



COUR DE CASSATION

**AVIS 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

Plan de l'avis

1- La discrimination	p.5
<i>1.1 En droit de l'Union</i>	p. 5
1.1.1 Définition de la discrimination	p. 5
1.1.2 Droit de la preuve	p. 5
<i>1.2 En droit britannique</i>	p. 7
1.2.1 Définition de la discrimination	p. 7
1.2.2 Droit de la preuve	p. 8
1.2.3 L'interprétation jurisprudentielle de l'article 136 de l'Equality Act	p. 9
<i>1.3 Application de l'Equality Act par la cour d'appel de Versailles</i>	p. 10
2 - Le droit de l'Union européenne est-il applicable ?	p. 10
<i>2.1 Les dispositions juridiques consécutives au Brexit</i>	p. 11
2.1.1 L'accord de retrait	p. 11
2.1.1.1 Le maintien de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale	p. 11
2.1.1.2 La compétence de la CJUE sur l'application de l'accord de retrait	p. 12
2.1.1.3 Le cas particulier des litiges portés devant les juridictions des Etats membres	p. 12
2.1.2 Le droit britannique	p. 13
2.1.2.1 L'autonomisation du droit interne	p. 13
2.1.2.2 Le droit de la preuve devant les juridictions britanniques	p. 15
<i>2.2 La spécificité de l'article 19 de la directive, règle de fond ou de procédure ?</i>	p. 16
2.2.1 Distinction entre règles de fond et règles de procédure	p. 16
2.2.2 Les dispositions créant un régime de preuve protecteur	p. 16
<i>2.3 Conclusion intermédiaire</i>	p. 17
3 - Faut-il limiter au droit national l'application du principe d'interprétation conforme ?	p. 18
<i>3.1 L'interprétation conforme du droit national</i>	p. 18

3.2 <i>L'interprétation conforme du droit d'un autre Etat membre</i>	p. 20
4- Faut-il faire évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit international privé ?	
4.1 <i>L'office du juge du fond</i>	p. 22
4.1.1 La connaissance de la loi étrangère	p. 23
4.1.2 L'application de la loi étrangère	p. 23
4.2 <i>Le contrôle par la Cour de cassation</i>	p. 24
4.3 <i>L'indispensable adaptation de la jurisprudence à l'extension de l'interprétation conforme</i>	p. 24
4.3.1 L'office du juge du fond	p. 25
4.3.2 Le contrôle par la Cour de cassation	p. 25
Conclusion	p. 26

Le litige se situe à la croisée du droit de l'Union européenne et du droit international privé et conduira la Cour de cassation à prendre position sur l'articulation de ces deux constructions juridiques. Elle devra examiner l'application dans le temps de l'accord de retrait mettant en oeuvre le Brexit afin de déterminer si le droit britannique appliqué a le statut de droit d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat tiers. Une question préjudicielle sera envisagée.

Dans un second temps, la Cour de cassation pourrait aussi s'interroger sur la pertinence d'une question préjudicielle portant sur le respect par les juridictions nationales du principe d'interprétation conforme au droit de l'Union, appliqué au droit d'un autre Etat membre.

Enfin, se posera la question de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation quant au contrôle qu'elle exerce sur l'application de la loi étrangère.

Faits et procédure

Une salariée embauchée en 2007 sous contrat à durée indéterminée de droit anglais a saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre le 23 septembre 2013 pour voir constater, en invoquant de nombreux faits affectant ses conditions de travail et sa rémunération, qu'elle avait fait l'objet de discriminations en raison de son sexe. En première instance le 26 juin 2019 comme en appel le 27 mai 2021 ses demandes ont été rejetées.

Le pourvoi

Le pourvoi a d'abord fait l'objet d'un rapport proposant un rejet non spécialement motivé, mais il a ensuite été examiné par la deuxième section de la chambre sociale qui l'a renvoyé en assemblée plénière.

Les premier et troisième moyens ainsi que les première et troisième à douzième branches du deuxième moyen ne sont pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons exposées dans l'avis de non-admission et le rapport, auxquels il est ici renvoyé. La réponse au quatrième moyen, de cassation par voie de conséquence, dépendra de celle que la Cour donnera au deuxième moyen.

La saisine de l'assemblée plénière a pour objet de permettre à la Cour de se prononcer sur les questions posées par les deuxième et treizième branches du deuxième moyen. Celles-ci reprochent à la cour d'appel de se fonder sur une interprétation de la loi anglaise contraire à l'article 19 §1 de la directive 2006/54 qui l'aurait conduite d'une part à examiner, non dans leur globalité mais successivement, chacun des faits discriminatoires invoqués et d'autre part à inverser la charge de la preuve¹.

Plus précisément, il est soutenu dans la deuxième branche du deuxième moyen 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*

¹ [Directive 2006/54 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 \(refonte\)](#)

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 ; »

Et il est affirmé dans la treizième 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. »

Répondre à ces branches du moyen rend nécessaire un rappel des normes applicables à la discrimination, en droit de l'Union comme en droit britannique et la résolution d'une question préalable portant sur la détermination de la loi applicable au jour du prononcé de l'arrêt.

1 - La discrimination

1.1 En droit de l'Union

1.1.1 Définition de la discrimination

Le droit de l'Union distingue discrimination directe et indirecte. Il entend par discrimination directe « *la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* »². Quant à la discrimination indirecte, il s'agit d'une « *situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* »³.

L'égalité entre les femmes et les hommes a fait l'objet de dispositions spécifiques dont le principe de l'égalité de rémunération, inscrit dans le Traité de Rome⁴. Après avoir reconnu l'effet direct de cette disposition, la Cour de Justice a érigé l'élimination des discriminations fondées sur le sexe en droit fondamental de la personne, faisant partie des principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect⁵. La charte des droits fondamentaux affirme en outre que « *l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération* »⁶.

1.1.2 Droit de la preuve

Afin de rendre effective l'application de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes la Cour de Justice a élaboré une jurisprudence constructive sur le droit de la preuve en matière de discrimination. Ainsi, elle a notamment jugé dans un arrêt du 27 octobre 1993 que « *la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations* »⁷.

Puis la directive 97/80/du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe a mis en place un régime probatoire spécifique. Ses considérants n° 17 et 18 relèvent que « *les parties demandresses en justice pourraient être privées de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité de traitement devant la juridiction nationale si le fait d'apporter la*

² Article 2 de la directive 2006/54/CE.

³ Id.

⁴ Article 119 TCE, devenu l'article. 157 TFUE

⁵ [CJCE, 8 avr. 1976, Defrenne c/Sabena, aff. 43/75](#) et [CJCE, 15 juin 1978, Defrenne c/Sabena, aff. 149/77](#).

⁶ [Article 23 de la Charte des droits fondamentaux](#).

⁷ [Arrêt Enderby, C-127/92 du 27 octobre 1993 point 14](#).

preuve d'une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à la partie défenderesse la charge de prouver que sa pratique n'est, en réalité, pas discriminatoire ; (...) la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé en conséquence que l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès lors qu'il existe une apparence de discrimination, et que, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ».

L'article 4 de la directive dispose que « 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- la présente directive n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse. (...)»

Enfin, la directive 2006/54 du 5 juillet 2006 est venue codifier les normes existantes en matière d'emploi et de conditions de travail dans un souci de sécurité juridique et de cohérence, mais aussi les étoffer en intégrant certaines solutions dégagées par la Cour de justice. Elle énonce dans son préambule 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 demanderesse⁸.* Son article 19 § 1 relatif à la charge de la preuve reprend à l'identique les termes de l'article 4 de la directive 97/80/CE.

