenu et a assimilé tout le droit de l'Union maintenu à du droit interne.

De droit « maintenu », le droit de l'Union doit, à compter de cette date pour être applicable au Royaume-Uni, pouvoir être qualifié de droit « assimilé » et cette assimilation passe par la suppression des spécificités du droit de l'Union.

C- Le sort de la jurisprudence de la CJUE

Si au terme de la période de transition, les juridictions du Royaume-Uni ne sont plus soumises ni à l'article 288 du TFUE ou « au système des traités », et au principe d'interprétation conforme qui en est tiré, la jurisprudence antérieure de la Cour de justice de l'Union européenne a continué à s'imposer à elles dans une certaine mesure.

S'agissant de la jurisprudence de la CJUE, l'article 6 de la loi de retrait de 2018 prévoit en effet que :

« (2) Sous réserve [du paragraphe 1] et des paragraphes (3) à (6), une cour ou un tribunal peut tenir compte de tout ce qui a été fait le jour de la sortie ou après celui-ci par la Cour européenne, une autre entité de l'UE ou l'UE, dans la mesure où cela est pertinent pour toute question soumise à la cour ou au tribunal.

(3) Toute question relative à la validité, au sens ou à l'effet d'une loi de l'UE conservée doit être tranchée, dans la mesure où cette loi n'est pas modifiée le jour de la sortie ou après celui-ci et dans la mesure où ces questions sont pertinentes pour elle (a) conformément à la jurisprudence et aux principes généraux du droit de l'UE qui ont été maintenus, et (b)en tenant compte (entre autres) des limites, immédiatement avant le jour de sortie, des compétences de l'UE. »

Cet article conduit à devoir distinguer la période antérieure au 1er janvier 2021 et celle postérieure.

S'agissant de la jurisprudence de la CJUE antérieure au 1er janvier 2021, en application de l'article 6 § 3 précité, si le juge anglais devait appliquer une disposition issue du droit de l'Union conservée en droit interne, alors celle-ci devait être interprétée conformément à la jurisprudence et aux principes généraux du droit de l'UE qui ont été maintenus.

C'est dire que le juge anglais était invité à continuer à interpréter ce droit à la lumière de l'interprétation qui en a été donnée par le droit de l'Union.

Seule la Cour suprême pouvait décider de s'en écarter, selon des critères similaires à ceux qu'elle applique lorsqu'elle entend faire évoluer, en droit interne, sa jurisprudence (le système du précédent). Ainsi l'article 6 § 5 précise que « *Pour décider si elle doit s'écarter d'une jurisprudence de l'UE* », cette cour « *doit appliquer le même standard que celui qu'elle appliquerait pour décider si elle doit s'écarter de sa propre jurisprudence* ».

Ainsi qu'il a été observé « *une telle approche vis-à-vis des décisions des juridictions européennes présente un double intérêt. Le choix de continuer à tenir compte de la jurisprudence européenne antérieure au Brexit met, en premier lieu, en lumière l'importance d'assurer une continuité de la jurisprudence applicable au droit de l'Union maintenu dans l'ordre interne. Le choix d'appliquer à la jurisprudence européenne les règles qui s'appliquent à la jurisprudence britannique pour effectuer un revirement de jurisprudence en témoigne également. En outre, le fait d'appliquer les règles de revirement de jurisprudence issues de la common law est aussi gage de continuité, car*

la règle du précédent favorise une certaine stabilité jurisprudentielle dans les systèmes de common law. Appliquer à la jurisprudence européenne le même " test " que celui qui s'applique à la jurisprudence britannique montre, en second lieu, que la jurisprudence européenne est assimilée, par son régime, au droit interne. »[97]

S'agissant de la jurisprudence de la CJUE postérieure au 1er janvier 2021, l'article 6 § 2 de la loi de retrait de 2018 précité, prévoyait que le juge anglais n'était pas lié par ces décisions, mais pouvait toutefois en « *tenir compte (...) dans la mesure où cela est pertinent pour toute question soumise à la cour ou au tribunal*. ».

La Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a eu l'occasion d'en faire application dans une décision rendue le 2 février 2022, dans laquelle elle a pris appui sur l'interprétation donnée par la Cour de justice du droit l'Union européenne (jusqu'en 2021) pour l'application d'un règlement européen pour fonder sa décision (Court of Appeal of England and Wales, 2 février 2022, The Civil Aviation Authority v Ryanair DAC [2022] EWCA Civ 76 02/02/2022, §§ 21-22).

Elle a alors précisé dans un paragraphe consacré à la signification de la jurisprudence de la CJUE que, bien que le Royaume-Uni ait quitté l'Union, en application de l'article 6-3 de la loi de retrait de 2018, l'interprétation du droit de l'Union maintenu doit néanmoins s'effectuer en référence à la jurisprudence de la CJUE.

Elle a ajouté que si les juridictions civiles ne sont plus depuis fin 2020 liées par la jurisprudence de la CJUE, elles peuvent néanmoins, en application de l'article 6-2 de la loi de retrait de 2018, s'appuyer sur la jurisprudence de la CJUE postérieure au Brexit. Dans cette affaire, les arrêts cités datent de 2021, aussi la Court of appeal a considéré qu'elle pouvait s'y référer sans être toutefois liée par eux.

Il résulte de ces éléments que le juge anglais était invité au moins jusqu'au 31 décembre 2023 à interpréter le droit de l'Union maintenu, conformément à la jurisprudence de la CJUE, et donc même au-delà de la période de transition.

En revanche, depuis le 1er janvier 2024, l'article 6 § 3 précité a été modifié afin de préciser que les juridictions britanniques ne devront plus interpréter ce droit en adoptant une « *approche téléologique de l'interprétation lorsque le sens de la mesure n'est pas clair (c'est-à-dire considérer l'objectif de la loi en examinant d'autres documents pertinents tels que la base juridique du traité pour une mesure, ses considérants et préambules, et les travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption de la mesure)* »[98].

Aussi, les critères permettant à la Cour suprême de s'écarter de la jurisprudence de la Cour de justice ont été modifiés : Une liste non exhaustive de trois facteurs doit être prise en compte :

« *a. le fait que les décisions d'une juridiction étrangère ne sont généralement pas contraignantes,*

[97] A. Duffy-Meunier, " Réflexions de nature constitutionnelle sur la loi sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'European Union (Withdrawal) Act 2018 ", RTD eur. 2018, p. 759

[98] Cf. « As set out in EUWA, section 6(3) provides that any question as to the meaning of unmodified retained EU law will be determined by the UK courts in accordance with relevant CJEU case law decided before the end of the Transition Period and general principles of EU law. This has meant, for example, taking a purposive approach to interpretation where the meaning of the measure is unclear (i.e. considering the purpose of the law from looking at other relevant materials such as the treaty legal base for a measure, its recitals and preambles, and the travaux preparatoires (working papers) leading to the adoption of the measure). The changes made by section 4 of this Act, mean that after the end of 2023, courts will no longer be bound to interpret assimilated law by such principles » (Rapport explicatif § 104).

b. tout changement de circonstances pertinent pour la jurisprudence de l'UE retenue,et

c. Jusqu'à quel point la jurisprudence de l'UE maintenue restreint le bon développement du droit national »[99].

Depuis le 1er janvier 2024, les juridictions britanniques ne peuvent en principe plus appliquer les principes d'interprétation du droit de l'Union quand ils appliqueront le droit « assimilé » de l'UE.

Cependant, il ne ressort pas clairement de ces textes si la suppression du principe de primauté a emporté la fin de l'obligation pour le juge britannique d'interpréter le droit de l'Union assimilé conformément aux décisions rendues par la Cour de Justice avant 2021.

En effet, l'article 6 § 3 tel que modifié en 2023 énonce que le juge britannique est tenu de trancher toute question relative à la validité, au sens ou à l'effet d'une loi de l'Union européenne « assimilée (...) *conformément à la jurisprudence assimilée* » (art. 6 § 3 modifié par REUL Act 2023 - « in accordance with any assimilated case law »).

En outre, le rapport explicatif de la loi de 2023 énonce que la suppression du principe de primauté a pour effet de remettre en cause le principe d'interprétation conforme « *where a consistent interpretation is not possible* », c'est-à-dire dans tous les cas où une telle interprétation conforme n'est pas possible (Cf. Rapport explicatif REUL Act 2023, § 92).

Il semble en résulter que si la notion de « jurisprudence assimilée » est susceptible de renvoyer aussi aux décisions de la Cour de justice (il appartiendra à la jurisprudence britannique de le préciser), le juge britannique pourrait être invité, après le 1er janvier 2024, à interpréter le droit de l'Union assimilé conformément à l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de justice de l'Union, au moins par des décisions qui ont été rendues avant 2021.

