

ÉTUDE ANNUELLE

2017



Le juge et la mondialisation

*dans la jurisprudence de
la Cour de cassation*

ÉTUDE ANNUELLE
2017

Le juge et la mondialisation
dans la jurisprudence de la Cour de cassation



COUR DE CASSATION

CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Article R. 431-9 (décret n° 2008-522 du 2 juin 2008) :

« Il est fait rapport annuellement au président de la République et au garde des sceaux, ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution. »

Article R. 431-10 (décret n° 2008-522 du 2 juin 2008) :

« Le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées. »

Avertissement

Ayant constaté que des études ou des commentaires d'arrêts avaient été reproduits sans autorisation, la Cour de cassation entend rappeler ce qui suit :

En application du code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, microfilmage, scannérisation, numérisation...), sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

Il est également précisé que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2017

ISBN : 978-2-11-145469-9

ISSN : 0984-5925

SOMMAIRE

LISTE DES CONTRIBUTEURS	4
AVANT-PROPOS, Par Madame Nathalie Blanc	5
LE JUGE ET LA MONDIALISATION	17
PARTIE 1. LE DÉPASSEMENT DES FRONTIÈRES	19
TITRE 1. LE JUGE ET LA MONDIALISATION DES RÈGLES	19
Chapitre 1. Le juge et la circulation des règles nationales	19
Chapitre 2. Le juge et la multiplication des règles supranationales	36
TITRE 2. LE JUGE ET LA MONDIALISATION DE LA JUSTICE	96
Chapitre 1. L'ouverture aux justices étrangères	96
Chapitre 2. La collaboration des justices nationales	143
Chapitre 3. L'émergence d'une justice mondiale	171
PARTIE 2. LA PERSISTANCE DES TERRITOIRES	187
TITRE 1. LA MONDIALISATION ET LA COMPÉTENCE DU JUGE FRANÇAIS	187
Chapitre 1. Le maintien de la compétence du juge français	187
Chapitre 2. Les conséquences attachées au maintien de la compétence du juge français	222
TITRE 2. LA MONDIALISATION ET L'APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS	245
Chapitre 1. La désignation de la loi française	245
Chapitre 2. L'éviction de la norme étrangère	269
TABLE DES MATIÈRES	293

LISTE DES CONTRIBUTEURS

**Ont contribué à l'étude sous la direction scientifique
de Madame le professeur Nathalie Blanc:**

Mme Laurence Abgrall-Baugé	Mme Annick Isola
M. Jean-Noël Acquaviva	Mme Renée Koering-Joulin
M. Lionel Ascensi	M. Benoît Laurent
M. Patrick Beghin	Mme Rachel Le Cotty
M. Nicolas Bonnal	Mme Sylvia Le Fischer
Mme Catherine Brouard-Gallet	M. Édouard de Leiris
Mme Sophie Canas	M. Pascal Lemoine
Mme Claire Carbonaro	M. Alain Liénard
Mme Danièle Caron	M. Patrick Matet
Mme Delphine Chauchis	M. Philippe Mollard
Mme Anne-Lise Collomp	M. Denis Mondon
M. Alexis Contamine	Mme Françoise Nési
M. Alexandre David	Mme Nathalie Palle
M. Grégoire Finidori	Mme Sylvaine Poillot-Peruzzetto
M. Philippe Flores	M. Xavier Prétot
M. Thierry Fossier	Mme Frédérique Schmidt Mme
Mme Géraldine Guého	Sylvie Tréard
M. Dominique Hascher	M. Laurent Truchot
Mme Caroline Henry	Mme Bénédicte Vassallo
M. Jean-Guy Huglo	M. Raphaël Weissmann

En collaboration avec le comité de suivi et d'harmonisation composé de :

Mme Claudie Aldigé
M. Christian Charruault
Mme Renée Koering-Joulin
M. Xavier Prétot
M. Bruno Sturlèse

AVANT-PROPOS

Par Madame Nathalie Blanc,
professeur de droit privé et sciences criminelles à l'université Paris 13

Une Cour de cassation. « Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation. » Ce principe, placé en tête des dispositions du code de l'organisation judiciaire relatives à la Cour de cassation¹, éclaire le rôle unificateur de la Haute juridiction. Pour que l'interprétation du droit soit la même partout en France, de Brest à Nice, en passant par Saint-Denis de la Réunion et Paris, le territoire français ne connaît qu'une seule juridiction placée au sommet de l'ordre judiciaire. Au fond, la Cour de cassation a contribué, à l'échelle de la France, à un mouvement de globalisation du droit². Au lendemain de la Révolution, le Consulat a abrogé les coutumes moquées par Voltaire³. L'unification du droit français, réalisée par une fusion des coutumes pratiquées au nord et du droit romain enseigné au sud, a permis de construire l'unité du pays. L'unification du droit supposait l'unité de son interprétation. Telle a été la mission confiée à la Cour de cassation⁴. Comme elle l'exprime elle-même, l'unicité de juridiction « est indissociable de la finalité essentielle de cette Cour, qui est d'unifier la jurisprudence, de faire en sorte que l'interprétation des textes soit la même sur tout le territoire. C'est l'unicité de la juridiction qui permet l'uniformité de l'interprétation, et donc l'élaboration d'une jurisprudence appelée à faire autorité. Unicité et uniformité sont les conditions l'une de l'autre⁵ ».

La Cour de cassation et la mondialisation. Le phénomène postmoderne de la mondialisation vient remettre en cause cette fonction essentielle⁶. D'une part, l'unicité

1. Article L. 411-1 du code de l'organisation judiciaire.

2. Le terme de globalisation est ici entendu dans son sens littéral de la réunion de plusieurs éléments en un tout.

3. Voltaire, Lettre à Madame la Marquise du Deffand, *Correspondances*, 1764. Dans son *Dictionnaire philosophique portatif*, daté de 1764, Voltaire entame ainsi sa définition des coutumes : « il y a, dit-on, cent quarante-quatre coutumes en France qui ont force de loi ; ces lois sont presque toutes différentes. Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste ».

4. La Cour de cassation a remplacé, le jour de l'avènement de l'Empire, le Tribunal de cassation créé en 1790, dont le rôle était encore plus radical. Était nié tout pouvoir d'interprétation aux juges, afin de briser le pouvoir des parlements de l'Ancien régime. Mais le Tribunal de cassation tendait déjà à réaliser l'unité du droit. Sur ce point, voir F. Zénati, « La nature de la Cour de cassation », colloque Cour de cassation, 2002, www.courdecassation.fr : « Le Tribunal de cassation est un des instruments par lesquels le droit intermédiaire a voulu assurer l'égalité civile que garantit la loi. En brisant les décisions réfractaires, le Tribunal de cassation, bras séculier de la loi, assurait son respect dans toutes les contrées de la République, ce qui est demeuré une fonction primordiale de la cassation. »

5. Site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr

6. Qualifiant la mondialisation de paradigme postmoderne, voir A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2^e éd., LGDJ, 2004, p. 19 et s.

de juridiction est mise à mal parce que la Cour de cassation est désormais concurrencée par des juridictions supranationales. Elle n'est plus seule à fixer l'interprétation des textes. D'autre part, l'unicité de juridiction est perturbée parce que le territoire lui-même perd de sa pertinence : même si les frontières ont toujours été franchies, elles sont aujourd'hui allégrement dépassées. L'homme moderne n'est plus assigné à résidence : il devient un citoyen du monde. Dès lors, la Cour de cassation, qui a été conçue comme un instrument d'unification du droit à l'échelle de la France, devient, à l'échelle de la planète, un élément de diversité. Elle incarne des techniques et des valeurs propres au droit français dont la coexistence avec un droit mondialisé ne se fait pas sans heurts.

La Cour de cassation en est pleinement consciente. Ses travaux récents le démontrent. La commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation a ainsi dû tenir compte de « l'influence de nouveaux facteurs susceptibles d'altérer l'autorité de ses arrêts⁷ » au premier rang desquels figure la mondialisation⁸. Le cycle de l'Institut des hautes études sur la Justice qui s'est tenu en 2015 à la Cour de cassation s'est interrogé sur l'office du juge suprême à l'heure de la mondialisation⁹. Le thème choisi pour la présente étude révèle encore que cette question est au cœur des préoccupations de la Cour¹⁰. Après avoir entrepris une réflexion sur le temps, c'est aujourd'hui l'espace, autrement dit le monde, qui intéresse la Cour¹¹. Plus précisément, l'étude envisage la place et le rôle du juge français confronté aux défis de la mondialisation. Comment le juge national, qui est par sa fonction rattaché à un territoire, compose-t-il avec la mondialisation, qui n'en connaît aucun ? Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'étude repose sur l'introspection, puisque ce sont les juges eux-mêmes qui, par un regard réflexif, analysent et décrivent l'évolution et le renouvellement de leur rôle dans le contexte de la mondialisation.

À cet égard, si le juge français ne peut que prendre acte du mouvement de la mondialisation, il ne reste pas figé. Le constat du juge saisi par la mondialisation (§ 1) est ainsi suivi d'une réaction : le juge se saisit de la mondialisation (§ 2).

7. Lettre de mission du 19 février 2014, reproduite dans le *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, p. 13 et 14 et annexe 1, p. 290 et 291 ; www.cour-decassation.fr

8. Le relevant, voir J.-P. Jean, « Synthèse introductive », in *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, préc., p. 15.

9. <http://ihej.org/seminaires/loffice-du-juge-supreme-a-lheure-de-la-mondialisation/> Le thème intéresse également le Conseil d'État, voir « L'État peut-il survivre à la mondialisation ? », in *Où va l'État ? Un cycle de conférences du Conseil d'État*, tome I, La documentation française, Conseil d'État Droits et débats, 2015, p. 99 et s.

10. De nombreuses études ont été consacrées à la mondialisation, en droit et au-delà du droit. Sans aucune volonté d'exhaustivité, on citera Association Capitant, *La mondialisation*, Journées allemandes 2016, tome LXVI, Bruylant, LB2V, 2017 ; M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016 ; P. Moreau Defarges, *La mondialisation*, PUF, 10e éd., 2016 ; C. Ghorra-Gobin, *Dictionnaire critique de la mondialisation*, Armand Colin, 2012 ; A.-J. Arnaud, *Dictionnaire de la globalisation*, LGDJ, 2010 ; J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009 ; J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005 ; « La mondialisation », *Archives de philosophie du droit*, 2003 ; E. Loquin, C. Kessedjian, *La mondialisation du droit*, Litec, 2000.

11. Les thèmes du temps et de la mondialisation sont en outre liés : la mondialisation provoquant une accélération du temps ainsi qu'une contraction du temps. Évoquant ce lien, voir C. Chainais, avant-propos, *Rapport annuel 2014*, p. 100.

I. Le juge saisi par la mondialisation

La mondialisation. La mondialisation n'est pas une notion juridique et « recouvre un ensemble hétérogène de phénomènes ¹² ». Elle peut être définie comme « une mise en rapport généralisée des espaces économiques, sociaux et culturels ¹³ » résultant d'une « multiplication sans précédent des échanges et des réseaux entre tous les êtres humains ¹⁴ ». Elle conduit à la création d'un espace mondial interdépendant. Elle se distingue de l'internationalisation. International signifiant littéralement entre nations, la mondialisation dépasse l'internationalisation. La mondialisation exprime non pas seulement une coexistence et une collaboration des États à l'échelle du monde, ce qui est la mission des structures internationales traditionnelles telles que l'ONU, mais un dépassement des ordres nationaux. En d'autres termes, si l'internationalisation décrit un lien *entre* États, la mondialisation s'apparente à un phénomène qui va *au-delà* des États. De la même manière, la mondialisation n'est pas l'europanisation. Même si la mondialisation résulte de l'expansion européenne, elle constitue aujourd'hui un phénomène qui dépasse les frontières étroites de l'Europe. Enfin, la mondialisation, telle qu'entendue ici, se confond sans doute avec la globalisation. Pour autant, le terme de mondialisation doit être préféré pour plusieurs raisons. Premièrement, l'adjectif « global » et le substantif « globalisation » auquel il donne naissance ont une coloration américaine. Deuxièmement, même si les termes sont étymologiquement très proches, l'adjectif « global » comporte une signification qui peut permettre de faire le départ entre les deux notions. Il désigne ce « qui est considéré en bloc, dans sa totalité, qui s'applique à un ensemble sans considérer le détail ¹⁵ ». En ce sens, la globalisation peut être perçue comme le stade ultime de la mondialisation. Pour l'heure, la mondialisation n'est pas la globalisation, car la mise en relation généralisée qu'elle implique n'a pas encore supprimé les États et les territoires. Enfin, et troisièmement, le terme de mondialisation est marqué d'un ancrage historique : la mondialisation est un processus pluriséculaire qui se poursuit.

Une ampleur inédite. Ainsi, malgré sa grande actualité, la mondialisation n'est pas un phénomène nouveau ¹⁶. L'Empire romain en est l'une des premières illustrations : « l'établissement de la domination romaine en Italie, puis tout autour du bassin méditerranéen sur une partie de l'Asie, de l'Afrique et de l'Europe a créé un ensemble politique de vaste ampleur, un Empire au sens territorial ¹⁷ ». En dehors de l'Occident, la Chine impériale et la Perse achéménide constituent d'autres empires à vocation universelle. Si le phénomène est ancien, l'ampleur qu'il a prise dans les dernières décennies

12. A. Supiot, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, nov. 2008, p. 151 et s., spéc. p. 160.

13. J. Allard, A. Garapon, *op. cit.*, p. 6.

14. P. Moreau Defarges, *La mondialisation*, PUF, 10^e éd., 2016, p. 123.

15. *Dictionnaire Trésor de la langue française*, voir « Global », sens 1.

16. En ce sens, voir M.-A. Frison-Roche, « Rapport de synthèse », in *La mondialisation*, Association Henri Capitant, Journées allemandes 2016, tome LXVI, Bruylant, LB2V, 2017, p. 11 et s., spéc. p. 12 et 13 ; L. Ferri, *Ils racontent la mondialisation. De Sénèque à Lévi-Strauss*, Saint-Simon, 2005.

17. J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, préc., p. 61.

est, pour sa part, inédite¹⁸. La mondialisation, telle qu'elle existe aujourd'hui, procède de la conjonction de plusieurs facteurs convergents. Fruit d'une volonté politique, elle repose sur la circulation – plus ou moins libre selon les espaces concernés – des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. La mondialisation résulte de la volonté des États d'ouvrir leurs frontières afin de créer un marché économique global¹⁹. Conséquence des progrès techniques et technologiques, la mondialisation procède également du développement des moyens de transport – couplé à une réduction des coûts – et de l'apparition de nouveaux moyens de communication, spécialement du réseau internet « vecteur puissant de mondialisation²⁰ ». Avec l'internet est né le cyberspace, espace virtuel qui ne connaît pas les frontières. Toutes les communications et transactions sont dématérialisées : les informations et les contenus circulent et se trouvent partout et nulle part à la fois.

La mondialisation et le droit. La mondialisation n'épargne pas le droit. Elle atteint d'une part son objet : les comportements qu'il appréhende se mondialisent. Certes, une fois encore, le phénomène n'est pas nouveau, en ce que l'on connaît depuis longtemps des mariages internationaux ou des faillites internationales. Toutefois, suivant l'accélération de la mondialisation, le phénomène s'est intensifié. En outre, des contentieux planétaires se développent : les atteintes à l'environnement ne connaissent pas les territoires, les litiges liés à l'internet pas davantage²¹. D'autre part, c'est le droit lui-même qui est gagné par la mondialisation, intrinsèquement²². Non seulement les normes et les décisions étrangères circulent plus qu'autrefois, mais, surtout, le droit n'est plus l'œuvre du seul législateur national. Il n'est plus l'émanation de l'État souverain. Les normes internationales et supranationales, « ces droits venus d'ailleurs » qui « ont surgi d'abstractions »²³, se multiplient. En ces deux dimensions, la mondialisation perturbe le droit parce qu'elle complique et distend son rapport au territoire. Elle remet en cause « l'inscription territoriale²⁴ » du droit.

L'émergence d'un droit mondial. Au-delà, un droit mondial, et devrait-on dire global, car à vocation universelle, se dessine peu à peu. Des règles « libérées de tout ancrage territorial²⁵ » se développent parallèlement dans deux domaines distincts : les droits de l'homme et le marché. L'idée d'un droit commun des droits de l'homme débute avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et se poursuit avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

18. L'usage du terme de globalisation permettrait selon certains de souligner cette intensification. En ce sens, voir A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 2^e éd., 2004, p. 19 et s.

19. En ce sens, démontrant que la mondialisation ne peut se faire sans les États, voir « L'État peut-il survivre à la mondialisation », préc., p. 101 et s.

20. Voir M. Béhar-Touchais, « Mondialisation et Internet. Rapport général », in *La mondialisation*, Association Henri Capitant, Journées allemandes 2016, tome LXVI, Bruylant, LB2V, 2017, p. 665 et s. spéc. p. 669, n^{os} 7 et s.

21. Sur ce point, voir *Étude*, partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1.

22. Sur la mondialisation du droit, voir note E. Loquin, C. Kessedjian, *La mondialisation du droit*, Litec, 2000.

23. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, p. 44 et s., spéc. p. 48.

24. A. Supiot, « L'inscription territoriale des lois », *op. cit.*

25. Voir A. Supiot, *op. cit.*, spéc. p. 151 et p. 165 et s.

libertés fondamentales de 1950. Dans le domaine économique, le développement de règles qui transcendent les territoires résulte tant de l'action des États qui cherchent à créer un marché économique planétaire et à renforcer leur attractivité que de celle des acteurs du marché²⁶. Comme le constate Mireille Delmas-Marty, ce développement se caractérise par une « asynchronie²⁷ », en ce sens que l'expansion d'un droit économique mondial devance très largement celle des droits fondamentaux. Au fond, si le marché ne connaît pas la frontière entre l'Occident et l'Orient, entre le Nord et le Sud, les droits de l'homme, et plus exactement leur application concrète, varient grandement d'une culture à l'autre. En creux, ce sont les deux visages de la mondialisation qui se dévoilent.

Vices et vertus de la mondialisation. L'accélération de la mondialisation séduit tout autant qu'elle inquiète²⁸. Facteur d'intensification des échanges économiques, elle serait un gage de prospérité, mais à l'origine de la dégradation de l'environnement et de l'accroissement des inégalités sociales. Facteur de développement des échanges sociaux et culturels, elle serait, pour certains, source de pluralisme quand elle provoquerait, pour d'autres, un choc des civilisations et une perte d'identité. Sous l'angle du droit, les réactions suscitées par la mondialisation sont tout aussi diverses. Si la mondialisation permet aux justiciables de comparer les systèmes juridiques et d'exploiter leur diversité, elle aboutit, en contrepoint, à une concurrence, si ce n'est à « un marché des droits²⁹ » et à des stratégies de contournement. Si elle permet aux acteurs du droit de s'enrichir mutuellement du fait du développement d'un dialogue mondial, elle conduirait à une perte de souveraineté et à une uniformisation imposée par la tyrannie du marché.

La mondialisation et le juge national. Le rôle du juge national est directement affecté. En effet, le juge est porteur d'une souveraineté : il est fondamentalement, de par sa compétence, rattaché à un territoire qui se définit par des valeurs, des règles, un droit. Or, la mondialisation se joue des frontières. De prime abord, la confrontation du juge national et de la mondialisation ne va pas de soi. De ce point de vue, les deux termes de l'étude pourraient paraître inconciliables : le juge national – juge du fond ou juge de cassation – est rattaché à un État, à un territoire, tandis que la mondialisation se joue des frontières. Mais cette impression est trompeuse, le juge national constituant justement le point de rencontre entre le droit et la mondialisation. C'est le juge qui, chaque jour, est confronté à la mondialisation concrète des litiges et à la mondialisation du droit : Quel effet donner à une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger ? Quelle place laisser à l'interprétation européenne des droits fondamentaux fixée par la Cour européenne des droits de l'homme ? Dans ce cadre, le juge national doit faire preuve de souplesse mais aussi de fermeté³⁰. Souplesse parce que le phénomène de mondialisation existe et que le juge doit y faire face, s'y adapter mais aussi y contribuer ; fermeté parce que certaines valeurs doivent être défendues et que le juge en est le meilleur garant. L'étude s'interroge sur la façon dont la mondialisation modifie,

26. Voir A. Supiot, *op. cit.*, spéc. p. 159.

27. M. Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013.

28. Sur ce point, voir M. Delmas-Marty, *op. cit.*

29. M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 47.

30. Pour reprendre les deux termes employés par C. Revel, in *L'État peut-il survivre à la mondialisation ?*, *op. cit.*, p. 115.

perturbe mais aussi enrichit le rôle du juge national. Face aux bouleversements suscités par la mondialisation, le juge français n'est pas resté passif. Son rôle a été repensé. Il est encore en voie de transformation.

II. La mondialisation saisie par le juge

Le renouvellement du rôle du juge. Le droit, en tant que mode de régulation sociale, ne peut qu'accompagner la mondialisation. Mais cela ne signifie pas qu'il doive s'y soumettre.

On retrouve ici, comme ailleurs, la tension entre la norme et le fait social. Le droit qui est ancré dans le réel ne peut ignorer l'évolution des faits. Mais en tant que système normatif, il exprime un devoir-être qui ne saurait être la copie servile du fait accompli. Il se trouve que cette rencontre de la norme et du fait social se produit, chaque jour, devant le juge. Le juge français est donc, naturellement, le juge de la mondialisation. À travers l'étude, les diverses réactions du juge confronté aux défis de la mondialisation – de l'accueil au rejet en passant par le dialogue, la coopération ou encore la résistance – se dévoilent. Sous les yeux du lecteur, son rôle est peu à peu redessiné par la Cour de cassation. Néanmoins, même si le juge a su se saisir de la mondialisation, il n'est pas totalement libre de ses réactions. Parce qu'il doit respecter les engagements internationaux de la France, il est contraint dans ses arbitrages.

Le juge et l'espace européen. La contrainte pesant sur le juge national est particulièrement visible dans l'espace européen. Le « processus de supranationalisation juridictionnel[R1] »³¹ qui y règne « relativise l'influence des juridictions nationales³² » et limite leur marge de manœuvre. Pour autant, la Cour de cassation a su faire évoluer son office – et plus largement celui du juge français – afin de trouver sa place au sein du système juridictionnel européen.

En ce domaine, le point de départ réside sans doute dans la célèbre décision *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 dans laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que les traités avaient donné naissance à « un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les États ont limité, bien que dans certains domaines restreints, leurs droits souverains³³ ». Prenant acte de cette décision et anticipant l'arrêt *Simmenthal*³⁴, la Cour de cassation a reconnu, dans son non moins célèbre arrêt *Jacques Vabre*, que cet ordre juridique intégré, qui lie les États membres, « s'impose à leurs juridictions³⁵ ». Cette décision est majeure en ce qu'elle constitue la première étape de la transformation de l'office du juge français. Ainsi que l'exprime l'étude, les

31. J. Commaille, « Justice », in *Dictionnaire de la Globalisation*, sous la dir. de A.-J. Arnaud, LGDJ, 2010, p. 302 et s.

32. *Ibid.*

33. CJCE, arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62 ; voir *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 1.

34. CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77 ; voir *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 1.

35. Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556 ; *Bull.* 1975, Ch. mixte, n° 4.

juridictions des États membres, désormais chargées du contrôle de la conventionnalité des lois, sont « érigées en autant de juges de droit commun des règles du droit de l'Union européenne ³⁶ ».

De la même manière, le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exerce une emprise très forte sur le juge national *via* la Cour européenne. Par un arrêt du 15 avril 2011, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu pleine autorité aux décisions de la Cour de Strasbourg, retenant que « les États adhérents à cette convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ³⁷ ». Une fois encore, il revient au juge national de s'assurer du plein respect, par le droit français, des dispositions de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg. Pour autant, le juge, même s'il est obligé par ce droit supranational, a fait le choix « de ne pas rester en retrait ³⁸ ». Le développement du contrôle de proportionnalité le démontre sans conteste.

Le contrôle de proportionnalité. Ce contrôle, qui dépasse le simple contrôle de conventionnalité, puisqu'il conduit le juge à « s'assurer que l'application d'une norme interne n'a pas, au regard des circonstances de l'espèce, des conséquences excessives heurtant un droit ou une liberté fondamentale ³⁹ » témoigne de la volonté de la Cour de cassation de reprendre la main et de participer au dialogue des Cours suprêmes.

Certes, le juge français n'est plus, comme l'écrivait Montesquieu, la bouche de la loi ⁴⁰. Il doit composer avec les paroles d'autres juges, d'autres droits, ce qui le conduit parfois à adopter des solutions contraires à sa propre loi. Certains y voient une méconnaissance de son office, dans la mesure où la Cour de cassation est chargée de l'interprétation de la loi et non de son éviction ⁴¹. Toutefois, c'est avoir une vision franco-française de l'ordre juridictionnel. Comment ne pas voir que, si la Cour de cassation reste sourde au contrôle de proportionnalité, celui-ci aura lieu, en tout état de cause, devant les Cours européennes, ce qui vaudra des condamnations répétées à la France ? Dès lors, sauf à souhaiter que la France se délie de ses engagements internationaux, ce qui est un autre débat, il est heureux que la Cour de cassation se saisisse de cette question. Par conséquent, cette transformation majeure de l'office du juge – toujours en marche –, réalisée par l'action de la Cour de cassation, est nécessaire. Selon les termes de son premier président, il s'agit pour les juridictions françaises « d'assurer

36. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 1, A.

37. Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1.

38. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 2.

39. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 2 ; *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, préc., p. 158 et s.

40. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1777.

41. F. Chénédy, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2016, p. 796 et s.

l'application loyale» du droit européen⁴² et pour la Haute juridiction d'exercer pleinement son office de Cour suprême⁴³.

Le renforcement des droits fondamentaux. Par ailleurs, la contrainte exercée par le droit européen permet au juge de renforcer la protection des droits fondamentaux, ce qui est son office naturel. La décision précitée du 15 avril 2011 qui a consacré le droit au silence du gardé à vue avant même l'entrée en vigueur de la loi française est de ce point de vue encore remarquable⁴⁴. Dans le cadre du mandat d'arrêt européen, la chambre criminelle assure également la protection des droits fondamentaux de la personne recherchée en s'appuyant tant sur la Charte des droits fondamentaux que sur la Convention européenne⁴⁵. Sous cet angle, la mondialisation, parce qu'elle participe à un renforcement des droits fondamentaux, constitue, grâce à l'action du juge, une source de progrès du droit français.

Le dialogue des juges. Dans une démarche plus volontaire, la Cour de cassation noue des relations avec de nombreuses Cours suprêmes étrangères et participe à des réseaux internationaux d'échanges entre juridictions. Récemment, des conventions de collaboration ont ainsi été conclues avec la Cour suprême populaire de Chine et la Cour de cassation de la République tunisienne. L'objectif est ainsi de favoriser l'échange de points de vue sur des thématiques d'intérêt commun telles que la lutte contre le terrorisme ou la protection de l'environnement⁴⁶. Consciente de l'enrichissement que peut procurer le droit comparé, la Haute cour développe en outre des outils de connaissance des droits étrangers⁴⁷. Dans une même approche, la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation s'est livrée à un examen de plusieurs droits étrangers afin d'y puiser des éléments susceptibles de nourrir ses propositions⁴⁸. Ce dialogue des juges, qui contribue à la mondialisation, se manifeste également, quoique de manière encore timide, dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La norme étrangère peut ainsi constituer une source d'inspiration pour le juge. L'admission de l'*estoppel* en droit français en constitue une illustration saillante. Ne se bornant pas à une reprise pure et simple de ce principe, la Haute juridiction [R2]l'a adapté et en a précisé les contours⁴⁹.

La contribution de la Cour de cassation à la mondialisation. Plus largement, et c'est là un autre apport de l'étude que de l'établir, la Cour de cassation contribue à la mondialisation parce qu'elle en assure le développement. Nombre de ces arrêts le révèlent.

42. B. Louvel, Discours prononcé lors du colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », 10 avril 2015, www.courdecassation.fr

43. « Entretien avec B. Louvel, premier président de la Cour de cassation », *JCP*, éd. G, 2015, p. 1906 et s.

44. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 2

45. *Étude*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, § 2.

46. Sur ce point, voir *Rapport annuel de la Cour de cassation*, livre 4, www.courdecassation.fr

47. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3 ; B. Fauvarque-Cosson, *Le droit comparé au XXI^e siècle, Enjeux et défis*, Société de législations comparées, 2015.

48. Voir *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, *op. cit.*, notes p. 71, 79, 242 ou encore 261.

49. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 1, section 3.