Le régime de la preuve instaure donc une présomption, au bénéfice de la personne qui se dit victime de discrimination, lorsqu'elle est en mesure de présenter au juge des faits établissant une apparence de discrimination.

La CJUE interprète cette disposition de façon à donner à la directive un effet utile. Dans cette perspective, elle a jugé par un arrêt du 19 avril 2012 : « *Ainsi, il incombe à la juridiction de renvoi de veiller à ce que le refus d'information de la part de Speech Design, dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au détriment de Mme Meister, ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54. Il lui appartient, notamment, de prendre en compte toutes les circonstances du litige au principal, afin de déterminer s'il y a suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination soient considérés comme établis. (...) Toutefois, il ne saurait être*

⁸ Considérant 30 de la directive 2006/54/CE.

*exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse 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. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.*⁹»

Puis elle a précisé dans un arrêt du 25 avril 2013 que « *Dans une situation telle que celle à l'origine du litige au principal, le fait qu'un tel employeur n'ait pas clairement pris ses distances avec les déclarations en cause constitue un élément dont l'instance saisie peut tenir compte dans le cadre d'une appréciation globale des faits. (...) Dans le cadre de l'appréciation globale qu'il incomberait alors à l'instance nationale saisie d'effectuer, l'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être réfutée à partir d'un faisceau d'indices concordants. Ainsi qu'Accept l'a, en substance, fait valoir, parmi de tels indices pourraient notamment figurer une réaction de la partie défenderesse concernée dans le sens d'une prise de distance claire par rapport aux déclarations publiques à l'origine de l'apparence de discrimination ainsi que l'existence de dispositions expresses en matière de politique de recrutement de cette partie aux fins d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement au sens de la directive 2000/78*¹⁰. »

Il revient donc aux juridictions saisies de discriminations, interprétant le droit national conformément à l'article 19 §1 de la directive 2006/54 et à la jurisprudence de la CJUE, non seulement de prendre en compte toutes les circonstances du litige, mais de les apprécier de façon globale. Cette appréciation globale est importante car l'accumulation des faits subis par le salarié peut en effet caractériser l'apparence d'une discrimination.

Dans un second temps, il revient à l'employeur de démontrer que les mesures en cause n'étaient pas fondées sur une discrimination.

1.2 En droit britannique

1.2.1 Définition de la discrimination

Le droit relatif à la discrimination est défini par l'Equality Act, loi de transposition entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2010. En application de cette loi, un salarié ne peut démontrer une discrimination sexuelle directe ou indirecte qu'en effectuant une comparaison pertinente afin de démontrer un traitement moins favorable en considération de son sexe.

L'article 23 de l'Equality Act définit les conditions auxquelles doit répondre cette comparaison en indiquant dans son premier alinéa : « *Comparaison par référence aux circonstances : (1) Lors d'une comparaison de cas aux fins de l'article 13 (discrimination directe), 14 ou 19 (discrimination indirecte), il ne doit pas y avoir de différence importante entre les circonstances relatives à chaque cas.* »

⁹ [C-415/10 points 42 et 47.](#)

¹⁰ [C-81/12 points 50 et 58.](#)

Les articles 64 et 65 précisent quels sont les critères à prendre en compte afin d'examiner s'il existe une discrimination sexuelle entre plusieurs salariés. L'article 64 relatif au type de travail concerné énonce :

« (1) Les articles 66 à 70 s'appliquent quand :

a) Une personne (A) est employée pour réaliser un travail qui est égal au travail réalisé par un salarié pris en comparaison de sexe opposé (B)

b) Une personne (A) dirigeant une entreprise publique ou privée réalise un travail qui est égal au travail réalisé par une personne prise en comparaison de sexe opposé (B) (2) La référence au paragraphe 1 au travail réalisé par B n'est pas limitée au travail effectué à la même époque par A ».

L'article 65 qui définit le « Travail égal » précise :

(1) Dans le cadre de ce chapitre, le travail de A est identique au travail de B s'il est :

a) Identique au travail de B ;

b) Classé comme équivalent au travail de B ;

c) D'une valeur égale au travail de B

(2) Le travail de A est identique au travail de B si :

a) Le travail de A et le travail de B sont le même ou largement similaires, et

b) Les différences entre leurs travaux ne sont pas réellement importantes compte tenu de leurs conditions de travail

(3) Pour effectuer une comparaison du travail d'une personne avec le travail d'une autre personne dans le cadre de ce paragraphe, il est nécessaire de tenir compte de : a) La fréquence des différences intervenant en pratique entre leurs travaux, et b) La nature et l'importance de ces différences.

(4) Le travail de A est classé comme équivalent à celui de B si une étude d'évaluation des emplois :

a) Donne une valeur égale à l'emploi de A de B en terme d'exigences demandées à un travailleur, ou

b) Donnerait une valeur égale à l'emploi de A et de B en termes d'exigence si une évaluation n'a pas été réalisée selon une méthode tenant compte d'une différence entre les sexes

(5) Une méthode tient compte d'une différence entre les sexes si, pour les besoins d'une ou plusieurs exigences adressées aux salariés, elle met en place des valeurs différentes entre les hommes et les femmes.

(6) Le travail de A est d'une valeur égale au travail de B s'il :

a) N'est ni identique au travail de B, ni classé comme équivalent à celui de B, mais

b) Est néanmoins égal au travail de B en termes d'exigence reposant sur A en se référant à des facteurs tels que l'effort, la compétence ou encore la prise de décision.»

1.2.2 Droit de la preuve

L'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination est prévu par l'article 136 de l'Equality Act 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 [précédent] ne s'applique pas si A démontre que A n'a pas violé les dispositions concernées ».

Dans les notes explicatives de l'Equality Act, 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 ".

1.2.3 L'interprétation jurisprudentielle de l'article 136 de l'Equality Act¹¹

Il ressort des recherches engagées par le SDER que la conformité de l'article 136 de l'Equality Act à l'article 19 de la directive 2006/54 n'a pas été spécifiquement examinée par les juridictions du Royaume-Uni. Quelques exemples de jurisprudence montrent cependant que les juridictions qui ont à l'appliquer respectent le principe d'interprétation conforme.

Dans l'affaire *Efobi c. Royal Mail Group Ltd*, la Cour suprême a précisé que l'article 136 imposait uniquement aux juges du fond, dès le premier stade du test, afin de décider s'il existe ou non des faits à partir desquels ils pourraient conclure à l'existence d'une discrimination, d'examiner l'ensemble des éléments de preuve produits par les parties, en ce compris ceux présentés par l'employeur défendeur à l'action et non seulement ceux du 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.

Elle a en revanche estimé que 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 celui-ci ne soit en mesure d'apporter des éléments de preuve d'un acte de discrimination fondé sur des critères illégaux.

Elle a également rappelé que les juges du fond doivent être 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 *Ayodele v Citylink*, la cour d'appel a examiné l'interprétation à retenir de l'article 136. Les conclusions du Lord justice Singh indiquent que les dispositions pertinentes de l'Equality Act, notamment l'article 136, trouvent leur source dans le droit de l'Union européenne et citent les conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées dans l'affaire *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, expliquant que « *les trois directives [parmi lesquelles figure la directive 2006/54] ont, en ce qui concerne la charge de la preuve, opté pour un mécanisme qui permet d'alléger, sans la supprimer, ladite charge pour la victime* ». Lord justice Singh semble considérer que l'interprétation de l'article 136 devrait être conforme aux dispositions des directives qui en sont la source, en particulier à l'article 19 de la directive 2006/54.