Enfin, il peut être signalé qu'une affaire est actuellement pendante devant la Cour suprême d'Angleterre[100], posant la question du traitement qui doit être réservé aux demandes formées sur le fondement du droit de l'Union européenne, avant la fin de la période de transition, mais qui sont jugées après celle-ci. Ces affaires qui portent sur des faits qui ont eu lieu avant le Brexit, doivent-elles être jugées selon le droit de l'Union en vigueur au jour des faits, où selon le droit de l'Union en vigueur après le Brexit étant précisé que le contenu de ce droit a été modifié par le législateur britannique ?

---

[99] Cf. «Subsection (3) establishes a new test to be applied by higher courts when considering whether to depart from retained EU case law, replacing the test in section 6(5) of EUWA. The new test sets out a non-exhaustive list of three factors for the higher court to consider, so that it must (among other things) have regard to:
a. the fact that decisions of a foreign court are not usually binding,
b.any changes of circumstances which are relevant to the retained EU case law, and
c. the extent to which the retained EU case law restricts the proper development of domestic law. » (§ 117). »

[100] Affaire Lipton and Another v BA City Flyer - UKSC 2021/0098. Cette affaire concerne le règlement 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important des vols. Les faits à l'origine de la demande en indemnisation ont eu lieu en janvier 2018 ; un juge adjoint de district (Deputy District Judge) a rendu un jugement dans cette affaire en juin 2019. Cette décision a fait l'objet d'un premier recours (la décision d'appel a été rendue en février 2020), puis d'un second devant la cour d'appel (Court of Appeal) en 2021. La décision de la Cour suprême est attendue dans les prochains mois.

A l'occasion de l'examen de cette affaire devant la cour d'appel en 2021, celle-ci s'est interrogée en ces termes :

« *Les conclusions et arguments qui nous ont été soumis dans le cadre de la procédure d'appel ont été présentés de la même manière qu'ils l'auraient été en 2019, quand le Royaume-Uni était membre de l'UE, ou même en 2020, alors qu'était en cours la période de transition régissant la sortie du Royaume-Uni de l'UE (jusqu'à 23h le 31 décembre 2020). Néanmoins, l'audience a eu lieu en février 2021, alors que la période de transition était arrivée à échéance. Dès lors qu'à ce moment, de nouvelles règles régissent les rapports entre le Royaume-Uni et l'UE, la Cour ne peut partir du principe que les anciennes façons d'appréhender le droit dérivé européen sont encore valables. Il nous faut adopter une nouvelle approche. Certains de ses éléments nous sont familiers, mais elle renferme également des différences significatives* » (point 53).

4.2.3.3 - Incidences sur l'office du juge

La réponse à cette question suppose d'aborder deux questions. L'une, plus générale, porte sur le statut du droit de l'Union après le *Brexit*. L'autre plus spécifique et procédurale porte sur celle de savoir si ce statut peut dépendre de la date à laquelle le juge national est saisi du litige.

1 - Incidences liées à la modification du statut du droit de l'Union

Comme exposé ci-dessus, il résulte de l'Accord de retrait, qu'à compter de la fin de la période de transition, soit le 1er janvier 2021, le Royaume-Uni ayant quitté l'Union européenne, le droit de l'Union a perdu son statut en tant qu'il résultait de l'application des traités.

S'il est constant qu'une partie de ce droit a été « maintenu », en ce compris le principe de sa primauté, il ne le doit qu'à la seule volonté du Royaume-Uni et de son incorporation dans le droit de cet Etat[101] de sorte que si le contenu du droit de l'Union est demeuré applicable, son statut ne dérivait plus des traités de l'Union.

Il pourrait dès lors en être déduit, qu'à compter du 1er janvier 2021, le juge anglais faisant application de l'Equality Act 2010, applique une loi interne qui ne relève plus du droit de l'Union, quand bien même elle en reprendrait le contenu.

Le juge national d'un autre Etat membre, devant faire application de cette loi devrait-il alors la traiter, non comme du droit de l'Union, mais comme du droit d'un Etat tiers ?

Si tel est le cas, l'office du juge serait alors calqué sur celui applicable à l'égard de l'application de toute loi étrangère.

Il pourrait en être déduit que le juge français étant tenu d'appliquer l'Equality Act 2010 pour résoudre le litige, devrait appliquer, non pas l'Equality Act « sec » mais l'Equality Act interprété à la lumière de la directive européenne dont il est issu.

Cependant, appliquant le droit d'un Etat tiers, le juge français ne statuerait pas alors en tant que juge du droit de l'Union, ce qui pourrait laisser la Cour de cassation libre de maintenir l'abandon de l'interprétation de cette loi au pouvoir souverain des juges du fond, et exercer un contrôle classique de dénaturation ou des motifs[102].

[101] Comme droit « maintenu » puis comme droit « assimilé »

[102] Elle pourrait aussi, le cas échéant, faire le choix de modifier son contrôle en considération de l'origine européenne de la norme et de ce que la circonstance que le juge anglais ne soit plus soumis au droit de l'Union en

2- **Incidences liées à la procédure ?**

Si la détermination de l'office du juge dépend de la question de savoir s'il est tenu d'appliquer du droit de l'Union (avec son cortège de principes) alors la réponse pourrait aussi dépendre du moment à retenir pour apprécier le statut du droit applicable.

Cette question se pose particulièrement lorsque l'action judiciaire portant sur un litige régi par la loi d'un Etat membre transposant une directive est engagée avant que cet Etat membre quitte l'Union européenne et que l'action n'est tranchée par le juge qu'après la sortie de cet Etat de l'Union.

Si on considère que le statut de la loi applicable (droit de l'Union ou pas) est « cristalisé » au jour où l'action a été engagée, alors il faudrait en déduire que le juge français doit considérer qu'il statue, même après le *Brexit*, comme juge du droit de l'Union.

En revanche, si on considère que le statut de loi applicable doit être apprécié au jour où le juge statue, soit en l'espèce après le *Brexit*, alors, il faudrait en tirer la conséquence que le juge français ne statuait pas en tant que juge du droit de l'Union de sorte que son office serait calqué sur celui du juge appliquant le droit d'un Etat tiers.

Cette question pose celle de savoir de qui - de l'Union ou de l'Etat membre saisi - dépend la réponse ?

- Si on considère que la question peut-être rattachée à l'Accord de retrait et à son interprétation, pour régir les effets de la cessation d'application du droit de l'Union sur les procédures en cours, alors une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne pourrait être justifiée en ce qu'elle s'inscrirait dans une conséquence de l'Accord de retrait sur les procédures en cours et qu'il serait utile qu'une précision soit apportée pour guider l'office de l'ensemble des juges de l'Union.

- Si on considère que la question en ce qu'elle porte sur l'office du juge propre à chaque Etat membre (et de sa loi de procédure, s'agissant d'apprécier la loi applicable à l'administration de la preuve de la discrimination[103]) relève du droit du for du juge saisi[104], alors la nécessité de poser une question préjudicielle est moins prégnante.

---

vertu des traités, ne libérerait pas nécessairement le juge français des obligations qui résultent du rattachement de son ordre juridique à celui de l'Union.

[103] En matière de preuve, il n'est de surcroît pas évident de savoir si la question relève du fond ou de la procédure dès lors que plusieurs points peuvent être concernés : la charge de la preuve, l'objet de la preuve (sur quoi peut-elle et doit-elle porter ?), les modes de preuve (techniques probatoires), l'admissibilité de la preuve et enfin celui de l'administration de la preuve devant le juge (production des pièces, échange des preuves entre les parties, procédures de vérification d'écriture ou d'inscription de faux). A cet égard, les questions d'administration de la preuve relèvent du code de procédure civile (art. 143 à 322). Elles sont donc rattachées au régime applicable à la loi de procédure (de sorte que la loi nouvelle qui vient modifier les règles relatives à l'administration de la preuve est d'application immédiate - 1re Civ., 2 avril 2008, pourvoi n° 07-11.639, 06-10.256, Bull. 2008, I, n° 101). En revanche, les questions de charge de la preuve ne sont pas analysées comme des lois de procédure pour l'application dans le temps : « *Les règles relatives à la charge de la preuve ne constituent pas des règles de procédure applicables aux instances en cours mais touchent le fonddu droit, de sorte que le harcèlement moral doit être examiné au regard des dispositions de l'article L. 122-52 du code du travail, relatives aux règles de preuve en la matière, dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce* » (Soc. 13 déc. 2007, n° 06-44.080, Bull. civ. V, no 208 ; Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-18.190).