Il est ainsi des décisions relatives à la mise en œuvre des articles 14 et 15 du code civil qui permettent notamment d'admettre plus largement l'exception de litispendance et réalisent ainsi une ouverture à la justice étrangère⁵⁰. Il en est de même de la jurisprudence qui accueille favorablement les clauses attributives de juridiction⁵¹. Le juge national ne s'arc-boute pas sur sa compétence juridictionnelle et laisse une grande liberté aux parties, même si des limites sont fixées – ce qui témoigne d'un encadrement de la mondialisation – notamment pour préserver les dispositions impératives du droit français. L'assouplissement des conditions de réception des jugements étrangers en matière civile est une autre illustration de la volonté d'ouverture de la Cour de cassation⁵². De manière tout à fait remarquable, la jurisprudence de la Cour de cassation participe incontestablement à la mondialisation lorsqu'elle invente et construit le droit français de l'arbitrage international et juge que la sentence étrangère appartient à un ordre arbitral transnational, détaché de tout cadre normatif étatique et soumis, en tant que tel, à un régime juridique autonome et international⁵³.

Cette volonté d'ouverture est encore perceptible s'agissant de l'accueil réservé aux langues étrangères. À cet égard, même si les territoires persistent et que de ce fait, en France, la langue du procès demeure celle de Molière, le juge, parfaitement conscient de la mondialisation des litiges, est libre d'accepter des pièces en langues étrangères et participe au développement d'un droit à la traduction et à l'interprète, afin d'assurer le respect des droits de la défense et du caractère équitable de la procédure⁵⁴.

L'encadrement de la mondialisation. La Haute juridiction contribue aussi à la mondialisation lorsqu'elle l'encadre. Elle démontre ainsi que le droit n'est pas la réplique du fait accompli. Parce que la mondialisation n'est pas toujours heureuse, le juge, qui demeure le garant des valeurs fondamentales du droit français, dispose ainsi d'instruments de résistance. Ces outils ont été progressivement élaborés par jurisprudence qu'il s'agisse de l'exception d'ordre public international ou de fraude. Les juges en usent avec mesure – ce qui témoigne encore d'un accueil favorable à la mondialisation portée ici par la circulation des règles étrangères – pour écarter les décisions⁵⁵ ou les lois étrangères⁵⁶ qui heurtent par trop le droit français. Dans le même sens, les lois de police, qu'il appartient au juge d'identifier, qui participent à « la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique⁵⁷ ».

Toutefois, même lorsqu'il est question d'encadrement, le juge peut être contraint par la mondialisation. Et l'on songe évidemment ici au contentieux récurrent du tourisme procréatif et des conventions de mère porteuse. Alors que la Haute juridiction s'est successivement fondée sur l'exception d'ordre public international et sur la fraude

50. *Étude*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1.

51. *Étude*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, § 2.

52. *Étude*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, § 1.

53. *Étude*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1.

54. *Étude*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1.

55. *Étude*, partie 1, titre 2, chapitre 2, § 1.

56. *Étude*, partie 2, titre 2, chapitre 2.

57. P. Francescakis, *Rép. Dalloz Droit international*, 1^{re} éd., voir « Conflit de lois », n° 137 ; voir *Étude*, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2.

pour refuser toute portée aux conventions conclues à l'étranger au mépris des dispositions impératives du droit français, les condamnations successives de la Cour européenne des droits de l'homme l'ont conduit à revenir sur sa jurisprudence⁵⁸. Par deux arrêts du 3 juillet 2015, la Haute juridiction a accepté la transcription, sur les registres français, d'actes de naissance établis à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui (GPA) et désignant le père biologique et la mère porteuse⁵⁹. Par quatre arrêts du 5 juillet 2017, la Haute juridiction a en outre admis que la mère d'intention puisse adopter l'enfant ainsi conçu⁶⁰.

Sous un autre angle, l'encadrement de la mondialisation résulte également de l'appréhension par le juge français de litiges mondialisés. Tel est le cas lorsque la Cour de cassation se saisit des atteintes à l'environnement dans l'affaire *Erika* et « impose la compétence du juge français [...] pour englober dans la répression des comportements d'imprudance en apparence délaissés par les instruments internationaux » et « pour indemniser les victimes »⁶¹. Tel est le cas encore lorsqu'elle se saisit de la situation des salariés détachés ou expatriés⁶².

Le plan de l'étude. L'étude est construite autour des deux dimensions de la mondialisation : le dépassement des frontières (partie 1) et la persistance des territoires (partie 2). Ces deux parties ne sont pas antagonistes. Le dépassement des frontières ne signifie pas leur disparition et le litige, même mondialisé, requiert tôt ou tard un ancrage territorial, afin de parvenir à sa résolution.

Le dépassement des frontières. La mondialisation se caractérise en premier lieu par un dépassement des frontières (partie 1).

Ce dépassement des frontières concerne les règles elles-mêmes qui se mondialisent (titre 1). Le juge français est ainsi confronté à des « droits venus d'ailleurs », que ce soit du fait de la circulation des règles nationales (chapitre 1) ou de la multiplication des règles supranationales (chapitre 2).

Parallèlement, c'est la justice elle-même qui se mondialise (titre 2). Une fois encore, le juge y prend largement part. Il participe ainsi à l'ouverture aux justices étrangères (chapitre 1) en s'effaçant au profit du procès en cours à l'étranger et en recevant les jugements étrangers. Le juge est en outre l'acteur central de la collaboration des justices nationales (chapitre 2) puisque c'est lui qui concourt effectivement à l'entraide judiciaire internationale. Il contribue enfin, de manière remarquable, à l'émergence d'une justice mondiale (chapitre 3).

La persistance des territoires. Parce que le dépassement des frontières suppose leur maintien, la mondialisation implique, pour l'heure, la persistance des territoires (partie 2). De ce fait, le juge national qui est rattaché à un territoire reste un acteur central. Tout litige, même mondialisé, a en effet vocation à être rattaché aux ordres

58. *Étude*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 1, § 2.

59. Ass. plén., 3 juillet 2015 : pourvoi n° 14-21.323 ; *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 4.

60. 1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-28.597.

61. Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82.938, *Bull. crim.*, n° 198 ; voir *Étude*, partie 2, titre 1, chapitre 1, section 5.

62. *Étude*, partie 2, titre 1, chapitre 1, section 4.

juridiques. La seconde partie de l'étude s'attache ainsi à analyser la compétence du juge français (titre 1) et l'application de la loi française (titre 2).

Il ne s'agit aucunement de constater le repli, la fermeture au mouvement de la mondialisation⁶³ – mais seulement de s'interroger sur la manière dont le juge et/ou le droit français – mâtiné d'influences extérieures – peuvent appréhender les litiges mondialisés. Le terme de litiges mondialisés est employé à dessein. Cela renvoie aux litiges présentant un élément d'extranéité. Toutefois, l'étude a fait le choix de privilégier quelques thèmes sur lesquels la jurisprudence de la Cour de cassation apparaît innovante, sans prétendre embrasser tout le droit international privé. L'étude se concentre ainsi sur les contentieux emblématiques de la mondialisation : litiges suscités par l'internet, les travailleurs détachés ou expatriés, les faillites internationales ou encore les atteintes à l'environnement. L'étude les envisage tant sous l'angle de la compétence du juge (titre 1, chapitre 1) que de l'application du droit français (titre 2, chapitre 1).

Le juge français demeurant rattaché à un territoire, certaines conséquences résultent du maintien de sa compétence (titre 1, chapitre 2). Le juge étant le défenseur de certaines valeurs propres à la société française, il ne se laisse pas totalement submerger par la mondialisation et peut évincer la loi étrangère qui heurterait le droit français (titre 2, chapitre 2). En ce sens, il contribue à la persistance des territoires.

L'on a pu se demander si la Cour de cassation « avait pleinement trouvé sa place dans la mondialisation⁶⁴ ». La présente étude démontre que la Haute juridiction a déjà largement modifié son office, construisant ainsi, par touches successives, l'histoire mondiale du juge français⁶⁵.

63. Mouvement de repli qu'illustre pourtant l'actualité la plus récente. L'on pense au mur entre le Mexique et les États-Unis évoqué par le président Donald Trump durant sa campagne ou encore, plus récemment, à la déclaration d'indépendance de la Catalogne.

64. L. Cadiet, C. Chainais, « Lignes directrices pour une modernisation des missions de la Cour de cassation », décembre 2016, annexe 8 au *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, p. 328 et s., spéc. p. 330, www.courdecassation.fr.

65. Il y a là une référence à P. Boucheron, *Histoire mondiale de la France*, Seuil, 2017. Pour reprendre l'analyse de P. Boucheron relative à l'histoire de la France, il s'agit de montrer que l'office du juge français « s'explique par le monde » et « avec le monde » (p. 7 et s.).



Le juge et la mondialisation

PARTIE 1. LE DÉPASSEMENT DES FRONTIÈRES

La mondialisation se caractérise incontestablement par un dépassement des frontières. Les personnes circulent tout comme les marchandises, les services, les capitaux ou encore les données et les informations. Le droit n'échappe pas à ce phénomène. Le juge y prend toute sa part et participe à la fois à la mondialisation des règles (titre 1) et à la mondialisation de la justice (titre 2).

TITRE 1. LE JUGE ET LA MONDIALISATION DES RÈGLES

Le juge français est confronté à la mondialisation des règles qui se traduit tant par la circulation des règles nationales (chapitre 1) que par l'essor des règles supranationales (chapitre 2).

Chapitre 1. Le juge et la circulation des règles nationales

Le juge contribue à la circulation des règles nationales en ce qu'il lui incombe, en matière civile, d'appliquer la loi étrangère (section 1) ou, en matière pénale, de la consulter (section 2). Il peut enfin choisir de s'en inspirer (section 3).

Section 1. L'application de la loi étrangère par le juge civil

L'application de la loi étrangère par le juge civil français n'est pas nouvelle. Pour autant, l'hypothèse s'est largement développée du fait de la mondialisation.

Quelques précisions relatives à l'office du juge quant à l'application de la loi étrangère (§ 1) précéderont l'examen de la preuve (§ 2) et de l'interprétation de la loi étrangère désignée (§ 3).

§ 1. L'office du juge dans l'application de la loi étrangère

L'application de la loi étrangère se trouve en question chaque fois que le juge civil est confronté à une situation internationale. Il faut d'ores et déjà souligner que la détection d'une situation internationale par le juge est contrôlée par la Cour de cassation, l'article 8 du code de procédure civile prescrivant au juge d'inviter les parties à apporter les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

L'office du juge en présence d'une situation internationale est ainsi régulé par la jurisprudence. Depuis l'arrêt *Hannover International* (1^{re} Civ., 6 mai 1997, pourvoi n° 95-15.309, *Bull.* 1997, I, n° 140), le *criterium* de la disponibilité ou non du droit litigieux est retenu comme facteur de l'application du droit étranger. La recherche

de la disponibilité du droit litigieux s'effectue d'après le droit français (S. Corneloup, «L'application de la loi étrangère», *RID comp.* 2014, p. 362).

L'évolution de la jurisprudence a été très progressive. La Cour de cassation décidait classiquement que l'application de la règle de conflit était entièrement facultative, les parties devant en réclamer l'application, et qu'on ne pouvait reprocher au juge français de ne pas appliquer d'office la loi étrangère (1^{re} Civ., 12 mai 1959, *Bull.* 1959, I, n° 236; H. Motulsky, *Écrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 168). La circulation des règles nationales est alors à son minimum, la loi française ayant vocation à régir, dans cette conception, tous les rapports juridiques (H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1959, n° 336). La Cour est ensuite revenue sur cette solution pour proclamer le caractère impératif de la règle de conflit, au moins s'il s'agissait d'état des personnes ou de questions touchant à l'ordre public (1^{re} Civ., 11 octobre 1988, pourvoi n° 87-11.198, *Bull.* 1988, n° 278; 1^{re} Civ., 18 octobre 1988, pourvoi n° 86-16.631, *Bull.* 1988, I, n° 293). Des clarifications sont apportées postérieurement, aux termes desquelles la règle de conflit n'est obligatoire que si elle est énoncée par un traité international ou si le litige porte sur des droits indisponibles (1^{re} Civ., 4 décembre 1990, pourvoi n° 89-14.285, *Bull.* 1990, I, n° 272; 1^{re} Civ., 26 mai 1999, pourvoi n° 96-16.361, *Bull.* 1999, I, n° 172; J. Lemontey, J.-P. Rémerly, «La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation», *in Rapport* 1993, p. 81).

Depuis la jurisprudence *Hannover International* précitée, quelle que soit la source de la règle de conflit, le juge a l'obligation pour les droits indisponibles de mettre en œuvre la règle de conflit et d'appliquer le droit désigné par celle-ci, dont il doit rechercher la teneur. Pour les droits disponibles, le juge a la simple faculté de faire jouer la règle de conflit mais, s'il le fait, il a alors également l'obligation de rechercher la teneur de la loi étrangère déclarée applicable au rapport de droit litigieux (1^{re} Civ., 27 janvier 1998, pourvoi n° 95-20.600, *Bull.* 1998, I, n° 27). Les parties, sous réserve de la disponibilité du droit litigieux, ont la possibilité de demander l'application de la règle de conflit ou de renoncer à son application. Si elles réclament l'application de la règle de conflit, le juge doit appliquer le droit étranger et en rechercher le contenu (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 09-68.067, *Bull.* 2012, I, n° 61). Son office est donc le même dans tous les cas, quelle que soit la raison pour laquelle la règle de conflit a été soulevée.

La jurisprudence donne la possibilité aux parties d'appliquer, dans un litige portant sur des droits disponibles, une loi autre, le plus souvent la loi française du for, que celle désignée par la règle de conflit, quelle qu'en soit l'origine, conventionnelle ou non (1^{re} Civ., 19 avril 1988, pourvoi n° 85-18.715, *Bull.* 1988, I, n° 104). On parle alors d'un accord procédural (B. Fauvarque-Cosson, «L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion bien française», *in Le Droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 278). Au soutien de cette politique jurisprudentielle qui donne congé au droit international privé, on invoque des considérations d'économie de coûts pour les parties, ainsi soulagées de toute recherche sur le droit étranger, et d'efficacité du procès, pour éviter les pourvois dilatoires qui réclameraient pour la première fois devant la Cour de cassation l'application du droit étranger. L'accord procédural peut même être implicite, lorsque les parties passent sous silence la loi étrangère dans leurs écritures et ne concluent qu'en droit français (1^{re} Civ., 6 mai 1997, pourvoi n° 95-15.309, précité). Il a été dit que l'existence d'un accord procédural lie le juge qui ne peut plus soulever la règle de conflit (S. Corneloup,

«L'application de la loi étrangère», *RID comp.* 2014, p. 362). Pour la jurisprudence, le juge dispose toujours de la faculté d'appliquer d'office le droit étranger désigné par la règle de conflit (Civ., 2 mars 1960, pourvoi n° 1402, *Bull.* 1960, I, n° 143).

Comme le souligne la doctrine, l'ouverture vers les droits étrangers se concilie mal avec l'esprit français tendant à l'universalisme (J.-L. Halpérin, «L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé?», in *Le Droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et idées*, Société de législation comparée, 2015, p. 155); elle exige au surplus la connaissance des langues étrangères et l'utilisation de modes de preuve, comme les certificats de coutume ou les consultations, traductions de documents, qui peuvent se révéler coûteux. Cette complexité, qui s'ajoute à une tendance spontanée à ignorer le droit international privé, explique qu'il y ait d'autant moins de procès dans ce domaine. Dans un droit largement prétorien comme le droit international privé, le rôle de la doctrine est augmenté.

Avec l'accord procédural, l'ignorance, plus que le consentement des parties, est un argument pour éluder la règle de conflit et soustraire le litige au droit étranger compétent. Le premier président Bellet remarquait que «le droit international était à peu près inconnu non pas seulement des magistrats, mais de 99 % des parties et des avocats et que, de là, il y avait une tentation très grande de court-circuiter ou d'écarter les problèmes nés du droit international et des règles de conflit. Parfois il y avait non pas une inconscience, mais un intérêt bien compris d'un commun accord des deux parties pour chercher à ne pas appliquer des règles dont on ne savait pas exactement à quoi elles aboutissaient alors qu'une solution juste pouvait résulter de l'application du droit français» («Table ronde sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988», *Travaux Comité fr. DIP*, 1990-1991, Pedone, p. 27).

L'évolution de la jurisprudence est en outre tributaire des limites inhérentes à la technique de cassation pour évoquer le droit étranger. Un moyen nouveau mélangé de fait n'est pas recevable devant la Cour de cassation, ce qui est le cas d'un moyen fondé sur l'application du droit étranger dont l'interprétation, considérée comme un point de fait, relève du pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 11 juillet 1961, pourvoi n° 60-11.040, *Bull.* 1961, I, n° 392). Pour relever un moyen d'office, il faut que la Cour de cassation, qui ne juge que le droit, trouve, dans le dossier de la procédure, des faits indicateurs d'extranéité qui déclenchent la règle de conflit méconnue concernant un droit indisponible. La présence d'éléments d'extranéité, telle la nationalité des parties, est à rechercher de manière très large dans l'acte d'assignation, ou encore les conclusions des parties (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-19.156). Aucun moyen tiré de l'application du droit étranger ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation s'il ne résulte de l'arrêt attaqué ou des productions que les parties l'aient invoqué devant les juges du fond (1^{re} Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.838, *Bull.* 2006, I, n° 522).

Le souci de régulation des pourvois pour ne pas submerger la Cour de cassation explique en grande partie que la règle de conflit ne soit pas obligatoire en droit français comme elle l'est dans les droits des pays voisins (*Les Problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de droit comparé de Strasbourg, LGDJ, 1988). La technique du précédent dans les pays de *Common Law* favorise la communication entre les jurisprudences et crée une plus grande sensibilité au droit comparé entre les juges qui partagent cette tradition (G. Canivet, «Le juge est-il un comparatiste?», École

doctorale de l'université Lyon 3, 15 décembre 2005). La doctrine a proposé d'adopter la théorie de l'équivalence, qui consiste à démontrer que le contenu de la loi étrangère, si elle avait été appliquée, aurait abouti au même résultat que la loi française (1^{re} Civ., 13 avril 1999, pourvoi n° 96-22.487, *Bull.* 1999, I, n° 130; H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le Droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 303; S. Godechot-Patris, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 271). La Cour de cassation pourrait de cette manière procéder par substitution de motifs pour éviter les pourvois dilatoires, au cas où l'on donnerait à la règle de conflit un caractère obligatoire (J.-M. Bischoff, « Table ronde sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988 », in *Travaux Comité fr. DIP, 1990-1991*, Pedone, p. 43). La détermination du contenu du droit étranger est aujourd'hui une question que la Cour de cassation peut traiter en utilisant les ressources du Bureau de droit comparé du Service de documentation, des études et du rapport (comp. B. Markesinis, « Le droit étranger devant les juridictions anglaises », in *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 149). Agir sur la nature de la règle de conflit aurait des répercussions sur le contrôle par la Cour de cassation de l'application du droit étranger.

Si la loi étrangère s'applique au litige, la preuve de son contenu devra être rapportée.

§ 2. La preuve de la loi étrangère

Seront analysés successivement la charge de la preuve (A) et les modes de preuve (B) de la loi étrangère applicable.

A. La charge de la preuve

Le juge, qui doit se prononcer sur des droits indisponibles (1^{re} Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-10.216, *Bull.* 2011, I, n° 7) ou qui, s'agissant de droits disponibles, met dans le débat la question du droit applicable (1^{re} Civ., 8 décembre 1998, pourvoi n° 95-15.938, *Bull.* 1998, I, n° 344), a la double obligation d'appliquer le droit étranger et d'en rechercher la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, afin de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger (*Rapport* 2012, « La preuve », p. 112). Il en est de même si une partie a invoqué le droit étranger (1^{re} Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 07-13.088, *Bull.* 2009, I, n° 28).

La jurisprudence de la première chambre civile du 28 juin 2005 (1^{re} Civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 00-15.734, *Bull.* 2005, I, n° 289, *Rapport* 2005, p. 406) et celle de la chambre commerciale, financière et économique du même jour (Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-14.686, *Bull.* 2005, IV, n° 138, *Rapport* 2005, p. 406) effectuent la synthèse de ce système. Elles renversent, dans un sens favorable à l'application du droit étranger, la jurisprudence antérieure qui posait, pour les droits disponibles, la règle selon laquelle il incombe à la partie qui invoque le droit étranger d'établir la différence de son contenu par rapport au droit français, à défaut de quoi ce dernier s'applique en raison de sa vocation subsidiaire (sur cette jurisprudence antérieure, voir Com., 16 novembre 1993, pourvoi n° 91-16.116, *Bull.* 1993, IV, n° 405; 1^{re} Civ., 11 juin 1996, pourvoi n° 94-16.515, *Bull.* 1996, I, n° 243).

Ces décisions mettent également fin à la différence de vues entre la chambre commerciale et la première chambre, dont la jurisprudence avait évolué depuis l'arrêt *Hannover International* précité.

Avant l'adoption du *criterium* de la disponibilité du droit litigieux et depuis 1948, la jurisprudence mettait le fardeau de la preuve de la loi étrangère sur la partie dont la prétention était soumise à cette loi et non sur celle qui l'invoquait, fût-ce à l'appui d'un moyen de défense (Civ., 25 mai 1948, D. 1948, p. 357, note P. L.-P., S. 1949, I, p. 21, note J.-P. Niboyet, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Batiffol). Cette jurisprudence avait été complétée pour faire porter la charge de la preuve sur la partie défenderesse lorsque celle-ci invoquait le droit étranger à l'appui d'un moyen d'irrecevabilité, ce qui était assimilé à une véritable prétention (1^{re} Civ., 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-16.767, *Bull.* 1984, I, n° 33).

Depuis la jurisprudence de la première chambre civile du 28 juin 2005 précitée, c'est le juge qui doit rechercher, d'office ou à la demande d'une partie qui l'invoque, le contenu du droit étranger. Les parties ne prêtent plus que leur concours, quelle que soit leur position procédurale (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., 2013, n° 361).

On mesure le changement avec le système classique où les plaideurs avaient la charge de la preuve du contenu du droit étranger que le juge, à la différence du droit français, n'est pas tenu de connaître (H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1959, n° 332).

Le rejet de la prétention de la partie qui échoue à rapporter la preuve de la teneur du droit étranger, comme dans l'arrêt de 1948 précité, n'est plus acceptable aujourd'hui : « L'orientation prise par la Cour de cassation ces derniers temps la conduit à ne plus raisonner en termes de charge de la preuve à proprement parler, c'est désormais en termes d'office du juge qu'elle se prononce, la détermination du contenu de la loi étrangère, lorsque celle-ci est reconnue compétente par le juge, incombant désormais au juge et non plus aux parties » (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *ibid.*, n° 363).

C'est ainsi que la Cour a jugé : « Vu l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé ; [...] Attendu que pour débouter la société Dynargie recherche et développement de sa demande, l'arrêt retient que la cession des droits d'auteur ne saurait résulter d'une attestation postérieure de onze ans à la constitution de la société ni, en l'absence de tout certificat de coutume, de la simple production de la loi fédérale suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 dont rien n'établit qu'elle protégerait une méthode pédagogique, ni d'un arrêt du tribunal fédéral suisse rendu cinquante ans auparavant à propos d'un modèle de broderie ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait, si elle s'estimait insuffisamment informée de la teneur du droit suisse quant à la protection en Suisse des programmes pédagogiques en management et quant à l'effet de leur cession, d'en rechercher tout élément complémentaire, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés » (1^{re} Civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-12.342, *Bull.* 2005, I, n° 461).

Il incombe au juge français qui déclare une loi étrangère applicable de rechercher par tous moyens, au besoin par lui-même, la solution donnée à la question litigieuse par le droit de l'État concerné. Si l'impossibilité de réunir les documents n'est pas établie, l'insuffisance des éléments de preuve fonde le grief de manque de base légale

(1^{re} Civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-17.180, *Bull.* 2003, I, n° 225 ; M.-N. Jobard-Bachelier, « Manque de base légale et application de la loi étrangère », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 97).

Le juge contribue ainsi largement à la circulation effective des règles nationales puisqu'il est chargé d'en déterminer la teneur, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés.

B. Les modes de preuve

Sur le plan procédural, le droit étranger est traité comme du fait. Les modes de preuve du droit étranger sont donc libres (P. Mayer, « Les procédés de preuve de la loi étrangère », in *Le Contrat au début du XX^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 617). Le mode de preuve le plus couramment utilisé est le certificat de coutume, dont l'interprétation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (1^{re} Civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 03-12.354, *Bull.* 2007, I, n° 44). Le juge peut aussi utiliser ses connaissances personnelles (1^{re} Civ., 2 mars 1960, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 97, note H. Batiffol).

S'il ne peut faire état des faits de la cause, le juge peut en revanche se fonder sur des faits notoires ou dont la connaissance est accessible à tous (H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1959, n° 333) ; il peut également nommer un expert (1^{re} Civ., 19 octobre 1971, *JDI* 1972, p. 828, note M. Nisard ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 70, note M. Simon-Depitre) ou un consultant (CA Paris, 1^{re} ch., arrêt du 25 novembre 1976, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 76, note G. Wiederkehr). Il y a bien sûr une grande différence avec l'expert désigné par les parties qui a le statut de témoin dans les procédures de *Common Law* (V. Grosswald Curran, « Les nouveaux défis de la globalisation pour le droit comparé : baliser entre contre-courants », in *Le Droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et défis*, Société de législation comparée, 2015, p. 131).

L'article 4 du code civil commande au juge de dire le droit sans pouvoir se retrancher derrière l'obscurité ou l'insuffisance de la loi mais il n'est pas tenu de connaître la loi étrangère (H. Motulsky, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Écrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 125). Aussi, s'il se heurte à l'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère déclarée applicable, le juge peut alors se rabattre sur l'application du droit français à titre subsidiaire. En ce sens, la première chambre civile a jugé :

« Mais attendu, d'abord, que si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire ; qu'après avoir retenu à bon droit que la loi biélorusse, loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant désignée par l'article 311-14 du code civil, était applicable, la cour d'appel, qui a relevé que, en dépit des démarches faites auprès des autorités compétentes, et notamment au regard des éléments transmis par le service des Affaires européennes et internationales du ministère de la justice, et eu égard à la carence des parties, n'avait pu être établie la teneur du droit étranger, non plus que l'applicabilité en la cause des articles 17 et 18 de la loi fédérale russe, a pu en déduire qu'il convenait d'appliquer le droit français à titre subsidiaire » (1^{re} Civ., 21 novembre 2006,

pourvoi n° 05-22.002, *Bull.* 2006, I, n° 500 ; voir aussi 1^{re} Civ., 22 octobre 1980, pourvoi n° 79-14.169, *Bull.* 1980, I, n° 268).

Une fois que la teneur de la loi étrangère aura été déterminée, il reviendra dans certains cas au juge français de l'interpréter.

§ 3. L'interprétation de la loi étrangère

L'interprétation de la loi étrangère par le juge civil est souveraine (A). Elle n'en est pas moins soumise au contrôle de la Cour de cassation (B).

A. Une interprétation souveraine

D'après une jurisprudence constante (Cass. req., 18 mai 1886), l'application du droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation (J. Boré, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249, n° 101-104), au contrôle de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 16 mars 1999, pourvoi n° 96-19.143, *Bull.* 1999, I, n° 93).

Le droit étranger reste pour autant du droit et n'est pas du fait (1^{re} Civ., 13 janvier 1993, pourvoi n° 91-14.415, *Bull.* 1993, I, n° 14, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 78, note B. Ancel). Toutefois, dans la mesure où le juge a la charge d'en constater l'état, il dispose, comme pour du fait, d'un pouvoir souverain d'appréciation. « En droit national, le juge participe à une construction en qualité d'architecte, en revanche il se contente de photographier le droit étranger. Il applique son propre droit, il imite le droit étranger » (W. Goldschmidt, cité in *Les Problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de droit comparé, LGDJ, 1988, p. 98). La mission de la Cour de cassation est limitée à l'unification du droit français. Elle ne concerne pas les droits étrangers à l'égard desquels la Cour reste sans pouvoir (J.-P. Ancel, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 3).

Motulsky écrivait que le juge doit se mettre à la place du juge étranger : « le juge n'ira donc pas, *normalement*, à l'encontre des solutions acquises à l'étranger. Mais si la solution est douteuse ou controversée, ou même si le juge estime simplement, de par sa connaissance du droit en cause, qu'elle n'est pas définitive, sa fonction l'habilite parfaitement à aller à son encontre, de même que cette fonction l'habilite, dans le cas où il ne trouverait pas, dans le droit considéré, de règles de droit d'ores et déjà explicitées sur le point qui l'intéresse, à construire cette règle, à la seule condition de respecter les données de l'ordre juridique intéressé : il doit agir comme agirait le juge étranger ; et si, par exemple, toute activité créatrice était interdite à ce dernier, il devrait s'incliner devant cette défense » (« L'office du juge et la loi étrangère », in *Écrits, études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, p. 87, n° 40).