Dans l'affaire *Talbott c. Costain Oil, Gas & Process Ltd & others* mentionnée par le mémoire ampliatif, la cour d'appel du travail a précisé la tâche des juges du fond s'agissant de l'établissement des faits de discrimination, en particulier des « faits primaires » correspondant aux premiers éléments de preuve mis à la charge du

¹¹ Cette partie est largement inspirée de la note du SDER « La charge de la preuve de la discrimination en droit de l'Union européenne et en droit anglais », 2 février 2024.

demandeur. Le tribunal du travail avait rejeté l'ensemble des demandes formées par la salariée sur le fondement de la discrimination et du harcèlement au motif que cette dernière avait échoué à rapporter la preuve de ses allégations.

La cour d'appel du travail a censuré la décision du tribunal du travail, estimant que ce dernier « *n'a 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. Il n'a pas tenu compte de l'image globale présentée par les preuves ou de l'ensemble des circonstances à partir desquelles des déductions pouvaient être faites ; il n'a pas évalué correctement les parties et les témoins ; il n'a pas pris correctement en considération les facteurs indiquant une discrimination ; et il s'est appuyé trop facilement sur la charge de la preuve* ». La Court of Appeal of England and Wales ne semble pas s'être prononcée sur cette affaire.

1.3 L'application de l'Equality Act par la cour d'appel de Versailles

La cour d'appel a procédé à l'examen de tous les faits invoqués par la salariée et jugé certains d'entre eux insuffisamment prouvés. Elle a ainsi écarté la rétrogradation, la signature sous la contrainte d'un avenant au contrat de travail, l'éviction brutale et vexatoire de son bureau et le caractère anormal de sa baisse de rémunération.

En revanche, elle tient pour établis l'annulation en avril 2011 de la mutation de la salariée à New-York après signature du contrat de détachement, la suppression de son poste à l'occasion d'une réorganisation, sa sortie du parcours de recrutement d'un directeur général adjoint et son déplacement d'un bureau individuel vers un open space. La cour examine chacun de ces faits isolément sans rechercher si, pris dans leur ensemble, ils laissent supposer l'existence d'une discrimination. Après avoir admis pour chacun d'eux la justification avancée par l'employeur, elle conclut à l'absence de discrimination¹².

L'arrêt fait application de l'article 136 de l'Equality Act. Toutefois, alors que le litige, noué avant le Brexit, est jugé en appel après la sortie de l'Union européenne, la cour n'indique pas si la loi britannique sur laquelle elle fonde sa décision est encore celle d'un Etat membre soumis au droit de l'Union ou déjà celle d'un Etat tiers.

2 - Le droit de l'Union européenne est-il applicable ?

Le 29 mars 2017, le Gouvernement britannique a, conformément à l'article 50 du Traité de l'Union, notifié formellement au Conseil par un courrier du 29 mars 2017 son intention, résultant du référendum du 23 juin 2016, de quitter l'Union européenne. La période dédiée à la négociation des modalités de son retrait, d'une durée initiale de deux ans, a été prolongée faute d'accord. Repoussé à trois reprises, le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne est devenu effectif le 31

¹² Si, à l'issue de cet examen de chacun des faits pris isolément elle conclut qu' « *il résulte de l'ensemble de ces éléments que [la salariée] échoue 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* », le simple usage du mot « ensemble » ne traduit pas la démarche probatoire en deux temps exigée par la CJUE.

janvier 2020. Un accord conclu le 17 octobre 2019 a organisé une période de transition jusqu'au 31 décembre 2020.

L'exécution du contrat de travail à l'occasion duquel la salariée invoque l'existence d'une discrimination s'est déroulée entre 2011 et 2013. Le 23 septembre 2013, date de la saisine du conseil de prud'hommes et le 26 juin 2019, lorsque cette juridiction a rendu son jugement, le Royaume-Uni était encore membre de l'Union européenne. En revanche, lorsque la cour d'appel s'est prononcée, le 27 mai 2021, il n'en faisait plus partie et la période de transition instaurée par l'accord de retrait était arrivée à son terme.

Pour répondre au pourvoi il importe donc au préalable de déterminer la date à laquelle le juge devait se placer afin de décider du droit applicable.

2-1 Les dispositions juridiques consécutives au Brexit

2.1.1 L'accord de retrait

Selon la CJUE, la notification de l'intention de retrait « *n'a pas pour effet de suspendre l'application du droit de l'Union dans l'Etat membre concerné* ». Par conséquent, le droit de l'Union « *reste pleinement en vigueur dans cet Etat jusqu'à son retrait effectif de l'Union.* ¹³ ». Il ressort de cette jurisprudence que les règles de preuve définies par l'article 136 de l'Equality act devaient alors être interprétées conformément au droit de l'Union jusqu'au retrait effectif du Royaume-Uni.

L'accord de retrait du 17 octobre 2019 définit le droit applicable durant la période de transition. Il stipule, ainsi que le mentionne le préambule, que le droit de l'Union est « *applicable au Royaume-Uni et sur son territoire, avec, en règle générale, le même effet qu'en ce qui concerne les États membres, afin d'éviter les perturbations au cours de la période durant laquelle le ou les accords sur les relations futures seront négociés* ». Il comprend aussi des dispositions favorisant la stabilité juridique après la fin de la période de transition.

2.1.1.1 Le maintien de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale

Dans sa troisième partie intitulée « Dispositions relatives à la séparation » l'accord consacre un titre VI à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale qui s'attache à maintenir cette coopération lorsque son élément déclencheur s'est produit avant la fin de la période de transition.

Ainsi les règlements Rome I et II continuent de s'appliquer respectivement aux contrats conclus et aux faits générateurs de dommages survenus avant la fin de la période de transition¹⁴ ; les règlements relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des décisions, aux transactions et aux créances incontestées s'appliquent aux décisions rendues « *dans le cadre d'actions judiciaires engagées avant la fin de la*

¹³ [CJUE 19 septembre 2018 C-327/18 § 45](#) et [23 janvier 2019 C-661/17 §54](#).

¹⁴ [Article 66 de l'accord de retrait](#).

période de transition »¹⁵. De même, les règles prévues par la directive 2003/8 pour l'aide juridictionnelle et par la directive 2008/52 sur la médiation demeurent en vigueur lorsque les demandes ont été formulées ou les projets de médiation convenus avant la fin de la période de transition¹⁶. C'est alors le point de départ de l'action qui détermine le droit applicable, et non la date à laquelle la procédure prend fin.

2.1.1.2 La compétence de la CJUE sur l'application de l'accord de retrait

La CJUE est compétente pour statuer sur toute procédure dont elle est saisie avant la fin de la période de transition, sur l'interprétation et l'application de l'accord de retrait, ainsi que sur tout manquement à l'une des obligations qui incombent au Royaume-Uni en vertu de sa quatrième partie^{17, 18, 19}.

La commission peut en outre saisir la CJUE, dans les quatre années suivant la fin de la période de transition, de tout manquement aux stipulations des traités ou à celles de l'accord lui-même ; de plus, elle peut saisir la CJUE dans les quatre années suivant les décisions prises par les institutions de l'Union si le Royaume-uni n'en respecte pas la force obligatoire²⁰.

Les arrêts et ordonnances de la CJUE 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-Uni²¹.

Enfin, aux termes de l'article 127 « 1. *Sauf disposition contraire du présent accord, le droit de l'Union est applicable au Royaume-Uni et sur son territoire pendant la période de transition. (...) 3. Pendant la période de transition, 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*».