Sous l'angle de l'application dans l'espace, le droit français rattache généralement la preuve à la loi applicable au fond (sauf en matière d'administration de la preuve et parfois de force probante). La loi applicable au fond régit l'objet et la charge de la preuve (loi du mariage, du contrat, du lieu de situation du bien, du rapport de filiation; par ex., Civ. 1re, 12 juin 1979, D. 1979. Somm. 480, obs. Audit, D. 1980. 202, note Boulanger : la liquidation du

Il pourrait être considéré cependant qu'il n'est pas souhaitable que ce cas de figure dépende du contenu de la loi du for du juge saisi, au risque d'avoir des jurisprudences divergentes au sein de l'Union.

En tout état de cause, il peut être relevé que la Cour de justice a déjà été amenée à s'interroger sur la nature procédurale ou substantielle de règles issues d'une directive.

En l'occurrence, il s'agissait de l'article 17 de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, qui propose une démarche proche de celle résultant de l'article 19 de la directive 2006/54, en ce qu'il invite les États membres à veiller « *à ce que ni la charge ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne rendent l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement impossible ou excessivement difficile* ».

La Cour de justice a précisé que cette règle, dont la nature était importante pour déterminer pour juger de l'application dans le temps de la directive dans l'espèce qui lui était soumise, était une disposition procédurale en ce qu'elle « *n'établit pas des nouvelles obligations de fond pesant sur l'une ou l'autre des parties au litige concerné*» (point 83) après avoir rappelé « *qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que les règles relatives à la charge de la preuve et au niveau de preuve requis sont, en principe, qualifiées de règles procédurales (voir, en ce sens, arrêt du 21 janvier 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, points 30 à 32)* » (point 84) (CJUE, arrêt du 22 juin 2022, Volvo et DAF Trucks, C-267/20).

4.2.4 - La directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail[105]

4.2.4.1 - Présentation générale et charge de la preuve

La directive 2006/54/CE a consolidé les directives existantes en matière d'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi, intégrant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, soit la directive 75/117/CEE sur l'égalité de rémunération, la directive 86/378/CEE (modifiée par la directive 96/97/CE) relative à l'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale, la directive 76/207/CEE (modifiée par la directive 2002/73/CE) sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes et la directive 97/80/CE (modifiée par la directive 98/52/CE) relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

Cette directive devait être transposée au plus tard le 15 août 2008. Ce texte a eu notamment pour objectif de lever les obstacles procéduraux aux actions en justice en cette matière après qu'il eut été dressé le constat de ce que l'application traditionnelle

---

régime matrimonial doit obéir aux règles de fond et de preuve de la loi étrangère du régime [loi belge]. - Civ. 1re, 25 nov. 1981, Bull. civ. I, no 350). Le règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, dit Rome I, qui s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009 prévoit, dans son article 18.1, que « la loi régissant l'obligation contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve ».

[104] L'autre difficulté est celle de savoir s'il faudrait prendre en compte la loi française comme étant celle du juge saisi, ou la loi anglaise, comme loi applicable au fond du litige ?

[105] Cette partie a été élaborée avec l'aide du SDER que je remercie vivement pour l'aide et le soutien apportés.

des règles de charge de la preuve pouvait soulever des difficultés dans plusieurs États membres, restreignant les possibilités de défense et l'accès aux informations ad hoc.

C'est à cet effet que l'article 19 de la directive prévoit une répartition de la charge de la preuve entre la personne qui a porté plainte pour discrimination et la partie accusée de discrimination : « *si le plaignant présente à la juridiction des faits susceptibles de créer une présomption de discrimination (par ex., toutes les femmes de l'entreprise sont moins rémunérées que les hommes), alors la partie demanderesse doit prouver qu'il n'y a eu aucune violation du principe d'égalité de traitement (par ex., que les fonctions exercées sont différentes ou qu'il s'agit de travail à temps partiel) »*[106].

Cette répartition opère comme un renversement de la charge de la preuve puisque le travailleur doit seulement présenter des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. La partie défenderesse est ensuite tenue de prouver l'absence de discrimination.

Comme l'indique le considérant 30, « *il revient aux États membres de prévoir, quel que soit le stade de la procédure, un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse* ».

Il est aussi énoncé dans ce même considérant que « *L'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement. Comme la Cour de justice l'a affirmé, il convient donc de prendre des dispositions de telle sorte que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse dès qu'il existe une apparence de discrimination, sauf pour les procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance nationale compétente. Il y a toutefois lieu de préciser que l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte demeure de la compétence de l'instance nationale concernée, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales. En outre, il revient aux États membres de prévoir, quel que soit le stade de la procédure, un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse* ».

L'article 19 de la directive 2006/54, a donné lieu à plusieurs décisions de la cour de justice de l'Union européenne afin notamment de préciser que :

- l'article 19 pose des « règles de preuve » et même des « règles renversant la charge de la preuve » (CJUE, arrêt du 19 octobre 2017, Otero Ramos, C-533/15, point 69). point 53, 70 et 74) ;

- le régime de la preuve mis en place repose sur le principe que « la personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement », avance, dans un premier temps, « *devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » (CJUE, arrêt du 19 septembre 2018, Gonzalez Casto, C-41/17, point 74) ;

- « *C'est uniquement dans le cas où cette personne a établi de tels faits qu'il revient à la partie défenderesse, dans un deuxième temps, de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de non-discrimination* » (CJUE, arrêt du 19 avril 2012, Galina Meister, C-415/10, point 36). Cependant, la CJUE adopte une appréciation souple des éléments de preuve fournis par le travailleur s'estimant victime de discrimination afin d'assurer l'effet utile de l'article 19.

[106] Cf. Résumé de la directive 2006/54

Dans un arrêt Otero Ramos, elle a considéré que, pour rapporter cette preuve, « *la travailleuse concernée doit produire, devant la juridiction de renvoi ou toute autre instance compétente de l'État membre en cause, des faits ou des éléments de preuve susceptibles de démontrer que l'évaluation des risques présentés par son poste de travail n'a pas été effectuée conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 92/85 (relative aux conditions de travail des travailleuses enceintes et allaitantes) et qu'elle a, partant, été discriminée* » (CJUE, arrêt du 19 octobre 2017, Otero Ramos, C-533/15, point 69).

A cet égard, le refus d'un employeur de donner accès aux motifs justifiant qu'un candidat n'ait pas été reçu en entretien « peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte », qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier (CJUE, arrêt du 19 avril 2012, Galina Meister, C-415/10, point 47).

Dans le même sens, il a été jugé « *que l'inaccessibilité des informations ou des données statistiques pertinentes, dans le cadre de l'établissement de tels faits, peut risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive et ainsi priver notamment ladite disposition de son effet utile » et que « eu égard, notamment, à la nécessité d'assurer l'effet utile de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54, cette disposition doit être interprétée, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 63 de ses conclusions, en ce sens qu'elle permet à un travailleur s'estimant lésé par une discrimination indirecte fondée sur le sexe d'étayer une apparence de discrimination en se fondant sur des données statistiques générales concernant le marché du travail dans l'État membre concerné, dans le cas où il ne saurait être attendu de l'intéressé qu'il produise des données plus précises relatives au groupe de travailleurs pertinent, celles-ci étant difficilement accessibles, voire indisponibles* » (CJUE, arrêt du 3 octobre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18, point 55 et 56).

- la charge de la preuve pèse sur le défendeur dès lors qu'il y a « une apparence de discrimination » (CJUE, arrêt du 3 octobre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18, point 51).

- A cet égard, dans une décision qui concernait la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail , la Cour de justice a énoncé qu'il incombait au juge national de procéder à une « appréciation globale des faits » pour déterminer s'ils permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (CJUE 25 avril 2013, Accept, C-81/12, points n°50 et 58).

Dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 4 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40), mais aussi de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO 1998, L 14, p. 6), et de l'article 1er, point 3, de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207 (JO L 269, p. 15), la Cour de justice de l'Union européenne a également jugé qu'il appartenait à l'instance judiciaire nationale d'apprécier, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales, « *les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* » (§ 31).

Elle ajoute que si l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, doit être interprété en ce sens qu'il ne prévoit pas le droit pour un candidat à une formation professionnelle, qui estime que l'accès à celle-ci lui a été refusé en raison du non-respect du principe d'égalité de traitement, d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats à cette même formation, afin qu'il soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte», conformément à ladite disposition, « *Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part d'une partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, et ainsi priver notamment l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci de son effet utile. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal* » (CJUE 21 juillet 2011, Kelly, C-104/10, points n°31 et 39).

Il incombe au juge de prendre en considération toutes les circonstances du litige pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination soient considérés comme établis.