Le juge français a-t-il le pouvoir de vérifier la constitutionnalité de la loi étrangère ? La validité de la loi étrangère, comme le sens et la portée de celle-ci, tombent dans les pouvoirs du juge chargé d'appliquer le droit étranger. Prononcer l'inconstitutionnalité de la loi étrangère est toutefois une activité créatrice qui dépasse la simple constatation d'inconstitutionnalité de la loi déjà déclarée par les autorités étrangères

(Le Droit étranger à l'épreuve des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, colloque de la Société de législation comparée, 23 septembre 2016, Cour de cassation).

Même si l'interprétation de la loi étrangère relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation exerce un contrôle de la décision rendue.

B. Le contrôle de la Cour de cassation

Si la Cour de cassation ne contrôle pas l'interprétation au fond du droit étranger, elle contrôle, en revanche, la démarche du juge (1) et s'assure de l'absence de dénaturation (2).

1. Le contrôle de la démarche du juge

Le juge a l'obligation d'appliquer le droit en vigueur à l'étranger (1^{re} Civ., 24 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.078, *Bull.* 1998, I, n° 327). Il ne peut pas se contenter d'une mention abstraite de la loi étrangère.

La Cour de cassation a ainsi jugé :

« Vu l'article 3 du Code civil ;

Attendu que, pour rejeter l'action en responsabilité dirigée par la société Africatours contre M. Y..., dirigeant de la société sénégalaise Africair services, l'arrêt attaqué retient, par application de l'article 1380 du code sénégalais des obligations civiles et commerciales, que la responsabilité du dirigeant social ne peut être engagée que dans le seul cas, prévu par l'article 244 de la loi française du 24 juillet 1966 dont les termes sont identiques au texte étranger applicable, et dans l'interprétation qui en est donnée en droit interne, d'une faute détachable des fonctions ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la loi sénégalaise précise que les administrateurs et le président du conseil d'administration sont responsables "des fautes commises dans leurs fonctions", et en méconnaissant ainsi le sens littéral de cette loi au profit de l'interprétation donnée en droit interne à la loi française, dont les termes n'étaient pas d'ailleurs identiques, sans faire état d'aucune autre source de droit positif sénégalais donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue, la cour d'appel a dénaturé la loi étrangère » (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1997, pourvoi n° 95-15.262).

Pour éviter la violation de la règle selon laquelle on ne peut pas se contenter d'un simple visa, le juge français doit analyser le contenu du droit étranger. Il doit appliquer et interpréter le droit étranger tel que cela est fait dans l'État d'origine. La Cour de cassation l'a souligné dans ces termes :

« Vu l'article 3 du code civil, ensemble l'article 455 du code de procédure civile ;

[...] Attendu que, pour accorder à Mme Y... des dommages-intérêts en application de l'article 1382 du code civil français, la cour d'appel a relevé que la loi marocaine applicable au divorce ne prévoit aucun versement assimilable à la prestation compensatoire et qu'elle est, dès lors, manifestement contraire à l'ordre public international français ;

Qu'en statuant ainsi, sans préciser, ni analyser les termes du droit marocain, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés » (1^{re} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-28.259).

Cette obligation pour le juge d'analyser le droit étranger s'impose également avant de décider que le droit applicable est équivalent au droit français. La Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui, « pour estimer que la loi française et la loi allemande étaient équivalentes, [...] énonce que la Caisse d'épargne de Sarrebruck qui revendique la compétence de la loi allemande, s'abstient de préciser les dispositions de droit allemand qu'elle entend opposer à l'action et n'indique pas en quoi le contenu de cette loi serait différent de celui de la loi française, alors que, d'une part, au regard du droit cambiaire, la République fédérale d'Allemagne et la France, toutes deux signataires de la convention de Genève portant loi uniforme sur les chèques, ont adopté des législations très proches pour les questions que recouvre la matière, et que d'autre part au regard des règles de la responsabilité la SCI de l'Uzege produit divers avis de juristes de droit allemand dont il ressort que les solutions apportées, par référence à la loi de ce pays, sont équivalentes à celles qui découlent de l'application de la loi française », s'est prononcée « par des motifs impropres, au vu des seules pièces produites, à établir le contenu du droit étranger applicable et son équivalence à la loi française » (1^{re} Civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 03-13.422, *Bull.* 2007, I, n° 32).

Au-delà du contrôle de la démarche du juge, la Cour de cassation s'assure de l'absence de dénaturation de la loi étrangère.

2. Le contrôle de la dénaturation

La dénaturation doit être comprise comme un contresens sur la signification du texte étranger. Le document dénaturé peut concerner l'ensemble des sources du droit étranger, y compris la jurisprudence. La dénaturation est sanctionnée non pas au visa de l'article 1134 du code civil (Civ., 21 novembre 1961, pourvoi n° 57-10.594, *Bull.* 1961, I, n° 542), mais sur le fondement de l'article 3 de ce même code pour violation de la règle de conflit de lois (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1997, pourvoi n° 95-15.262, *Bull.* 1997, I, n° 221).

Si le juge civil est amené à appliquer la loi étrangère, il en va différemment du juge pénal qui doit, tout au plus, consulter la loi étrangère.

Section 2. La consultation de la loi étrangère par le juge pénal

En droit pénal, le juge répressif français n'a pas à appliquer la loi pénale étrangère (pour un exemple particulier, dans un cas de compétence universelle, voir *Crim.*, 23 octobre 2002, pourvoi n° 02-85.379, *Bull. crim.* 2002, n° 195). Il ne peut cependant rester sans avoir à en connaître.

L'extradition ou le mandat d'arrêt européen offrent des exemples de la nécessité pour le juge pénal de prendre en compte la loi pénale étrangère pour se prononcer, au regard des règles internes ou conventionnelles qui lui sont applicables, sur la demande de remise dont il est saisi. Ce regard nécessaire sur la loi pénale étrangère intervient aux différents stades du contrôle opéré par les chambres de l'instruction lors du contrôle formel de la demande de remise (§ 1), lors de l'examen des conditions de la remise (§ 2) et enfin lors de l'analyse des effets de la remise sur la personne concernée (§ 3).

§ 1. Le contrôle de la base légale de la demande de remise

Cette prise en compte peut présenter un caractère formel, à l'occasion de la simple vérification de l'existence de la loi pénale étrangère. Il s'agira ainsi de constater que l'État requérant a joint à sa demande d'extradition la copie des dispositions légales de son droit interne applicables au fait incriminé, conformément à l'article 12 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 ou à l'article 696-8 du code de procédure pénale (Crim., 12 juin 2014, pourvoi n° 14-81.932, énonçant « que les pièces de la procédure mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que les exigences de l'article 696-8 du code de procédure pénale ont été respectées »; Crim., 14 janvier 1997, pourvoi n° 96-85.078). Ces dispositions peuvent cependant donner lieu à des interrogations sur l'étendue de l'obligation de l'État requérant (voir Crim., 21 octobre 2014, pourvoi n° 14-85.134, espèce dans laquelle la chambre criminelle énonce que la chambre de l'instruction « s'est prononcée au vu des pièces exigées par l'article 12-2 de la Convention européenne d'extradition », en réponse à un moyen faisant grief à l'arrêt d'avoir statué sur la prescription de l'infraction en droit polonais sans que la copie des textes applicables ait été produite ni que les références à ces textes aient été précisées).

Au-delà, il s'agira essentiellement de vérifier que les textes étrangers d'incrimination punissent les faits d'une peine permettant une demande d'extradition (article 696-3 du code de procédure pénale), ou d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté autorisant l'émission d'un mandat d'arrêt européen (article 695-12 du même code).

Ainsi, il ne saurait être fait grief à la chambre de l'instruction d'avoir exercé son contrôle sur les conditions posées par l'article 695-12 du code de procédure pénale relatives à la nature et à la gravité des faits pouvant donner lieu à mandat d'arrêt européen, au regard du droit de l'État d'émission, dès lors que, dans l'hypothèse où les faits ne rempliraient pas ces conditions, il serait fait obstacle à l'émission et, par voie de conséquence, à l'exécution dudit mandat (Crim., 7 mars 2007, pourvoi n° 07-80.899, *Bull. crim.* 2007, n° 76).

Mais, d'une part, cette vérification ne constitue pas un contrôle du bien-fondé de la qualification retenue par l'État requérant ou l'État membre d'émission, sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue (voir, pour le mandat d'arrêt européen, Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.540, *Bull. crim.* 2007, n° 291), et d'autre part, il a été jugé, en matière d'extradition, que la chambre de l'instruction ne peut retenir un texte différent de celui visé par la demande d'extradition, notifiée à la personne réclamée, sans mieux s'expliquer sur l'application aux faits poursuivis du texte d'incrimination qu'elle a retenu, non produit par l'État requérant et dont elle n'a pas précisé le contenu ni les peines qu'il prévoit (Crim., 15 avril 2015, pourvoi n° 15-80.876).

Ce contrôle des conditions qui permettent l'émission d'un mandat d'arrêt européen peut conduire le juge pénal français à interpréter la loi pénale étrangère (voir *infra* chapitre 2, section 2, § 2). Ainsi, dans une espèce précédemment évoquée, la question s'est-elle posée de savoir si la mesure de droit roumain d'internement dans un centre éducatif était constitutive d'une mesure éducative, exclusive du mandat d'arrêt européen, ou, au contraire, d'une mesure de sûreté privative de liberté au sens de l'article 695-12 du code de procédure pénale. La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé « que ladite mesure éducative s'exerce dans le cadre d'un enfermement qui, destiné à

s'assurer de la personne de l'intéressé pour éviter qu'il ne prenne la fuite, constitue une mesure de sûreté privative de liberté» (Crim., 10 février 2016, pourvoi n° 16-80.510, *Bull. crim.* 2016, n° 45).

Par ailleurs, il y a lieu de relever que la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, à l'occasion d'un pourvoi ayant invoqué le principe de légalité des délits et des peines et l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la *Common Law* constitue une source de droit répondant aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la loi d'incrimination et des peines (Crim., 27 juillet 2016, pourvoi n° 16-84.592).

À cela s'ajoutent les situations dans lesquelles la chambre de l'instruction, sous le contrôle de la Cour de cassation, peut avoir, en matière de mandat d'arrêt européen, à se pencher sur la loi de l'État membre d'émission ayant transposé la décision-cadre du 13 juin 2002 (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.499, *Bull. crim.* 2007, n° 292 : situation ayant amené la chambre criminelle à s'assurer que, si la décision d'invalidation, le 18 juillet 2005, par la Cour constitutionnelle allemande, de la loi du 27 avril 2004 transposant en Allemagne la décision-cadre a privé d'effet les dispositions législatives relatives à l'exécution des mandats d'arrêt européens, elle n'a pas eu d'incidence sur celles relatives à leur émission).

§ 2. La vérification de l'infraction visée

Le juge pénal français doit encore prendre en compte la loi pénale étrangère quand, en matière de mandat d'arrêt européen, il est amené à vérifier que les faits considérés entrent dans l'une des catégories d'infractions énoncées par l'article 695-23 du code de procédure pénale (Crim., 14 septembre 2005, pourvoi n° 05-84.999, *Bull. crim.* 2005, n° 227).

En ce qui concerne les motifs devant conduire les juges à émettre un avis défavorable à l'extradition, la chambre de l'instruction doit encore vérifier, au regard de la loi de l'État requérant, que l'action publique n'est pas éteinte par la prescription, ce qui a conduit, pour appliquer l'article 696-4, 5°, du code de procédure pénale, à mettre en œuvre le droit étranger (Crim., 4 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.258, *Bull. crim.* 2006, n° 6 ; *Rapport* 2006, p. 445). Elle peut, ce faisant, avoir à demander un complément d'information à l'État requérant, et à s'interroger sur des notions propres au droit étranger (pour la prescription en droit russe, dont le cours est suspendu jusqu'à l'arrestation ou la reddition de la personne poursuivie, dans le cas où celle-ci a « éludé » l'enquête (Crim., 8 juin 2016, pourvoi n° 16-81.756).

§ 3. Le contrôle des effets de la remise

S'agissant des effets pour la personne de sa remise, la compréhension du droit étranger est illustrée en matière d'extradition par la considération de la nature de la peine susceptible d'être appliquée légalement (voir Crim., 8 mars 2016, pourvoi n° 15-87.485, s'agissant de la peine d'emprisonnement avec travaux forcés en droit coréen). S'agissant de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, la chambre de l'instruction peut avoir à rechercher, au regard du droit et des pratiques de l'État d'émission, en faisant au besoin application des dispositions de l'article 695-33 du code de procédure pénale, si l'intéressé,

qui a la qualité de réfugié, n'est pas susceptible d'être renvoyé par cet État vers son pays d'origine (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.499, *Bull. crim.* 2007, n° 292).

Si, comme on vient de le rappeler, le juge répressif peut avoir à consulter une loi pénale étrangère avant de faire application de la seule loi pénale française, il peut aussi être conduit à appliquer une loi civile étrangère dans le cadre du procès pénal.

Ainsi en va-t-il lorsqu'il vérifie les conditions de recevabilité de l'action civile introduite devant lui, par exemple, par une personne morale étrangère. Dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt du 1^{er} décembre 2015 (pourvoi n° 14-80.394, *Bull. crim.* 2015, D. 2016, chron. p. 156, note G. Barbier), la chambre de l'instruction, confirmant l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction par substitution de motifs, avait déclaré irrecevable la constitution de partie civile de l'association Mouvement raélien international, un groupement de droit helvétique, au motif que, faute d'avoir joint à sa plainte les dispositions pertinentes du code civil suisse, la demanderesse n'apportait pas la preuve qu'elle était une personne morale de nationalité étrangère dotée de la capacité d'agir en justice. La chambre criminelle censure l'arrêt, au visa notamment de l'article 3 du code civil, au motif qu'il se déduit de ce texte « 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 ».

Si le juge est parfois tenu d'appliquer ou de consulter la loi étrangère, il peut aussi décider, volontairement, de s'en inspirer.

Section 3. La loi étrangère source d'inspiration du juge

La circulation des règles nationales contribue au dialogue des juges dans le monde. La loi étrangère peut ainsi devenir une source d'inspiration pour le juge national et l'usage du droit comparé se développe peu à peu.

Si le droit étranger inspire parfois les juges de la Cour de cassation (§ 1), sa prise en compte résulte également de différents outils favorisant sa circulation et sa connaissance par les juges français (§ 2).

§ 1. Une source d'inspiration pour le juge français

Deux exemples illustrent l'influence que peut exercer le droit étranger sur le juge français : la prise en compte du *forum non conveniens* (A) et la consécration de l'*estoppel* (B).

A. La prise en compte du *forum non conveniens*

L'accueil de l'action déclaratoire en matière internationale s'inscrit dans la démarche de la Cour de cassation tendant à favoriser le dialogue des juges. Il s'agit d'une réponse judiciaire à des situations internationales complexes.

En procédure interne, l'action déclaratoire est définie comme une action « dont l'objet est de faire constater par le juge l'existence ou l'étendue d'une situation juridique » (L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, p. 236 ; voir aussi S. Guinchard,

C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 32^e éd., 2014, n° 134). Sur le plan processuel, les actions préventives ne sont pas admises en droit positif français, dans la mesure où, en application de l'article 31 du code de procédure civile, seul un intérêt né et actuel peut être défendu. La jurisprudence a fait de multiples applications de cette règle, retenant que le demandeur n'est pas recevable à contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie (Soc., 20 mars 1974, pourvoi n° 74-60.003, *Bull.* 1974, n° 197; 2^e Civ., 7 décembre 2000, pourvoi n° 99-14.902, *Bull.* 2000, n° 163; 3^e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 00-20.973).

Ces arrêts ont été rendus dans des situations soulevant des questions de compétence dans l'ordre interne. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation concernait une situation posant une question de compétence internationale (Soc., 7 mai 1996, pourvoi n° 93-43.771). Dans cette affaire, le demandeur avait engagé deux actions : la première devant une juridiction monégasque, la seconde, avant que cette juridiction ne statue, devant une juridiction française. Pour s'opposer à l'exception de litispendance, soulevée par le défendeur et accueillie par la cour d'appel, le demandeur s'était prévalu du caractère exclusif de la compétence des juridictions françaises. Cependant, la Cour de cassation a jugé que le demandeur « n'est pas recevable, au nom de la bonne foi, à invoquer l'incompétence d'une juridiction étrangère qu'il a lui-même saisie et l'inopposabilité de sa décision rendue sur sa demande ».

En rupture avec cet arrêt isolé et avec la jurisprudence arrêtée en matière d'action déclaratoire en droit interne, la Cour de cassation a admis que des justiciables saisissent des juges français afin de faire constater l'incompétence internationale des juridictions françaises (1^{re} Civ., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-30.919, *Bull.* 2011, I, n° 210; *BICC* n° 759, 1^{er} avril 2012, n° 396, p. 48 (note), *Rapport* 2011, p. 511). En l'espèce, à la suite d'un accident aérien, les demandeurs avaient saisi les juges américains du siège du transporteur contractuel, en application de l'article 33, § 1, de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Montréal le 28 mai 1999 (Convention de Montréal). Les défendeurs américains avaient alors demandé au juge étranger saisi de renoncer à sa compétence en vertu de la règle du *forum non conveniens*, en soutenant que le juge français serait plus approprié pour trancher le litige. Le tribunal américain, estimant ne pas être le plus approprié pour connaître du litige, a accueilli la requête des défendeurs aux fins de son dessaisissement pour cause de *forum non conveniens* et a refusé de statuer.

Le mécanisme de *forum non conveniens* est inconnu de la tradition continentale et un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, rendu en application de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 (Convention de Bruxelles), a condamné le recours à la doctrine du *forum non conveniens* quel que soit le fondement conventionnel de la compétence internationale du juge saisi (CJCE, gde ch., arrêt du 1^{er} mars 2005, Owusu, C-281/02). Pourquoi, dans ces conditions, avoir admis que l'action déclaratoire internationale était recevable et que, compte tenu de la saisine antérieure des juges américains, les juridictions françaises pouvaient décliner leur compétence au profit d'une juridiction américaine ?

L'arrêt de 2011 retient, d'abord, que les ayants droit des passagers victimes « ont été contraints de porter leur litige devant une juridiction qu'ils n'ont pas choisie » et, ensuite, qu'ils « ont, sur le fondement de la Convention de Montréal [précitée], un

intérêt actuel et légitime à agir, à titre déclaratoire, en constatation de l'existence et de la portée du droit d'option de compétence que celle-ci leur reconnaît».

Cet arrêt, censurant le raisonnement des premiers juges, casse la décision de la cour d'appel ayant retenu, pour refuser de se dessaisir du litige, que, parmi les chefs de compétence résultant de la Convention de Montréal, figurait le tribunal du lieu de destination du vol, soit celui de Fort-de-France, alors que les demandeurs avaient choisi une autre juridiction compétente pour trancher le litige. La Cour de cassation juge que «l'option de compétence ouverte au demandeur [...] s'oppose à ce que le litige soit tranché par une juridiction, également compétente, autre que celle qu'il a choisie». Il peut en être déduit que le for français était alors indisponible, de sorte que l'action déclaratoire était ouverte. Certes, cette jurisprudence affaiblit la prévisibilité des règles de compétence judiciaire internationale, lorsque le litige présente des liens caractérisés avec le for (*D. n° 1*, 5 janvier 2012, *Actualités droit des affaires*, p. 5, note X. Delpech ; P. Delebecque, «Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs», *D. n° 4*, 26 janvier 2012, p. 254).

S'inscrivant dans le cadre d'un dialogue des juges, initié par le juge américain qui avait estimé que le juge français devait probablement être le plus approprié pour connaître du différend, la Cour de cassation a tenté d'influer, comme le souligne la doctrine, sur la manière dont est interprétée, aux États-Unis, la Convention de Montréal. Cette interprétation a pour effet de priver la victime du droit d'opter entre plusieurs juridictions compétentes (L. d'Avout, «Dialogue transatlantique autour d'une règle uniforme de compétence judiciaire», *JCPéd. G n° 9*, 27 février 2012, 241).

Comme l'observent certains auteurs, les actions déclaratoires jouent un rôle crucial dans la stratégie des contentieux internationaux. En l'espèce, la solution adoptée par la Cour de cassation, aucun autre arrêt n'ayant été retenu sur le même thème depuis lors, s'inscrit dans une logique de coordination des systèmes juridiques (E. Jeuland, *JCP éd. G n° 14*, 6 avril 2015, 424, § 13).

La prise en compte de l'*estoppel* témoigne plus clairement de ce que la loi étrangère peut inspirer le juge français.

B. La consécration de l'*estoppel*

Selon le principe de l'*estoppel*, nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. Emprunté au droit anglo-saxon, ce principe a été petit à petit admis en droit français en tant que tel. Il s'agit en fait d'une déclinaison du principe de bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles, du principe de loyauté des débats ou encore des théories de l'abus de droit. Cette notion a surtout pris son essor en droit anglais qui ne connaît pas la notion de bonne foi.

La question se posait de savoir dans quelle mesure les parties peuvent, devant les juridictions françaises, soutenir des thèses contraires à celles dont elles ont pu se prévaloir auparavant.

Du fait de l'origine étrangère de ce principe, c'est logiquement que la première chambre civile de la Cour de cassation, statuant en matière d'arbitrage international, a été la première à se référer à la notion d'*estoppel*, qualifiée alors de «règle» (1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 01-15.912, *Bull.* 2005, I, n° 302).

Elle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que la partie qui avait elle-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains, et avait participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, était irrecevable, en vertu de la règle de l'*estoppel*, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle.

L'assemblée plénière a, par la suite, mentionné le fait qu'une partie ne peut pas se contredire au détriment d'autrui, marquant l'intégration de la notion en droit positif français, dans l'arrêt qui faisait l'objet d'un pourvoi (Ass. plén., 27 février 2009, pourvoi n° 07-19.841, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1, *Rapport* 2009, p. 419). Dans l'espèce qui lui était soumise, elle ne l'a cependant pas appliquée, ses conditions de mise en œuvre n'étant pas remplies.

La référence à l'*estoppel* n'est donc pas une entière nouveauté. Il s'agit plus de l'extension et de la conceptualisation de notions déjà présentes en droit français.

Depuis, la Cour de cassation s'y réfère occasionnellement. Il faut cependant noter que les arrêts de cassation le désignent expressément comme « le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » (Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, *Bull.* 2011, IV, n° 132 ou encore 1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.288, *Bull.* 2010, I, n° 25). Ce principe peut également être visé ensemble avec l'article 122 du code de procédure civile relatif aux fins de non-recevoir (Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.947, *Bull.* 2015, V, n° 173).

Si le juge français s'est inspiré de l'*estoppel*, il lui a attribué une portée propre aux règles procédurales françaises. Dès l'arrêt du 27 février 2009 précité, l'assemblée plénière de la Cour de cassation en a ainsi dressé les contours en précisant qu'il ne s'applique que lorsque les actions engagées sont de même nature, sont fondées sur les mêmes conventions et opposent les mêmes parties.

La violation de ce principe est sanctionnée par une fin de non-recevoir. La liste des fins de non-recevoir mentionnée par l'article 122 du code de procédure civile n'est pas limitative et le moyen de défense opposé à la violation de l'interdiction de l'autocontradiction procédurale constitue non une défense au fond, mais une fin de non-recevoir (Ass. plén., 27 février 2009, précité; Com., 9 juillet 2002, pourvoi n° 01-01.750; 2^e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 03-13.932, *Bull.* 2005, II, n° 257; 1^{re} Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-27.474, *Bull.* 2012, n° 263; Com., 26 novembre 2013, pourvoi n° 12-27.456).

La jurisprudence de la Cour de cassation retient trois éléments pour caractériser l'*estoppel*. La violation du principe n'est ainsi caractérisée que s'il y a une contradiction, due à la mauvaise foi, ayant causé un préjudice.

Il faut ainsi, tout d'abord, qu'une des parties se contredise elle-même. Cette contradiction doit résulter de positions incompatibles entre elles.

Elle peut intervenir en amont du litige, en matière contractuelle. Pourrait par exemple se contredire un contractant notifiant à son partenaire commercial une absence de tacite reconduction de son contrat tout en adoptant un comportement laissant croire à ce dernier à une poursuite de la relation commerciale (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-10.862) ou encore une banque qui ferait naître chez son cocontractant l'attente légitime de la conclusion d'un nouvel emprunt de restructuration, avant de le refuser (Com., 11 décembre 2012, pourvoi n° 11-13.846).

La contradiction peut également intervenir au cours de la procédure et viser des positions procédurales incompatibles. C'est ainsi au visa du « principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » que la Cour de cassation a retenu qu'une société, qui a elle-même formé et instruit un pourvoi contre un arrêt de cour d'appel ayant abouti à la cassation partielle de cet arrêt, ne peut se prévaloir devant la cour de renvoi de la circonstance qu'elle aurait été dépourvue de personnalité juridique lors des instances ayant conduit à ces décisions (Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, *Bull.* 2011, IV, n° 132). Réciproquement, une partie qui a dénoncé, au cours des procédures judiciaires antérieures, une rupture fautive des relations commerciales, ne se contredit pas au détriment d'autrui en demandant ensuite la poursuite de ces relations (Com., 26 novembre 2013, pourvoi n° 12-27.456).

C'est en référence cumulée au principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui et au principe de loyauté des débats que la Cour de cassation a retenu qu'un employeur, qui a déclaré renoncer au licenciement économique qu'il a prononcé, ne peut soutenir ensuite que le contrat de travail a été rompu par ce licenciement (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-41.960). À travers cet arrêt, il apparaît que la mise en œuvre du principe de l'*estoppel* en matière procédurale est proche de celle du principe de la loyauté des débats, les deux notions étant parfois associées dans un même arrêt.

C'est en référence à la seule obligation de loyauté procédurale que la Cour de cassation a retenu, en matière arbitrale, qu'en excipant tardivement de griefs dont elle n'établissait pas qu'elle n'en aurait pas eu ou pu avoir connaissance antérieurement, une partie était irrecevable à critiquer la sentence en reprochant aux arbitres un manquement à leur obligation de révélation (1^{re} Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-27.474, *Bull.* 2012, I, n° 263).

L'emprunt aux règles juridiques étrangères n'est ainsi que partiel. Il traduit l'utilisation, parcimonieuse, du terme *estoppel* pour qualifier la mise en œuvre d'un principe général que le droit français connaissait déjà.

La contradiction doit, ensuite, résulter d'un comportement de mauvaise foi. Il s'en déduit qu'elle doit être volontaire. Ainsi, une première position adoptée par une partie ne peut servir d'élément de comparaison pour établir une contradiction lorsqu'elle ne l'a pas été en toute connaissance de cause. C'est le cas d'une transaction acceptée par un salarié avant d'avoir reçu la lettre de licenciement et qui conteste ensuite ce licenciement (Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-44.335). De même, ne peut être interprété comme un renoncement à son droit de contester sa mise à la retraite le fait qu'un salarié a bénéficié d'un avantage réservé aux retraités (Soc., 25 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.155).

La contradiction doit, enfin, avoir causé un préjudice. C'est ainsi que la Cour de cassation vérifie si les prétentions émises par l'une des parties ont pu induire en erreur une autre partie sur ses intentions (1^{re} Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, *Bull.* 2014, I, n° 154; 1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.288, *Bull.* 2010, I, n° 25; Com., 26 novembre 2013, pourvoi n° 12-27.456).

Le principe de l'*estoppel*, selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation en ce qu'il nécessite en effet d'examiner des éléments de droit et de fait qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation d'apprécier directement (Com., 7 octobre 2014, pourvoi n° 13-15.152).

La contradiction d'une partie au détriment d'autrui est par ailleurs sanctionnée devant la Cour de cassation par des règles propres à cette juridiction. Un moyen contradictoire avec la position adoptée devant les juges du fond est irrecevable (2^e Civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-18.535).

Cette règle, tout comme le principe de loyauté des débats ou de bonne foi, préexistait à l'introduction en droit français de la notion d'*estoppel*.

La Cour de cassation a ainsi adapté la notion d'*estoppel*, source d'inspiration pour le juge français, regroupant divers principes de loyauté autour du même concept, dont elle a défini les contours avec précision.

Le développement d'outils permettant aux juges français d'avoir connaissance de la loi étrangère contribue au développement du dialogue des juges dans le monde.

§ 2. Les outils de connaissance du droit étranger

La coopération administrative internationale (Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger conclue à Londres le 7 juin 1968, aux termes de laquelle les parties contractantes s'engagent à se fournir des renseignements sur leur droit dans le domaine civil et commercial ainsi que dans le domaine de la procédure civile et commerciale à la demande d'une autorité judiciaire formée à l'occasion d'une instance déjà engagée) et la coopération judiciaire (conventions bilatérales de coopération judiciaire) sont trop lourdes et méconnues pour servir un dialogue judiciaire transnational. D'autres initiatives sont nécessaires, que les moyens de communication contemporains mettent à la portée de tous les acteurs du procès.

Le portail *e-Justice* de la Commission européenne est un premier exemple d'une justice européenne en ligne.