2.1.1.3 Le cas particulier des litiges portés devant les juridictions des Etats membres

¹⁵ Article 67 de l'accord de retrait.

¹⁶ Article 69 de l'accord de retrait.

¹⁷ Article 86 de l'accord de retrait.

¹⁸ Article 87 de l'accord de retrait. La quatrième partie porte sur la période de transition, la portée des dispositions transitoires, les modalités institutionnelles, les dispositions spécifiques relatives à l'action extérieure de l'Union, le régime spécifique relatives aux possibilités de pêche, l surveillance et l'exécution de l'accord et la prolongation de la période de transition.

¹⁹ Article 131 de l'accord de retrait.

²⁰ Article 88 de l'accord de retrait.

²¹ Article 89 de l'accord de retrait.

Alors que l'accord règle les modalités de déroulement jusqu'à leur terme des litiges dont la CJUE est saisie, il ne contient aucune stipulation relative à l'application dans le temps du droit de l'Union régissant les litiges portés devant les juridictions des Etats membres²².

La jurisprudence de la Cour de Justice interprétant cet accord se limite à l'arrêt de grande chambre du 6 juin 2022, EP contre préfet du Gers, qui porte sur le maintien de la citoyenneté européenne au bénéfice d'une personne de nationalité britannique résidant en France depuis plus de 15 ans et privée, pour cette raison, du droit de vote au Royaume-Uni²³. En se fondant sur l'article 50 TUE, les articles 20 et 22 TFUE, l'accord de retrait et les articles 39 et 40 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour juge que cette ressortissante britannique a cessé de bénéficier de sa citoyenneté européenne au jour du retrait du Royaume-Uni en perdant la nationalité d'un Etat membre de l'Union.

La situation de fait ainsi jugée est très éloignée du litige qui vous est soumis. S'il peut être retiré de cet arrêt que la Cour de justice se montre stricte dans son interprétation de l'accord, il faut noter qu'elle avait à se prononcer sur un droit qui avait vocation à perdurer aussi longtemps que la ressortissante britannique demeurait dans un Etat membre.

Au contraire, la question de savoir si le régime de preuve instauré par l'article 19 de la directive 2006/54 continue de s'appliquer pendant toute la durée d'un litige engagé avant le retrait du Royaume-Uni porte sur une disposition par essence transitoire, dans la mesure où elle ne trouvera plus à s'appliquer une fois ces litiges définitivement tranchés. En outre, son maintien après la fin de la période de transition répond à l'objectif de sécurisation du droit affirmé dans le préambule de l'accord de retrait.

2.1.2 Le droit britannique

2.1.2.1 L'autonomisation du droit interne

L'European Communities Act de 1972, rendu nécessaire par le caractère dualiste du Royaume-Uni, avait introduit dans cet Etat le principe de la primauté du droit communautaire²⁴.

En abrogeant cette loi, l'EU Withdrawal Act (EUWA) du 20 juin 2018 met fin à la diffusion de nouvelles normes européennes dans le droit britannique. Adopté dans une période d'incertitude politique où la sortie du Royaume-Uni sans accord de retrait était envisageable, l'EUWA 2018 a également pour objet d'assurer une

²²Cette lacune peut trouver une explication dans le fait que, conformément aux orientations du Conseil européen des 29 avril et 15 décembre 2017 et du 23 mars 2018 sur la base desquelles l'accord a été conclu, les principales négociations ont porté sur la situation de l'Irlande du Nord, la possibilité d'un accord de libre échange, la coopération douanière ou les droits de pêche.

²³ [EP c. Préfet du Gers, C-673/20.](#)

²⁴ La première décision concernant la primauté du droit communautaire sur une loi postérieure est le jugement de la Court of Appeal dans l'affaire Pickstone (RTD eur. 1987, p. 668 s.) En particulier, l'arrêt Macarthys Ltd c/ Smith du 19 juillet 1979 a réaffirmé la primauté de l'article 119 CEE (devenu art. 141 CE puis art. 157 TFUE) sur l'Equal pay Act, antérieur, et sur le " sex discrimination Act " postérieur au traité de la CEE.

certainne stabilité juridique en déterminant le droit de l'Union qui constituera le « *droit de l'Union maintenu* » et continuera à produire effet en droit interne. Cette catégorie recouvre à la fois le droit de l'Union transposé par des textes normatifs britanniques, le droit de l'Union d'effet direct et l'ensemble « *des droits, pouvoirs, responsabilités, obligations, restrictions, recours et procédures qui ont un effet direct* ».

Le droit de l'Union transposé par la voie d'une législation primaire, d'une législation subordonnée ou d'un autre texte continuera de produire effet dans l'ordre juridique interne sur le fondement de ces textes et ne pourra être modifié que par des textes de valeur identique²⁵. Le droit de l'Union perd ainsi son statut autonome et ne peut plus, en tant que tel, prévaloir sur le droit britannique.

L'EUWA de 2018 précise 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)* ». Il ajoute qu' « *aucune cour ou tribunal ou autre autorité publique ne peut, le jour du retrait ou après celui-ci, écarter ou annuler tout texte législatif ou autre règle de droit, ou annuler une pratique ou décider qu'elle est illégale, parce qu'il est incompatible avec l'un des principes généraux du droit de l'UE* ».

Cette dernière disposition restreint considérablement l'application des principes généraux du droit de l'Union européenne et signifie qu'ils ne peuvent être pertinents que pour l'interprétation du droit de l'Union maintenu.

Les questions liées à la validité, au sens ou à l'effet d'une disposition du droit de l'Union maintenu dans l'ordre juridique interne, doivent donc être décidées en accord avec la jurisprudence et les principes généraux du droit de l'Union antérieurs au Brexit ainsi qu'en tenant compte des limites des compétences de l'Union européenne avant le jour du retrait²⁶. Conformément au paragraphe 3 de l'article 6, les décisions rendues par la CJUE avant le 1^{er} janvier 2021 constituent la référence à la lumière de laquelle le droit de l'Union maintenu doit être interprété. Par conséquent, tant que ces normes sont applicables, elles conservent sans limitation de durée le sens que leur avaient donné les directives, les règlements et les principes généraux de l'Union européenne²⁷.

²⁵ Article 2 §1 de l'EUWA 2018 « *la législation interne dérivée du droit de l'Union, telle qu'elle s'applique immédiatement avant le jour de la sortie [de l'Union européenne] reste en vigueur en droit interne après la sortie* ».

²⁶ Section 6 (3) de l'EUWA. : « *Any question as to the validity, meaning or effect of any retained EU law is to be decided, so far as that law is unmodified on or after exit day and so far as they are relevant to it— (a) in accordance with any retained case law and any retained general principles of EU law, and (b) having regard (among other things) to the limits, immediately before exit day, of EU competences* »

²⁷ Extrait de « Archives : Effets du droit de l'UE sur l'interprétation de la loi sur l'Égalité, 2021 à 2023 : (...) *il semble que les tribunaux britanniques devraient continuer à interpréter la loi sur l'égalité conformément à la directive-cadre sur l'emploi, y compris conformément aux décisions de la Cour de justice de l'UE rendues avant la fin de l'année 2020, à moins que la Cour suprême ou la cour d'appel ne décide de s'en écarter. Les décisions de recours en matière d'emploi interprétant la loi sur l'égalité pour se conformer à la directive et aux décisions de la Cour de justice de l'UE restent également contraignantes pour les tribunaux du travail (à moins qu'elles ne soient annulées par des juridictions supérieures)* ».