4.2.4.2- Transposition de la directive 2006/54/CE en France

L'article 19 de la directive, relatif à la charge de la preuve a notamment été transposé à l'article L 1134-1 du code du travail[107].

La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que :

- « En application des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail, lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, publié; Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n 21-12.073, inédit).

- Par ailleurs, l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, publié).

Il appartient donc au juge du fond :

1) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié ;

[107] Cet article dispose : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la 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.
Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

2) d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ;

3) dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

L'une des méthodes utilisée est celle dite « du panel de comparaison ».

Mais la pertinence de cette méthode pour établir une discrimination est appréciée souverainement par les juges (Soc., 5 avril 2023, pourvoi n° 21-25.838, inédit) et la discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés (Soc. 10 nov. 2009 n°07-42.849, publié ; Soc., 13 juin 2019, pourvoi n°17-31.295, inédit : une mesure peut être qualifiée de discriminatoire indépendamment de toute comparaison avec la situation d'autres salariés).

La chambre sociale censure les décisions qui, tout en constatant des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale, ne tirent pas les conséquences légales de leur constatation (Soc., 21 avril 2022, pourvoi n° 20-17.038, inédit).

Elle vérifie aussi que tous les éléments avancés par le salarié constituant des éléments laissant supposer une discrimination syndicale ont été pris en compte (Soc., 20 juin 2018, pourvoi n° 16-25.511).

4.2.4.3- Transposition de la directive 2006/54/CE au Royaume-Uni : l'Equality Act 2010

L'Equality Act est entré en vigueur en 2010 au Royaume-Uni.

L'article 136 de l'Equality Act est relatif à la charge de la preuve.

Dans les notes explicatives de la loi de 2010 (explanatory notes), aux paragraphes 443 et 444, il est précisé que « *dans toute affaire où une personne allègue des faits de discrimination, de harcèlement ou d'intimidation […], la charge de la preuve incombe d'abord au demandeur. Une fois que le demandeur a établi des faits suffisants qui, en l'absence de toute autre explication, indiquent qu'une violation a été commise, il incombe au défendeur de démontrer qu'il n'a pas enfreint les dispositions de la loi. Cette règle ne s'applique pas si la procédure porte sur une infraction pénale au sens de la présente loi* ».

Le paragraphe 444 des notes explicatives à la loi précise également que « *en vertu de la législation précédente, dans la plupart des cas, la charge de la preuve était inversée une fois que le plaignant avait établi un dossier à un niveau initial. Toutefois, la charge de la preuve n'était pas inversée dans les cas de discrimination raciale fondée sur la couleur ou la nationalité, de victimisation liée à la discrimination raciale, de discrimination liée à un handicap non professionnel et de discrimination sexuelle liée à l'exercice de fonctions publiques. Dans ces domaines, la charge de la preuve est désormais inversée une fois que le plaignant a fourni dans un premier temps les éléments de preuves suffisants* ».

Ce texte a donné lieu à de la jurisprudence au Royaume-Uni afin de préciser la répartition de la charge de la preuve prévue par l'article 136.

Il a été notamment jugé que :

- Les juges du fond doivent, dès le premier stade du test, examiner l'ensemble des éléments de preuve produits par les parties, en ce compris ceux produits par l'employeur défendeur à l'action et non seulement ceux produits par le demandeur à

l'action. Les juges du fond doivent alors décider s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour obliger le défendeur à démontrer l'absence de discrimination (Supreme Court, 23 juillet 2021, Royal Mail Group Ltd (Respondent) v. Efobi (Appellant), [2021] UKSC 33).

- Toutefois, la charge de ce commencement de preuve ne saurait pour autant être transférée à l'employeur : ce dernier ne doit pas, au premier stade du test prescrit par l'article 136, fournir des explications concernant la situation du demandeur, à moins que ce dernier soit en mesure d'apporter des éléments de preuve d'un acte de discrimination fondé sur des critères illégaux.

- Les juges du fond sont libres de tirer ou de refuser de tirer toutes conclusions défavorables de l'absence d'éléments de preuves fournis par le défendeur au premier stade du test.

- Dans l'affaire Talbott c. Costain Oil, Gas & Process Ltd & others mentionnée dans le mémoire ampliatif (Employment Appeal Tribunal, 14 mars 2017, Talbott c. Costain Oil, Gas & Process Ltd & others, UKEAT/0283/16/LA), la cour d'appel du travail (Employment Appeal Tribunal[108]) a précisé la tâche des juges du fond s'agissant de l'établissement des faits de discrimination, en particulier des « faits primaires » (primary facts) correspondant aux premiers éléments de preuve mis à la charge du demandeur.

Dans cette affaire, le tribunal du travail (Employment Tribunal) a rejeté l'ensemble des demandes formées par la salariée sur le fondement de la discrimination et du harcèlement au motif que cette dernière a échoué à rapporter la preuve de ses allégations.

La cour d'appel du travail a censuré la décision du tribunal du travail, après avoir considéré que le tribunal n'avait pas « *abordé correctement sa tâche d'établissement des faits, tant en ce qui concerne la recherche des "faits primaires" qu'en ce qui concerne les déductions appropriées à tirer en matière de discrimination* » faute d'avoir « *tenu compte de l'image globale présentée par les preuves ou de l'ensemble des circonstances à partir desquelles des déductions pouvaient être faites* ».

Pour parvenir à cette conclusion, la cour d'appel du travail a dégagé de deux décisions rendues précédemment par elle , les sept principes suivants :

« (1) Il est très rare de trouver des preuves directes de discrimination ;

(2) Normalement, la décision du Tribunal dépendra de la conclusion qu'il convient de tirer de toutes les circonstances environnantes pertinentes, qui incluront souvent le comportement de l'auteur présumé de la discrimination avant et après le traitement défavorable en question ;

(3) Il est essentiel que le Tribunal fasse des constatations sur tous les "faits primaires" qui sont en cause afin qu'il puisse les prendre en compte comme faisant partie des circonstances pertinentes ;

(4) L'évaluation par le Tribunal des parties et de leurs témoins lorsqu'ils témoignent constitue une partie importante du processus de déduction ;

[108] L'Employment Appeal Tribunal est chargé de traiter des appels contre les décisions rendues par le Tribunal du travail (Employment Tribunal) lorsqu'une erreur de droit a été commise dans l'affaire. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant la Court of Appeal of England and Wales sur un point de droit et uniquement avec l'autorisation de l'Employement Appeal Tribunal ou de la Court of Appeal.

(5) L'évaluation de la preuve de l'auteur présumé de la discrimination lorsqu'il donne une explication pour tout traitement implique une évaluation non seulement de la crédibilité mais aussi de la fiabilité, et implique de tester la preuve par référence à des faits et documents objectifs, des motifs possibles et des probabilités globales ; et, lorsqu'il y a un certain nombre d'allégations de discrimination impliquant une personnalité, les conclusions sur cette personnalité seront évidemment pertinentes par rapport à toutes les allégations ;

(6) Le Tribunal doit tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes et prendre dûment en considération les facteurs qui indiquent une discrimination lorsqu'il décide de la conclusion à tirer en ce qui concerne un traitement défavorable particulier;

(7) S'il est nécessaire de recourir à la charge de la preuve dans ce contexte, l'article 136 de la loi de 2010 sur l'égalité prévoit en effet que lorsqu'il serait approprié de tirer une conclusion de discrimination en l'absence de "toute autre explication", il incombe à l'auteur présumé de la discrimination de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination ».

Il ressort de ces éléments que tant l'article 19 de la directive 2006/54/CE que l'article 136 (2) et (3) de l'Equality Act consacrent un partage de la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur en matière de discrimination.

Un test à deux étapes est prévu par les deux dispositions.

Cependant, le droit britannique exige l'existence de « faits suffisants » permettant au tribunal de conclure à l'existence d'une discrimination. Ces faits doivent permettre, en l'absence de toute autre explication, d'inférer l'existence d'une discrimination « on the balance of probability » (selon toute probabilité).

Le demandeur n'a donc pas le devoir d'établir la preuve entière de la discrimination, mais doit apporter des éléments de faits (facts) permettant d'établir que cette dernière est probable. A charge ensuite au défendeur de prouver que « l'apparence de discrimination » dont le demandeur a apporté la preuve est en réalité fondée sur des critères objectifs non discriminatoires.

Le droit de l'Union et la jurisprudence européenne font également peser sur le demandeur la preuve de faits permettant de faire présumer l'existence d'une discrimination. Ici encore, la preuve est partagée entre le demandeur et le défendeur, le premier devant démontrer une « apparence de discrimination » afin de permettre le renversement de la charge de la preuve prévu par l'article 19.