Le portail commun de jurisprudence du Réseau de présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (www.reseau-presidents.eu) favorise le développement de la méthode comparative en permettant un accès à la jurisprudence des cours européennes dans la langue de l'interrogation (G. Canivet, « L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la jurisprudence », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 133).

Le droit comparé est un moyen d'évaluation des systèmes juridiques et du dialogue des juges (B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion bien française », in *Le Droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 19). Il convient ici de faire l'éloge du bavardage judiciaire dont un ancien premier président de la Cour remarquait qu'en permettant la prise en compte des solutions étrangères dans les décisions de justice il éloignait le juge de la fonction publique spécialisée pour lui donner une identité propre (G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 11). La mondialisation du commerce, des services, de la culture, qui atténue les différences de comportement, de pensées et de valeurs, est un puissant facteur de rapprochement entre les systèmes juridiques (B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The story of the last thirty-five years*, Hart Publishing, 2003). L'attention portée au droit étranger croît avec le nombre des litiges qui excèdent les frontières d'une seule

nation (S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Odile Jacob, 2015). La capacité des systèmes judiciaires à régler ces litiges contribue à convaincre l'opinion de la compatibilité et de la cohérence des réponses apportées à des problèmes comparables. Il faut donc souhaiter que le dialogue des juges s'intensifie et que le juge français y prenne toute sa part.

La mondialisation ne conduit pas seulement à une circulation accrue des règles nationales, elle se manifeste également par le développement de règles supranationales que le juge français doit appliquer.

Chapitre 2. Le juge et la multiplication des règles supranationales

Au sein des règles supranationales, le droit européen – entendu au sens large comme le droit de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe – occupe évidemment une place centrale et très spécifique. Pour cette raison, il convient d'envisager le rôle du juge confronté au droit européen (section 1) pour ensuite étudier tour à tour le juge et les conventions internationales (section 2), enfin le juge et les autres normes supranationales (section 3).

Section 1. Le juge et le droit européen

L'examen du rôle du juge au regard du droit européen suppose de distinguer le droit de l'Union européenne (§ 1) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (§ 2).

§ 1. Le juge et le droit de l'Union européenne

Le rappel des principes fixant le rôle du juge au regard du droit issu de l'Union européenne (A) précédera l'examen de quelques applications particulières (B).

A. Les principes

Le droit de l'Union européenne revêt, au sein de l'ensemble des règles internationales dont la Cour de cassation est appelée à faire application, une place particulière pour une double raison. La première est d'ordre quantitatif : le développement de la construction européenne se traduit au fil du temps par la multiplication des règles de droit qui déterminent, directement ou indirectement, le droit applicable au sein de chacun des États membres, l'observation valant, tout particulièrement, pour le droit économique et social. La seconde est d'ordre qualitatif : la création des Communautés européennes, puis de l'Union européenne, a en effet donné naissance à un véritable ordre juridique, qui associe aux traités l'institution d'un ensemble de règles édictées par les institutions européennes qui exercent leurs effets, selon des modalités parfois subtiles, sur l'ordre juridique de chacun des États membres.

On ajoutera que, s'il s'insère dans l'ordre juridique interne par la voie de l'article 55 de la Constitution (ce sont d'ailleurs les dispositions des articles 52 et suivants

de la Constitution qui s'appliquent à la négociation, à la signature et à la ratification des traités institutifs), le droit de l'Union européenne peut s'autoriser, par ailleurs, des dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, qui lui confèrent ainsi une dimension particulière, et fondent spécialement, en consacrant la participation de la République française à l'Union européenne, l'effet direct qui s'attache aux règles du droit dérivé.

1. L'ordre juridique européen selon la jurisprudence de la Cour de justice

Si elle peut s'autoriser de certaines des dispositions des traités (le mécanisme de la question préjudicielle figure ainsi, depuis l'origine, au sein de ces derniers), la constitution de l'ordre juridique de l'Union européenne procède, pour l'essentiel, de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en 2009.

De la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, on retiendra, plus particulièrement, les enseignements suivants :

- les traités ne constituent pas un simple accord international, mais donnent naissance à 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 représentants » (CJCE, arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62);
- l'ordre juridique ainsi institué s'intègre à l'ordre juridique de chacun des États membres et l'emporte sur l'ordre juridique des États membres sans distinction (CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, *Costa c/. Enel*, aff. 6/64); l'intégration vaut également pour les règles du droit dérivé qui font « partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres » (CJCE, arrêt du 9 juin 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *AJDA* 1978, p. 323);
- la Cour de justice confère, plus largement, aux règles du droit des Communautés européennes hier, du droit de l'Union européenne aujourd'hui, primauté, effectivité et immédiateté dans leurs rapports avec le droit des États membres.

Tel que façonné par la jurisprudence de la Cour de justice, l'ordre juridique de l'Union européenne n'est pas sans effet sur le rôle imparti aux juridictions des États membres. Il s'impose, en effet, à celles-ci, érigées en autant de juges de droit commun des règles du droit de l'Union européenne, à charge pour elles de donner à celles-ci leur plein effet, au besoin en laissant inappliquée, de leur propre autorité, toute disposition contraire du droit interne, même postérieure, sans qu'elles aient à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal* aff. 106/77 précité, points 21 et 24, et CJUE, arrêt du 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, point n° 81).

2. L'ordre juridique européen dans la jurisprudence de la Cour de cassation

La Cour de cassation a intégré, dans le contrôle qu'elle exerce sur les juridictions du fond autant que dans sa jurisprudence, les exigences de l'ordre juridique européen.

Indépendamment de l'application, dans les diverses branches du droit affectées par le développement de la construction européenne, des règles du droit de l'Union européenne (voir *infra*, B), la Cour de cassation a pris acte des principes directeurs de l'ordre

juridique européen tels qu'ils ont été formulés par la Cour de justice de Luxembourg. Plusieurs décisions, le plus souvent rendues dans les formations solennelles de l'assemblée plénière ou de la chambre mixte, méritent mention sur ce point.

La Cour de cassation a reconnu, dès 1975, la suprématie des règles du droit de l'Union européenne sur les lois et règlements en se fondant sur les dispositions de l'article 55 de la Constitution (Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556, *Bull.* 1975, Ch. mixte, n° 4). Le Conseil constitutionnel ayant retenu qu'il ne lui appartenait pas de s'assurer, ne serait-ce qu'en raison du caractère parfois contingent de la question, de la compatibilité d'un engagement international avec la loi (Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° 1974-54 DC, considérants n°s 2 à 7, *Rec. Cons. Const.* p. 19), la Cour de cassation en a déduit, quelques mois plus tard, qu'il appartenait au juge judiciaire de se prononcer sur la question en écartant au besoin l'application de la règle interne incompatible avec la règle internationale ou européenne. Si la position prise ainsi par la chambre mixte a étendu ses effets à l'égard de l'ensemble des règles internationales et européennes, il n'est pas indifférent qu'elle ait été formulée initialement dans un litige intéressant l'application de règles issues du droit dérivé des Communautés européennes.

La Cour de cassation n'a pas hésité davantage à faire prévaloir les exigences de primauté, d'effectivité et d'immédiateté du droit de l'Union européenne.

Elle a été amenée ainsi à s'interroger sur la compatibilité avec les exigences du droit de l'Union européenne du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, s'agissant plus précisément de son caractère prioritaire, qui plus est dans une matière touchant la protection de la liberté individuelle (le litige se rapportait, en effet, au placement en centre de rétention d'un ressortissant étranger dans l'attente de l'exécution d'une mesure d'éloignement du territoire dans le cadre de l'Accord de Schengen). Forte de la réponse donnée par la Cour de justice à la suite de la question préjudicielle dont elle l'avait saisie (CJUE, gde ch., arrêt du 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdéli, C-188/10 et C-189/10), la Cour de Luxembourg a d'ailleurs confirmé la solution, en grand-chambre, au sujet de la procédure du même type applicable au sein de la République slovaque (CJUE, gde ch., arrêt du 15 janvier 2013, Jozef Krizan e.a., C-416/10), la Cour de cassation n'a pu que constater que, la procédure applicable devant elle pour l'examen des questions de constitutionnalité ne permettant pas de recourir à des mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne, il appartenait au juge de «se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union européenne en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité» (Cass., 29 juin 2010, QPC n°s 10-40.001 et 10-40.002 ; X. Magnon, «La QPC et le droit : la brute, les bons et le truand», *RFD const.* 2010, p. 761 ; X. Prétot, «La Constitution, la loi et le droit de l'Union européenne», *RJS* 2010, p. 734).

Les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne ont conduit, de même, la Cour de cassation à faire obligation au juge du fond, lorsque les faits le justifient, de changer le fondement juridique de la demande dont il est saisi pour faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne (Ch. mixte, 7 juillet 2017, pourvoi n° 15-25.651, publié au *Bulletin*). La demande tendant, en l'espèce, à la responsabilité du fait de produits phytosanitaires recherchée sur le fondement des règles de droit commun de la responsabilité, la Cour de cassation a prononcé

la cassation de la décision des juges du fond, faute pour ces derniers de s'être fondés sur la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité en matière de produits dangereux transcrits sous les articles 1245 et suivants du code civil; la solution mérite d'autant plus mention que la Cour de cassation a relevé d'office le moyen tiré de la violation des textes susmentionnés « ensemble l'article 12 du code de procédure civile et *les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne* ».

Elle a néanmoins censuré une cour d'appel qui avait écarté le droit national et fait une application de cette même directive, non encore transposée en droit interne, posant à la primauté accordée au droit de l'Union la limite des principes généraux du droit, notamment de sécurité juridique ainsi que de non-rétroactivité, et excluant une interprétation *contra legem* du droit national (1^{re} Civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 14-13.151, *Bull.* 2015, I, n° 117).

B. Quelques applications particulières

Seront examinés quelques exemples d'application par le juge français du droit issu de l'Union européenne en droit économique (1), en droit social (2) et en droit de la sécurité sociale (3).

1. En droit économique

Plusieurs exemples illustrent les difficultés auxquelles peut être confronté le juge français qui doit apprécier la conformité du droit interne au droit de l'Union européenne.

Le premier exemple porte sur les libertés d'établissement et de prestation de services.

Comme le droit international, le droit de l'Union européenne a pour particularité, en même temps que de proposer des solutions juridiques concrètes aux difficultés nées de la volonté irrépressible des hommes de franchir les frontières, de les inciter à exercer cette liberté. En cela, le droit de l'Union européenne est à la fois une réponse à la mondialisation et l'instrument de son développement.

L'arrêt rendu le 16 avril 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation est riche d'enseignement sur les méthodes proposées par le droit de l'Union européenne pour garantir, mais aussi limiter, à certaines conditions, l'exercice des libertés de circulation, caractéristiques de la mondialisation (1^{re} Civ., 16 avril 2015, pourvoi n° 13-27.690, *Bull.* 2015, I, n° 104). En l'espèce, un vétérinaire belge, exerçant à la fois en Belgique et en France, avait contesté l'obligation qui lui était faite par les autorités françaises de s'inscrire à l'ordre national des vétérinaires français, alors qu'il était déjà inscrit à l'ordre national des vétérinaires belges, ainsi que celle de cotiser auprès du premier ordre, alors qu'il avait déjà acquitté une cotisation auprès du second. À cette fin, il invoquait le droit de l'Union européenne, en particulier le droit d'établissement et la libre prestation des services, libertés fondamentales reconnues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et mises en œuvre, notamment, par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Le litige en cause constitue une illustration classique de la confrontation du juge national et de la mondialisation. D'un point de vue juridique, le juge de proximité de Charleville-Mézières, juge français, était invité à apprécier la compatibilité du droit

interne, qui impose à un vétérinaire exerçant sur le territoire français de s'inscrire et de cotiser à l'ordre national des vétérinaires français, alors qu'il avait déjà accompli de semblables obligations, imposées par le droit belge, au titre de son activité sur le territoire de la Belgique, avec les principes européens, applicables en France, de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services.

La juridiction de proximité a fait prévaloir les règles nationales gouvernant l'organisation de la profession de vétérinaire, dont le contrôle est confié à l'ordre national des vétérinaires. Par l'arrêt précité du 16 avril 2015, la Cour de cassation confirme cette solution. Cependant, si elle suit le premier juge quant à l'applicabilité des règles nationales au professionnel exerçant simultanément son activité sur deux territoires, elle substitue au raisonnement critiqué ses propres motifs.

D'abord, alors que la juridiction de proximité ne distinguait pas entre la liberté d'établissement et la libre prestation des services, laissant supposer que les régimes juridiques respectivement attachés à ces deux libertés étaient simultanément applicables, la Cour de cassation rappelle la règle de principe issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle «le ressortissant d'un État membre de l'Union européenne qui, de façon stable et continue, exerce une activité dans un autre État membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet État, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services» (arrêts du 30 novembre 1995, Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, § 29, et du 11 décembre 2003, Schnitzer, C-215/01, § 28). L'enjeu d'une telle distinction n'est pas anodin. Les contraintes dont les États font dépendre l'exercice sur leur territoire des activités professionnelles non salariées sont moins justifiables lorsqu'elles sont imposées à des ressortissants installés à l'étranger qui souhaitent exercer leur liberté de prestation de services, que lorsque ceux-ci sont déjà établis sur ce territoire et entendent bénéficier de la liberté d'établissement.

Ensuite, le premier juge avait fondé la condamnation du vétérinaire en cause au paiement des cotisations réclamées par l'ordre sur la constatation de l'existence de «limites» aux principes de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Il avait conclu à l'existence de telles limites, dès lors que «l'activité en question relève de l'exercice de l'autorité publique» ou que «des restrictions visent à protéger l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique». Elle considérait qu'en l'espèce «les exigences de santé publique imposent à un vétérinaire travaillant dans le pays concerné d'adhérer à l'ordre de ce pays» et que «le Conseil de l'ordre est garant du bon exercice de la médecine vétérinaire sur le territoire et du respect de l'application des dispositions législatives et réglementaires régissant la profession».

Le raisonnement du juge de proximité suivait la méthode traditionnelle de la Cour de justice, consistant à constater l'existence d'une restriction à l'exercice d'une liberté européenne, avant de relever qu'elle était justifiée par des motifs d'ordre public ou par des raisons impérieuses d'intérêt général. Cette orthodoxie de la motivation ainsi adoptée révèle le poids que peuvent prendre, dans la décision du juge appelé à examiner les mérites respectifs du droit interne et des libertés de circulation, les exigences de l'ordre public national ou de toute autre considération attribuée à l'intérêt général de l'État en cause.

Tel n'a toutefois pas été le raisonnement suivi par la Cour de cassation, car, sur la question de la double obligation d'inscription et de cotisation, les articles 13 et 14 de la directive 2006/123/CE précitée comportaient des éléments de réponse plus précis que la jurisprudence européenne elle-même.

La Cour de cassation fonde sa décision d'approuver la licéité de l'obligation d'inscription à l'ordre national des vétérinaires français, en dépit de l'inscription de l'intéressé à l'ordre belge, en premier lieu sur l'article 14 « Exigences interdites ». Celui-ci prévoit que : « Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes : [...] » Parmi ces exigences figure, au paragraphe 2, « l'interdiction d'avoir un établissement dans plus d'un État membre ou d'être inscrit dans les registres ou dans les ordres ou les associations professionnels de plus d'un État membre ». En d'autres termes, les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de services ou à son exercice sur leur territoire par un prestataire de services qui souhaite s'y installer à la condition que ce prestataire ne soit pas déjà installé dans un autre État membre ou ne soit pas déjà inscrit auprès d'un ordre professionnel situé dans un autre État membre. On observera que le législateur européen ne s'est pas référé, comme il aurait pu le faire, à l'interdiction d'exercer simultanément la même activité dans plusieurs États membres, mais à celle, notamment, d'être inscrit à un ordre professionnel de plus d'un État membre, ce qui laisse penser que le principe même d'une double inscription n'est pas contraire à la liberté d'établissement. La Cour de cassation en déduit donc que « n'[était] pas contraire à la liberté d'établissement l'obligation imposée par l'article L. 242-4 du code rural et de la pêche maritime à un vétérinaire ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne qui désire exercer sa profession en France, d'être inscrit au tableau de l'ordre des vétérinaires, alors que, pour l'exercice simultané de la même activité dans son État membre d'origine, il est déjà soumis à une obligation d'inscription à un ordre professionnel ».

En second lieu, la décision était fondée sur l'article 13 qui prévoit, en son paragraphe 2, que : « Les procédures et formalités d'autorisation ne doivent pas être dissuasives ni compliquer ou retarder indûment la prestation du service. Elles doivent être facilement accessibles et les charges qui peuvent en découler pour les demandeurs doivent être raisonnables et proportionnées aux coûts des procédures d'autorisation et ne pas dépasser le coût des procédures. » Combiné à l'article 14, § 2, précité, qui admet donc la licéité d'une inscription à plus d'un ordre professionnel, et étant rappelé que c'était le principe d'une double obligation de paiement de cotisation, et non du montant de ces cotisations, qui était contesté, cette disposition de l'article 13 a été considérée comme de nature à justifier la solution retenue par le jugement attaqué. La Cour de cassation en tire la conséquence que « l'obligation de paiement d'une cotisation à l'ordre des vétérinaires n'est pas, en son principe, contraire à la liberté d'établissement, même si le vétérinaire est soumis à une obligation identique dans son État membre d'origine ».

À l'instar de la juridiction de proximité, la Cour de cassation fait prévaloir sur la liberté d'établissement certaines exigences d'intérêt général. Comme le premier juge, elle peut s'autoriser d'une jurisprudence ancienne de la Cour de justice des Communautés européennes, relayée depuis lors par des dispositions plus précises du droit dérivé, selon laquelle l'inscription ou l'affiliation obligatoire à une organisation ou à un organisme

professionnel « doivent être considérées comme licites, eu égard à ce qu'elles visent à garantir la moralité et le respect des principes déontologiques, ainsi que le contrôle disciplinaire de l'activité des vétérinaires et donc des exigences dignes de protection », ce dont la Cour de justice a déduit que « les dispositions législatives des États membres prescrivant l'inscription obligatoire à l'Ordre professionnel ne sont donc pas, en tant que telles, incompatibles avec le droit communautaire » (CJCE, arrêt du 22 septembre 1983, Auer/Ministère public, C-271/82, § 18).

La Cour de cassation substitue seulement aux motifs du jugement contesté une motivation plus conforme à l'état le plus récent du droit de l'Union, contenu dans la directive 2006/123/CE précitée. Elle ne modifie aucunement la portée de la solution adoptée, du point de vue de la légitimité, selon ce droit, des obstacles opposés par les États, pour des raisons d'ordre public ou d'intérêt général, aux phénomènes de mondialisation.

Le droit de la propriété intellectuelle peut également être envisagé. En matière de propriété industrielle, répondant à quatre questions préjudicielles posées par la Cour de cassation, la CJUE a dit pour droit qu'une mesure coercitive, telle qu'une astreinte, ordonnée par le tribunal des marques communautaires, en vertu de son droit national, produit effet dans les États membres autres que celui dont relève le tribunal dans les conditions prévues au chapitre III du règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice (gde ch., arrêt du 12 avril 2011, DHL Express France SAS, C-235/09).

La chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation a alors censuré une cour d'appel qui avait limité la demande d'interdiction d'usage, sous astreinte, de la marque communautaire Webshipping au seul territoire français, en ce que l'existence d'un risque de confusion entre les signes en présence n'avait été appréciée qu'au regard de la perception que pouvaient en avoir les consommateurs français ou parlant français, retenant le défaut de base légale, dès lors qu'il ne résultait pas de ces motifs que l'existence d'un risque de confusion était limitée au seul territoire français (Com., 29 novembre 2011, pourvoi n° 08-13.729, *Bull.* 2011, IV, n° 197).

La qualification des contrats de distribution constitue une autre illustration des difficultés suscitées par l'existence du droit de l'Union européenne. Sur la question de la qualification des contrats de distribution, déterminante pour l'application de l'article 5, 1^o, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement « Bruxelles I »), dans deux arrêts, la Cour de cassation avait considéré que les contrats de distribution échappaient par nature aux catégories spécifiques de l'article 5, 1^o, b, du règlement (contrats de vente et de fourniture de services) et relevaient, en conséquence, de la catégorie résiduelle prévue à l'article 5, 1^o, a, du règlement, ce qui aboutissait à la nécessité de recourir à la méthode conflictuelle pour la détermination du juge compétent (1^{re} Civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-12.166, *Bull.* 2007, I, n° 30; 1^{re} Civ., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-21.949, *Bull.* 2008, I, n° 61).

Or, la Cour de justice de l'Union européenne, répondant à une série de questions préjudicielles posées par une juridiction belge, a dégagé deux critères pour retenir la qualification de contrat de fourniture de services (au sens de l'article 5, 1^o, b, second tiret, de ce même règlement) : la prestation caractéristique fournie par le concessionnaire et la contrepartie de l'activité (CJUE, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins,

C-9/12; L. Idot, « Compétence en matière contractuelle et contrat de concession », *Rev. Europe* 2014 n° 2, février 2014, comm. 109; P. Berlioz, « Le contrat de concession est un contrat de fourniture de services au sens du règlement Bruxelles I », *JCP* éd. G. n° 6, 10 février 2014, 180).

Tirant les conséquences de cet arrêt, la Cour de cassation a transposé cette méthode de qualification dégagée par la Cour de justice à un contrat de distribution exclusive de marchandises, pour dire qu'il s'agissait d'un contrat de fourniture de services au sens de l'article 5, 1°, b, second tiret, du règlement Bruxelles I.

Aux motifs de la cour d'appel, sur la mise en œuvre de l'article 5, 1°, a, du règlement Bruxelles I, elle a substitué les motifs essentiels de la Cour de justice dans son arrêt préjudiciel, et a déduit, à partir des constatations de l'arrêt attaqué, confortées par les pièces de la procédure, tout d'abord, l'application de l'article 5, 1°, b, second tiret, du règlement, le contrat litigieux constituant un contrat de fourniture de services au sens de ce texte, et ensuite, en application de ce texte, la compétence de la juridiction française saisie, en tant que lieu de réalisation de la prestation caractéristique du distributeur (1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-13.405, *Bull.* 2014, I, n° 196, *Rapport* 2014, p. 538).

2. En droit social

De même que le droit issu de l'Organisation internationale du travail et de la Charte sociale européenne rénovée, le droit de l'Union se préoccupe des effets de la durée du travail sur la santé et la sécurité des travailleurs. C'est ainsi, par exemple, que l'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 pose le principe selon lequel « tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ». Ces principes sont mis en œuvre par la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation retient que cette directive contient des règles de droit social d'une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescriptions minimales nécessaires pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé (Soc., 17 février 2010, pourvoi n° 08-43.212, *Bull.* 2010, V, n° 47; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-14.743, *Bull.* 2011, V, n° 184).

Deux illustrations, relatives au calcul de la durée de travail en jours et aux congés payés, peuvent être présentées.

Institué par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, le forfait en jours a pour objet de soumettre des salariés, disposant d'une certaine autonomie dans l'organisation de leur travail, à un système mesurant la durée de travail en jours et non plus en heures. Les dispositions relatives à la durée légale et aux durées maximales de travail sont écartées, seules subsistant les règles concernant les repos journaliers et hebdomadaires. Ce dispositif a fait l'objet de vives critiques en raison d'un risque de durée du travail déraisonnable, le seul maintien des repos quotidiens et hebdomadaires pouvant conduire le salarié à travailler 78 heures par semaine. Ce risque a amené le Comité européen des droits sociaux (CEDS) à stigmatiser à plusieurs reprises les insuffisances de la loi française (CEDS, 16 novembre 2001, récl.

n° 9/2000, CFE-CGC c France; CEDS, 8 décembre 2004, récl. n° 22/2003, CGT c. France; CEDS, 23 juin 2010, récl. n° 56/2009, CFE-CGC c/ France). Se fondant notamment sur les principes de santé et sécurité au travail énoncés par l'article 17 de la directive n° 2003/88/CE précitée, la Cour de cassation a, par une interprétation à la lumière du droit de l'Union, précisé les conditions de validité de la convention de forfait en jours, retenant que : « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires » (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181, *Rapport* 2011, p. 416). Par une politique volontariste d'examen des conventions collectives prévoyant le recours au forfait en jours, la Cour de cassation a, selon le cas, invalidé les accords collectifs défaillants (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43, pour la convention collective de l'industrie chimique; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250, pour la convention collective du commerce de gros; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117, pour la convention collective Syntec; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, *Bull.* 2014, V, n° 121, pour la convention collective des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, *Bull.* 2014, V, n° 137, pour la convention collective des entreprises de bâtiment et de travaux publics; Soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-14.206, *Bull.* 2014, V, n° 262, pour la convention collective du notariat; Soc., 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.444, *Bull.* 2015, V, n° 140, pour la convention collective des hôtels, cafés, restaurants) ou précisé l'interprétation qui permettait de satisfaire aux exigences de santé et de sécurité au travail résultant du droit de l'Union (Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.890, *Bull.* 2014, V, n° 301, pour la convention collective de la banque). Au vu de cette jurisprudence, le Comité européen des droits sociaux a abandonné les critiques qu'il avait émises à l'encontre du dispositif légal français (*Rapport d'activité* 2014 du CEDS). De son côté, le législateur a repris les exigences jurisprudentielles pour les introduire dans le code du travail à l'occasion du vote de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

La situation du droit des congés payés est plus complexe. L'article 7 de la directive n° 2003/88/CE garantit un droit à congé annuel payé de quatre semaines. La Cour de justice de l'Union européenne a relevé le caractère inconditionnel du droit aux congés payés, qui est attaché à la qualité de travailleur (CJCE, arrêt du 20 janvier 2009, gde ch., *Schultz-Hoff e.a.*, C-350/06) et souligné que les États membres ne peuvent ni en exclure la naissance, ni en restreindre la portée (CJUE, arrêt du 26 juin 2001, *BECTU*, C-173/99). Or, l'article L. 3141-3, alinéa 1^{er}, du code du travail lie l'acquisition des droits à congés payés à l'exercice d'un travail effectif : « le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur ». Si cette règle ne pose aucune difficulté pour la plupart des absences du salarié, il n'en va pas de même lorsque cette absence est indépendante de sa volonté, et, en premier lieu, en cas de maladie, puisque, dans ce cas, il n'exécute aucun travail effectif et n'acquiert donc aucun droit à congé. Certes, pour des raisons pratiques ou d'équité, le législateur a assimilé certaines périodes à du travail effectif, par exemple la période de congés payés, les congés de maternité et de paternité, ou encore l'arrêt pour cause d'accident de travail ou de maladie professionnelle, mais, dans ce dernier cas, l'assimilation est limitée à une période de un an (article L. 3141-5, 5°, du code du travail). Néanmoins, les règles

de droit interne viennent heurter le principe selon lequel le droit à congés payés est attaché à la seule qualité de travailleur : « La directive 2003/88 n'opère aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d'un congé de maladie, de courte ou de longue durée, pendant la période de référence et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période » (CJUE, arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff, C-350/06, § 40). Ce défaut de conformité au droit de l'Union avait été relevé par la Cour de cassation et a fondé des suggestions de réforme (*Rapport annuel* 2013, p. 66 ; *Rapport annuel* 2014, p. 43). À ce jour, seules les dispositions relatives à la perte des droits à congés payés en cas de licenciement pour faute lourde ont été abrogées par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 précitée, à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel (Cons. const., 2 mars 2016, décision n° 2015-523 QPC, M. Michel O. [Absence d'indemnité compensatrice de congé payé en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié]), rendue après renvoi par la chambre sociale d'une question prioritaire de constitutionnalité (Soc., 2 décembre 2015, pourvoi n° 15-19.597, *Bull.* 2015, V, n° 244). Dans l'attente d'une éventuelle réforme, la chambre sociale de la Cour de cassation a examiné le droit interne et sa jurisprudence à l'aune des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui a conduit à un dialogue nourri avec cette dernière : deux questions préjudicielles ont été posées, sur les conditions d'octroi du congé payé (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-44.834) et sur la notion de travailleur (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-22.376, *Bull.* 2013, V, n° 144). Modifiant sa lecture de l'article L. 3141-5 du code du travail, afin de l'interpréter à la lumière de la directive 2003/88/CE précitée et d'assurer la mise en conformité de l'acquisition des droits à congé d'un salarié en arrêt de travail pour cause d'accident de travail ou de maladie professionnelle, la chambre sociale a tout d'abord jugé que les périodes de suspension du contrat de travail pour de telles causes devaient être prises en compte pour la détermination du droit à congé payé prévu à l'article L. 3141-3 du code du travail. Cette décision constituait un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure (Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 04-44.065, *Bull.* 2005, V, n° 163 ; Soc., 7 mars 2007, pourvoi n° 05-46.025, *Bull.* 2007, V, n° 40). Cette première étape franchie, la chambre sociale de la Cour de cassation, suivant la suggestion faite par la CJUE, a interprété l'article L. 3141-5, 5°, du code du travail, qui a trait à l'arrêt de travail pour cause d'accident de travail ou de maladie professionnelle, en lui assimilant l'arrêt consécutif à un accident au cours du trajet entre le lieu de travail et le domicile. Cependant, cette interprétation, qui porte sur les cas d'assimilation de certaines absences à du travail effectif donnant droit à congés payés, ne règle pas le cœur du problème, à savoir le droit à congés payés d'un salarié malade, que l'origine de la maladie soit professionnelle ou non. Sur ce point, le travail d'interprétation du juge se heurte à la lettre du texte : l'article L. 3141-3 du code du travail subordonnant le droit à congés payés à une condition que ne prévoit pas le droit de l'Union européenne, le juge ne pourrait donner à la directive son effectivité qu'au prix d'une interprétation *contra legem*, ce qui n'est pas possible (CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10). C'est ainsi que la Cour de cassation a constaté que, si l'impossibilité pour un salarié malade d'acquiescer des droits à congés payés était contraire au droit de l'Union, ce salarié ne pouvait pas se prévaloir de la directive n° 2003/88/CE précitée pour écarter les dispositions de l'article L. 3141-3 du code du travail (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-22.285, *Bull.* 2013, V, n° 73).