En application de l'EUWA de 2018 modifié par celui de 2020, le Gouvernement du Royaume-Uni disposait, du 26 juin 2018 au 31 décembre 2022, du pouvoir de modifier le droit de l'Union maintenu, si cette modification était rendue nécessaire par la sortie de l'Union européenne. Ainsi, au jour de l'arrêt attaqué, l'Equality Act avait fait l'objet d'une modification de stricte coordination, pour effectuer les changements de dénomination nécessaires en remplaçant notamment les termes « *droit de l'Union applicable* » par ceux de « *droit qui fait partie du droit de l'Union maintenu en application des sections 3 ou 4 de l'EU Withdrawal Act 2018* »²⁸.

Il ressort également de l'EUWA qu'après la période de transition, les juridictions du Royaume-Uni ne sont plus liées par la jurisprudence de la CJUE postérieure à la période de transition, mais peuvent néanmoins la prendre en compte si celle-ci leur paraît pertinente au regard du litige dont elles sont saisies^{29,30}.

2.1.2.2 Le droit de la preuve devant les juridictions britanniques

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 261/2004³¹.

Les faits à l'origine de la demande ont eu lieu en janvier 2018, un premier jugement a été rendu en juin 2019, puis un deuxième en février 2020 ; selon la décision en appel de 2021, « *[parce que] 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* »³². Certains articles de doctrine suggèrent que, contrairement à la solution ainsi retenue par la cour d'appel, l'approche habituelle à adopter lorsqu'une question met en jeu le droit de l'Union à une période antérieure à la fin de la période de transition devrait être d'appliquer le droit de l'Union en vigueur à cette époque³³. L'audience devant la Cour suprême s'est tenue le 6 février 2024 et la décision est attendue dans les prochains mois.

²⁸ Equality (Amendment and Legislation) (EU Exit) 2019.

²⁹ EUWA 2018 modifié, section 6, § 1 et 2.

³⁰ Depuis le 1er janvier 2024, une loi, Retained EU Law (Revocation and Reform) Act 2023, a supprimé le statut particulier du droit de l'Union maintenu. Les normes qu'il contenaient sont désormais désignées par l'expression « droit assimilé » (Assimilated Law) auquel ne s'appliquent plus les spécificités du droit de l'Union,

³¹ Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 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 d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

³² [Court of appeal \(Civil Division\), 30 mars 2021, Lipton and Others v BA City Flyer, \[2021\] EWCA Civ. 454.](#)

³³ V. Thomson Reuter Practical Law, " European Union (Withdrawal) Act 2018 : exceptions to savings and incorporation " ; Simon Whittaker, " Retaining European Union law in the United Kingdom ", Law Quarterly Review, 2021, 137 (Jul), pp 486 et 487 (plus particulièrement la note de bas de page 74) ; ainsi que ce post de blog de Williams, la partie intitulée " Le droit de l'UE s'applique généralement aux questions antérieures à la fin de la période de transition " (" EU law usually applies to matters before end of transition ").

2.2 La spécificité de l'article 19 de la directive, règle de fond ou de procédure ?

2.2.1 Distinction entre règles de fond et règles de procédure

Pour définir les règles d'application de la loi dans le temps, la Cour de Justice établit une distinction entre règles de procédure et règles de fond.

Elle a ainsi jugé que *« Si les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur, il n'en est pas de même des règles de fond. Au contraire, ces dernières sont habituellement interprétées comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, finalités ou économie, qu'un tel effet doit leur être attribué. Cette interprétation garantit le respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime en vertu desquels la législation communautaire doit être claire et prévisible pour les justiciables. La Cour a itérativement souligné l'importance que revêtent ces principes, en particulier dans les arrêts du 25 janvier 1979 (Racke, 98/78, Recueil p. 69 ; Decker, 99/78, Recueil p. 101), dans lesquels elle a déclaré qu'en règle générale, le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication et qu'il ne peut en être autrement qu'à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée. ³⁴»*

Cette jurisprudence est fréquemment réitérée : *« Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur, à la différence des règles de fond qui sont habituellement interprétées comme ne visant pas, en principe, des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur [voir, notamment, arrêts Salumi, point 9 ; du 6 juillet 1993, CTControl (Rotterdam) et JCT Benelux/Commission C-121/91 et C-122/9, point 22 ; du 7 septembre 1999, DeHaan, C-61/98, point 13, et du 14 novembre 2002, Ilumitrónica, C-251/00, point 29].³⁵»*

Cette distinction étant posée, à quelle catégorie de règles faut-il rattacher le régime de preuve prévu à l'article 19 de la directive 2006/54 ?

2.2.2 Les dispositions créant un régime de preuve protecteur

Les règles de preuve prévues par la directive 2006/54 présentent la particularité de protéger, au nom du principe d'effectivité, les personnes se disant victimes de discrimination en raison de leur sexe. Elles définissent les conditions d'une présomption de discrimination qui transfère à l'employeur la charge de la preuve contraire. Elles touchent ainsi au fond-même du droit et pourraient pour cette raison

³⁴ [Salumi, CJCE 12 novembre 1981, aff. 212 à 217/80, points 9 et 10.](#)

³⁵ [CJCE, 23 février 2006, Molenbergnatie, C-201/04, points 31 à 34](#)

être régies par la loi du jour de l'acte ou du fait à prouver, comme c'est le cas en droit français³⁶.

Toutefois, dans un arrêt Volvo, DAF trucks c. RM du 22 décembre 2022, la CJUE juge « *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). / Il y a donc lieu de considérer que l'article 17, paragraphe 1, de la directive 2014/104 constitue une disposition procédurale, au sens de l'article 22, paragraphe 2, de cette directive. À cet égard, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence rappelée au point 31 du présent arrêt, les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à la date à laquelle elles entrent en vigueur* »³⁷.

De cet arrêt, il peut être retiré que l'article 19 de la directive 2006/54, similaire à bien des égards à la disposition examinée, serait une règle de preuve d'application immédiate.

Dans cette hypothèse, lorsque la cour d'appel a statué, cet article en tant que disposition du droit de l'Union aurait bien cessé de s'appliquer. L'article 136 de l'Equality Act pris pour sa transposition serait alors devenu une simple loi britannique, loi d'un Etat tiers et non plus disposition du droit de l'Union.

2.3 Conclusion intermédiaire

En l'absence de décision de la CJUE, les juridictions des Etats membres ne sont pas en mesure de dire quel est le statut de la loi applicable aux litiges engagés avant la fin de la période de transition sur lesquels elles devront se prononcer après la fin de celle-ci.

La question demeure ouverte en premier lieu, en raison de la spécificité de l'accord de retrait dont l'objet était de préserver la stabilité juridique ; en second lieu, parce que la règle de preuve sur laquelle le pourvoi nous interroge présente la particularité, au nom du principe d'effectivité, de protéger la personne qui se dit victime de discrimination.

³⁶ [1^{ère} Civ. 28 avril 1986, Bull. Civ. I, n° 106](#) : « *Si, en général, les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au jour où le juge statue, il en est autrement pour les preuves préconstituées, qui sont soumises aux règles en vigueur au jour de l'acte qu'il s'agit de prouver* »

³⁷

[Volvo, DAF Trucks C. RM, CJUE 22 décembre 2022, C-267/20, points 84 à 86](#). L'article 17 de la directive 2014/104, relatif à la quantification du préjudice, dispose que « *1. Les États membres veillent 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. Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles. 2. Il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice. L'auteur de l'infraction a le droit de renverser cette présomption. 3. Les États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une procédure relative à une action en dommages et intérêts, une autorité nationale de concurrence puisse, à la demande d'une juridiction nationale, aider ladite juridiction nationale en ce qui concerne la quantification du montant des dommages et intérêts lorsque cette autorité nationale de concurrence estime qu'une telle aide est appropriée.* »

Il est donc nécessaire d'interroger la CJUE sur le point de savoir si, au regard de l'accord de retrait comme de la directive 2006/54, le droit applicable au litige relève du droit de l'Union ou du droit interne au Royaume-Uni.