4.3- Examen des griefs

Le premier moyen est dirigé contre le refus de la cour d'appel d'ordonner sous astreinte la communication de certaines pièces avant dire droit pour lui permettre d'établir la discrimination.

Les deux branches de ce moyen sont tirées d'un manque de base légale au regard des dispositions des articles R. 1454-14 et R. 1454-16 du code du travail.

Le MA expose que la salariée avait sollicité de la Cour d'appel qu'elle ordonne avant-dire droit la communication des éléments que la CACIB n'avait pas communiqués, celle-ci ayant exclu des données communiquées, les huit membres du COMEX des Marchés portant le titre de managing director, ainsi que certaines primes et avantages en nature. Elle sollicitait, en outre, une actualisation des données salariales pour les

années 2013 à 2015 en vue de l'établissement de la discrimination et du chiffrage précis du préjudice subi de ce fait (cf. conclusions, p. 71 et 72).

1ère branche : pour rejeter cette demande, la cour d'appel s'est contentée d'indiquer que la CACIB « prétendait » avoir adressé l'intégralité des informations sollicitées, sans exiger d'elle qu'elle en justifie.

Le MA soutient que la cour d'appel ne pouvait se contenter des affirmations de la société CACIB

En réponse, le MD soutient que le grief manque en fait. Il précise que le conseil de prud'hommes, dont les motifs ont été adoptés par la cour d'appel, a souverainement constaté que les éléments de preuve produits par la société étaient suffisants pour assurer à la salariée l'information nécessaire à la préservation de ses intérêts.

2nde branche : pour rejeter cette demande, la cour d'appel s'est fondée sur le fait que Mme [M] avait reconnu, dans ses écritures, que les pièces communiquées après l'ordonnance de conciliation étaient une « illustration édifiante de la discrimination à laquelle sont confrontées les femmes Managing Directors au sein du département GMD Europe », de sorte que la salariée disposait de suffisamment d'éléments pour établir l'existence d'une discrimination liée au sexe et qu'il ne pouvait être reproché à l'employeur un refus d'accès à l'information.

Le MA soutient que cette circonstance n'est pas de nature à dispenser la société CACIB de déférer pleinement à l'injonction qui lui avait été faite par le bureau de conciliation alors que la salariée faisait par ailleurs valoir que les éléments manquants lui étaient nécessaires pour établir la discrimination dont elle avait été victime et chiffrer son préjudice, de sorte que les juges ne pouvaient se dispenser de vérifier si la société employeur avait bien exécuté l'injonction de communiquer.

En réponse, le MD rappelle qu'il ne revenait pas à la cour d'appel de rechercher si la société CACIB justifiait « avoir intégralement exécuté » la mesure ordonnée par le bureau de conciliation, dès lors qu'il s'agissait d'une mesure provisoire dénuée de toute autorité de chose jugée au principal et que la cour d'appel simplement, comme il le lui incombait, a souverainement constaté que les éléments produits étaient suffisants pour garantir à la salariée l'information à laquelle elle avait droit pour pouvoir conduire son procès, après avoir relevé que la salariée avait disposé de suffisamment d'éléments pour établir la discrimination qu'elle invoquait et « qu'il ne pouvait être reproché à l'employeur un refus d'accès à l'information ».

Le MD considère que sous couvert d'un défaut de base légale, le premier moyen, pris en ses deux branches, ne tend en définitive qu'à remettre en cause le pouvoir d'appréciation que le juge du fond tire des dispositions de l'article R. 1454-2 du code du travail.

Le moyen n'est pas fondé.

Il est renvoyé au rapport de M. Le Masne de Chermont qui indique en substance que le moyen n'est manifestement pas fondé en ce que le grief est inopérant dès lors que la décision provisoire n'avait pas autorité de chose jugée et cette décision n'a pas été contestée devant les juges du fond en sorte que la production de pièces sollicitée ne pouvait être ordonnée par ces derniers sur le fondement de dispositions propres au pouvoir du bureau de conciliation.

En tout état de cause, ainsi que ce même rapport l'indiquait, la demande de communication a été rejetée par le conseil de prud'hommes, confirmée par la cour

d'appel aux motifs que la salariée disposait de suffisamment d'éléments afin d'établir l'existence d'une discrimination.

Dans ses conclusions d'appel, la salariée n'invoquait pas expressément les articles R. 1454-14 et R. 1456-16 du code du travail, de sorte que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée.

Par des observations complémentaires, le MA maintient qu'il appartenait à la CACIB de justifier avoir effectivement et complètement déféré à l'injonction de communication qui lui avait été faite par le bureau de conciliation dès lors que Madame [M] contestait que cela fut le cas.

Pour autant, la cour d'appel a estimé souverainement qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner une nouvelle injonction de communiquer.

Il est donc proposé de répondre à ce moyen par une décision non spécialement motivée.

Le **deuxième moyen** est dirigée contre le refus de faire droit à la discrimination en raison de son sexe dont Mme [M] se prévaut.

1ère branche : violation de l'article 3 du code civil (dont il résulte qu'il appartient au juge qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher la teneur et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger).

Le MA soutient qu'il appartient aux juges du fond de justifier l'interprétation retenue des dispositions de l'article 136 de l'Equality Act au regard de l'ensemble des sources de droit anglais présentées par les parties et que Mme [M] se prévalait de l'arrêt Talbot c/ Costain rendue par la juridiction anglaise imposant au juge de procéder à une appréciation d'ensemble des faits primaires invoqués par le demandeur à l'action en discrimination pour déterminer s'il convenait d'en tirer une inférence de discrimination.

Il expose qu'en procédant à une appréciation isolée de chacun des éléments de faits invoqués par Mme [M] au soutien de ses demandes au titre de la discrimination pour conclure finalement à l'absence de discrimination, et en s'abstenant de s'expliquer sur les raisons pour lesquelles elle écartait l'arrêt Talbot c/Costain, la cour d'appel méconnu son office en violation des dispositions de l'article 3 du code civil.

En réplique, Il ajoute que la référence dans l'arrêt à « l'ensemble de ces éléments » est purement formelle et que contrairement à ce que prétend la société employeur, certains éléments avancés par la salariée tels que, par exemple, le fait que son détachement au sein de CACIB New-York ait été annulé après signature du contrat de détachement, la réorganisation survenue au sein de la division des marchés l'ayant contrainte à changer de poste, sa disqualification du parcours de directeur général adjoint ou encore son déplacement d'un bureau individuel au profit d'un bureau en open space n'étaient nullement discutés par la société CACIB et ont donc bien été tenus pour établis par la Cour d'appel de sorte qu'il lui revenait à la cour d'appel de procéder à une appréciation d'ensemble de ces différents éléments de fait pour apprécier s'il était approprié d'en tirer une inférence de discrimination.

En réponse, le MD expose que le grief manque en fait. Il précise d'une part, que la cour d'appel a examiné chacun des faits invoqués et les a écarté de sorte que la critique relative à l'absence d'examen d'ensemble n'a pas de sens, d'autre part, que la cour d'appel ne s'est pas bornée à examiner successivement chacun des faits primaires en précisant qu'il « ressort de l'ensemble de ces éléments que... ».

Le rapporteur initial a proposé de rejeter ce grief par une décision non spécialement motivée estimant que sous le couvert d'un grief de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'application souveraine, par les juges du fond de l'article 136 de l'Equality Act de 2010, étant ajouté que les juges du fond ne sont pas tenus de rentrer dans le détail de l'argumentation des parties de sorte qu'ils n'avaient pas à se prononcer sur le sens et la portée des décisions de jurisprudence qui leurs ont été soumises.

Des observations complémentaires soutiennent que si l'application de la loi étrangère par le juge français relève en principe du pouvoir souverain des juges du fond, ces derniers sont tenus, dans ce cadre, d'une obligation particulière de motivation impliquant pour eux d'examiner toutes les sources de droit étranger dont se prévalent les parties. Ils doivent ainsi justifier pour quelle raison ils décident, le cas échéant, d'en écarter certaines de sorte qu'il appartenait aux juges du fond de se prononcer sur le sens et la portée de l'arrêt Talbot c/ Costain dont Madame [M] se prévalait expressément comme source de droit anglais applicable, fût-ce pour écarter son application.

Il appartiendra à la Cour d'apprécier le bien fondé de ce grief.

2ème branche : violation de l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 (présentée comme subsidiaire)

Le MA soutient que lorsqu'il applique des dispositions issues de la loi d'un autre Etat membre de l'Union européenne, le juge français devrait être tenu, sous le contrôle de la Cour de cassation, de faire de ces dispositions une interprétation et une application conformes au droit de l'Union.