Après avoir épuisé les possibilités d'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la directive et tiré les conséquences de l'absence d'effet direct horizontal, la chambre sociale de la Cour de cassation a, comme elle y avait été invitée par la Cour de justice de l'Union européenne dans les arrêts *Dominguez* précité et *Fenoll* (CJUE, arrêt du 26 mars 2015, Fenoll, C-316/13), examiné les conditions dans lesquelles il était possible, malgré tout, d'invoquer directement une directive dans un litige soumis au juge judiciaire. En effet, les dispositions de l'article 7 de la directive n° 2003/88/CE, qui garantissent à chaque travailleur un droit à congé annuel payé de quatre semaines, sont suffisamment précises et inconditionnelles pour avoir un effet direct vertical (CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10 précité). La jurisprudence de la CJUE invite le juge national à s'assurer que l'employeur n'est pas un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service public et qui dispose à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers (CJCE, arrêt du 12 juillet 1990, Foster e.a./British Gas, C-188/89). Cette obligation essentielle pesant sur le juge national (CJUE, gde ch., arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, § 43) avait été rappelée par M. l'avocat général Richard de La Tour dans son avis développé à l'audience à laquelle a été évoqué le litige concernant M. Fenoll après l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 26 mars 2015, Fenoll, C-316/13, précité). Mais, en l'occurrence, ce point n'avait pas été évoqué devant les juges du fond, en sorte que la Cour de cassation ne disposait pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour vérifier si l'employeur remplissait les conditions de la jurisprudence *Foster* (Soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 11-22.376, *Bull.* 2015, V, n° 263, *Rapport* 2015, p. 163). C'est à l'occasion d'un arrêt rendu le 22 juin 2016 que la chambre sociale de la Cour de cassation a pu en faire application : en l'espèce, un salarié en arrêt pour cause d'accident du travail réclamait le paiement d'une indemnité de congés payés pour une durée excédant la période de un an prévue par l'article L. 3141-5, 5°, du code du travail. Ce droit lui étant refusé par la lettre même du texte, le juge ne pouvait pas se livrer à une interprétation autre que *contra legem* pour parvenir à l'effet voulu par l'article 7 de la directive n° 88/2003 précitée. Cependant, les juges du fond ont examiné la situation de l'employeur et relevé que, si celui-ci était une personne morale de droit privé, il était délégataire d'un réseau de transport public dont l'étendue, les modalités et les tarifs étaient fixés par l'autorité organisatrice, ses agents étaient habilités par la loi et le règlement à constater les infractions, à encaisser les amendes et à adresser leurs constatations au procureur de la République aux fins de poursuite. Les conditions exigées par la jurisprudence *Foster* étant réunies, la chambre sociale a approuvé les juges du fond qui avaient fait une application directe de l'article 7 de la directive n° 2003/88/CE. Toutefois, l'arrêt a été cassé en raison d'une mauvaise application de cette disposition. En effet, la cour d'appel a condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de congés payés dont le montant correspondait aux congés payés que le salarié aurait acquis sur la base du droit interne, si l'article L. 3141-5, 5°, avait permis une telle acquisition. Or, appliquant directement le droit de l'Union, la cour d'appel ne pouvait accorder plus des quatre semaines garanties par l'article 7 de la directive 2003/88/CE (Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-20.111, publié au *Bulletin*).

3. En droit de la sécurité sociale

La question de la prise en charge des soins à l'étranger illustre l'impact du droit de l'Union européenne sur notre système national de sécurité sociale.

L'accès aux soins transfrontaliers est assuré par un double mécanisme de prise en charge : à l'incidence des instruments de coordination entre les systèmes nationaux de sécurité sociale adoptés en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille (à savoir le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du précédent, modifiés par le règlement (UE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, abrogeant et remplaçant, depuis le 1^{er} mai 2010, les règlements (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 et (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972, dont certaines dispositions demeurent applicables à titre transitoire jusqu'au 1^{er} mai 2020), s'ajoute l'effet des principes communautaires fondés sur les articles 49 et 50 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE), devenus les articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, relatifs à la libre prestation de services.

Suivant une jurisprudence issue, initialement, des arrêts *Kobll et Decker* (CJCE, arrêts du 28 avril 1998, *Kohll/Union des caisses de maladie*, C-158/96 et *Decker/Caisse de maladie des employés privés*, C-120/95) et *Smits et Peerbooms* (CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99), la Cour de justice, tout en rappelant que chaque État membre demeure pleinement maître de l'aménagement de son système de sécurité sociale, a précisé qu'un État membre ne pouvait, dans l'exercice de cette compétence purement nationale, faire échec aux règles communautaires et, tout particulièrement, aux principes de la libre circulation des biens et de la libre prestation de services. Cette jurisprudence conduit la Cour de justice à proscrire toute règle nationale qui exclut, par principe, la prise en charge des soins délivrés dans un établissement privé d'un autre État membre (CJCE, arrêt du 19 avril 2007, *Stamatelaki*, C-444/05 ; *RJS 10/07*, comm. H. Michard, p. 792) ou à subordonner à une autorisation préalable de l'organisme la prise en charge de soins d'urgence (CJCE, arrêt du 13 mai 2003, *Müller-Fauré et van Riet*, C-385/99 ; *RJS 8-9/03*, comm. J.-P. Lhernould, p. 651 ; CJCE, arrêt du 23 octobre 2003, *Inizan*, C-56/01, *RJS 1/04*, comm. J.-P. Lhernould, p. 23). Si la prise en charge des soins programmés délivrés en établissement peut être subordonnée, par la loi nationale, à une autorisation préalable, encore faut-il que l'État membre justifie de raisons impérieuses tenant à l'équilibre financier du système national de sécurité sociale et au maintien d'un système hospitalier accessible à tous (CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, précité). Ces considérations sont à l'origine de la distinction opérée entre soins « lourds » et soins « courants », autour de laquelle s'articule le régime des traitements suivis à l'étranger. Est ainsi proscrire toute autorisation préalable pour les soins ambulatoires ou ne nécessitant pas d'infrastructures importantes ou coûteuses (CJUE, arrêt du 5 octobre 2010, *Commission/France*, C-512/08). La Cour de Luxembourg a également considéré, après avoir rappelé que les prestations hospitalières relevaient du champ d'application de la libre prestation des services au sens de l'article 59 du Traité CE (devenu, après modification, l'article 49 CE), que le fait pour une législation nationale de ne pas garantir à l'assuré qui y est affilié un

niveau de couverture au moins aussi avantageux lorsque des services hospitaliers sont fournis dans un autre État membre est une entrave à la libre circulation des services (CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, Vanbraekel e.a., C-368/98).

Ces règles ont vocation à s'appliquer tant aux systèmes nationaux qui pouvoient au remboursement, en tout ou partie, des frais exposés, qu'aux systèmes qui, tel le système britannique, reposent sur l'institution d'un système national de santé accessible gratuitement à la population (CJCE, arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04; RJS 8-9/06, comm. D. Martin et P. Mavridis, p. 664).

Forte de ces principes directeurs issus de la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation a censuré au visa non seulement des articles R. 332-3 et R. 332-4 du code de la sécurité sociale dans leur rédaction alors en vigueur, mais encore des anciens articles 49 et 50 du Traité CE la motivation du jugement qui, pour débouter l'assurée de sa demande en remboursement de ses frais d'accouchement dans une maison de naissance en Allemagne – l'intéressée s'était rendue dans cet établissement en dépit du refus de la caisse française –, se bornait à retenir que le litige portait « sur des soins dispensés sinon dans une maternité, du moins dans une structure qui s'efforce d'y ressembler, et que l'on ne [pouvait] appeler autrement que des frais hospitaliers le contenu des deux factures dont la demanderesse [sollicitait] le remboursement ». La deuxième chambre civile a considéré que de tels motifs étaient « impropres à caractériser des soins dispensés en établissement, alors que la qualification des prestations litigieuses était déterminante pour l'application des textes susvisés » (2^e Civ., 20 mai 2010, pourvoi n° 09-65.457). En d'autres termes, il appartenait aux juges du fond de procéder à l'exacte qualification de la « maison de naissance » avant de s'interroger sur le bien-fondé du refus d'autorisation : celui-ci ne pouvait se justifier, sous réserve de certaines conditions, que si les soins litigieux relevaient de la catégorie des soins hospitaliers et assimilés. La même solution a été adoptée s'agissant de la prise en charge d'une cure thermale suivie en Italie par un assuré français (2^e Civ., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-19.128), les motifs selon lesquels l'établissement thermal italien n'était ni agréé, ni conventionné, étant jugés inopérants. Dans un attendu de principe, la Cour de cassation rappelle que l'autorisation préalable requise, hors l'hypothèse de soins inopinés, pour le remboursement des soins hospitaliers ou assimilés, dispensés à l'étranger, ne peut être refusée que si les soins envisagés ne figurent pas parmi ceux dont la prise en charge est prévue par la réglementation française, ou qu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité peut être obtenu en France, compte tenu de l'état du patient et de l'évolution probable de son affection. Concernant la détermination des modalités de remboursement des soins hospitaliers, la Cour de cassation a par ailleurs jugé que la caisse du lieu d'affiliation était tenue de prendre en charge les frais médicaux exposés par son assuré dans un autre État membre sur la base des tarifs français : il s'ensuit que, si le remboursement effectué en application des règles en vigueur dans l'État de séjour est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'État d'affiliation, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente (Soc., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-15.903, *Bull.* 2002, V, n° 112 [au sujet d'un assuré qui, lors d'un déplacement à Londres, avait été hospitalisé dans un établissement ne relevant pas du système national de santé]).

Une fois écartés la qualification de soins hospitaliers et le régime subséquent de l'autorisation préalable, la prise en charge n'est pas pour autant acquise : il convient de s'enquérir des modalités selon lesquelles les prestations dispensées à l'étranger sont tarifées et facturées en France pour déterminer sinon le principe, du moins l'étendue de la couverture dont bénéficie l'assuré (2^e Civ., 10 juillet 2014, pourvoi n° 12-27.892 ; 2^e Civ., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-24.176). Ainsi, les conditions d'octroi des prestations, comme l'exigence d'une prescription médicale, qui ne se confondent pas avec la formalité purement administrative de l'autorisation, demeurent opposables à l'assuré social pour des soins non hospitaliers fournis en dehors du territoire français (2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-12.170, *Bull.* 2009, II, n° 101 [prise en charge de frais d'optique lors d'un séjour en Belgique]).

À l'instar du droit de l'Union européenne, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales occupe une place à part au sein des règles supranationales auxquelles le juge français est confronté.

§ 2. Le juge et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Une autre norme supranationale exerce une influence grandissante sur notre droit interne : la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention ou la Convention européenne des droits de l'homme), signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974.

Elle a primauté sur le droit national en application de l'article 55 de la Constitution. Cependant, elle ne s'applique pas comme une convention internationale ordinaire, en ce qu'elle est dotée d'un instrument de contrôle juridictionnel, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), mise en place en 1959 et siégeant à Strasbourg, les États signataires s'étant engagés, en application de son article 46, § 1, à se conformer à ses arrêts.

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont une source d'évolution non seulement de notre droit interne, mais également du mode de raisonnement du juge et de la forme de ses décisions. Elles exercent une influence grandissante sur le fond du droit (A) mais ont également modifié les techniques de jugement de la Cour de cassation en introduisant un contrôle de proportionnalité (B).

A. L'incidence grandissante des décisions de la CEDH dans l'ordre juridique interne

La Convention européenne des droits de l'homme présente la particularité d'avoir, tout à la fois, proclamé des droits fondamentaux qui constituent le socle démocratique commun à tous les États membres, d'avoir donné à ces droits la forme d'obligations objectives à la charge de ces États, non soumises au principe de réciprocité, et d'avoir créé, au bénéfice de tous les ressortissants des États signataires, indépendamment de leur nationalité, les mécanismes permettant d'assurer la garantie et la protection effectives des droits ainsi reconnus.

Ces mécanismes sont nombreux, mais les deux principaux sont, aujourd'hui, l'applicabilité directe de la Convention, qui résulte de son article 1^{er}, et la création de la Cour européenne des droits de l'homme, dont le rôle s'est considérablement accru, surtout depuis que sa juridiction est devenue obligatoire et que le droit de recours individuel a été accepté par la France par le décret n° 81-917 du 9 octobre 1981 portant publication de la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel en application de l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme en date du 4 novembre 1950 et de l'article 6 du Protocole 4 à ladite Convention, en date du 16 septembre 1963.

Dans ce contexte, la question de l'autorité des décisions de cette Cour dans l'ordre juridique interne revêt une importance considérable et même déterminante, tant pour la diffusion et la protection directes des droits fondamentaux que pour l'influence que ces décisions peuvent exercer sur les droits internes des membres de l'Union.

Par un arrêt du 15 avril 2011, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a posé le principe de l'autorité immédiate des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, en ces termes : « Attendu que les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ; que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires ; [...] Attendu que pour prolonger la rétention, l'ordonnance retient que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ne lient que les États directement concernés par les recours sur lesquels elle statue, que ceux invoqués par l'appelante ne concernent pas l'État français, que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas que toute personne interpellée ne puisse être entendue qu'en présence de son avocat et que la garde à vue, menée conformément aux dispositions actuelles du code de procédure pénale, ne saurait être déclarée irrégulière ; Qu'en statuant ainsi alors que Mme X... n'avait eu accès à un avocat qu'après son interrogatoire, le premier président a violé les textes susvisés » (Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1).

Comme il est précisé au *Rapport annuel* 2011 de la Cour de cassation (p. 391), cet arrêt repose sur l'article 55 de la Constitution aux termes duquel les traités et accords régulièrement ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, ce qui impose au juge judiciaire de contrôler la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France et d'écarter l'application de la règle interne incompatible avec la règle internationale ou européenne. S'agissant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la conformité s'apprécie « à la lumière des arrêts de la Cour européenne ».

Cet arrêt a été qualifié de « révolutionnaire » par certains commentateurs (voir, notamment, J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2011, p. 725), parce qu'il « plac[e] les arrêts de la Cour EDH rendus contre d'autres États que la France sur le même plan que les arrêts rendus contre la France », et parce qu'il « [reconnaît] l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH », ce qui constitue « un radical changement de perspectives » (*ibid.*).

Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, c'est en effet l'ensemble de la jurisprudence européenne fixant les exigences de la Cour de Strasbourg en matière de garde à

vue qui a conduit à la réponse de l'assemblée plénière, et pas seulement l'arrêt *Brusco* de 2010 (CEDH, arrêt du 14 octobre 2010, *Brusco* c. France, n° 1466/07) qui condamnait la France, mais aussi les arrêts de 2008 (CEDH, gde ch., arrêt du 27 novembre 2008, *Salduz* c. Turquie, n° 36391/02), de 2009 (CEDH, arrêt du 13 octobre 2009, *Danayan* c. Turquie, n° 7377/03) et 2010 (CEDH, arrêt du 2 mars 2010, *Adamkiewicz* c. Pologne, n° 54729/00). Cet arrêt suppose néanmoins l'existence d'une jurisprudence suffisamment claire et constante pour pouvoir être considérée comme établie.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg constitue ainsi une source directe de droit qui peut conduire le juge français à modifier sa jurisprudence, en dépit du fait que les textes internes applicables sont demeurés inchangés.

C'est ainsi que, toujours en matière pénale, la chambre criminelle a parfois eu l'occasion de tirer les conséquences d'un arrêt avant même l'intervention de la réforme législative qu'il induisait. Par exemple, c'est à la suite de l'arrêt *Khalifaoui* (CEDH, arrêt du 14 décembre 1999, *Khalifaoui* c. France, n° 34791/97) que la chambre criminelle a mis un terme à l'obligation pour certains condamnés de se mettre en état sous peine de déchéance de leur pourvoi en cassation, prévue par l'ancien article 583 du code de procédure pénale, et ce antérieurement à l'abrogation du texte par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

De même, sans revenir sur l'impact considérable produit par la jurisprudence de la CEDH sur les droits garantis à la personne gardée à vue, c'est assurément le droit du mandat d'arrêt européen qui a été fortement influencé par la jurisprudence européenne, s'agissant de la protection des droits fondamentaux de la personne recherchée (voir *infra* titre 2, chapitre 2, section 2).

Dans un tout autre domaine, tirant les conséquences de deux arrêts de la CEDH du 26 juin 2014 (*Mennesson*, n° 65192/11 et *Labassée*, n° 65941/11), la Cour de cassation, par deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, a renoncé à sa jurisprudence s'opposant à ce que la France transcrive l'acte de naissance d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui, entachée d'une nullité d'ordre public (*Ass. plén.*, 3 juillet 2015, pourvoi n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *Bull.* 2015, *Ass. plén.*, n° 4; *Rapport* 2014, p. 105; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 581, obs. J. Hauser; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 885; *JDI* 2016, comm. 1, p. 103, obs. J. Guillaumé). Elle a en effet jugé que l'existence d'une telle convention ne fait pas, en elle-même, obstacle à la transcription, qui doit être ordonnée lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sur la force probante des actes étrangers de l'état civil ont été respectées. Dans ces espèces, étaient mentionnés comme père et mère le père qui avait reconnu l'enfant et la femme qui avait accouché.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exerce également une incidence certaine sur les règles du droit de la sécurité sociale et, plus largement, sur les règles du droit de la protection sociale. Il en va ainsi, tout particulièrement, des effets de l'article 14 de la Convention, qui s'oppose aux discriminations fondées, notamment, sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, la naissance ou toute autre situation. S'il est exact que ces stipulations n'étendent leurs effets qu'à la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention et ses Protocoles additionnels, elles jouent néanmoins dans le domaine de la protection sociale, la Cour de Strasbourg ayant entendu rattacher au droit au respect des biens énoncé à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel le

droit aux prestations sociales, sans opérer de distinction en définitive entre les prestations contributives et les prestations non contributives (CEDH, arrêt du 18 septembre 1997, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90; CEDH, arrêt du 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98; CEDH, gde ch., arrêt du 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et n° 65900/01).

La discrimination peut être également recherchée, s'agissant en particulier des prestations familiales, au regard des exigences de l'article 8 de la Convention précitée (CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n° 20458/92). Cette interprétation des termes de la Convention a été reprise par la Cour de cassation (Soc., 14 janvier 1999, pourvoi n° 97-12.487, *Bull.* 1999, V, n° 24) et par le Conseil d'État (CE, Ass., 5 mars 1999, n° 194658 et n° 196116, publié au *Recueil Lebon*).

Les stipulations combinées des articles 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1^{er} du premier Protocole additionnel conduisent ainsi, au besoin d'office, la Cour de cassation à s'interroger sur la correction des règles du droit de la protection sociale qui subordonnent l'attribution ou le maintien de prestations sociales à des conditions tenant à la nationalité, au sexe ou à la résidence.

La Cour de cassation a conclu ainsi à l'incompatibilité avec les principes susmentionnés des dispositions du droit interne qui réservaient aux seuls nationaux ainsi qu'aux ressortissants des États membres de l'Union européenne et des États compris dans le champ d'application d'un accord d'association avec celle-ci le bénéfice des prestations non contributives de vieillesse (Soc., 14 janvier 1999, précité). Elle a retenu une même solution quant aux dispositions de l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale qui subordonnent l'accès des ressortissants étrangers à l'allocation aux adultes handicapés à la conclusion d'une convention de réciprocité entre la France et l'État dont ils relèvent (2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.939, *Bull.* 2009, II, n° 135).

La Cour de cassation a admis, en revanche, que les dispositions du livre V du code de la sécurité sociale qui subordonnent l'attribution des allocations familiales du chef des enfants hors Europe (Union européenne, Espace économique européen et Suisse) au respect des formalités du regroupement familial et, plus particulièrement, à la production de l'attestation de l'examen médical diligenté par l'Office français de l'immigration et de l'intégration, revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants et ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention européenne (Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-71.352, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 5 et Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-69.052, Ass. plén., n° 6, *Rapport* 2011, p. 386). La position prise ainsi par l'assemblée plénière a d'ailleurs été approuvée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, décision du 1^{er} octobre 2015, *Jean-Michel Okitaloshima Okanda Osungu et Anita Okitaloshima Okanda Osungu c. France et Élisabeth Selpa Lokango c. France*, n° 76860/11 et 51354/13, irrecevabilité).

La Cour de cassation a été également appelée à s'interroger sur la compatibilité avec les principes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales des règles internes qui prennent en compte, pour le calcul des pensions de retraite, le nombre d'enfants que l'assuré a eus ou élevés. Les dispositions antérieures de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale ouvrant aux seules assurées le bénéfice

d'une majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants, la Cour de cassation en a déduit qu'elles méconnaissent, en l'absence d'une justification objective et raisonnable, les exigences des articles 14 de la Convention et 1^{er} du premier Protocole additionnel (2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-20.668, *Bull.* 2009, II, n° 53). Elle a admis, en revanche, la correction des dispositions adoptées, à la suite de cet arrêt du 19 février 2009, par la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010, jugeant en particulier que, reposant sur des critères objectifs et rationnels, la différence de traitement qui subsiste, à titre transitoire, entre le père et la mère pour l'attribution de la majoration de carrière, ne constitue pas une discrimination au sens des stipulations de la Convention européenne et de son premier Protocole (2^e Civ., 7 novembre 2013, pourvoi n° 12-28.033, *Bull.* 2013, II, n° 210).

La Cour de cassation s'est prononcée enfin, récemment, sur la subordination de l'allocation de solidarité aux personnes âgées à une condition de résidence stable et régulière sur le territoire de la métropole et des départements d'outre-mer antérieurement à l'attribution de la prestation. La règle s'appliquant à l'ensemble des personnes qui prétendent à l'attribution de l'allocation, y compris les personnes de nationalité française, l'article L. 816-1 du code de la sécurité sociale ne méconnaît pas les exigences des textes européens en réservant l'allocation aux personnes de nationalité étrangère qui peuvent justifier de l'obtention de certains titres de séjour au cours de la période de référence (2^e Civ., 4 mai 2016, pourvoi n° 15-18.957, *Bull.*, II, n° 123).

Si l'autorité grandissante des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme participe à la protection des droits fondamentaux énoncés par la Convention, le juge national n'en joue pas moins un rôle primordial puisque, saisi préalablement, il est appelé à se prononcer, en premier lieu, sur l'éventuelle violation d'un des droits protégés par la Convention, et ce rôle majeur lui sera d'autant plus reconnu qu'il exercera le contrôle de conventionnalité dans toute sa plénitude, y compris dans sa composante spécifique qu'est le contrôle de proportionnalité.

B. L'incidence de la CEDH sur les techniques de contrôle de la Cour de cassation : le contrôle de proportionnalité

Face à la protection offerte par la Convention européenne et au contrôle très concret de l'effectivité des droits fondamentaux qui y sont énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle confère à ceux-ci une portée nouvelle, la Cour de cassation ne pouvait rester en retrait. La nature du contrôle opéré par la Cour de cassation est en cours d'évolution.

Conçue comme un organe de contrôle légaliste destiné à vérifier que, dans un cas donné, les conditions de mise en œuvre d'un texte étaient bien réunies et ont été correctement appliquées, indépendamment de toute autre considération liée notamment à l'interférence des droits et libertés fondamentaux, la Cour de cassation s'inscrit désormais dans un système juridictionnel européen puisque la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, règle destinée à ménager aux autorités nationales, et avant tout aux tribunaux, l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées de la Convention.

En effet, la Cour de Strasbourg exerce un contrôle subsidiaire, auquel elle ne procède, en principe, que dans la mesure où les États, qui disposent d'une marge d'appréciation

pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans un droit protégé par la Convention, n'y ont pas procédé eux-mêmes. Elle a ainsi affirmé, dès 1968, qu'elle ne « saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention » (CEDH, cour plénière, arrêt du 23 juillet 1968, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, nos 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64; CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72).

Si la mise en œuvre de ce principe doit parfois être nuancée, notamment en matière de liberté d'expression où la Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle renforcé pouvant la conduire au besoin à substituer son appréciation à celle des juridictions internes (CEDH, gde ch., arrêt du 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez e.a. c. Espagne*, nos 28955/06, § 53 à 57, 28957/06, 28959/06 et 28964/06 dans lequel elle a désapprouvé l'appréciation faite par une juridiction nationale de la balance des intérêts en conflit, après avoir expliqué (§ 55) que, « dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention »), le principe de subsidiarité, véritable pilier du mécanisme conventionnel, est néanmoins réaffirmé avec constance par la Cour européenne, mais aussi par les États parties.

La déclaration de Brighton, adoptée lors de la Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est tenue du 18 au 20 avril 2012, insiste particulièrement sur le principe de subsidiarité et son corollaire, la doctrine de la marge d'appréciation des États. Les juges nationaux, juges naturels de la protection des droits fondamentaux, appliquent et interprètent le droit interne à leur aune et doivent écarter, au nom du principe de la hiérarchie des normes, une norme nationale qui ne serait pas compatible avec les exigences de la Convention.

Pour continuer à remplir son rôle de Cour suprême, la Cour de cassation doit donc s'approprier ce contrôle et y procéder elle-même et, pour cela, elle doit adapter ses modes de contrôle pour inclure, dans la technique de cassation, toutes les données du contrôle de type européen (« Entretien avec Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation », *JCP éd. G* n° 43, 19 octobre 2015, numéro 1122). Aussi, dépassant le traditionnel contrôle de la conventionnalité d'une norme nationale, la Cour de cassation accepte-t-elle désormais, au-delà des cas où la loi interne l'y invite, de s'assurer que l'application d'une norme interne n'a pas, au regard des circonstances de l'espèce, des conséquences excessives heurtant un droit ou une liberté fondamentale. C'est le contrôle de proportionnalité, déclinaison du contrôle de conventionnalité, auquel il lui est demandé de plus en plus souvent de procéder et qui l'oblige à procéder à une pesée concrète des intérêts en présence pour déterminer si un juste équilibre est ménagé entre des droits fondamentaux des parties.

L'instauration de ce contrôle, qui heurte la tradition legaliste de la Cour de cassation, ne se fait pas sans certains tâtonnements, mais la Cour de cassation, dont les capacités d'introspection, de remise en cause et d'adaptation ne sont plus à démontrer, saura sans aucun doute, suivant la technique des « petits pas » qui lui est familière, s'approprier

ce contrôle, fût-ce au prix d'une évolution de ses pratiques et de ses méthodes, notamment de rédaction, dans laquelle elle s'est d'ores et déjà engagée.

Ce contrôle en progression constante (1) est ainsi en voie d'élaboration (2).

1. Un contrôle en progression constante

L'ouverture au contrôle (a) s'opère au regard de normes internes d'origines diverses (b).

a. Une ouverture au contrôle

La Cour de cassation se saisit davantage, depuis quelques années, de ce contrôle, y compris dans des cas où il est sollicité pour la première fois devant elle. En effet, alors qu'elle écartait le moyen tiré d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, présenté pour la première fois devant elle, comme étant nouveau (3^e Civ., 23 janvier 2013, pourvoi n^o 11-27.086; 3^e Civ., 22 novembre 2011, pourvoi n^o 10-24.237; 3^e Civ., 23 juin 2010, pourvoi n^o 09-13.516, *Bull.* 2010, III, n^o 131; 2^e Civ., 13 février 2014, pourvoi n^o 13-12.138; 2^e Civ., 14 février 2007, pourvoi n^o 05-20.135; 1^{re} Civ., 19 mai 1998, pourvoi n^o 96-14.301; Com., 4 décembre 2012, pourvoi n^o 11-16.255), elle le déclare désormais plus fréquemment recevable, comme étant un moyen de pur droit, dès lors qu'elle peut statuer sans prendre en considération des éléments de fait ne résultant pas des constatations de la décision attaquée (1^{re} Civ., 9 avril 2013, pourvoi n^o 11-27.071, *Bull.* 2013, III, n^o 66; 1^{re} Civ., 11 mai 2016, pourvoi n^o 14-29.767, *Bull.* 2016, I, n^o 98), à défaut de quoi le moyen, nouveau et mélangé de fait, est irrecevable (3^e Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n^o 13-24.364). Elle décide même, le cas échéant, de substituer à la demande des parties un motif de pur droit tiré de l'atteinte excessive à un droit garanti par la Convention pour justifier la solution adoptée par la cour d'appel (Com., 8 juillet 2014, pourvoi n^o 12-26.703), voire de relever d'office un moyen tiré de la violation d'un droit garanti pour casser l'arrêt qui lui est soumis (1^{re} Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n^o 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n^o 3).

