



## **AVIS COMPLÉMENTAIRE DE Mme BERRIAT, PREMIÈRE AVOCATE GÉNÉRALE**

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

**Pourvoi n° 21-21.615**

**Décision attaquée : Arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles  
en date du 27/05/2021**

**Mme [D] [M]**

**C/**

**Société Crédit Agricole Corporate et Investment Bank**

---

Cet avis complémentaire a pour objet d'une part de répondre de façon développée à la première branche du deuxième moyen et d'autre part d'effectuer une mise à jour de la jurisprudence européenne sur l'accord de retrait.

### **I. La première branche du deuxième moyen**

*Cette branche soutient 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 ; ».*

En d'autres termes, elle reproche à la cour d'appel de s'être abstenue d'interpréter l'article 136 de l'Equality Act en tenant compte de la jurisprudence britannique, selon laquelle le juge britannique devait appliquer cette disposition conformément au droit de l'Union, en prenant dans leur ensemble les faits primaires.

La réponse suppose résolues deux questions : celle de l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la décision du juge du fond lorsque celui-ci applique la loi étrangère et celle de la capacité de la salariée à démontrer que la cour d'appel a commis une erreur d'interprétation.

## **1 - L'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la décision du juge du fond**

Comme l'indique le rapport, le juge du fond ne doit pas seulement « photographier » le droit étranger mais l'interpréter au regard des règles applicables dans l'ordre juridique étranger<sup>1</sup>. Par conséquent en l'espèce, il appartient au juge du fond de prendre en considération les décisions judiciaires britanniques prises sur le fondement de l'article 136 de l'Equality Act. Or l'arrêt ne se réfère explicitement à aucune jurisprudence ni aucun document susceptible de définir l'interprétation que le droit britannique retient de l'Equality Act dont il fait une application littérale. Par conséquent, son interprétation de cette norme pourrait être censurée.

Cependant, la Cour de cassation reconnaît au juge du fond, de façon constante, un pouvoir souverain d'interprétation de la loi étrangère<sup>2</sup>. En la matière, elle limite son contrôle à la dénaturation et au défaut de motifs. Parmi les raisons que cite le rapport pour expliquer ce renoncement, le risque de commettre des erreurs plus lourdes de conséquences que celles que seraient susceptibles de commettre les

---

<sup>1</sup> Soc 20 février 1991, n° 88-41.910; 1<sup>ère</sup> Civ. 24 novembre 1998, n° 96-15.078.

<sup>2</sup> 1<sup>ère</sup> Civ. 16 mars 1999, n° 96-19.143; 1<sup>ère</sup> Civ. 20 décembre 2000, n° 98-23.099; 1<sup>ère</sup> Civ. 17 décembre 2008, n° 08-11.864; Soc 13 décembre 2017, n° 1513098.

juges du fond conduit la Cour de cassation à refuser de jouer un rôle créateur de droit en interprétant elle-même le droit étranger<sup>3</sup>.

Apprécier l'importance d'une décision de justice parmi l'ensemble de celles qui constituent la jurisprudence suppose en effet une parfaite connaissance du fonctionnement des institutions du pays dont le droit est invoqué devant le juge français.

Cette connaissance n'est plus à démontrer lorsqu'il s'agit, pour un Etat membre de l'Union européenne, du droit relevant de la compétence de l'Union. Dans ce cas, les sources du droit, qu'il s'agisse des traités, des directives, des règlements ou de leur interprétation par la CJUE, nous sont communes et permettraient à la Cour de cassation de fonder, sans risque, son interprétation de la loi étrangère sur un système juridique commun et une pratique usuelle.

Il n'en va pas de même pour les matières relevant des compétences retenues des Etats membres et de celles qui ont été expressément réservées par les articles 4 TUE<sup>4</sup>, 36<sup>5</sup> et 346 b) TFUE<sup>6</sup>.