Il expose qu'en toute hypothèse, la cour d'appel s'est appuyée sur une interprétation des dispositions de l'Equality Act non conforme à l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, laquelle implique de procéder à une appréciation globale des faits pour déterminer s'ils permettent de présumer l'existence d'une discrimination et non de s'en tenir à un examen successif de chacune des situations discriminatoires.

Il ajoute en réplique que ce grief est recevable dès lors que dans ses conclusions, Mme [M] avait mis dans le débat la question de la conformité du droit anglais au droit de l'Union puisque la salariée y faisait explicitement valoir que « le droit applicable au contrat de travail est le droit anglais, lu à la lumière du droit européen » et que le juge national demeure tenu, dans la mesure du possible, d'une obligation d'interprétation conforme du droit national au droit de l'Union et que c'est précisément ce qu'il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir fait en l'espèce s'agissant des dispositions de droit anglais en cause.

En réponse, le MD considère que ce grief est irrecevable en raison de l'absence d'effet direct horizontal des directives. Il précise que Mme [M] n'a pas soutenu que le juge du for devait écarter l'interprétation donnée par un juge étranger de sa loi nationale au motif que cette interprétation serait contraire à une directive. Il ajoute que ce grief est invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, et qu'il n'appartient pas à celle-ci d'exercer un contrôle de conformité de l'interprétation d'une loi anglaise aux dispositions d'une directive européenne, un tel contrôle ne pouvant relever que de la seule compétence de la CJUE.

Ce grief a fait l'objet d'une proposition de RNSM par le rapporteur initial, essentiellement fondé sur le fait que ce grief tirée d'une violation de l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, manquerait en droit dès lors qu'il est de jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne qu'une disposition

d'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations à l'égard d'un particulier, et ne peut donc être invoquée en tant que telle à l'encontre de celui-ci devant une juridiction nationale (arrêts du 26 février 1986, Marshall, 152/84, point 48, et du 9 septembre 2021, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, C-18/20, point 66).

Des observations complémentaires ont été déposées faisant en substance valoir que malgré l'absence d'effet direct horizontal, les directives s'imposent au juge national en ce sens qu'il lui appartient d'interpréter le droit national conformément aux dispositions de ces directives et qu'il est ici précisément reproché à la cour d'appel d'avoir retenu des dispositions de l'Equality Act une interprétation non conforme à l'article 19 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

Il appartiendra à la Cour d'apprécier le bien-fondé de ce grief.

3ème branche : défaut de motifs - examen sommaire des pièces - méconnaissance de l'article 455 du code de procédure civile.

Le MA soutient que la cour d'appel n'a pas examiné même sommairement les pièces qu'elle produisait tendant à établir que Mme [M] s'était retrouvée sans aucun poste à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait entre les mois d'octobre 2012 et de mars 2013.

4ème branche : défaut de réponse - méconnaissance de l'article 455 du code de procédure civile

Le MA soutient que la cour n'a pas répondu au moyen que Mme [M] a soulevé en réponse aux mails produits par la société CACIB pour justifier de son activité sur la période et selon lequel la production aux débats de seulement sept mails sur la période en cause, soit un ou deux mails par mois alors qu'en temps normal elle en recevait entre vingt et cinquante par jour corroborait le fait qu'elle n'avait pas continué à travailler normalement pendant cette période.

En réponse, le MD soutient que la cour d'appel a bien constaté qu'un travail a été fourni à la salariée pendant la période considérée de sorte qu'il ressort de ces constatations que les pièces versées aux débats par la salariée ont bien été examinées, sans pouvoir être retenues, faute d'être jugées probantes, au terme d'un examen qui relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Le moyen pris en ses 3ème et 4ème branches n'est pas fondé.

Ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, les juges du fond ont retenu que de nouvelles fonctions ont été attribuées à la salariée de sorte qu'ils n'étaient pas tenus de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle décidaient d'écarter.

Cette proposition n'a pas donné lieu à des observations complémentaires.

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

5ème branche : défaut de motifs - examen sommaire des pièces - méconnaissance de l'article 455 du code de procédure civile.

Le MA reproche à la cour d'avoir considéré que la rétrogradation professionnelle qu'elle alléguait du fait de sa nomination au poste d'agent des systèmes d'informations clients pour la zone Europe et Moyen-Orient qu'elle indiquait avoir été contrainte d'accepter à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait, n'était pas démontrée par les pièces produites, sans les examiner même sommairement.

En réponse, le MD soutient que le grief manque en fait et se borne à remettre en cause les constatations souveraines de la cour d'appel.

Le moyen n'est pas fondé.

Ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, sous le couvert d'un grief de défaut de motif, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuve.

Cette proposition n'a pas donné lieu à des observations complémentaires.

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

6ème branche : violation de l'article 3 du code civil (dont il résulte qu'il appartient au juge qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher la teneur et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger).

Le MA soutient que la cour d'appel n'a pas précisé sur quel texte du droit anglais elle s'est appuyée pour considérer que la signature de l'avenant à son contrat sous la contrainte n'était pas établie, après avoir relevé que le licenciement qui aurait résulté du refus de la modification de poste proposée procédait de la stricte application de la loi et non d'une violence illégitimement exercée par l'employeur.

En réponse, le MD expose qu'en cas de refus du changement consécutif à la réorganisation du service, Madame [M] risquait d'être licenciée, mais ce licenciement eut été régulier, de telle sorte qu'on ne saurait considérer que la salariée a accepté de signer cet avenant en raison d'une menace illégitime à laquelle elle aurait été exposée. Il soutient que la cour d'appel n'avait pas à reproduire in extenso le contenu du droit anglais du licenciement et que le grief manque en fait et se borne à remettre en cause les constatations souveraines de la cour d'appel.

Le moyen n'est pas fondé.

Ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, sous le couvert du grief de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve par les juges du fond qui ont retenu que la signature sous contrainte de l'avenant au contrat de travail n'était pas établie. En outre le rapporteur estimait que les motifs critiqués sont surabondants.

Des observations complémentaires ont été déposées faisant valoir que les motifs attaqués ne sont nullement surabondants et que malgré le pouvoir souverain d'appréciation qui lui est reconnu en la matière, la Cour d'appel ne pouvait sans méconnaître l'obligation particulière de motivation pesant sur elle en vertu de l'article 3 du code civil, s'agissant de l'application de la loi étrangère, invoquer « la stricte application de la loi » sans même préciser quelles étaient les dispositions de la loi anglaise auxquelles elle se référait ce faisant.

A supposer que le moyen ne puisse être considéré comme inopérant, en ce qu'il ne critique pas des motifs surabondants, cette circonstance ne conduit pas à reconsidérer le caractère manifestement infondé de ce grief étant précisé que la preuve des faits allégués n'étant pas même réunie selon la cour d'appel, il n'y avait pas à s'interroger sur le contenu de la loi anglaise en cas de refus de signature par un salarié d'un avenant au contrat.

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

7ème branche : violation de l'article 3 du code civil (solution non conforme au droit positif anglais).

Le MA rappelle que Mme [M] faisait notamment valoir qu'à la suite de la réorganisation du service au sein duquel elle travaillait, elle avait été contrainte de signer un avenant à son contrat de travail entérinant une rétrogradation à un poste inférieur. Il précise que pour rejeter les demandes, la Cour d'appel a relevé que les affirmations de la salariée concernant l'absence de suppression de son poste, la composition d'une nouvelle équipe constituée uniquement d'hommes, la création de nouveaux postes attribués à des hommes, alors qu'elle a été la seule à ne pas avoir retrouvé de poste à la hauteur de ses compétences, n'étaient corroborées par aucune pièce probante.

Il estime en conséquence que la Cour d'appel a fait peser la charge de la preuve de la discrimination sur Mme [M], contrairement à la teneur du droit anglais applicable.

En réponse, le MD conclut au rejet. Il estime que ce grief vise à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond et ajoute que la cour d'appel n'a pas fait peser la charge de la preuve sur la salariée, mais seulement confronté les preuves produites par chacune des parties.

8ème branche : violation de l'article 19 de la directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006.

Le MA soutient qu'en « toute hypothèse » à supposer qu'il soit retenu que la Cour d'appel a donné à la question litigieuse une solution conforme au droit positif anglais, en faisant peser la charge de la preuve de la discrimination sur Mme [M], il y aurait alors lieu de considérer qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour s'est nécessairement appuyée sur une interprétation des dispositions de ce droit qui n'est pas conforme à l'article 19§1 précité de la directive n°2006/54/CE.

En réponse, le MD expose que le pourvoi ne peut pas affirmer que Madame [M] s'était vu imposer une rétrogradation à un poste inférieur alors que le contraire avait été souverainement constaté, tant par le conseil prud'hommes que par la cour d'appel.