Si la Cour de Justice nous dit que l'article 19 de la directive 2006/54 avait cessé de s'appliquer aux procédures en cours, vous pourrez considérer que la cour d'appel de Versailles devait appliquer la loi d'un Etat tiers en se conformant à votre jurisprudence en matière de droit international privé.

Si au contraire, cet article demeure applicable jusqu'au terme du litige, alors se pose la question de l'interprétation conforme au droit de l'Union de la loi d'un autre Etat membre, énoncée par les deuxième et treizièmes branches du deuxième moyen.

3 - Faut-il limiter au droit national l'application du principe d'interprétation conforme ?

3.1 L'interprétation conforme du droit national

Il est acquis depuis l'arrêt Van Gendre en Loos du 5 février 1963 que, pour la CJCE, *« la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants »*.

Dès 1964 la CJUE établit la primauté du droit de la CEE sur celui des Etats membres. Ainsi, dans l'arrêt Costa c. Enel, la Cour saisie d'une question préjudicielle portant sur plusieurs articles du traité CEE juge *« qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ; qu'en effet, en instituant une Communauté de durée illimitée dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »*.

Elle en déduit l'impossibilité pour les Etats membres de faire prévaloir sur le droit de la CEE une mesure unilatérale ultérieure. Et elle conclut qu' *« issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; que le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté »*³⁸. La construction politique de la Communauté exige donc que les règles qu'elle édicte soient respectées. La CJUE

³⁸ [CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, Costa c/ Enel](#)

l'énonce désormais ainsi : « *Le principe de primauté du droit de l'Union consacre la prééminence du droit de l'Union sur le droit des États membres. Ce principe impose dès lors à toutes les instances des États membres de donner leur plein effet aux différentes normes de l'Union* »³⁹.

Cette solution vaut aussi pour les règlements et les directives. La Cour estime qu' « *un justiciable ne peut se voir opposer par une autorité nationale des dispositions législatives ou administratives qui ne seraient pas conformes à une obligation inconditionnelle et suffisamment précise de la directive* »⁴⁰.

L'obligation d'interprétation conforme est la condition de l'efficacité du droit communautaire et s'impose notamment aux autorités juridictionnelles : « *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 (voir, en ce sens, arrêt du 15 mai 2003, Mau, C-160/01, Rec. p. I4791, point 34)* »⁴¹.

En cas de transposition imparfaite, elle impose au juge d'interpréter le droit national afin d'attribuer aux normes résultant de la transposition un sens nouveau ou d'appliquer, en prenant en considération l'ensemble du droit interne, une règle compatible avec le droit de l'Union : « *il convient de rappeler que le principe d'interprétation conforme requiert en outre 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, afin 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 arrêts du 4 juillet 2006, Adeneler e.a., C-212/04, Rec. p. I-6057, point 111, ainsi que Angelidaki e.a., précité, point 200).* »⁴².

« *En tout état de cause, il convient de rappeler que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'une situation relève du champ d'application d'une directive, la juridiction nationale est tenue, en appliquant le droit national, d'interpréter ce dernier dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat visé par celle-ci [voir en ce sens, notamment, arrêts du 10 avril 1984, von Colson et Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, points 26 et 28 ; du 13 novembre 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, point 8 ; du 10 mars 2005, Nikoloudi, C-196/02, Rec. p. I-1789, point 73, ainsi que du 28 janvier 2010, Uniplex (UK), C-406/08, Rec. p. I-817, points 45 et 46].* »

³⁹ [CJUE, 24 juin 2019, aff. C-573/17, Poplawski 2, points 53 et 54.](#)

⁴⁰ [CJCE, 7 juill. 1981, aff. 158/80,- CJCE, 19 janv. 1982, aff. 8/81.](#) - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0126>

⁴¹ [CJCE octobre 2004, Pfeiffer, C-397/01, points 110 à 114.](#)

⁴² [CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, Maribel Dominguez, pt 27.](#) - [CJUE, 25 avr. 2013, aff. C-81/12, AsociaTia Accep, point 71](#) : . - [CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, Assoc. de médiation sociale, points 37 et s.](#)

Au-delà des mesures spécifiquement adoptées pour la transposition de directives, la Cour a étendu le principe de l'interprétation conforme à l'ensemble du droit national postérieur ou antérieur à la règle communautaire de référence, quel que soit son rang et abstraction faite, le cas échéant, de sa nature transitoire⁴³.

Ce principe impose notamment aux juridictions nationales, en vue de garantir l'effectivité de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union, d'interpréter, dans toute la mesure possible, leur droit interne de manière conforme au droit de l'Union. Le respect de ce principe est sanctionné par une obligation générale, au profit des justiciables, de réparation des dommages résultant d'une violation du droit communautaire⁴⁴.

Il s'agit donc d'une obligation fondamentale du droit de l'Union européenne, conséquence de la primauté de son droit, considérée par la CJUE comme une condition indispensable à l'effectivité de son système juridique, comme de son fonctionnement politique.

3.2 L'interprétation conforme du droit d'un autre Etat membre

En vertu des principes de primauté et de confiance mutuelle, le juge national, juge du for, est-il tenu par une obligation d'interpréter le droit d'un Etat membre conformément aux directives européennes ?

Dès 1981, la CJCE a jugé 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 État membre »*⁴⁵. Tout en affirmant le principe de ce contrôle, la Cour porte alors son attention sur le point de savoir si l'application du droit de l'autre Etat membre est nécessaire au règlement du litige.

Elle a de nouveau dit dans un arrêt de 2003 que *« les questions posées étant destinées à permettre à la juridiction de renvoi d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire de la législation d'un autre État membre, la Cour doit être informée de manière circonstanciée des raisons qui amènent cette juridiction à considérer que la réponse à ces questions est nécessaire pour lui permettre de rendre sa décision. »*⁴⁶.

⁴³ [CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, Marleasing SA point 13](#); [CJCE, 13 juill. 2000, aff. C-456/98, Centrosteeel](#) ; - [CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-372/99, Comm. c/ Italie](#); [CJCE, 23 févr. 1999, aff. C-63/97, BMW](#).

⁴⁴ [CJCE, 19 nov. 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Francovich, Bonifaci, e.a. c/ Italie point 33](#) : *« la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre »*; arrêt du 24 juin 2019, Poplawski, C-573/17, EU:C:2019:530, point 57.

⁴⁵ [CJCE Foglia 16 dec. 1981, 244/80, point 30](#).

⁴⁶ [CJCE Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins, 21 janv. 2003 C-318/00 point 45](#).