Une évolution est également perceptible quant au domaine d'application de ce contrôle, auquel la Cour de cassation procède désormais dans des contentieux où, traditionnellement, elle refusait de l'exercer : c'est le cas en matière de filiation et de trouble manifestement illicite en référé.

En droit de la filiation, sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg qui considère que la fixation d'un délai de prescription des actions relatives à la filiation n'est pas en soi incompatible avec la Convention sous réserve que la nature de ce délai et la manière dont il est appliqué se concilient avec elle (CEDH, arrêt du 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n^o 23890/02, § 52; CEDH, arrêt du 6 juillet 2010, *Grönmark c. Finlande*, n^o 17038/04, § 47; CEDH, arrêt du 6 juillet 2010, *Backlund c. Finlande*, n^o 36498/05, § 45; CEDH, arrêt du 3 avril 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, n^o 58809/09, § 60), mais qui exige, en cas de conflit entre la recherche de l'établissement d'une filiation biologique et des intérêts concurrents, que les États ménagent « un juste équilibre [...] dans la pondération des intérêts concurrents » (voir, par exemple, CEDH, arrêt du 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n^o 19535/08), la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel de n'avoir pas répondu à des conclusions faisant valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, entre le droit revendiqué par l'enfant de voir établir sa filiation biologique

et les intérêts des filles du père prétendu, admettant ainsi implicitement que la prescription de l'article 333 du code civil pourrait être écartée en fonction du juste équilibre entre les intérêts des parties (1^{re} Civ., 10 juin 2015, pourvoi n° 14-20.790). Dans la lignée de cette décision, elle a approuvé le contrôle de proportionnalité effectué par une cour d'appel et retenu qu'au regard des circonstances concrètes de l'espèce, l'application des règles de prescription de l'article 333 du code civil « ne portait pas au droit au respect de [la] vie privée [des requérants] une atteinte excessive au regard du but légitime poursuivi [protection des droits et libertés des tiers et sécurité juridique] » (1^{re} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.853, publié au *Bulletin*), justifiant que ces règles fussent écartées. La mise en balance des intérêts en présence devant ainsi se faire au cas par cas, en fonction des circonstances de l'affaire, il est donc acquis que le délai de prescription de l'article 333 du code civil pourrait être écarté si sa mise en œuvre conduisait à porter une atteinte excessive à un droit fondamental d'une des parties.

De même, alors qu'elle considérait auparavant, quels que soient les droits fondamentaux invoqués par les occupants de caravanes installées sur le terrain d'autrui ou en contravention avec les règles d'urbanisme, que cette occupation, qui constituait un trouble manifestement illicite, justifiait l'enlèvement des caravanes sans que puisse être utilement invoqué le droit au respect de la vie privée et du domicile ou le droit au logement (3^e Civ., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-16.088, *Bull.* 2010, III, n° 19; 3^e Civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-21.911, *Bull.* 2010, III, n° 54), elle impose désormais aux juges du fond d'exercer ce contrôle lorsqu'il est demandé (3^e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.095, *Bull.* 2015, III, n° 5, *Rapport* 2015, p. 223).

Il y a lieu également de mentionner un arrêt par lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré une décision ayant omis de répondre au mémoire du demandeur, qui faisait valoir que l'extradition, demandée par le royaume du Maroc, était de nature à porter une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention (Crim., 5 novembre 2013, pourvoi n° 13-85.712). Un contrôle similaire est pratiqué en matière de mandat d'arrêt européen (voir *infra* chapitre 2, section 2).

b. qui s'opère au regard de normes internes d'origines diverses

La Cour de cassation est souvent amenée, lorsqu'elle effectue un classique contrôle de la conventionnalité d'une disposition légale de droit interne, à apprécier la proportionnalité de l'atteinte qu'elle porte le cas échéant à un droit ou une liberté garantis au regard du but poursuivi : elle s'assure ainsi que cette norme ne porte pas, en elle-même, une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti (1^{re} Civ., 4 juin 2014, pourvoi n° 13-16.794, *Bull.* 2014, I, n° 106; 1^{re} Civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-16.340, *Bull.* 2014, I, n° 96; 2^e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-17.792; 2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 13-28.017; 2^e Civ., 4 septembre 2014, pourvoi n° 13-22.654; 2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.939, *Bull.* 2009, II, n° 135; Com., 9 juin 2015, pourvoi n° 14-17.039; Com., 12 janvier 2016, pourvoi n° 14-15.203; Crim., 9 décembre 2014, pourvoi n° 14-80.873, *Bull. crim.* 2014, n° 256) mais elle exerce de plus en plus souvent un contrôle de proportionnalité pour apprécier la conventionnalité non pas de la norme elle-même, mais des incidences de l'application, dans un cas d'espèce, de telle norme ou source de droit interne. Il s'agit alors de vérifier que la mise en œuvre d'une règle de droit ne porte pas, dans la situation considérée, une atteinte

disproportionnée à un droit fondamental garanti. Cette position avait ainsi été décrite par le rapporteur public dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du Conseil d'État (CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, publié au *Recueil Lebon*, *RFD adm.* 2016, p. 740), « la compatibilité de la loi avec les stipulations de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive » (§ 9). L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à constater toutefois qu'elle ne limite pas le champ d'application de son contrôle aux *incidences* de l'application de dispositions législatives ou réglementaires, mais contrôle également les *effets*, sur les droits fondamentaux des parties, de l'application d'autres sources de droit.

Elle contrôle ainsi les effets de la mise en œuvre :

- d'un accord international : dans un arrêt du 25 mai 2016, la Cour de cassation a retenu que l'application de l'immunité d'exécution de la Banque des États de l'Afrique centrale (BEAC) résultant de l'Accord du 20 avril 1988 relatif à l'établissement à Paris d'un bureau de la BEAC et à ses privilèges et immunités sur le territoire français ne constituait pas, en l'espèce, une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal du requérant dans la mesure où celui-ci disposait par ailleurs d'un recours consistant en la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'État (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-18.646, *Bull.* 2016, I, n° 120);
- de dispositions légales : il en a été ainsi de l'application de l'article 333 du code civil (1^{re} Civ., 6 juillet 2016, précité), de l'article 58 du code de procédure civile (1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.902, *Bull.* 2014, I, n° 19), de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 (1^{re} Civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-29.419, *Bull.* 2014, I, n° 36), de la loi du 25 janvier 2011 ayant supprimé le monopole de représentation des avoués (1^{re} Civ., 6 juillet 2016 pourvoi n° 15-19.341, publié au *Bulletin*). Ce contrôle peut la conduire, au besoin, à écarter l'application, au cas d'espèce, de la disposition légale considérée : elle a ainsi écarté l'application de l'article 161 du code civil, dans un arrêt remarqué de sa première chambre civile (1^{re} Civ., 4 décembre 2013, précité), dans lequel elle a refusé de prononcer la nullité d'un mariage, encourue par application de ce texte, au motif qu'elle revêtait, à l'égard de l'épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans; elle a encore décidé que devait être écartée l'application au cas d'espèce de l'article L. 622-9 ancien du code de commerce au motif que son application entraînerait une limitation excessive du droit d'accès à un tribunal (Com., 8 juillet 2014, pourvoi n° 12-26.703);
- de mesures ou de sanctions prononcées par un juge : mesure de remise en état prononcée par le juge des référés (3^e Civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-15.011, *Bull.* 2016, III, n° 50), mesure de rétention administrative (1^{re} Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11.589), mesure de cautionnement prise par le juge d'instruction (Crim., 7 décembre 2014, pourvoi n° 14-86.560), mesure d'interdiction définitive du territoire national (Crim., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-86.507, *Bull. crim.* 2015, n° 138), peine de confiscation d'un

bien immobilier (Crim., 30 mars 2016, pourvoi n° 15-81.550, *Bull. crim.* 2016, n° 104), saisie de fichiers sur le fondement de l'article 16 B du livre des procédures fiscales (Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-20.322), refus du juge des référés d'ordonner le retrait des informations divulguées sur un site internet et d'interdire la publication d'autres articles (Com., 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-11.500, *Bull.* 2015, IV, n° 4). Elle a encore reproché aux juges du fond d'avoir, sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile, ordonné à titre de mesure ne se heurtant à aucune contestation sérieuse l'évacuation des caravanes installées illégalement sur un terrain « sans avoir recherché si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile » (3^e Civ., 17 décembre 2015, précité) ou encore d'avoir ordonné la démolition d'une maison à la suite de l'annulation d'un contrat de construction individuelle sans avoir recherché si une telle mesure constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient (3^e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-23.612, *Bull.* 2015, III, n° 97);

– d'une règle d'origine jurisprudentielle : dans un arrêt dont la motivation est particulièrement explicite, elle a écarté la règle de l'application immédiate d'une jurisprudence nouvelle constituant un revirement de jurisprudence au motif que « l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver [les demandeurs] d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en leur interdisant l'accès au juge » (1^{re} Civ., 6 avril 2016, pourvoi n° 15-10.552, *Bull.* 2016, I, n° 80);

– des clauses d'un contrat, les incidences de l'application de stipulations contractuelles n'échappant pas au contrôle : la Cour de cassation a, par exemple, reproché à une cour d'appel de n'avoir pas recherché si l'application de la clause d'une donation-partage prévoyant que l'héritier qui contesterait par voie d'action en justice les volontés du disposant serait privé de toute part dans la quotité disponible ne porterait pas une atteinte excessive au droit d'agir en justice de deux héritiers (1^{re} Civ., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-29.285, *Bull.* 2015, I, n° 322). Elle a également vérifié que le contenu d'une transaction conclue entre un employeur et son salarié ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du salarié au regard du but recherché (Soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.284, *Bull.* 2014, V, n° 6).

Le contrôle de proportionnalité peut ainsi conduire, le cas échéant, les juridictions nationales à écarter l'application de diverses sources de droit interne dont elles estimeraient qu'elles porteraient, dans le cas d'espèce considéré, une atteinte disproportionnée à un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

Il convient maintenant de s'interroger plus précisément sur les modalités de ce contrôle.

2. Un contrôle en voie d'élaboration

Seront successivement envisagées les modalités du contrôle de proportionnalité (a), l'intensité du contrôle de la Cour de cassation (b) et enfin l'incidence de ce contrôle sur la motivation des arrêts (c).

a. Les modalités du contrôle de proportionnalité

Ainsi que l'a exposé M. André Potocki, juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, lors d'une intervention à la Cour de cassation le 27 novembre 2015, le contrôle de proportionnalité implique qu'il soit répondu, par la juridiction saisie, aux questions suivantes :

- Le droit fondamental garanti invoqué est-il effectivement en cause en l'espèce ?
- La mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans l'exercice de ce droit ?
- Cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ?
- Cette ingérence est-elle justifiée par un «but légitime» ?
- Dans l'affirmative, cette ingérence porte-t-elle une atteinte excessive au droit fondamental garanti au regard du but légitime poursuivi ?

Il s'ensuit que, selon ce juge, ce contrôle ne peut, dans la rigueur des principes, concerner que les droits « relatifs », dont la structure est constituée par l'affirmation du droit puis par une réserve explicite (par exemple les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention) ou implicite (par exemple l'article 6 de la Convention) et qui, seuls, permettent la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, contrairement aux droits « absolus », lesquels, quant à eux, ne laissent place à aucune proportionnalité et pour lesquels le juge doit se borner à rechercher l'existence ou non d'une atteinte (droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention, prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants prévue à l'article 3, etc.).

b. L'intensité du contrôle par la Cour de cassation

La question du degré de contrôle exercé par la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité opéré par les juges du fond et de l'intensité d'un tel contrôle est essentielle et délicate. Eu égard à sa mission, la Cour de cassation doit-elle se contenter de contrôler l'application qu'en font les juges du fond, et de quelle façon, ou doit-elle au contraire procéder elle-même à ce contrôle ? Si elle exerce elle-même ce contrôle, cela ne risque-t-il pas de la conduire à se comporter comme juge du fait et non comme juge du droit ? (Interrogations exprimées dans le rapport relatif à l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 8 avril 2016, pourvoi n° 14-18.821, *Bull.* 2016, Ass. plén., n° 1).

Comme l'a indiqué M. le professeur Jamin lors d'une conférence à la Cour de cassation le 3 mars 2015 (texte accessible sur le site internet de la Cour), il ne s'agit pas de peser la pertinence des faits invoqués pour chaque partie à un procès, ce qui relève du rôle des juridictions du fond : « la “balance des intérêts” est création d'une norme nouvelle qui réalise un compromis entre des considérations juridiques conflictuelles que le contexte factuel fait apparaître ».

Pour cerner la position de la Cour de cassation sur cette question, il apparaît pertinent de faire une distinction selon que les juges du fond ont, ou non, procédé eux-mêmes au contrôle de proportionnalité.

α. Les juges du fond n'ont pas procédé au contrôle de proportionnalité

Si le contrôle avait été demandé aux juges du fond qui ne l'ont pas exercé, la Cour de cassation leur impose de procéder à ce contrôle en s'interrogeant sur la proportionnalité

de l'atteinte invoquée : elle casse alors l'arrêt qui lui est déféré pour manque de base légale (1^{re} Civ., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-29.285, *Bull.* 2015, I, n° 322 ; 1^{re} Civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 13-27.391, *Bull.* 2015, I, n° 116 ; 1^{re} Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, *Bull.* 2008, I, n° 230 ; 1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, *Bull.* 2012, I, n° 85 ; 3^e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.095 précité ; 3^e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-23.612 précité ; Com., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-24.286, *Bull.* 2014, V, n° 1 ; Soc., 9 mars 2016, pourvoi n° 14-25.840, *Bull.* 2016, V, n° 45 ; Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761, *Bull. crim.* 2014, n° 54) ou, plus rarement, pour défaut de réponse à conclusions (1^{re} Civ., 10 juin 2015, pourvoi n° 14-20.790 précité) ou encore pour violation de la loi (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, *Bull.* 2007, IV, n° 130).

Si le contrôle est demandé pour la première fois devant la Cour de cassation, celle-ci y procède elle-même si le moyen est de pur droit, c'est-à-dire si se trouvent dans l'arrêt attaqué les considérations de fait nécessaires pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte à un droit fondamental, soit pour approuver la décision (3^e Civ., 5 mars 2014 pourvoi n° 12-28.578, *Bull.* 2014, III, n° 30 ; 2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 13-28.017, *Bull.* 2015, II, n° 207 ; 2^e Civ., 11 juillet 2013, pourvoi n° 12-15.402, *Bull.* 2013, II, n° 158 ; 1^{re} Civ., 11 mai 2016, pourvoi n° 14-29.767, *Bull.* 2016, I, n° 98), soit pour justifier la décision au motif que le contrôle de proportionnalité était inopérant (1^{re} Civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-16.340 précité ; 3^e Civ., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-25.154, publié au *Bulletin*), soit pour la casser, faute pour les juges du fond d'avoir tiré les conséquences légales de leurs constatations (1^{re} Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, *Bull.* 2016, I, n° 48 ; Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, *Bull.* 2013, V, n° 75, *Rapport* 2013, p. 536).

Enfin, il lui est arrivé d'opérer d'elle-même ce contrôle d'office (1^{re} Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, précité).

β. Les juges du fond ont procédé au contrôle de proportionnalité

L'étendue du contrôle de la Cour de cassation est dans ce cas variable.

Parfois, elle se borne à s'assurer que le contrôle a été effectué par les juges du fond sans elle-même porter d'appréciation sur le contrôle ainsi réalisé, notamment dans le cas de sanctions prononcées en matière pénale (Crim., 30 mars 2016, pourvoi n° 15-81.550, *Bull. crim.* 2016, n° 10 ; Crim., 17 décembre 2014, pourvoi n° 14-86.560).

Le plus souvent néanmoins, elle contrôle l'appréciation portée par les juges du fond sur la balance des droits en présence :

- soit pour l'approuver :
 - . en opérant un contrôle normatif « lourd » de la motivation de l'arrêt (1^{re} Civ., 11 mai 2016, pourvoi n° 14-29.767, *Bull.* 2016, I, n° 98 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.902, *Bull.* 2014, I, n° 191 ; 1^{re} Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11.589 ; 2^e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-17.792 ; 2^e Civ., 4 septembre 2014, pourvoi n° 13-22.654 ; 2^e Civ., 23 janvier 2014, pourvoi n° 13-11.362, *Bull.* 2014, II, n° 23 ; Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 14-84.822, *Bull. crim.* 2015, n° 4) ;
 - . ou en opérant un contrôle normatif « léger » (1^{re} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.853, publié au *Bulletin* ; 1^{re} Civ., 4 juin 2014, pourvoi n° 13-16.794, *Bull.* 2014, I, n° 106 ; 1^{re} Civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-29.419, *Bull.* 2014, I, n° 36 ; 3^e Civ.,

22 octobre 2015, pourvoi n° 14-21.515, *Bull.* 2015, III, n° 102 ; Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-20.322 ; Soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-18.667, *Bull.* 2015, V, n° 66 ; Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-22.977 ; Soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.284, *Bull.* 2014, V, n° 6 ; Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-11.690, *Bull.* 2013, V, n° 76, *Rapport* 2013, p. 536).

– soit pour la désapprouver et casser l’arrêt d’appel (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-18.646, *Bull.* 2016, I, n° 120 ; 1^{re} Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, *Bull.* 2016, I, n° 48 ; 2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-19.886, *Bull.* 2014, II, n° 273 ; 2^e Civ., 24 janvier 2013, pourvoi n° 11-26.279 ; Crim., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-86.507, *Bull. crim.* 2015, n° 138).

Il a été suggéré par M. le président Alain Lacabrats, au titre des pistes de réflexion pour la mise en œuvre d’une politique commune en matière de contrôle de proportionnalité, que la Cour de cassation recoure à la notion d’« erreur manifeste d’appréciation » : en considération de la marge d’appréciation importante reconnue aux États par la Cour européenne des droits de l’homme lorsqu’il s’agit de mettre en balance des droits fondamentaux, il appartiendrait à la Cour de cassation de se demander, lorsque le contrôle de proportionnalité a été effectué par les juges du fond, si ceux-ci ont ou non commis une erreur manifeste d’appréciation en jugeant que l’application d’une norme a porté, ou non, une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti.

Il est en tout état de cause certain que la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité exige qu’il soit procédé, par les juges du fond, à l’examen concret des circonstances de l’affaire, ainsi que l’a expressément rappelé la première chambre civile dans un arrêt du 15 mai 2015 ; elle a ainsi reproché à la cour d’appel de ne pas avoir expliqué « de façon concrète en quoi la recherche d’un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu’elle prononçait » (pourvoi n° 13-27.391, *Bull.* 2015, I, n° 116) et cette exigence d’une pesée concrète des intérêts en présence n’est pas sans incidence, également, sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation eux-mêmes.

c. La motivation des arrêts

La motivation des décisions de justice est, pour la Cour européenne des droits de l’homme, un élément essentiel du procès équitable, conformément à l’article 6 de la Convention. Si elle applique ce principe de manière flexible, en ce sens qu’elle n’impose pas de style de motivation et accepte des motivations brèves (CEDH, arrêt du 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, § 91), sous réserve toutefois de leur clarté, la Cour européenne fait preuve d’une exigence de motivation renforcée lorsque la violation d’un droit fondamental garanti par la Convention a été invoquée, devant les juridictions nationales. La Cour de Strasbourg exige en effet que les juges nationaux répondent explicitement aux moyens de conventionnalité qui leur sont soumis. Elle a par exemple rappelé, dans l’arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (CEDH, arrêt du 28 juin 2007, n° 76240/01), que, lorsque les moyens « ont trait aux “droits et libertés” garantis par la Convention ou ses Protocoles, les juridictions nationales sont astreintes à les examiner avec une rigueur et un soin particuliers » (§ 96), exigence qu’elle a rappelée dans un arrêt *Fabris c. France* (gde ch., arrêt du 7 février 2013, n° 16574/08, § 72).

Si la Cour européenne des droits de l’homme ne contrôle pas directement la manière dont la Cour de cassation applique la Convention, elle s’assure en revanche que les juges

nationaux ont répondu au moyen tiré de la violation d'un droit fondamental garanti et elle exige à cette fin de trouver dans la décision un appui suffisant pour écarter l'allégation de violation formée devant elle. Or, on sait que la motivation des arrêts de la Cour de cassation est fortement inspirée par la brièveté legaliste, qui ne permet pas d'exposer les différentes étapes du raisonnement suivi et affaiblit, selon M. Potocki, leur force de conviction à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi la Cour de cassation adapte-t-elle peu à peu sa motivation afin de satisfaire aux exigences de la Cour de Strasbourg et de faire apparaître, de façon plus détaillée, le cheminement de son raisonnement et, s'agissant du contrôle de proportionnalité, les considérations propres à l'espèce dont elle déduit le caractère disproportionné ou non de l'atteinte au droit fondamental invoqué.

Un arrêt récent de rejet du pourvoi en apporte une illustration :

« Mais attendu, d'abord, que, si l'application d'un délai de prescription ou de forclusion, limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la fin de non-recevoir opposée aux consorts X... est prévue à l'article 333 du code civil et poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel a constaté, d'une part, que Daniel X..., dont la filiation paternelle était concernée, était décédé au jour où elle statuait; qu'elle a relevé, d'autre part, que ses descendants ne soutenaient pas avoir subi, personnellement, une atteinte à leur vie privée du fait de l'impossibilité d'établir, au travers de celle de leur père, leur ascendance; qu'après avoir retenu que cette considération était sans objet s'agissant de sa veuve, dont l'ascendance n'était pas en cause, elle en a déduit que l'action engagée par les consorts X... ne poursuivait qu'un intérêt patrimonial; qu'en l'état de ces énonciations, elle a pu décider que l'application des règles prévues à l'article 333 du code civil ne portait pas au droit au respect de leur vie privée une atteinte excessive au regard du but légitime poursuivi, justifiant que ces règles fussent écartées et que l'action fût déclarée recevable; [nous soulignons] » (1^{re} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.853 précité).

Un arrêt de cassation également est ainsi motivé :

« Qu'en statuant ainsi, alors que le justiciable, qui se voit opposer le caractère absolu de l'immunité d'exécution d'une organisation internationale, dispose, par la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, d'une voie de droit propre à rendre effectif son droit d'accès à un tribunal, de sorte que le seul fait de ne pouvoir saisir les fonds de la BEAC, en France, ne constituait pas, au préjudice de M. Y..., une restriction disproportionnée à ce droit, au regard du but légitime poursuivi par l'accord garantissant une immunité d'exécution à cette banque centrale pour faciliter l'accomplissement de ses missions, la cour d'appel a violé le texte susvisé; » (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-18.646, précité).

Au terme de ces développements, on constate que la Convention européenne et les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme exercent sans conteste une influence croissante sur la jurisprudence de la Cour de cassation, tant sur le fond que sur la forme. Si certains y voient une « révolution tranquille à la Cour de cassation »

(P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061), tandis que d'autres parlent d'un véritable « bouleversement » (F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796), peut-être faut-il plus simplement considérer qu'il s'agit là d'une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne afin que la Cour de cassation continue à exercer pleinement son office, et ne se voie pas substituée dans ce rôle par une juridiction supranationale.

La Convention EDH, qui occupe une place très particulière au sein des règles supranationales ainsi que cela vient d'être démontré, n'est toutefois pas la seule convention internationale que doit appliquer le juge français.

Section 2. Le juge et les conventions internationales

La mondialisation s'impose au juge non seulement par la multiplication des situations comportant un élément d'extranéité qui se présentent à lui, mais également par la multiplication des règles de source externe qu'il lui faut appliquer. Il peut s'agir de conventions bilatérales ou multilatérales, de conventions de droit matériel unifié ou de règles conflictuelles unifiées.

Si l'existence de conventions bilatérales ou multilatérales est ancienne et si la pratique comme la doctrine ont conduit à définir le statut et le régime de ces textes, la nécessité pour les États de multiplier des réponses juridiques communes aux questions posées est un phénomène récent. Certes, depuis longtemps, les États organisent les échanges commerciaux en élaborant ensemble des solutions, relatives notamment aux questions de paiement, de transport, de vente internationale, d'éléments de propriété intellectuelle, de fiscalité, mais il est indéniable que l'opportunité de trouver des réponses juridiques communes s'est amplifiée. Ainsi, en droit de l'extradition, et en dehors des faits couverts par le mandat d'arrêt européen, le juge est-il de plus en plus conduit à appliquer des conventions multilatérales ou bilatérales. L'entraide judiciaire se présente également comme un domaine plus récent soumis à un droit matériel unifié. Ainsi, dans ce domaine, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle fait application de la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959 et de l'Accord complémentaire du 28 octobre 1996 entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement de la République française par un arrêt du 19 mars 2008 (pourvoi n° 07-82.124, *Bull. crim.* 2008, n° 71, *Rapport* 2008, p. 338).

Dans cette partie du monde, il est certain que la construction de l'Union européenne a amplifié le mouvement de rapprochement entre les États et, partant, d'ouverture des espaces juridiques et judiciaires, même si la plupart des instruments de l'Union ne sont pas des conventions mais des règlements et directives. Il n'en reste pas moins que la convention reste un instrument important dans les rapports entre les États membres. En effet, avant qu'un domaine ne devienne un domaine de compétence de l'Union, par la méthode classique des conventions internationales, les États membres, sous un statut d'État partie, préparent le terrain. À cet égard l'article 293 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CEE) prévoyait cette possibilité pour les États membres :

« Les États membres engageront entre eux, en tant que besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants :

- la protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque État à ses propres ressortissants ;
- l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté ;
- la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes, la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales. » Ainsi en fut-il par exemple du droit international privé de source européenne, d'abord organisé par l'instrument classique des conventions (par exemple la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), lesquelles furent ensuite « reformatées » en règlements. Le premier texte précité a été reformaté en règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I » et le second en règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « règlement Bruxelles I » refondu en règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Les conventions internationales, qui se présentent comme des produits de la mondialisation – puisque, dans une relation dialectique, la facilitation des échanges par des règles communes induit une augmentation de ces échanges, laquelle entraîne les États à se rapprocher d'autant plus pour se doter de nouvelles normes communes –, s'imposent au juge et le conduisent à jouer son rôle dans un contexte renouvelé où des questions inédites se posent. S'il joue son rôle classique de juge, la mondialisation renouvelle son rôle, mais, au-delà, dans l'application qu'il fait des conventions, le juge se fait lui-même acteur de la mondialisation en ce qu'il est conduit à construire des outils propres au rapprochement des solutions et des solutions propres à faciliter les échanges. Il affirme ainsi son rôle dans le mouvement de mondialisation.

L'analyse du rôle du juge dans l'interprétation des conventions internationales (§ 1) précédera l'examen de quelques cas particuliers (§ 2).

§ 1. Le rôle du juge dans l'application des conventions internationales

La reconnaissance du pouvoir du juge d'interpréter les conventions internationales (A) a conduit à un renouvellement de son rôle (B).

A. La reconnaissance du pouvoir d'interprétation du juge

S'il est incontestable que dire le droit en interprétant la norme interne est au cœur de l'office du juge, ce pouvoir lui a été longtemps dénié pour l'interprétation d'une convention internationale, considérée comme indissociable de la conduite des relations

diplomatiques, apanage du gouvernement, exclusive, au nom de la séparation des pouvoirs, de toute immixtion d'une autre autorité dans la sphère des relations interétatiques.