La délimitation-même de ces matières pourrait s'avérer épineuse. Si la Cour devait faire évoluer sa jurisprudence en matière de droit international privé afin de contrôler l'interprétation par le juge du fond de la loi des Etats membres, le plus sûr serait donc de limiter cette évolution aux cas dans lesquels il lui appartiendrait de rechercher l'interprétation conforme au droit de l'Union. Mais comme je l'indiquais dans mon avis, l'obligation d'interprétation conforme du droit d'un autre Etat membre, affirmée au détour de certains arrêts de la CJUE, demeure discutable pour plusieurs Etats membres de l'Union, comme en témoigne la question posée il y a moins de deux ans par le tribunal de Sofia. Pour des raisons politiques et

---

<sup>3</sup> Voir La cassation en matière civile, Louis Boré Dalloz Action 2015/2016 §62.53.

4

Article 4 TUE : « 1. Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. 2. L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. 3. En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »

5

Article 36 TFUE : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. »

<sup>6</sup> Article 346 b) : « b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires. »

d'opportunité il paraît donc prudent de saisir la CJUE d'une question préjudicielle portant sur la possibilité pour un Etat membre de contrôler la conformité au droit de l'Union du droit d'un autre Etat membre.

Cette manière de circonscrire le contrôle de l'interprétation conduirait à rejeter la première branche pour envisager une évolution sur le fondement des deuxième et troisième branches du moyen.

## 2 - La démonstration d'une erreur d'interprétation

En tout état de cause, il n'est pas certain que les circonstances de l'espèce soient de nature à justifier une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Comme il a été rappelé dans l'avis, l'EU Withdrawal Act (EUWA) 2018 a déterminé le droit de l'Union maintenu en y intégrant notamment le droit de l'Union transposé. Sa validité et son sens doivent être décidés en accord avec la jurisprudence de la CJUE antérieure à la fin de la période de transition. Ces normes conservent donc le sens que leur donnait le droit de l'Union dans son ensemble.

Le droit de l'UE maintenu en droit interne doit être interprété conformément à la jurisprudence pertinente des tribunaux de l'Union européenne et du Royaume-Uni antérieure à la date de sortie (paragraphe 6(3) de l'accord de retrait). Cependant, la Cour suprême peut s'écarter de ces décisions si elle le juge approprié (alinéa 6(4)(a) de l'accord).

La question de savoir si les règles de preuve prévues en droit de l'Union continuent de s'appliquer depuis la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne fait actuellement l'objet d'un examen par la Cour suprême britannique, dans le cadre de l'affaire *Lipton and Another v BA City Flyer* - UKSC 2021/0098, qui concerne le règlement 261/2004<sup>7</sup>. L'audience devant la Cour suprême s'est tenue le 6 février 2024 et la décision est attendue dans les prochains mois.

---

7

Extraits du site Archive: Effect of EU law when interpreting Equality Act, 2021 to 2023 - Stammeringlaw - Stuttering/stammering : Pas de dérogation aux décisions de la CJUE si la demande a été présentée avant 2021?

Si la discrimination s'est produite avant le 1<sup>er</sup> janvier 2021, alors je pense très probable que la Cour Suprême et les cours d'appel demeurent liées par les décisions de la CJUE antérieures à 2021.

La raison légale en est d'une part l'interprétation Act 1978 qui dit qu'une abrogation n'affecte pas les droits et obligations accumulés auparavant, sauf si l'intention inverse est manifeste et d'autre part l'EUWA 2018 qui, par dérogation à l'article 6 § 3 semble parler de droit de l'Union maintenu, lequel est défini comme les lois qui continuent de produire effet après le 31 décembre 2020 en application de dispositions particulières. Voir la jurisprudence sur la dérogation au droit de l'Union maintenu : nouvel arrêt de la cour d'appel à propos de l'arrêt *Tuneln c. Warner* du 12 avril 2021

No departure from pre-2021 EU court decision if claim arose before 2021?