La Cour de Justice admet la recevabilité de questions préjudicielles posées par le juge du for, lorsqu'il applique un autre droit que le sien, émanant d'un autre Etat de l'Union : « (...) *il résulte d'une jurisprudence constante (voir notamment, l'arrêt du 9 octobre 1984, Heineken, 91 et 127/83, Rec. p. 3435) que, 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 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*⁴⁷. »

Plus récemment, dans un arrêt Ryanair du 18 novembre 2020, la Cour de Justice reconnaît l'existence d'une telle obligation d'interprétation conforme. Elle précise 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)* » (§ 51). La Cour indique à la juridiction de renvoi polonaise qu'elle doit examiner la validité de la clause attributive de compétence au regard de la législation de l'Etat dont les juridictions sont désignées dans cette clause, c'est-à-dire ici au regard du droit irlandais (§ 50). En appliquant ce droit, la juridiction devra l'interpréter conformément au droit de l'Union et notamment à la directive 93/13 afin d'examiner si cette clause n'est pas abusive au sens de cette directive. La Cour indique ainsi précisément à la juridiction polonaise la voie interprétative qu'elle doit suivre afin d'articuler l'application de l'article 25 du règlement 1215/2012 et de la directive 93/13.

S'il est vrai que les arrêts auxquels la Cour fait référence ne font que reprendre l'expression traditionnelle de l'obligation d'interprétation conforme liant le juge du for lorsqu'il applique son propre droit national, cette référence qui peut paraître « forcée », loin d'affaiblir l'expression de la décision, signifie au contraire que la Cour considère l'interprétation conforme du droit d'un autre Etat membre comme découlant naturellement du principe d'interprétation conforme tel qu'il s'applique au moins depuis l'arrêt Costa c. Enel. Pour la Cour de Justice, une loi de transposition émanant d'un autre Etat membre n'est pas une loi étrangère mais une norme qui trouve sa source dans le droit de l'Union. Il revient donc au juge national de l'appliquer en tant que juge du droit de l'Union.

Dans un arrêt du 20 mai 2021, la CJUE a répondu aux questions préjudicielles d'une juridiction polonaise sur la conformité du droit letton à la directive 2009/103 concernant l'assurance de responsabilité civile, y compris pour dire que l'un des articles de cette directive s'oppose à l'une des dispositions de droit letton applicable au litige⁴⁸. Or, si le juge polonais interroge la Cour, c'est bien pour ensuite interpréter le droit letton à la lumière de sa réponse.

En 2021, le tribunal de Sofia a saisi la Cour de Justice de cette question : « *Le principe selon lequel le juge national est tenu d'interpréter le droit national d'une*

⁴⁷ [CJCE 23 novembre 1989, Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik 4711, aff.C-150/88, point 12.](#)

⁴⁸ [CJUE 20 mai 2021, aff. C-707/19.](#), points 32 à 36.

*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 Etat membre de l'Union européenne ?⁴⁹ ». En l'espèce, la juridiction bulgare s'interrogeait sur la compatibilité du droit allemand, qu'elle devait appliquer, avec celui de l'Union et la question relative à l'obligation d'interprétation conforme succédait à cette première interrogation. En réponse à cette première question, la Cour de Justice conclut à la conformité du droit allemand à la directive en cause : celle-ci doit être « *interprétée en ce sens qu'elle 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 d'accidents de la circulation à la condition que ce préjudice ait entraîné un dommage pathologique chez de tels membres de la famille proche* ». La conformité du droit allemand étant admise, la Cour de Justice n'a pas eu à répondre à la question relative à l'obligation conforme, la clarification attendue n'a donc pas eu lieu.*

Enfin, par un arrêt du 8 décembre 2022, la CJUE a jugé qu' « *En tout état de cause, les exigences énoncées à l'article 42, à l'article 141, sous e), et à l'article 226, point 11 bis, de la directive TVA ne sauraient varier d'un État membre à un autre. 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).*⁵⁰ »

L'obligation d'interprétation conforme du droit d'un autre Etat membre, affirmée au détour de certains arrêts, 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. Si cette obligation était affirmée de façon plus explicite, le droit de l'Union y gagnerait la certitude de son respect par l'ensemble des juridictions nationales. La Cour de Justice pourrait aussi à cette occasion préciser les conditions d'une décision de non-conformité par le juge du for. Il paraît donc opportun de saisir la CJUE d'une seconde question préjudicielle portant sur l'obligation d'interpréter le droit d'un autre Etat membre conformément au droit de l'Union.

Une réponse positive de la Cour de Justice vous conduirait à faire évoluer votre jurisprudence en matière de droit international privé, tant sur l'office du juge du fond que sur le contrôle exercé par la Cour de cassation.

4 - Faut-il faire évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit international privé ?

⁴⁹ [CJUE, 15 déc. 2022, aff. C-577/21](#). La juridiction bulgare était saisie d'une action en indemnisation de victimes d'accidents de la circulation et elle devait appliquer le droit allemand transposant la directive 2009/103 CE du 16 septembre 2009 relative à l'assurance automobile obligatoire. En l'espèce une femme de nationalité bulgare était décédée lors d'un accident de la circulation survenu en Allemagne en 2014, alors qu'elle était passagère d'un véhicule conduit par son mari. L'assureur du responsable, une entreprise d'assurance allemande, avait versé à leurs filles, qui résidaient en Bulgarie, la somme de 5000 euros en réparation du préjudice lié au décès de leur mère. Les filles ont saisi la juridiction bulgare afin d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice extrapatrimonial. La loi applicable au litige était la loi allemande, pays où le fait dommageable était intervenu (en vertu de l'article 4§1 du Règlement Rome II, règl. n° 864/2007).

⁵⁰ [CJUE 8 décembre 2022? Luxury Trust Automobil, C-247/21, point 67](#).

En appliquant l'Equality Act comme l'aurait fait un juge anglais, la cour d'appel de Versailles a respecté votre jurisprudence en matière de droit international privé.

4.1 L'office du juge du fond

En présence d'un contrat relevant du droit d'un Etat tiers, il revient au juge d'établir le contenu du droit étranger applicable et de l'appliquer comme l'aurait fait le juge de cet Etat.

4.1.1 La connaissance de la loi étrangère

Depuis les arrêts rendus le 28 juin 2005 au visa de l'article 3 du code civil par la première chambre civile et la chambre commerciale, la Cour de cassation décide qu'il incombe au juge qui, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher 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 étranger⁵¹.

Les parties établissent le contenu de la loi étrangère par des certificats de coutume ou sur la base d'autres documents, textes de lois, décisions de justice, livres universitaires. Le juge doit procéder à des vérifications pour s'assurer que la règle de droit invoquée par la partie est réellement applicable et que la citation ou la source de droit est authentique. Lorsque la loi applicable est celle d'un membre de l'Union européenne, le juge peut avoir recours au Réseau judiciaire européen qui dispose de points de contact nationaux à même de fournir des informations sur la loi d'un autre État membre.

4.1.2 L'application de la loi étrangère

Le juge du fond doit appliquer la loi étrangère en fondant sa décision sur les textes normatifs étrangers et sur la jurisprudence, afin de trancher le litige comme l'aurait fait un juge du pays d'origine^{52,53}, y compris pour ce qui concerne les règles procédurales applicables aux décisions prises dans ce pays⁵⁴. S'il ne trouve pas de jurisprudence, il lui revient d'appliquer les méthodes d'interprétation généralement pratiquées par le juge étranger. Et s'il se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve du contenu de la loi étrangère, il peut appliquer la loi française. L'obligation de rechercher la teneur de la loi étrangère est donc une obligation de moyens⁵⁵.

Cependant, le juge français ne peut pas appliquer une loi étrangère contraire aux dispositions d'une convention signée par la France. Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'une loi étrangère désignée par une règle de conflit émanant d'un traité devait

⁵¹ [1e Civ., 28 juin 2005, Aubin, n° 00-15.734](#) et [Com., 28 juin 2005, Itraco n° 02-14.686](#), [Com. 24 juin 2014, n° 10-27.648](#), [Bull. civ. IV, no 112](#). - [Crim. 1er déc. 2015, n° 14-80.394](#).