Le moyen, pris en ses 7ème et 8ème branches n'est pas fondé.

Ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, la cour d'appel ayant retenu que la rétrogradation alléguée par la salariée n'était pas démontrée, ce moyen manque en fait.

Cette proposition n'a pas donné lieu à des observations complémentaires

Il est proposé de répondre à ces griefs par une décision non spécialement motivée.

9ème branche : violation de l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016131 du 10 février 2016

Le MA soutient que la cour d'appel ne pouvait écarter les documents produits par Mme [M] (relatifs à l'absence de suppression de son poste, la composition d'une nouvelle équipe constituée uniquement d'hommes, la création de nouveaux postes attribués à des hommes) en invoquant le principe selon lequel nul ne peut se constituer un titre à lui-même alors que ce texte n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques.

En réponse, le MD expose que la cour d'appel ne s'est pas abstenue d'apprécier la valeur des éléments de preuve versés aux débats par Madame [M], mais les a au contraire souverainement appréciés, en jugeant qu'ils étaient dépourvus de toute valeur

étant ajouté que la société CACIB, pour sa part, apportait de nombreuses preuves contraires permettant d'écarter toute discrimination tant directe qu'indirecte.

Le moyen n'est pas fondé.

Ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, sous le couvert du grief de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause, d'une part, l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de fait et de preuve.

Cette proposition n'a pas donné lieu à des observations complémentaires

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

10ème branche : dénaturation d'un document (rapport d'audit) et violation de l'article 1134 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

Le MA rappelle que Mme [M] a été disqualifiée de sa candidature au poste de Directeur Général adjoint (DGA) malgré un audit de compétence positif réalisé par le cabinet Hay. Il soutient que ce rapport évoquait le fait que l'évolution de carrière de Mme [M] serait « facilitée » par l'affectation préalable de celle-ci vers un poste de directeur « dont le périmètre d'activité serait plus clairement exposé sur une chaîne de valeur », et non pas que cette évolution lui était nécessaire.

Il estime qu'en ayant énoncé que le rapport concluait à « la nécessité » pour Mme d'évoluer « vers un poste de directeur dont le périmètre d'activité et de responsabilité serait clairement exposé sur une chaîne de valeur », la cour d'appel a dénaturé les termes de ce rapport.

En réponse, le MD conteste la dénaturation du rapport étant observé que celui-ci précisant effectivement que l'intégration dans le parcours DGA, convoitée par la salariée « serait facilitée, à nos yeux, par une évolution de [D] [M] vers un poste de directeur, dont le périmètre d'activités et de responsabilités serait plus clairement exposé sur une chaîne de valeur » de sorte que la cour d'appel pouvait en déduire, prenant ce rapport comme un élément d'appréciation pour l'employeur, qu'il concluait à la nécessité pour la salariée d'évoluer vers un tel poste pour faciliter son intégration dans le parcours DGA.

Le moyen n'est pas fondé.

Ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, c'est par une interprétation que l'ambiguïté des termes du rapport d'audit réalisé par le cabinet Hay rendait nécessaire, exclusive de dénaturation, que les juges du fond ont retenu que, nonobstant les grandes qualités professionnelles de la salariée, ce cabinet a conclu à la nécessité d'évoluer.

Cette proposition n'a pas donné lieu à des observations complémentaires.

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

11ème branche : violation de l'article 3 du Code « de procédure civile » (solution non conforme au droit positif anglais).

Il convient de relever que ce grief est tiré d'une violation de l'article 3 du « code de procédure civile », lequel concerne le bon déroulement d'une instance et n'est donc pas

concerné par les motifs critiqués. Il pourra être considéré que l'erreur est purement matérielle et qu'il faut lire un renvoi à l'article 3 du « code civil ».

Le MA rappelle que Mme [M] se prévalait d'une discrimination sur sa rémunération fixe en faisant valoir que contrairement à ses collègues masculins, elle avait été obligée de passer par un stage d'un an avant d'être embauchée, à plus de quarante ans, avec le salaire d'un jeune de 25 ans sans expérience sortant de l'université.

Il ajoute que pour la débouter de ses demandes, la cour d'appel a retenu que la seule communication par la salariée du profil de trois salariés occupant un poste de directeur général ou de directeur général adjoint ne permettait pas d'établir ce fait et qu'au surplus, l'employeur soulignait que le stage auquel avait été soumis Madame [M] trouvait sa justification dans l'absence de toute expérience de la salariée dans le domaine bancaire avant son embauche.

Il estime qu'en statuant ainsi sans rechercher si, ainsi que le soutenait l'exposante dans ses conclusions, les deux salariés qu'elle citait à titre d'exemple n'avaient pas été embauchés directement à des niveaux de directeur alors qu'ils n'avaient aucune expérience passée dans une banque d'affaires, la cour d'appel a mis la Cour de cassation dans l'impossibilité de vérifier qu'elle avait donné à la question litigieuse une solution conforme au droit positif anglais tel qu'elle en avait déterminé la teneur.

En réplique, le MA indique qu'il est hors de propos de renvoyer à l'évolution de carrière de Mme [M], laquelle aurait été plus rapide que certains des hommes occupant les fonction de managing director au sein de la division des marchés puisqu'il s'agissait en l'occurrence, non pas d'apprécier l'évolution de carrière et de rémunération de celle-ci mais si la salariée n'avait pas été victime d'un traitement discriminatoire à l'embauche par comparaison avec ses homologues masculins en se voyant soumettre à un stage d'un an avant son embauche puis engagée à un niveau de salaire ne correspondant pas à son âge et son expérience professionnelle passée.

En réponse, le MD soutient que le grief manque en fait, la cour d'appel ayant bien recherché la teneur du droit anglais applicable et elle l'ayant souverainement interprété.

Ce grief a fait l'objet d'une proposition de RNSM par le rapporteur initialement désigné aux motifs que sous le couvert du grief de violation de la loi, le grief ne tend qu'à remettre en cause l'application souveraine, par les juges du fond, de l'article 136 de l'Equality Act de 2010.

Cette proposition a fait l'objet d'observations complémentaires. Il est soutenu en substance que le moyen, en tant qu'il soutient que la Cour d'appel n'a pas tranché le litige conformément aux dispositions de l'article 136 de l'Equality Act telles qu'elle en a elle-même souverainement déterminé la teneur, n'a nullement pour objet de remettre en cause le pouvoir souverain reconnu aux juges du fond en matière d'application de la loi étrangère.

Il précise qu'il ressort des constatations de la cour d'appel que les dispositions de l'article 136 de l'Equality Act applicables en l'espèce consacraient un partage de la charge de la preuve au terme duquel le demandeur à la discrimination était uniquement tenu de rapporter la preuve de faits faisant présumer l'existence d'une discrimination, le défendeur étant alors tenu de prouver l'absence de discrimination.

Il estime qu'il revient donc à la Cour de cassation de vérifier que la cour d'appel a bien donné au litige une solution conforme à la teneur qu'a ainsi souverainement consacrée la Cour d'appel des dispositions susvisées de la loi anglaise.

Le moyen n'est pas fondé.

D'une part, la cour d'appel reprend dans ses motifs la référence à l'article 136 de l'Equality Act 2010 de sorte qu'elle s'est bien attachée à rechercher la teneur de la loi anglaise.

D'autre part, elle a souverainement constaté que si Mme [M] avait été astreinte à un stage, ce stage trouvait « *sa justification dans l'absence de toute expérience de Mme [M] dans le domaine bancaire avant son embauche* » de sorte qu'elle a considéré que celle-ci était dans une situation différente des salariés avec lesquelles elle se comparaît et que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inutiles.

Il est en conséquence proposé de rejeter ce grief par une décision non spécialement motivée.

12ème branche : violation de l'article 3 du code civil (solution non conforme au droit positif anglais en faisant peser la charge de la preuve de la discrimination sur Mme [M]).

Le MA rappelle que Mme [M] se prévalait de discrimination indirecte, et notamment d'un manque de transparence concernant les opportunités de mobilité internationale au détriment des femmes (non publiées en interne mais via des réseaux informels sur lesquels les femmes ne sont pas présentes).

Il soutient qu'en considérant pour rejeter cette demande que s'il ressort effectivement des pièces communiquées que les salariés ayant bénéficié d'expatriation au sein de CACIB sont essentiellement des hommes, « cette seule donnée est insuffisante à faire présumer l'existence d'une discrimination à l'égard des femmes en l'absence tout élément concernant les candidatures des femmes à l'expatriation. », la cour d'appel a fait peser sur Mme [M] la charge de la preuve de la discrimination qu'elle prétendait avoir subie, en contradiction avec ses constatations sur la teneur de la loi applicable.