Dans ces conditions, la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'instar du Conseil d'État (CE, 3 septembre 1823, publié au *Recueil Lebon*; CE, 3 octobre 1986, n° 53002) jugeait constamment que les conventions diplomatiques, en tant qu'actes de haute administration, ne pouvaient être interprétées que par «les puissances entre lesquelles elles sont intervenues» (Crim., 27 février 1964, pourvoi n° 63-92.156, *Bull. crim.* 1964, n° 75; Crim., 29 juin 1972, pourvoi n° 71-91.821, *Bull. crim.* 1972, n° 226; Crim., 29 juin 1972, pourvoi n° 71-91.581, *Bull. crim.* 1972, n° 227; Crim., 30 juin 1976, pourvoi n° 75-93.296, *Bull. crim.* 1976, n° 236; Crim., 27 novembre 1992, pourvoi n° 92-82.409, *Bull. crim.* 1992, n° 394; Crim., 1^{er} avril 1993, pourvoi n° 92-82.273, *Bull. crim.* 1993, n° 143). En conséquence, le juge était tenu de surseoir à statuer «jusqu'à ce que le gouvernement français, qu'il lui appartenait de consulter à ce sujet, ait officiellement interprété les clauses litigieuses de la convention» (Crim., 3 juin 1985, pourvoi n° 84-94.404, *Bull. crim.* 1985, n° 212). En pratique, cette demande était adressée au ministre des affaires étrangères. En revanche, il était admis qu'il n'y avait pas lieu à cette transmission, dès lors que le sens de la disposition conventionnelle en cause était suffisamment clair pour ne pas donner matière à interprétation (CE, 13 juin 1986, publié au *Recueil Lebon*; Crim., 26 juillet 1867, S. 1887, I, 409; Crim., 1^{er} décembre 1966, pourvoi n° 66-93.235, *Bull. crim.* 1966, n° 275; Crim., 1^{er} mars 1973, pourvoi n° 71-93.481, *Bull. crim.* 1973, n° 107).

Il convient de souligner que la position des chambres civiles était plus nuancée, limitant l'incompétence du juge pour interpréter une convention aux dispositions conventionnelles mettant en jeu des questions de droit public international (1^{re} Civ., 19 mars 1963, pourvoi n° 60-13.299, *Bull.* 1963, I, n° 170).

La solution d'incompétence radicale, commune au Conseil d'État et à la chambre criminelle de la Cour de cassation, n'était pas exempte de critiques (concl. M. Labetoulle sur CE, 27 octobre 1978, n° 07103, publié au *Recueil Lebon*), visant notamment une atteinte à l'indépendance des tribunaux. Le Conseil d'État a abandonné cette position par l'arrêt d'assemblée du 29 juin 1990 (n° 78519, publié au *Recueil Lebon*) qui a jugé la juridiction administrative compétente pour interpréter une convention internationale.

Ce pouvoir a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, au motif que le recours par le Conseil d'État au ministère des affaires étrangères était contraire à l'exigence du droit à un tribunal indépendant, l'appellation de tribunal au sens de l'article 6-1 ne pouvant être reconnue qu'à «un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance par rapport à l'exécutif comme des parties en cause» (CEDH, arrêt du 24 novembre 1994, Beaumartin c. France, n° 15287/89). Les chambres civiles de la Cour de cassation ont rapidement entériné la plénitude de compétence ainsi reconnue par le juge européen, laquelle s'étendait manifestement à toute juridiction de l'ordre judiciaire (1^{re} Civ., 19 décembre 1995, pourvoi n° 93-20.424, *Bull.* 1995, I, n° 470).

C'est par un arrêt du 11 février 2004 (Crim., 11 février 2004, pourvoi n° 02-84.472, *Bull. crim.* 2004, n° 37) que la chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré un revirement de sa doctrine en énonçant, à propos du Traité du 10 août 1877 par lequel la Suède avait rétrocédé à la France l'île de Saint-Barthélemy, qu'il était de l'office du juge pénal d'interpréter les traités internationaux dans la cause soumise à son examen,

sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle. Le principe énoncé, dans une rédaction qui reprend en substance celle des juges européens, emporte plusieurs conséquences : de toute évidence, le juge ne peut plus se retrancher derrière une incompétence pour refuser d'interpréter les dispositions d'un traité. Au-delà, si rien ne fait naturellement obstacle à une consultation du ministère compétent, l'interprétation donnée par celui-ci doit être soumise à la discussion des parties et ne saurait plus être considérée comme liant le juge (CE, 17 février 1999, n° 182302, inédit au *Recueil Lebon*).

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé, par un arrêt du 15 janvier 2014 (Crim., 15 janvier 2014, pourvoi n° 13-84.778, *Bull. crim.* 2014, n° 11), le revirement opéré en 2004. Outre le rappel du principe énoncé dans l'arrêt de 2004, d'où il résulte qu'une juridiction pénale ne peut plus se réfugier derrière une prétendue incompétence lorsque l'interprétation d'une convention internationale apparaît nécessaire au litige, cette décision présente l'intérêt d'étendre l'office du juge aux réserves émises et déclarations formulées par un État dans une convention internationale en ce qu'elles s'y incorporent et obligent par voie de conséquence les États parties dans leurs rapports réciproques. La chambre de l'instruction, statuant sur renvoi, s'est conformée aux prescriptions de l'arrêt de cassation en se livrant à l'interprétation des différentes dispositions conventionnelles applicables en l'espèce à l'entraide qui avait été apportée par les autorités judiciaires luxembourgeoises au magistrat français (voir également Crim., 6 avril 2016, pourvoi n° 15-84.258).

B. Le renouvellement du rôle du juge

La mondialisation se présente, pour le juge qui applique les conventions internationales, comme un moyen de renouveler son rôle par ce mouvement de mondialisation (1) et d'affirmer sa place dans ce mouvement de mondialisation (2).

1. Un rôle renouvelé du juge par le mouvement de mondialisation

L'application des conventions internationales conduit le juge civil à contrôler les conditions de leur applicabilité et, ce faisant, le juge, loin d'être la bouche de la convention, voit son rôle renouvelé par la confrontation à des questions nouvelles, ou plus précisément, à des questions connues posées dans un contexte nouveau. Certes, le juge, classiquement, contrôle les conditions d'applicabilité des conventions (a), qu'il s'agisse des conditions d'application *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis* ou *ratione personae*, mais il peut être, en outre, confronté à la question des conflits de conventions (b) et doit, par ailleurs, repenser, dans le contexte international, le statut et la portée du principe d'autonomie de la volonté (c).

a. Le contrôle des conditions d'applicabilité prévues par la convention

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-17.752, *Bull.* 2007, IV, n° 52) illustre le rôle du juge par le contrôle des conditions d'application d'une convention, en l'espèce la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980. L'un des griefs portait sur l'application par la cour d'appel de cette Convention à une obligation de fourniture née d'un contrat-cadre de distribution, le moyen soutenant

que la loi applicable à une telle obligation, ayant son origine dans un contrat de distribution, devait être déterminée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (aujourd'hui reformatée en règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I »). La chambre commerciale pose clairement que l'existence d'un contrat-cadre fondant les différents contrats d'exécution, lesquels sont des contrats d'achat/vente, n'écarte pas l'application de la Convention de Vienne : « qu'après avoir rappelé [...] que la Convention de Vienne du 11 avril 1980, sur les contrats de vente internationale de marchandises, ratifiée par la France, a vocation à s'appliquer aux contrats de vente de marchandises passés entre la société YSLP, vendeur français, et la société Mimusa, acheteur vénézuélien, dès lors que les parties n'en ont pas exclu l'application, la cour d'appel a, à bon droit, examiné les fautes invoquées dans l'exécution de ces ventes au regard des dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, sans qu'il importe que ces opérations soient intervenues en application d'un contrat-cadre de distribution exclusive, lui-même non soumis à ladite Convention [nous soulignons] ».

Ce faisant, le juge français a fort heureusement admis une application large de la Convention de Vienne puisque les contrats de vente organisés par un contrat de distribution, lequel n'est pas un contrat de vente, relèvent bien du champ d'application de la Convention de Vienne, sous réserve de la question de l'autonomie de la volonté qui sera étudiée au point *c infra*. Dans les échanges internationaux, beaucoup de ventes internationales résultent d'un contrat de distribution, si bien que la solution retenue permet de couvrir ces ventes par un texte de droit matériel unifié.

Le juge est ici confronté à la démarche classique de recherche des conditions d'application d'un texte ; comme le texte n'est pas une loi ou un décret, mais une convention internationale, il doit préalablement rechercher si une entité unique a été éventuellement dotée par les États signataires d'une compétence exclusive d'application ou d'interprétation. À défaut, les juges nationaux qui appliquent la convention ont désormais de plus en plus souvent le réflexe de s'interroger sur la manière dont les autres juges nationaux ont appliqué la convention. Tel est particulièrement le cas de la Convention de Vienne précitée, à propos de laquelle la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a mis au point une base de données permettant d'accéder facilement aux différentes décisions nationales en ayant fait application (présentation du recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises préparé par la CNUDCI).

b. Les conflits de conventions

La multiplication des conventions, si elle augmente les cas d'application, par le juge civil, d'une convention internationale, peut le conduire en outre à avoir à résoudre un conflit de conventions, ou, au moins, à se poser la question de la solution au conflit de conventions.

Horatia Muir Watt et Dominique Bureau (*Droit international privé*, tome I, PUF, 3^e éd. mise à jour, 2014, n^{os} 39 et s.) mettent en avant la nouveauté de la question, laquelle peut être résolue en amont par l'obligation faite à un État de dénoncer une convention antérieure pour signer une convention nouvelle ou encore par la mise au point d'une coopération entre les organisations internationales chargées de préparer

des conventions. À défaut de solution en amont, le conflit peut encore être d'emblée résolu par des clauses de compatibilité ou d'incompatibilité contenues dans les conventions qui donnent ainsi une solution au conflit. En l'absence de telles dispositions, la doctrine propose des mécanismes tels la détermination du champ de chacune des conventions et le recours à la règle de la spécialité, selon laquelle la règle spéciale l'emporte sur la règle générale. Si ces outils ne permettent pas de trouver une solution, elle propose de retenir la convention qui, pour un même objectif, permet au mieux de réaliser ses finalités sur le fondement de l'efficacité maximale ou celle qui intègre au mieux les valeurs essentielles (*ibid.*).

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 février 2007 précité (pourvoi n° 04-17.752) avait ainsi à déterminer s'il convenait d'appliquer la Convention de Vienne ou la Convention de Rome à un contrat d'application d'un contrat de distribution. Ce conflit de conventions était relatif à leur champ d'application matériel. L'application de la Convention de Vienne, retenue par la chambre commerciale, était sans doute à la fois fondée sur la règle spéciale, la Convention de Vienne étant applicable aux seuls contrats de vente, tandis que la Convention de Rome l'était, sauf quelques exceptions, à tous les contrats, et sur la recherche de l'efficacité maximale, la Convention de Vienne étant une convention de droit matériel donnant, à la différence de la Convention de Rome, une solution finale à la question, sans se limiter à la détermination de la loi applicable.

Un arrêt de la même chambre présente également une solution à un conflit de conventions résultant de l'existence d'une version amendée à un texte d'origine. En effet la Convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles le 25 août 1924, a fait l'objet d'amendements mais les États signataires de la Convention d'origine n'ont pas tous signé les amendements postérieurs, de sorte que, plusieurs textes étant potentiellement applicables, il revient au juge de déterminer celui qui doit être appliqué. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un conflit de conventions quant à leur champ d'application *ratione materiae*, comme dans l'arrêt précédemment cité, mais quant à leur champ d'application *ratione personae*. Tandis que le pourvoi retenait, pour un litige relatif à un connaissance conclu entre deux entités relevant d'États signataires de la Convention d'origine l'application de ce texte, la chambre commerciale a retenu, pour conclure à l'applicabilité du texte postérieur, un critère fondé sur le pays d'origine selon lequel il suffit que l'État de départ de la marchandise ou celui de l'établissement du connaissance soit signataire de la version amendée, peu important que l'État de destination n'en soit pas signataire (Com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-13.658, *Bull.* 2012, IV, n° 188).

Dans l'Union européenne, les figures de conflit sont plus complexes eu égard à l'existence d'un ordre juridique, distinct de l'ordre international et des ordres internes, et à la multiplication de ses instruments. C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation a été conduite à appliquer l'article 39 de l'Accord de coopération du 26 avril 1976 signé entre la Communauté économique européenne et l'Algérie en vérifiant d'abord sa compatibilité à une convention internationale, soit la Convention n° 118 de l'Organisation internationale du travail conclue le 28 juin 1962 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale, et en l'articulant ensuite à un règlement européen pour déterminer le champ d'application personnel du droit français relativement à l'allocation du Fonds national

de solidarité (Soc., 17 octobre 1996, pourvoi n° 95-10.956, *Bull.* 1996, V, n° 330). En effet, le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité prévu par l'accord de coopération étend aux travailleurs de nationalité algérienne le bénéficiaire de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, étant également acquis, à la faveur du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application de régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, que l'allocation de ce fonds entre dans le champ d'application de ce texte.

La Cour de cassation peut être amenée, le cas échéant, à faire une application *distributive* de plusieurs conventions internationales en fonction de leurs champs d'application respectifs. S'agissant ainsi de l'accès aux prestations familiales des ressortissants d'un État tiers (en l'espèce la Côte d'Ivoire), la deuxième chambre civile a fait une application combinée de la Convention bilatérale de sécurité sociale du 16 janvier 1985 (publiée par le décret n° 87-123 du 19 février 1987) et de la Convention relative à la circulation et au séjour des personnes du 21 septembre 1992 (publiée par le décret n° 95-436 du 14 avril 1995). Si la première ouvre aux ressortissants ivoiriens résidant en France le bénéficiaire des prestations familiales sans restriction particulière, c'est à la condition que les intéressés résident régulièrement sur le territoire français, autrement dit qu'ils justifient de la régularité de leur entrée et de leur séjour sur le territoire français selon les modalités prévues par la seconde (2^e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-21.204, publié au *Bulletin*; *JCP* 2016, éd. S, 1429, note E. Jeansen).

L'articulation des conventions internationales en droit extraterritorial est examinée *infra* § 2, A.

c. Le principe et la portée de l'autonomie de la volonté

Si, dans l'ordre interne, les limites à l'autonomie de la volonté conduisent à rechercher les dispositions impératives prévues pour les relations internes, dans les contextes internationaux qui se multiplient à la faveur de la mondialisation, la recherche de la place du curseur doit prendre en compte les règles internationalement impératives et, dans le cadre de la loi applicable, les règles impératives de cette loi. Les règles de source interne peuvent d'ailleurs prévoir que leur caractère impératif est limité aux relations internes. Mais dans ce contexte international, la place laissée à l'autonomie de la volonté est plus grande pour tenir compte de la variété des législations nationales et, partant, des habitudes et attentes qu'elles entraînent pour les opérateurs internationaux. Des règles impératives dans l'ordre interne peuvent ainsi ne pas l'être dans un contexte international. Cette plus grande liberté laissée aux parties se retrouve lorsque le texte n'est pas une loi interne mais une convention. Le juge civil est ainsi confronté à des questions renouvelées par l'existence d'un contexte ouvert.

Son contrôle porte tant sur la place de l'autonomie à l'égard de l'applicabilité générale d'une convention que sur sa place au sein même du champ de la convention.

α. L'autonomie de la volonté et l'applicabilité générale d'une convention

Il peut ainsi se poser d'abord la question du rôle de l'autonomie dans l'application de principe d'un texte.

Certains textes concernant les intérêts privés prennent explicitement en compte, dans leurs conditions d'application, l'autonomie de la volonté. Ces conventions peuvent préciser que leur applicabilité est dictée positivement par le choix des parties de les appliquer ou négativement par leur choix de les écarter. Ainsi en est-il de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 précitée, qui n'est applicable que si les parties ne l'ont pas écartée (son article 6 précise en effet que les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets), ce qui conduit dès lors le juge à vérifier la position des parties à l'égard de la question de l'applicabilité de ce texte. Dans l'arrêt de la chambre commerciale du 20 février 2007 (pourvoi n° 04-17.752) précité, le juge civil a bien pris la mesure de la nécessité de vérifier cette condition à propos de la Convention de Vienne et a retenu qu'en l'espèce les parties n'avaient pas écarté l'application de la Convention : « Mais attendu, d'une part, qu'après avoir rappelé, d'un côté, que les parties sont convenues de se soumettre à la loi française, de l'autre, que la Convention de Vienne du 11 avril 1980, sur les contrats de vente internationale de marchandises, ratifiée par la France, a vocation à s'appliquer aux contrats de vente de marchandises passés entre la société YSLP, vendeur français, et la société Mimusa, acheteur vénézuélien, dès lors que les parties n'en ont pas exclu l'application [nous soulignons], la cour d'appel a, à bon droit, examiné les fautes invoquées dans l'exécution de ces ventes au regard des dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, sans qu'il importe que ces opérations soient intervenues en application d'un contrat cadre de distribution exclusive, lui-même non soumis à ladite Convention. »

Lorsque la convention ne prévoit pas de disposition spécifique sur la volonté des parties quant à son application générale, les parties peuvent cependant s'entendre sur son application, mais le juge contrôle que le principe même de ce choix n'est pas écarté par une disposition impérative. En ce sens, un arrêt de la chambre commerciale du 28 mai 2002, après avoir contrôlé l'applicabilité de principe de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 précitée – laquelle, aux termes de son article 10 qui précise : « Les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance créé dans un des États contractants », ce qui n'était pas le cas en l'espèce, le connaissance ayant été émis en Thaïlande, n'était donc pas applicable de plein droit –, a également vérifié qu'aucune règle impérative ne s'opposait au choix des parties : « qu'ayant ainsi retenu, d'un côté, que la Convention du 25 août 1924 était celle à laquelle renvoyait la clause Paramount et, d'un autre côté, qu'aucune règle impérative ne s'opposait à ce choix des parties, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (Com., 28 mai 2002, pourvoi n° 00-14.677, *Bull.* 2002, IV, n° 95, *Rapport* 2002, p. 470).

Il est vrai que la source de la règle impérative n'est pas précisée. Certes, il pourrait s'agir des règles impératives de la convention elle-même (laquelle pourrait expressément écarter son adoption par la seule volonté des parties, mais l'intérêt d'une telle disposition serait limité, car les parties pourraient toujours, face à un État non signataire, revendiquer l'applicabilité du texte dès lors incorporé dans le champ de leur volonté), mais sans doute, et surtout, des règles impératives de l'État de chargement ou de destination, encore que, pour être appliquées dans un contexte international, ces règles devraient être des règles de source interne internationalement impératives et non pas dans le seul contexte national.

La Cour exerce sur les clauses elles-mêmes un contrôle limité. Ainsi, lorsque l'application d'une convention résulte d'une clause du contrat, l'interprétation de celle-ci résulte du pouvoir souverain des juges du fond, sous réserve du contrôle de dénaturation d'un texte clair (arrêt précité, pourvoi n° 00-14.677 : «Mais attendu, en premier lieu, que c'est par une interprétation souveraine de la clause Paramount, exclusive de toute dénaturation, que la cour d'appel a retenu que cette dernière renvoyait à la Convention de Bruxelles du 25 août 1924»).

Une fois l'application d'une convention acquise, le juge étudie également si l'autonomie de la volonté n'a pas, à l'intérieur du champ de la convention, écarté des dispositions qui, selon la convention, sont impératives et ne peuvent dès lors être éludées.

β. L'autonomie de la volonté et l'application des dispositions de la convention

Le contrôle du juge sur la place de l'autonomie de la volonté s'exerce également une fois qu'une convention est reconnue applicable. Il se peut en effet que les parties se soient entendues pour écarter certaines des dispositions de la convention, dont elles ont recherché ou dont elles ne contestent pas l'applicabilité.

En ce sens un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 février 1992 a cassé un arrêt de la cour d'appel qui n'avait pas exercé ce contrôle et avait laissé toute latitude à l'autonomie de la volonté. Dans cette espèce, tandis que la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 précitée n'était pas applicable de plein droit, puisque ni l'État de chargement, ni l'État de destination ne l'avaient ratifiée, le connaissement comportait une clause qui y faisait référence. Si les parties avaient ainsi retenu son application, elles en avaient cependant écarté une stipulation désignant la livre sterling-or comme unité de compte pour y substituer la livre sterling comme monnaie courante. La Cour, après avoir retenu que l'autonomie de la volonté pouvait conduire à l'application de la Convention, refuse cependant qu'elle puisse en écarter une disposition impérative, sans doute dans la mesure où l'écarter ferait perdre de la cohérence au système organisé par la Convention : «Vu les articles 4, 5 et 9 de la Convention internationale de Bruxelles du 25 août 1924; Attendu que les parties qui conviennent de soumettre le contrat qu'elles concluent à une convention internationale ne peuvent écarter celles de ses prescriptions auxquelles, si la convention internationale était applicable de plein droit, il ne saurait être dérogé à peine de nullité; Attendu que, pour décider qu'après avoir fait référence à la Convention internationale de Bruxelles du 25 août 1924, inapplicable de plein droit, les parties au contrat de transport litigieux avaient valablement écarté ses dispositions faisant référence à la livre-or comme unité de compte, la cour d'appel a retenu que ne pouvaient être "transgressées ou remaniées" les limites que les parties avaient contractuellement fixées à l'application de ces dispositions au transport litigieux; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les dispositions de la Convention internationale du 25 août 1924 susvisées» (Com., 4 février 1992, pourvoi n° 90-15.668, *Bull.* 1992, IV, n° 64).

Le renouveau des méthodes et des problèmes posés par l'application des conventions internationales amène le juge à affirmer sa place dans l'articulation nouvelle induite par la mondialisation.

2. La place affirmée du juge dans le mouvement de mondialisation

La mondialisation, et le renouveau qu'elle entraîne, conduisent le juge, pour appliquer les conventions, à affirmer son rôle en matière d'interprétation des conventions (a), et à dégager des solutions qui, non seulement accompagnent ce mouvement, mais le favorisent (b).

a. La place du juge dans l'interprétation des conventions

Si, dans le cadre de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a une compétence exclusive pour interpréter les textes de source communautaire, favorisant ainsi leur application uniforme dans l'ordre international, peu de conventions prévoient une interprétation par un organe unique, laissant à chacun des États signataires le soin, pour l'application de ces textes, de procéder auparavant à leur interprétation, ce qui conduit en amont à déterminer, pour chacun des États signataires, l'organe compétent en matière d'interprétation.

Depuis l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 11 février 2004 précité (pourvoi n° 02-84.472, *Bull. crim.* 2004, n° 37), la Cour de cassation interprète les différentes conventions qui lui sont soumises. C'est ainsi que, dans un litige relatif à l'assujettissement d'une société, dont le siège social était en Suisse, à une taxe sur la valeur vénale des immeubles situés en France et possédés par des personnes morales dont le siège est hors de France, cette société invoquait le principe d'égalité de traitement prévu par l'article 26 de la Convention franco-suisse du 9 septembre 1966, qui précise : « 1. Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celle à laquelle sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État se trouvant dans la même situation. En particulier, les nationaux d'un État contractant qui sont imposables sur le territoire de l'autre État contractant bénéficient, dans les mêmes conditions que les nationaux de ce dernier État se trouvant dans la même situation, des exemptions, abattements à la base, déductions et réductions d'impôts ou taxes accordés pour charges de famille. 2. Le terme "nationaux" désigne pour chaque État contractant : a) Toutes les personnes physiques qui possèdent la nationalité de cet État; b) Toutes les personnes morales, sociétés de personnes et associations constituées conformément à la législation dudit État. » La Cour de cassation a interprété ce dernier article. Après avoir rappelé que le critère de rattachement retenu par l'article 26 de la Convention est la nationalité, elle précise ce qu'il convient d'entendre par « nationalité » d'une société au sens de la Convention en écartant pour ce faire l'application d'un texte interprétatif de source interne dans les termes suivants : « la nationalité, laquelle, pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire; qu'il s'ensuit que l'article 105 de la loi du 29 décembre 1989 qui, au demeurant, ne pouvait rétroactivement préjudicier au contribuable dont les droits ont été reconnus, comme en l'espèce, par une décision de justice passée en force de chose jugée au sens de l'article 500 du nouveau code de procédure civile, est sans influence sur la solution du litige » (Ass. plén., 21 décembre 1990, pourvoi n° 88-15.744, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 12).

Il est vrai que, si le concept même de nationalité utilisé pour une société a fait l'objet de bien des controverses, la détermination de la nationalité d'une société reste une question épineuse dès lors que les systèmes juridiques ne retiennent pas tous les mêmes

critères : si le critère du contrôle conduisant à appliquer la loi de l'État dans lequel se trouvent les actionnaires majoritaires, qui fut proposé par la doctrine, est en pratique peu usité, certains États retiennent le système de l'incorporation et se fondent sur le lieu de constitution de la société tandis que d'autres, comme la France, retiennent le lieu du siège réel et appliquent ainsi à la société la loi du lieu de ce siège.

En l'espèce, la Cour de cassation a interprété la Convention et le terme « nationalité » sans se référer à la loi française qu'elle a d'ailleurs écartée, même si elle a finalement précisé que le rattachement de la Convention était similaire à celui de l'article 990 D du code général des impôts ; cette interprétation autonome des sources internes est en effet dictée par la nature du texte à interpréter, soit, pour une convention, un texte supérieur à la loi interne dans la hiérarchie des normes.

Si la Cour de cassation affirme ainsi sa compétence d'interprétation, elle étend le champ de cette compétence à tous les instruments accompagnant les conventions.

C'est ainsi que la chambre criminelle a cassé une décision d'une chambre de l'instruction qui retenait qu'elle n'avait pas compétence « pour interpréter les modalités de ratification d'une convention internationale par un État étranger ni pour rechercher si des réserves non exprimées par l'État requis auprès de l'État requérant sont applicables ou non ». Pour censurer la décision, la chambre criminelle affirme la compétence du juge pour l'interprétation des traités, laquelle intègre celle des réserves qu'un État signataire a pu formuler. En l'espèce, le grand-duché du Luxembourg avait en effet formulé des réserves sur l'utilisation des documents transmis dans le cas de l'entraide judiciaire, en les limitant à une utilisation exclusive pour instruire et juger les infractions en matière pénale fiscale constitutives d'une « escroquerie en matière d'impôt » : « Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen et que, d'autre part, les autorités judiciaires françaises, lorsqu'elles utilisent les informations qui leur ont été communiquées dans le cadre d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, sont tenues de respecter les règles fixées par cette convention à laquelle s'incorporent les réserves et déclarations formulées, qui obligent les États parties dans leurs rapports récioproques [nous soulignons], la chambre de l'instruction, qui n'a pas recherché si les stipulations conventionnelles liant la France et le grand-duché du Luxembourg en matière d'entraide judiciaire en matière pénale, notamment celles contenues dans la Convention européenne du 20 avril 1959, complétée par la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 et le Protocole additionnel du 17 mars 1978, comportant des réserves formulées par le grand-duché du Luxembourg, ainsi que dans la Convention du 29 mai 2000 conclue entre les États membres de l'Union européenne, assortie d'une déclaration du grand-duché du Luxembourg, confirmée lors de la ratification le 27 octobre 2010 de cette Convention et de son Protocole additionnel du 16 octobre 2001, ne faisaient pas obstacle, à défaut de consentement des autorités luxembourgeoises, à l'extension de l'information à des infractions non visées dans la commission rogatoire internationale, parmi lesquelles figure, au surplus, la fraude fiscale, découvertes à partir des éléments fournis par l'État requis, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision » (Crim., 15 janvier 2014, pourvoi n° 13-84.778, précité).

Dans le même sens, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a interprété et appliqué un instrument international résultant d'une convention initiale, en

l'espèce la Convention générale sur la sécurité sociale conclue le 5 janvier 1950 entre la France et la Yougoslavie, dont le champ d'application a été modifié par un échange de lettres afin de rendre les dispositions applicables dans les relations entre la France et la Bosnie. Elle a ainsi retenu au visa de sa décision à la fois la Convention initiale et l'échange de lettres : «Vu les articles 1 et 2 de la Convention générale sur la sécurité sociale conclue le 5 janvier 1950 entre la France et la Yougoslavie, publiée par le décret n° 51-457 du 19 avril 1951, applicable dans les relations entre la France et la Bosnie en vertu de l'accord sous forme d'échange de lettres des 3 et 4 décembre 2003, publié par le décret n° 2004-96 du 26 janvier 2004» (2^e Civ., 6 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.318, *Bull.* 2014, II, n° 223).

Certes, l'interprétation gouvernementale, lorsqu'elle existe, est prise en compte par le juge. Ainsi la chambre commerciale a-t-elle affirmé l'articulation entre le texte de base et celui de son interprétation à propos de l'application des dispositions de la convention fiscale franco-monégasque du 1^{er} avril 1950, lesquelles avaient fait l'objet d'une interprétation préalable par un échange entre les ministres des affaires étrangères (Com., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-22.023, *Bull.* 2012, IV, n° 180). Consacrant la portée légale de l'interprétation des gouvernements, elle a fait application de l'ensemble du dispositif, retenant d'ailleurs au visa de sa décision «l'article 2 de la Convention franco-monégasque du 1^{er} avril 1950»; l'article 2 de la Convention précise : «1. Les immeubles et droits immobiliers faisant partie de la succession d'un ressortissant de l'un des deux États contractants ne seront soumis à l'impôt sur les successions que dans l'État où ils sont situés. 2. La question de savoir si un bien ou un droit a le caractère immobilier sera résolue d'après la législation de l'État dans lequel est situé le bien considéré ou le bien sur lequel porte le droit envisagé»; l'article 6 de la Convention prévoit quant à lui le régime fiscal des biens ne relevant pas des articles 2 à 5 : «Les actions ou parts sociales, fonds d'État, obligations, créances chirographaires ou hypothécaires et tous autres biens laissés par un ressortissant de l'un des deux États auxquels ne s'appliquent pas les articles 2 à 5 seront soumis aux dispositions suivantes [...] interprétées par les lettres échangées entre les gouvernements français et monégasque le 16 juillet 1979» : Les ministres s'étaient entendus sur l'interprétation du paragraphe premier en retenant : «Pour l'application du paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la convention susvisée, les immeubles et droits immobiliers représentés par des actions et parts sociales de sociétés ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance ne sont soumis à l'impôt sur les successions que dans l'État où ils sont situés.»