⁵² [1e Civ 1er juillet 1997 Africatour, n°95-15.262](#)

⁵³ [Soc. 8 févr. 2005, n° 02-46.959](#)

⁵⁴ [1e Civ, 6 déc. 2005, Nestlé, n° 02-19.208](#)

⁵⁵ [1e Civ. 21 nov. 2006, Enfant Mikhaïl, no 05-22.002](#)

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 fondamentales⁵⁶.

Selon une partie de la doctrine, si la loi applicable provient d'un État membre de l'Union, « *il y a lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, qui a pour objectif d'éviter les divergences d'interprétation au sein de l'Union, afin de savoir si la disposition de droit européen invoquée s'oppose à la disposition de la loi désignée. Il y a lieu de préciser que sont recevables de telles questions préjudicielles, " 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 no 4711, aff. C-150/88, pt 12, en combinaison avec le pt 1)* »⁵⁷.

4.2 Le contrôle par la Cour de cassation

Les juges du fond exercent un pouvoir souverain d'appréciation lors de l'application et de l'interprétation de la loi étrangère, mais la Cour de cassation sanctionne les cas de dénaturation⁵⁸, et exerce un contrôle sur les motifs de l'arrêt⁵⁹. Elle vérifie l'existence d'une motivation suffisante sur le terrain de la preuve, de l'application et de l'interprétation de la loi étrangère. La Cour de cassation s'assure, au moyen de ce contrôle que le juge a effectivement entrepris des démarches suffisantes pour connaître la loi étrangère et sa jurisprudence et qu'il a précisé la disposition de la loi étrangère sur laquelle il s'appuie⁶⁰. Elle ne sanctionne pas une application erronée de la loi étrangère, mais uniquement une insuffisance des explications fournies dans le jugement, encore que la limite entre ces deux types de contrôle soit parfois subtile.

Les limites de ce mode de contrôle demeurent assez floues car, comme l'indique la doctrine « *La connaissance de la loi étrangère, qui implique l'appréhension de l'ensemble des sources étrangères, 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 du système étranger, au regard du droit positif en vigueur* »⁶¹.

Le contrôle de la Cour de cassation tend ainsi à se développer, par une acception extensive du contrôle des motifs. En l'espèce la cour d'appel qui n'a pas dénaturé la loi britannique, a très précisément indiqué les dispositions qu'elle appliquait et ainsi satisfait à l'obligation de motiver sa décision. En l'absence de contrôle de

⁵⁶ [1e Civ., 31 janv. 1990, n° 87-18.955](#)

⁵⁷ Répertoire de droit international, *Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère* Pierre RABOURDIN et Horatia MUIR WATT, avril 2017.

⁵⁸ [1re Civ, 3 juin 2003, n° 01-00.859](#)

⁵⁹ [1e Civ., 20 fév. 2008, n° 06-19.936.](#)

⁶⁰ [1e Civ, 6 févr. 2007, Consort Sezer, n° 05-19.333](#)

⁶¹ H. MUIR WATT, note ss [Civ. 1re, 22 oct. 2008, n° 07-14.934](#) et [Civ. 1re, 17 déc. 2008, n° 08-11.864](#) , Rev. crit. DIP 2009. 53).

l'interprétation de la loi britannique et sous réserve que le droit de l'Union ait cessé de s'appliquer, il n'y aurait pas lieu de casser l'arrêt.

4.3 L'indispensable adaptation de la jurisprudence à l'extension de l'obligation d'interprétation conforme

Si la CJUE décidait que le juge du for est tenu de respecter le principe d'interprétation conforme, l'office du juge du fond en serait transformé et la Cour de cassation devrait amplifier son contrôle.

4.3.1 L'office du juge du fond

Lorsqu'il appliquerait la loi d'un Etat membre relevant de la compétence du droit de l'Union, le juge du fond serait dans l'obligation d'en rechercher l'interprétation conforme et de motiver sa décision en conséquence.

Cette recherche ne serait pas dénuée de difficultés, car il lui faudrait vérifier si, indépendamment de la loi, d'autres normes telles que la jurisprudence et, pour le droit du travail, les conventions collectives, ne permettent pas d'appliquer le droit de l'Etat membre conformément à celui de l'Union. Mais il pourrait compter sur la contribution des parties à cet inventaire approfondi des normes applicables.

En contrepartie, comparée à l'actuelle application de la loi étrangère, celle du droit de l'Union serait plus aisée et plus sûre en raison à la fois de son caractère habituel et des nombreuses sources d'informations mises à la disposition du juge.

4.3.2 Le contrôle par la Cour de cassation

D'un contrôle limité aux motifs et à la dénaturation, la Cour de cassation devrait passer au contrôle de l'interprétation de la loi de l'Etat membre. Il lui faudrait s'assurer que le juge du fond s'est interrogé sur la conformité de cette loi au droit de l'Union et qu'il n'a pas commis d'erreur dans son analyse.

En formulant sa propre interprétation de la loi d'un autre Etat membre, la Cour de cassation ne porterait pas atteinte à une souveraineté que celui-ci a déjà accepté de limiter en intégrant l'Union européenne, comme le souligne l'arrêt *Costa c. Enel*.

Le risque de méconnaître son droit serait faible car elle ne ferait qu'appliquer un droit connu. Pour réduire encore ce risque, rien ne l'empêcherait, dans le cas d'une loi qu'elle serait tentée de déclarer non conforme, de saisir la CJUE d'une question préjudicielle afin d'éviter les divergences d'appréciation entre Etats membres.

Ce contrôle serait adapté à la nature de la loi d'un Etat membre relevant de la compétence de l'Union européenne qui, en réalité n'est pas une loi étrangère mais une norme puisant à la même source que nombre de nos lois nationales.

Conclusion

La rédaction de l'accord de retrait, et plus particulièrement l'absence de stipulations portant sur le droit applicable aux litiges engagés devant les juridictions des Etats

membres durant la période de transition, mais encore pendant après la fin de celle-ci, fait naître un doute sur le point de savoir si le droit de l'Union demeurerait applicable lorsque la cour d'appel a prononcé l'arrêt attaqué.

Ce doute est renforcé par la nature de l'article 19 de la directive 2006/54 que la Cour de Justice pourrait considérer comme une règle de procédure d'application immédiate, malgré son caractère protecteur.

Il me paraît donc nécessaire de saisir la Cour de Justice d'une question préjudicielle énonçant cette interrogation.

Si la Cour de Justice nous répondait que le droit de l'Union était bien applicable, alors il y aurait lieu d'appliquer sa jurisprudence sur le principe d'interprétation conforme, qui semble en imposer le respect lorsque les juridictions nationales appliquent la loi d'un autre Etat membre. La Cour de cassation, qui ne contrôle pas l'interprétation de la loi étrangère par le juge du fond serait alors amenée à faire évoluer sa jurisprudence afin de vérifier que celui-ci a effectivement interprété la loi de l'autre Etat membre conformément au droit de l'Union.

Cependant, d'une part la Cour de Justice n'a pas affirmé de façon explicite l'existence d'une telle obligation et d'autre part son respect par l'ensemble des Etats membres représente pour l'Union européenne une évolution politique vers un surcroît d'intégration d'une importance telle qu'il paraît nécessaire d'interroger la Cour de Justice sur ce second point aussi.

C'est pourquoi je suis d'avis de transmettre à la Cour de Justice deux questions préjudicielles en ce sens.

Avis de 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.