En réponse, le MD expose que la cour d'appel n'a pas fait peser la charge de la preuve sur la salariée, et a suffisamment justifié sa décision au regard du droit positif anglais tel qu'elle l'a souverainement interprété et conformément aux prévisions de l'article 3 du code civil, qui a été respecté.

Ce grief a fait l'objet d'une proposition de RNSM par le rapporteur initialement désigné aux motifs que sous le couvert du grief de violation de la loi, le grief ne tend qu'à remettre en cause l'application souveraine, par les juges du fond, de l'article 136 de l'Equality Act de 2010.

Cette proposition a fait l'objet d'observations complémentaires. Il est soutenu en substance que le moyen, en tant qu'il soutient que la cour d'appel n'a pas tranché le litige conformément aux dispositions de l'article 136 de l'Equality Act telles qu'elle en a elle-même souverainement déterminé la teneur, n'a nullement pour objet de remettre en cause le pouvoir souverain reconnu aux juges du fond en matière d'application de la loi étrangère.

Il précise qu'il ressort des constatations de la cour d'appel que les dispositions de l'article 136 de l'Equality Act applicables en l'espèce consacraient un partage de la charge de la preuve au terme duquel le demandeur à la discrimination était uniquement tenu de rapporter la preuve de faits faisant présumer l'existence d'une discrimination, le défendeur étant alors tenu de prouver l'absence de discrimination.

Il appartiendra à la Cour d'apprécier le bien fondé de ce grief.

13ème branche : violation de l'article 19 de la directive n°2006/54/CE du 5 juillet 2006

Le MA soutient qu'à supposer que, par extraordinaire aucune violation des dispositions de l'article 3 du code civil ne soit retenue, à tout le moins devra-t-il être jugé qu'en faisant peser la charge de la preuve de la discrimination sur Mme [M], la cour d'appel s'est appuyée sur une interprétation des dispositions de l'Equality Act 2010 non conforme à l'article 19 de la directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

En réponse, le MD expose que ce grief manque en fait et en droit.

Il soutient d'une part, qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de contrôler l'interprétation donnée d'une loi étrangère au regard d'une directive européenne, une telle mission d'unification de l'interprétation des droits nationaux en conformité avec sa propre interprétation des directives européennes relevant de la compétence de la seule CJUE ; d'autre part, que les juges du fond ont constaté l'absence de toute discrimination à l'égard des femmes dans les procédures d'expatriation et l'absence, plus précisément, de toute discrimination subie à cet égard par Madame [M] qui a pu bénéficier d'une expatriation dont l'annulation a répondu à des circonstances exclusives de toute discrimination.

Il appartiendra la Cour d'apprécier le bien fondé de ce grief.

Le **troisième moyen** est dirigé contre le rejet des demandes de Mme [M] relatives aux représailles dont elle allègue avoir été victime et à la réparation de ce préjudice (et du statut de victime de représailles qu'elle revendique).

1ère branche : cassation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le deuxième moyen dès lors qu'au soutien de ces demandes, la salariée invoque pour partie les mêmes faits que ceux dont elle se prévalait au soutien de ses demandes au titre de la discrimination.

En réponse, le MD précise que la cassation par voie de conséquence ne serait en toute hypothèse pas fondée dès lors que la salariée n'invoquait pas, au soutien de sa demande, les mêmes faits que ceux qu'elle invoquait pour justifier ses prétentions au titre de la discrimination. Il précise que les faits invoqués par la salariée se prévalant du statut de lanceur d'alerte sont foncièrement distincts, au moins dans leur appréciation sinon dans leur matérialité, de ceux qui étaient invoqués au titre de la discrimination.

Il appartiendra à la Cour d'apprécier ce moyen selon la réponse qui sera apportée au 2ème moyen.

2ème branche : violation de l'article 3 du code « de procédure civile » (absence de précision de la teneur du droit anglais appliqué).

Le MA rappelle que Mme [M] se prévalait du statut de lanceur d'alerte au sens des articles 43 et 47 du PID Act 1998. Il précise que la cour d'appel a considéré que l'existence de représailles n'était pas démontrée et a, en conséquence, débouté la salariée de sa demande de dommages et intérêts à ce titre sans préciser la teneur des dispositions du droit anglais sur lesquelles elle se fondait pour statuer comme elle l'a fait.

En réponse, le MD soutient que la cour d'appel a bien précisé la loi anglaise applicable et sa teneur de sorte que le grief est inopérant.

Le moyen n'est pas fondé.

A supposer que l'on admette l'erreur matérielle concernant la référence à l'article 3 du « code de procédure civile » au lieu d'une référence au code civil, ainsi que l'indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, l'arrêt rejette les demandes indemnitaires de la salariée au titre des représailles alléguées en faisant application de l'article 27 de l'Equality Act dont il reprend les termes de sorte que la cour d'appel a recherché la teneur du droit étranger.

Il sera ajouté qu'il résulte de l'arrêt critiqué que la cour d'appel relève que Mme [M] s'est prévalue, outre de l'article 27 de l'Equity Act, du statut de lanceur d'alerte au sens des articles 43 et 47 du PID Act 1998. Cependant, si la cour d'appel ne précise effectivement pas la teneur de ces derniers articles, c'est en raison de ce qu'elle n'en a pas fait application ayant considéré en amont que les faits allégués par l'intéressée pour caractériser les représailles qu'elle aurait subies n'étaient pas établis de sorte qu'elle a pu considérer qu'elle n'avait pas à rechercher la teneur d'une telle loi.

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

3ème branche : dénaturation des conclusions de la société CACIB et violation de l'article 4 du code de procédure civile.

Le MA rappelle qu'au titre des actes de représailles dont elle estimait avoir été victime, Mme [M] indiquait qu'en octobre 2013, la société CACIB avait engagé, en parallèle de la procédure disciplinaire menée à son encontre, une procédure d'enquête - dite procédure de griefs - sur les différentes plaintes pour discrimination et harcèlement de la salariée et que cette procédure avait été menée à charge.

Il précise que pour considérer que l'existence de mesures de représailles n'était pas établie, la Cour d'appel a notamment retenu, s'agissant de cette procédure de griefs, que la société CACIB expliquait que l'audience ne s'était pas tenue du fait de l'arrêt maladie de la salariée alors que dans ses conclusions d'appel, la société employeur n'évoquait pas cette procédure de griefs ni, a fortiori, l'audience à laquelle elle avait donné lieu.

En réplique, le MA précise que contrairement à ce que prétend la CACIB, pour écarter toute mesure de représailles de ce chef la cour d'appel ne s'est pas fondée uniquement sur le fait que les dires de Madame [M] ne seraient corroborés par aucune pièce probante mais également sur les explications de la CACIB concernant l'audience litigieuse – se référant ainsi implicitement mais nécessairement aux conclusions de la société de sorte qu'il est donc faux d'affirmer que la critique porterait sur un motif inopérant. Il précise que la CACIB entretient une confusion avec l'entretien disciplinaire pour lequel il est en effet indiqué que celui-ci ne s'est pas tenu et qu'en revanche, la procédure de griefs n'est nullement évoquée par cette société sans ses conclusions.

En réponse, le MD estime que le grief critique un motif lui-même inopérant. Il précise que si la cour d'appel a écarté sur ce point les prétentions de la salariée, ce n'est pas en invoquant les conclusions de la société CACIB, qui n'ont donc pas pu être dénaturées, mais en constatant que, si la salariée affirmait ne pas avoir été en mesure de participer à l'audience des griefs « car le report qu'elle a sollicité du fait de son état de santé a été refusé », « ces dires ne sont corroborées par aucune pièce probante». Il ajoute que si les conclusions de la société CACIB confirmaient bien que l'audience ne s'était pas tenue en raison de la maladie de la salariée, elle n'indiquait pas, en revanche, que cette dernière ait demandé un report.

Le moyen n’est pas fondé.

Ainsi que l’indique le rapport de M. Le Masne de Chermont auquel il est renvoyé, le grief est inopérant en ce qu’il critique des motifs surabondants.

Cette proposition n’a pas donné lieu à des observations complémentaires

Il est proposé de répondre à ce grief par une décision non spécialement motivée.

Le **quatrième moyen** est dirigé contre le rejet des demandes de Mme [M] fondé sur le harcèlement moral discriminatoire et la réparation de son préjudice.

Ce moyen est fondé sur une cassation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur les deuxième et troisième moyens dès lors qu’au soutien de ces demandes, la salariée invoque pour partie les mêmes faits que ceux dont elle se prévalait au soutien de ses demandes au titre de la discrimination et au titre des représailles.

Il appartiendra à la Cour d'apprécier ce moyen selon la réponse qui sera apportée au 2e et 3e moyen.