That is probably the position, but we await a court decision. If the discrimination happened before 1st January 2021, then I think most likely even the Supreme Court and Court of Appeal are still bound by pre-2021 EU court decisions.

The legal reason for this is s.16 Interpretation Act 1978 which says a repeal does not affect rights and obligations previously accrued unless the contrary intention appears, and s.6(4) EU (Withdrawal Act) 2018 which (as an exception to s.6(3)) seems to be talking of "retained EU law" which is defined as laws continuing to have effect after 31st December 2020 by virtue of particular provisions. See discussion at *Departing from retained EU case law: new Court of Appeal judgment* (eurelationslaw.com), about the *Tuneln* decision.

Il est probable que la Cour suprême maintienne les règles de preuve définies par la CJUE avant le 31 décembre 2020. Cependant, cette solution ne s'impose pas avec évidence et, pour cette raison, ne peut justifier une censure de l'arrêt d'appel. Vous serez donc conduits à rejeter la première branche du deuxième moyen.

## **II. Mise à jour de la jurisprudence européenne sur l'accord de retrait**

La CJUE a rendu le 14 mars 2024 un arrêt qui juge que les procédures en manquement contre le Royaume-Uni pour d'éventuelles violations commises avant la fin de la période de transition sont possibles au cours des quatre années suivant cette date<sup>8, 9</sup>.

Le manquement reproché par la Commission vise l'arrêt rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni pendant la période de transition, autorisant l'exécution d'une sentence arbitrale qui condamnait la Roumanie à verser à des investisseurs suédois une indemnité de 178 millions d'euros en raison de l'abrogation prématurée d'un régime d'aide à l'investissement<sup>10</sup>. Considérant cette indemnité comme une aide d'Etat incompatible avec le droit de l'Union, la Commission avait, le 25 mai 2014, interdit à la Roumanie de la payer.

L'arrêt rappelle la compétence de la CJUE en application des articles 87 et 127 de l'accord de retrait : *« 50 À titre liminaire, il convient de rappeler que, conformément à l'article 87, paragraphe 1, de l'accord de retrait, la Cour est compétente pour connaître des recours dont elle est saisie par la Commission en vertu de l'article 258 TFUE au cours de la période de quatre années suivant la fin de la période de transition, laquelle, en vertu de l'article 2, sous e), de cet accord, lu en combinaison avec les articles 126 et 185 dudit accord, s'étendait du 1er février au 31 décembre 2020 (ci-après la « période de transition »), lorsqu'elle considère que le Royaume-Uni a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu des traités avant la fin de cette période de transition.*

*51 En conséquence, dès lors que le manquement reproché au Royaume-Uni par le présent recours résulte, ainsi qu'il ressort du point 1 du présent arrêt, de l'arrêt en cause, rendu le 19 février 2020, pendant la période de transition, et que ce recours a été introduit par la Commission le 29 juillet 2022, au cours de la période de quatre années suivant la fin de cette période de transition, la Cour est compétente pour connaître dudit recours. ».*

Elle énonce, au point 53, que le Royaume-Uni doit durant cette période être considéré comme un Etat membre et non comme un Etat tiers *« Aux fins de l'examen de ces griefs, il convient d'emblée de relever que, conformément à l'article 127, paragraphe 6, de l'accord de retrait, le Royaume-Uni, même si le manquement qui lui est reproché est postérieur, ainsi qu'il a été relevé au point 51 du présent arrêt, à son retrait de l'Union, tout en étant antérieur à l'expiration de la période de transition, doit être considéré, aux fins de l'examen des griefs soulevés par la Commission à l'appui du recours de celle-ci, comme étant un « État membre », et non comme étant un État tiers, le paragraphe 1 de cet article 127 précisant, par ailleurs, que le droit de l'Union était applicable au Royaume-Uni pendant cette période de transition. ».*

---

<sup>8</sup> Cet arrêt a été signalé par le SDER.

<sup>9</sup> [CJUE C-516/22 Commission /Royaume-Uni.](#)

<sup>10</sup> [Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements \(CIRDI\) Ioan Miula, Viorel Micula and others v. Romania CIRDI n° ARB/05/20.](#)

Enfin, aux points 139 et 142 à 144, elle reproche à la Cour suprême de n'avoir pas saisi la CJUE d'une question préjudicielle : « 139 Il y a lieu d'emblée de relever que, en vertu de l'article 86 de l'accord de retrait, la Cour demeurerait compétente pour statuer à titre préjudiciel sur les demandes des juridictions du Royaume-Uni présentées avant la fin de la période de transition. Or, ainsi qu'il a déjà été indiqué au point 51 du présent arrêt, l'arrêt en cause a été rendu au cours de cette période. (...) 142 En outre, selon une jurisprudence constante de la Cour, une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne peut s'abstenir de soumettre à la Cour une question d'interprétation du droit de l'Union et la résoudre sous sa propre responsabilité lorsque l'interprétation correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Avant de conclure à l'existence d'une telle situation, la juridiction nationale statuant en dernier ressort doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux autres juridictions de dernier ressort des États membres et à la Cour, et cela en tenant compte des caractéristiques propres au droit de l'Union, des difficultés particulières que présente l'interprétation de ce dernier et du risque de divergences de jurisprudence au sein de l'Union (voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 2021, *Conorzio Italian Management et Catania Multiservizi*, C-561/19, EU:C:2021:799, points 39 à 41).

143 En particulier, la Cour a souligné à cet égard que, lorsque l'existence de lignes de jurisprudence divergentes – au sein des juridictions d'un même État membre ou entre des juridictions d'États membres différents – relatives à l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union applicable au litige en cause est portée à la connaissance de la juridiction nationale statuant en dernier ressort, celle-ci doit être particulièrement vigilante dans son appréciation relative à une éventuelle absence de doute raisonnable quant à l'interprétation correcte de la disposition de l'Union en cause et tenir compte, notamment, de l'objectif poursuivi par la procédure préjudicielle qui est d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (arrêt du 6 octobre 2021, *Conorzio Italian Management et Catania Multiservizi*, C-561/19, EU:C:2021:799, point 49).

144 Or, en l'occurrence, il convient de constater, en premier lieu, que la question de savoir si l'exécution, par un État membre, d'une sentence arbitrale rendue à l'égard d'un autre État membre en vertu des dispositions de la convention CIRDI, laquelle a été conclue par la plupart des États membres qui y sont parties avant leur adhésion à l'Union et constitue donc pour ceux-ci une convention internationale antérieure, au sens de l'article 351, premier alinéa, TFUE, implique que ces États membres sont tenus à des « obligations » à l'égard des États tiers ayant conclu cette convention, de telle sorte que ces derniers en tirent des « droits » corrélatifs qui seraient « affectés » par les dispositions des traités, au sens de cette disposition, est une question inédite dans la jurisprudence de la Cour. ».

Cet arrêt ne paraît pas directement transposable au pourvoi dans la mesure où il ne fait que mettre en application la procédure prévue afin de permettre à la CJUE de juger d'éventuels manquements commis par le Royaume-Uni durant la période de transition. Néanmoins, la fermeté de la position de la CJUE et le rappel de la nécessité de poser une question préjudicielle indiquent que la Cour de Justice pratique à l'égard du Royaume-Uni une application rigoureuse de l'accord de retrait qui pourrait la conduire à imposer que les litiges noués avant la fin de la période de transition soient jugés sous l'empire du droit de l'Union même lorsque la décision judiciaire est prononcée après la fin de celle-ci.

**Je m'en rapporte à mon avis et conclus à la transmission de deux questions préjudicielles, la première sur l'interprétation de l'accord de retrait du 17 octobre 2019 au regard de l'article 19 de la directive 2006/54 et la seconde sur l'interprétation conforme de la loi d'un autre Etat membre.**