La cour d'appel avait considéré que la société Cogest ne relevait pas du champ d'application de l'article 2 tel qu'interprété par l'échange de lettres, lequel vise les sociétés régies par les articles L. 212-1 à L. 212-13 et R. 212-1 à R. 212-16 du code de la construction et de l'habitation et 1655 ter du code général des impôts, soit les «sociétés immobilières de copropriété» dont les parts donnent vocation à la propriété ou à la jouissance de lots définis de copropriété, de sorte que ses parts sociales devaient, selon elle, en application de l'article 6 de la même Convention, être assujetties aux droits de mutation dans la principauté de Monaco. La Cour a cassé la décision en retenant qu'il convenait d'abord de vérifier l'applicabilité aux biens de l'article 2, dont le champ a été étendu par l'interprétation ministérielle, pour conclure, dans la négative, à l'applicabilité de l'article 6, en utilisant, pour qualifier le bien ou le droit de meuble ou d'immeuble, la technique conflictuelle précisée par le paragraphe second de l'article 2, lequel

renvoie à l'application de la *lex rei sitae*. Elle censure ainsi la méthode mise en œuvre par la cour d'appel dans l'application des textes ainsi interprétés.

Si le juge affirme ainsi sa place par sa compétence d'interprétation des conventions, il l'affirme également par les solutions qu'il retient en appliquant les conventions et qui participent elles-mêmes au mouvement de mondialisation.

b. Un rôle affirmé par les solutions retenues

Par l'application d'une convention, le juge peut être conduit à retenir des solutions formelles ou des solutions matérielles accompagnant, voire facilitant le mouvement de mondialisation.

α. Des solutions formelles en faveur de la mondialisation

Dans l'application des conventions internationales, le juge affirme sa place par le biais du contrôle non pas tant des conditions d'application prévues par la convention, mais par celui du respect, par un État étranger signataire, des procédures conditionnant l'entrée en vigueur ou l'application d'une convention.

C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré une décision qui, pour relaxer le capitaine d'un navire de pêche naviguant sous pavillon chinois, détenteur d'une licence de pêche délivrée par le Vanuatu, poursuivi et condamné pour avoir pénétré sous pavillon étranger dans la zone économique de la Nouvelle-Calédonie et y avoir pêché sans être titulaire d'une licence délivrée par la Nouvelle-Calédonie, et qui soutenait que les eaux dans lesquelles il était en action de pêche relevaient des eaux vanuataises, avait retenu que le Vanuatu avait publié dans son journal officiel une loi sur le territoire maritime et effectué un dépôt auprès des Nations unies le 20 juillet 2010 avec une carte comportant la ligne de base. Pour censurer cette décision, au visa de l'article 75 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, la chambre criminelle, après avoir vérifié les conditions d'application du texte, retient que le Vanuatu n'a pas procédé à la publication et au dépôt des limites extérieures de sa zone économique exclusive, tandis que le lieu où le capitaine pêchait relevait de la zone exclusive de la Nouvelle-Calédonie telle que définie par les documents déposés par cette dernière au secrétariat général de l'Organisation des Nations unies :

«Vu l'article 75 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que les limites extérieures de la zone économique exclusive (ZEE) sont indiquées sur des cartes marines à l'échelle appropriée pour en déterminer l'emplacement, le tracé de ces limites pouvant, le cas échéant, être remplacé par des listes de coordonnées géographiques de points précisant le système géodésique utilisé ; que l'État côtier donne la publicité voulue aux cartes ou listes des coordonnées géographiques et en dépose un exemplaire auprès du secrétaire général de l'Organisation des Nations unies ; [...]

Attendu que, pour renvoyer M. X... des fins de la poursuite en l'absence d'élément matériel, l'arrêt relève que le Vanuatu a publié le 18 juin 2010, dans son journal officiel, une loi sur le territoire maritime qui prévoit que "la zone économique exclusive couvre la zone maritime contiguë à la mer territoriale qui s'étend jusqu'à 200 milles marins depuis la ligne de base", puis a effectué un dépôt auprès des Nations unies le

20 juillet 2010, avec une carte comportant la ligne de base ; que les juges en déduisent que le navire HU YU 911 a navigué à l'intérieur de la ZEE officiellement et régulièrement revendiquée par le Vanuatu auprès des Nations unies, et respecté la ZEE du pays qui lui avait délivré sa licence de pêche ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le Vanuatu n'a pas procédé à la publication et au dépôt des limites extérieures de sa ZEE, et que les eaux dans lesquelles M. X... était en action de pêche relevaient de la ZEE de la Nouvelle-Calédonie telle que définie, en application de la loi du 16 juillet 1976, par un décret du 3 février 1978, puis délimitée par un décret du 3 mai 2002 et par une carte n° 7361 du service hydrographique et océanique de la Marine, dite "SHOM 73-61", documents déposés au secrétariat général de l'Organisation des Nations unies, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé» (Crim., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-85.743, *Bull. crim.* 2016, n° 8).

Ainsi, confronté à l'application d'une convention internationale, le juge redessine-t-il son rôle, qui peut le conduire non seulement à vérifier les conditions d'application prévues par la convention, comme il le ferait pour un texte de source interne, mais également à contrôler le respect par les États étrangers des procédures convenues.

β. Des solutions matérielles en faveur de la mondialisation

Par son interprétation et son application des conventions internationales, le juge n'est pas seulement vecteur de la mondialisation organisée par les États au moyen des conventions. Il se fait lui-même acteur de la mondialisation, en accompagnant ou renforçant ses effets. Il a déjà été noté que la chambre commerciale de la Cour de cassation, par l'interprétation large donnée à la définition du champ d'application matériel de la Convention de Vienne précitée, a permis la couverture par ce droit unifié de contrats de vente exécutant un contrat-cadre de distribution (Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-17.752, *Bull.* 2007, IV, n° 52).

Dans le même sens, interprétant une convention internationale, la chambre criminelle (Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, *Bull. crim.*, 2008, n° 71, *Rapport* 2008, p. 338) a finalement retenu, tandis que la convention était ambiguë, que le juge suisse pouvait transmettre des informations au juge français, sans qu'il soit nécessaire de passer par un échange ministériel dès lors que les informations communiquées sont de nature à permettre l'ouverture d'une procédure pénale. Il s'agissait en l'espèce pour la Cour de cassation d'interpréter l'article XIV de l'Accord franco-suisse en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, signée le 28 octobre 1996, article intitulé « voies de transmission ». Aux termes de cet article : « 1. Les demandes d'entraide judiciaire, y compris celles établies par les autorités administratives chargées de la poursuite des infractions au sens de l'article 1^{er} du présent Accord, peuvent être adressées, en France, au Procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle la demande doit être exécutée et, en Suisse, à l'autorité judiciaire compétente pour exécuter la demande. Les demandes et les pièces relatives à leur exécution sont renvoyées par la même voie. 2. Le ministère français de la justice et le département fédéral de justice et police se communiquent la liste des autorités auxquelles doivent être adressées les demandes d'entraide ainsi que les modifications qui seront apportées à cette liste. 3. Les demandes de transfèrement temporaire ou de transit de personnes qui sont en état d'arrestation provisoire ou de détention ou qui font l'objet d'une mesure privative de liberté se font par l'intermédiaire du

ministère de la justice et de l'Office fédéral de la police. 4. Les demandes d'extraits du casier judiciaire à des fins pénales, y compris la radiation de l'inscription au casier, sont adressées, d'une part, au casier judiciaire national à Nantes et, d'autre part, à l'Office fédéral de la police à Berne.»

Pour écarter le grief de violation de l'article 21 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et de l'article XIV de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement de la République française conclu le 28 octobre 1996, la Cour de cassation interprète les dispositions de l'article XIV dans un sens facilitant la circulation des informations entre magistrats, sans recourir à un échange entre gouvernements : «Attendu que, pour dire régulière la transmission, faite le 28 août 2002, par un magistrat suisse à un juge d'instruction français, d'informations relatives à des versements effectués par la société Renk sur des comptes détenus à Genève par X... et Y..., faits dont le juge français n'était pas saisi, ainsi que le réquisitoire introductif et la procédure subséquente, l'arrêt énonce que les dispositions de l'article XIV de l'Accord franco-suisse en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, du 20 avril 1959, signée le 28 octobre 1996, qui exigeraient une dénonciation entre ministères de la justice, ne sont pas applicables, la transmission spontanée des informations ayant été effectuée en vertu des articles 67 a de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et XIV de l'Accord visé ci-dessus qui prévoient expressément ce mode de transmission lorsque les informations communiquées sont de nature, comme en l'espèce, à permettre l'ouverture d'une poursuite pénale.»

C'est dire que le juge, confronté aux conventions internationales, tout en maintenant les grandes lignes de sa fonction dessinée dans le contexte classique de l'application de son droit national, se présente non seulement comme un vecteur efficace, mais également comme un acteur avisé de la mondialisation.

Cette présentation générale étant faite, quelques cas particuliers d'application par le juge français des conventions internationales liant la France seront examinés.

§ 2. De quelques cas particuliers d'application des conventions internationales

Quelques cas particuliers méritent l'attention : c'est le cas de l'application et de l'interprétation des conventions d'extradition (A), des conventions fiscales (B), de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer (C), des conventions en matière de sécurité sociale (D) ou encore des conventions de l'Organisation internationale du travail (E).

A. L'application des conventions d'extradition

L'extradition implique, par nature, l'application de conventions internationales dès lors qu'elle est un acte participant des relations internationales de la France. Ces conventions, mis à part, notamment, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, sont principalement des conventions bilatérales, dont certaines peuvent avoir un objet plus large que la seule extradition.

Les conventions internationales d'extradition existantes et régulières doivent être appliquées en vertu du principe de supériorité des traités sur la loi interne posé par l'article 55 de la Constitution.

Ces conventions sont d'application directe aux individus, de sorte que la personne objet d'une demande d'extradition peut invoquer la violation de la convention applicable (Crim., 24 mars 1987, pourvoi n° 86-95.720, *Bull. crim.* 1987, n° 137).

Il appartient avant tout à la chambre de l'instruction, saisie sur le fondement d'une demande d'extradition, de déterminer si la France et l'État requérant sont liés par une convention et quelles stipulations conventionnelles ou dispositions légales, de fond et de procédure, sont applicables, étant rappelé qu'aux termes de l'article 696 du code de procédure pénale, en l'absence de convention internationale en stipulant autrement, les conditions, la procédure et les effets de l'extradition sont déterminés par les dispositions des articles 696-1 et suivants dudit code, lesquelles s'appliquent également aux points qui n'auraient pas été réglementés par les conventions internationales. La détermination de ces points, qui peut être délicate, pose alors véritablement une question d'interprétation de la convention.

Sont cassés les arrêts qui appliquent la Convention européenne d'extradition alors que l'État requérant et la France sont liés par une convention bilatérale (Crim., 26 avril 1994, pourvoi n° 94-80.757, jugeant qu'en vertu de ses articles 27-1 et 28-1 la Convention européenne d'extradition, ratifiée par les Pays-Bas, ne s'applique qu'aux « territoires métropolitains » tels que définis par la déclaration du gouvernement des Pays-Bas consignée dans le procès-verbal de signature, et qu'elle n'avait donc pas abrogé, sur le territoire des Antilles néerlandaises, la Convention bilatérale d'extradition du 24 décembre 1895, applicable, aux termes de son article 16, aux « colonies et possessions étrangères »), ou alors qu'en l'absence de convention internationale d'extradition liant les États requis et requérant les conditions de cette dernière sont déterminées par les dispositions des articles 696-1 et suivants du code de procédure pénale (Crim., 29 octobre 2008, pourvoi n° 08-85.713, *Bull. crim.* 2008, n° 217, concernant une demande d'extradition émanant des Émirats arabes unis). Encourt également la cassation l'arrêt qui, à l'inverse, se réfère à une convention bilatérale abrogée par la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (Crim., 5 novembre 1986, pourvoi n° 86-94.417, *Bull. crim.* 1986, n° 325 ; Crim., 6 octobre 1986, pourvoi n° 86-93.572, *Bull. crim.* 1986, n° 269), ce qui invite à préciser que les conventions d'extradition sont des lois de procédure, qui, sauf stipulation contraire, sont applicables immédiatement aux faits survenus avant leur entrée en vigueur, même si elles ont un effet défavorable sur les intérêts de la personne réclamée (Crim., 6 octobre 1986, précité), mais les dispositions nouvelles de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux effets de la criminalité, dont sont issus les articles 696 et suivants du code de procédure pénale, s'appliquent, selon l'article 214, III, de la loi, aux demandes d'extradition postérieures à sa date d'entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2004, quelle que soit la date des faits.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment été conduite à examiner des pourvois contre des arrêts ayant appliqué la Convention d'extradition entre la France et la Corée, signée le 6 juin 2006 (Crim., 1^{er} avril 2015, pourvoi n° 15-80.302 et Crim., 8 mars 2016, pourvoi n° 15-87.485), la Convention bilatérale d'extradition du 13 avril 1937 liant la France et l'Équateur (Crim., 5 septembre 2012, pourvoi n° 12-84.305), la Convention d'extradition franco-monégasque du 11 mai 1992 (Crim., 27 mai 2010, pourvoi n° 10-81.889), mais surtout les conventions d'extradition signées avec les États-Unis d'Amérique et le Maroc.

La France et le royaume du Maroc sont actuellement liés par une Convention d'extradition du 18 avril 2008.

S'agissant de l'application de cette Convention, la chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment jugé que son article 3, § 2, b, aux termes duquel « l'extradition peut être refusée si, conformément à la législation de la partie requise, il incombe à ses tribunaux de connaître de l'infraction pour laquelle elle a été demandée », apporte une dérogation à l'article 696-4, § 3, du code de procédure pénale (Crim., 9 février 2016, pourvoi n° 15-86.706).

En ce qui concerne les stipulations conventionnelles antérieures liant les deux pays, la chambre criminelle a eu à connaître d'un pourvoi invoquant l'article 34 de la Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'*exequatur* des jugements et d'extradition, en date du 5 octobre 1957, selon lequel la demande d'extradition doit être « accompagnée de l'original ou de l'expédition authentique [...] [du] mandat d'arrêt ou de tout autre acte ayant la même force et décerné [par l'autorité judiciaire] dans les formes prescrites par la loi de l'État requérant » (Crim., 15 novembre 2006, pourvoi n° 06-86.731 ; voir également, s'agissant de ce même article, déclaré seul applicable, Crim., 6 octobre 1998, pourvoi n° 98-83.989). À l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de cour d'assises, faisant suite à une extradition demandée par la France, la chambre criminelle a eu à apprécier la régularité d'une requalification, faite en l'occurrence dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 précitée (Crim., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-85.713, *Bull. crim.* 2011, n° 251).

S'agissant des conventions liant la France et les États-Unis d'Amérique, le Traité d'extradition du 23 avril 1996, entré en vigueur le 30 janvier 2002, a succédé à la Convention franco-américaine d'extradition du 6 janvier 1909.

On trouvera des exemples d'application du Traité d'extradition du 23 avril 1996, pour s'en tenir à celui-ci, dans les arrêts suivants : un arrêt du 21 juin 2016 qui a statué sur un pourvoi invoquant le délai de transmission de la demande d'extradition suite à l'arrestation provisoire de la personne réclamée, délai prévu par l'article 13, § 4, du Traité, ainsi que la formalité de la traduction, prévue par l'article 12 (Crim., 21 juin 2016, pourvoi n° 16-81.981), un arrêt du 14 octobre 2015 relatif à l'application de l'article 9 du Traité selon lequel le caractère interruptif de prescription des actes effectués dans l'État américain requérant s'apprécie au regard des articles 7 et 8 du code de procédure pénale (Crim., 14 octobre 2015, pourvoi n° 15-84.426) ; ou encore un arrêt du 13 février 2008 relatif à l'application des dispositions de l'article 8, § 1, du Traité d'extradition et de l'article 696-4, § 4, du code de procédure pénale (Crim., 13 février 2008, pourvoi n° 07-88.009).

Le droit de l'extradition peut encore conduire à la confrontation ou à la combinaison de deux conventions internationales, ainsi notamment de la convention d'extradition applicable et de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ou encore de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En ce qui concerne le statut de réfugié, l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 pose le principe selon lequel aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des

territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un premier temps, jugé que cet article concernait seulement l'expulsion ou le refoulement, mesures administratives juridiquement différentes de l'extradition (Crim., 21 septembre 1984, pourvoi n° 84-94.034, *Bull. crim.* 1984, n° 274), tandis que le Conseil d'État a considéré que « les principes généraux du droit applicables aux réfugiés [...] font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par un État qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine [...] » (CE, 1^{er} avril 1988, n° 85234, publié au *Recueil Lebon*). Puis la chambre criminelle a jugé, mais dans des situations dans lesquelles, selon la chambre de l'instruction, le statut de réfugié n'était pas acquis au jour où elle statuait, que le moyen pris du statut de réfugié revenait à critiquer les motifs de l'arrêt qui se rattachent directement et servent de support à l'avis de la chambre de l'instruction sur la suite à donner à la demande d'extradition, et qu'il était en conséquence irrecevable en application de l'article 696-15, dernier alinéa, du code de procédure pénale (Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 09-81.539 ; voir également Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-87.942 et Crim., 23 juin 2015, pourvoi n° 15-82.072).

Il y a lieu sur ce point d'ajouter que la Convention de Genève est encore invoquée, non plus quand la demande d'extradition émane de l'État dont la personne réclamée, ayant la qualité de réfugié, est originaire, mais quand elle émane d'un État tiers et qu'un risque est invoqué de remise, par cet État, à l'État d'origine, situation qui ne présente pas une opposition directe entre la convention d'extradition applicable et la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (Crim., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-87.377 ; Crim., 15 septembre 2004, pourvoi n° 04-83.882, *Bull. crim.* 2004, n° 209 ; *Rapport* 2004, p. 408).

B. L'application des conventions fiscales

La matière fiscale est un domaine où la question de l'application du principe de primauté des engagements internationaux de la France sur les lois internes est posée de manière récurrente.

Nombre de conventions bilatérales ont vocation à édicter des critères de domiciliation fiscale et d'imposition, aux fins, généralement, d'éviter les doubles impositions.

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation foisonne d'exemples d'application de telles conventions dans la mesure où celles-ci sont, notamment, déterminantes des règles d'imposition applicables, dont la connaissance des stipulations par le prévenu est un préalable indispensable à l'analyse de l'existence d'une fraude, le cas échéant.

À titre d'exemple, la Cour de cassation, par un arrêt du 17 novembre 2010, a ainsi fait application des stipulations de la Convention franco-luxembourgeoise (Convention entre la France et le grand-duché de Luxembourg tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative réciproque en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune) du 1^{er} avril 1958 afin de préciser si la résidence fiscale de l'intéressé devait être appréciée au regard de la loi interne ou de la Convention bilatérale. La Cour a jugé, à cette occasion, que la déclaration de culpabilité du prévenu du chef de fraude fiscale était justifiée, celui-ci ayant omis de déclarer l'ensemble de ses

revenus personnels perçus en France, alors qu'il y avait son foyer permanent d'habitation au sens de la Convention franco-luxembourgeoise, témoignant ainsi des modalités d'articulation entre droit interne et droit international en ce domaine (Crim., 17 novembre 2010, pourvoi n° 10-81.834).

De même, en matière d'impôt sur le revenu, la Convention du 10 mars 1964 entre la France et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative et juridique réciproque en matière d'impôts sur les revenus, a donné lieu à plusieurs décisions permettant de préciser si les dispositions internationales peuvent faire obstacle à l'application du droit fiscal français et dans quelle mesure (Crim., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-86.215 ; Crim., 15 février 1988, pourvoi n° 86-90.682, *Bull. crim.* 1988, n° 72). Qu'il s'agisse de ce texte international ou de la Convention liant la France et le Togo (Convention entre la France et le Togo tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance réciproque en matière d'impôts sur le revenu, d'impôts sur les successions, de droits d'enregistrement et de droits de timbre signée à Lomé le 24 novembre 1971) du 24 novembre 1971 ou encore de la Convention franco-israélienne tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative réciproque en matière d'impôts sur le revenu du 20 août 1963 ou de la Convention franco-nigérienne du 1^{er} juin 1965 relative aux doubles impositions – parmi tant d'autres –, la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation consiste traditionnellement à insister sur le fait que le bénéficiaire éventuel d'une Convention tendant à éviter une double imposition sur les revenus ne dispense pas le contribuable français de souscrire une déclaration mentionnant l'ensemble de ses revenus (Crim., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-86.099 ; Crim., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 98-86.405, *Bull. crim.* 2000, n° 100 ; Crim., 18 septembre 1997, pourvoi n° 96-85.155, *Bull. crim.* 1997, n° 307). La chambre criminelle censure, dès lors, les décisions de relaxe des faits d'omission de déclaration dans les délais prescrits et de dissimulation de sommes sujettes à l'impôt, se bornant à constater que l'intéressé, en application de la Convention internationale en cause, est exonéré d'impôt en France. Par un arrêt du 10 juin 1992, elle a ainsi cassé la décision ayant relaxé un prévenu du chef de fraude fiscale en se bornant « à retenir, par application des dispositions de la Convention franco-américaine en matière d'impôt sur le revenu et la fortune du 28 juillet 1967 modifiée, que les revenus tirés de l'activité d'écrivain exercée aux États-Unis par le prévenu, résident français, sont exonérés de toute imposition en France » (Crim., 10 juin 1992, pourvoi n° 90-86.666, *Bull. crim.* 1992, n° 224).

C. L'application de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer

Dans une espèce déjà évoquée *supra* section 2, § 1, B, c, relative à la délimitation des zones économiques exclusives du Vanuatu et de la Nouvelle-Calédonie, la chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée à faire application de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM), conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, dite « Convention de Montego Bay », qui fixe les principes gouvernant la définition de telles zones, et ce à l'occasion de poursuites exercées contre un pêcheur chinois, titulaire d'une licence de pêche délivrée par le Vanuatu, pour diverses infractions à la police de la pêche en mer. Le prévenu soutenait principalement que les faits reprochés, notamment la pêche de produits interdits (requins) par la législation de Nouvelle-Calédonie, avaient été commis dans une zone valablement revendiquée par le Vanuatu, de sorte

que la réponse sur cette question préalable de souveraineté conditionnait la caractérisation de l'élément matériel de l'infraction.

Alors que le tribunal avait retenu la culpabilité du prévenu, la cour d'appel de Nouméa l'a relaxé, considérant que ce pêcheur chinois était en action dans une zone de chevauchement revendiquée à la fois par la France et le Vanuatu, et qu'il n'avait pas commis les infractions reprochées dès lors qu'il avait conduit son bateau conformément à la licence délivrée par le Vanuatu et respecté la zone économique exclusive (ZEE) du pays qui lui avait délivré cette licence.

La Convention de Montego Bay définit géographiquement la zone économique exclusive dans ses articles 55 à 58 et en fixe le régime juridique spécifique conférant à l'État riverain des « droits souverains » lui permettant notamment d'y faire respecter sa réglementation en matière d'exploitation des ressources vivantes de la zone (article 73) et de protection de l'environnement (article 220); il peut ainsi réglementer la pêche et fixer des quotas.

Toutefois le droit de la mer reste empreint d'un unilatéralisme particulièrement marqué : les États fixent unilatéralement, en conformité avec les principes posés par la Convention, la délimitation de leur zone économique exclusive, laquelle peut s'avérer complexe dans le cas d'États dont les côtes sont adjacentes ou se font face, et sont distantes de moins de 400 milles, ce qui peut aboutir à des zones chevauchantes. Tel était le cas en l'espèce, les faits délictueux ayant été commis dans une zone revendiquée à la fois par la France dans les formes et exigences de fond posées par la CNUDM, délimitée dans une carte dite « SHOM 73-61 » déposée au secrétariat de l'Organisation des Nations unies le 28 janvier 2011 et par le Vanuatu, qui a publié le 18 juin 2010 une loi sur le territoire maritime et déposé également une carte à l'ONU le 20 juillet 2010.

La Convention internationale en cause, tout en donnant des critères pour déterminer la largeur de la ZEE, laisse aux seuls États riverains le soin de la délimiter positivement, « par voie d'accord, conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, afin d'aboutir à une solution équitable » (article 74). L'accord bilatéral négocié peut être définitif ou provisoire, dans l'attente de la mise en œuvre des procédures de règlement prévues par la Convention (arbitrage, ou saisine de la Cour internationale de justice ou du Tribunal international de la mer), et c'est également par voie d'accord que doivent se régler les effets du chevauchement tant qu'il existe. Or rien n'a été fait à ce jour, en ce sens, par la France et le Vanuatu, la zone de chevauchement apparaissant de ce fait comme une zone de non-droit sans que le juge puisse se substituer à l'autorité étatique ou aux instances de règlement désignées par la CNUDM.

Précédemment confrontée à une contestation similaire dans une zone de pêche intéressant à la fois la France et le Surinam, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 14 septembre 1999 (Crim., 14 septembre 1999, pourvoi n° 98-87.673), avait pu rejeter le pourvoi contre l'arrêt condamnant le capitaine d'un chalutier coréen pour pêche sans licence dans la ZEE française dès lors que le point de relèvement de l'infraction se situait nettement dans le secteur non contesté de cette zone.

Dans cette espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la ZEE revendiquée par le Vanuatu n'était pas opposable, la publicité faite auprès de l'ONU ne satisfaisant pas aux exigences de l'article 75 de la CNUDM dès lors que la

carte déposée se limitait aux lignes de base et ne comportait pas, contrairement à la France, les limites extérieures de la zone économique exclusive (Crim., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-85.743, *Bull. crim.* 2016, n° 8).

Cette affaire met néanmoins en lumière les limites du droit de la mer qui, en cas d'inaction des États, favorise le contournement de la réglementation la plus rigoureuse et la plus préservatrice des ressources biologiques, adoptée dans un intérêt qui dépasse les seules préoccupations économiques de l'État côtier.

D. L'application des conventions en matière de sécurité sociale

Selon l'article L. 160-7 du code de la sécurité sociale, issu de la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016 (ancien article L. 332-3 du même code), sous réserve de l'application des instruments internationaux et européens de coordination, les prestations des assurances maladie et maternité ne sont pas servies lorsque les soins sont dispensés hors de France aux assurés (alinéa 1). L'interprétation des conventions bilatérales invoquées par un assuré pour la prise en charge des soins dispensés à l'étranger peut s'avérer délicate en pratique. La question s'est posée de savoir si une retraitée de nationalité canadienne, résidant à Nice, et bénéficiant de l'assurance maladie en application de la Convention conclue, le 17 décembre 2003, entre la France et le Québec, pouvait prétendre à la prise en charge de frais exposés dans un établissement de santé de Monaco en vertu de la Convention de sécurité sociale franco-monégasque du 28 février 1952, publiée par le décret n° 54-682 du 11 juin 1954. À cette question, la Cour de cassation répond par la négative : l'intéressée ne peut prétendre au remboursement, par l'assurance maladie française, de soins effectués à Monaco, dès lors qu'elle n'est pas elle-même assurée pour les risques maladie et maternité en vertu de la législation française de sécurité sociale (2^e Civ., 28 mai 2015, pourvoi n° 14-13.718, *Bull.* 2015, II, n° 138). Cette solution se justifie pleinement au regard de l'effet relatif des traités et accords internationaux bilatéraux, qui n'ont de portée qu'à l'égard des États signataires et de leurs ressortissants. Du reste, l'article 1^{er}, § 1, de la Convention franco-monégasque précitée limite expressément son champ d'application *ratione materiae* aux seuls ressortissants des deux États souscripteurs. Certes, selon l'article 17 de cette Convention, les règles relatives à l'assurance maladie et maternité s'appliquent, nonobstant les dispositions des articles 1^{er} et 2, à toutes les personnes qui sont assurées pour les risques maladie et maternité en vertu de la législation de sécurité sociale de l'un des deux États contractants, ainsi qu'aux membres de leur famille tels que définis à l'article 14 du même texte. Mais selon la Cour de cassation, il ne peut être déduit de ces stipulations que le bénéfice de la Convention franco-monégasque est ouvert à un ressortissant d'un État tiers relevant du système français par l'effet d'une convention bilatérale *ad hoc* conclue entre la France et son pays d'appartenance. Si les conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, doivent être strictement interprétées, le juge ne saurait ajouter à celles-ci une condition qu'elles ne comportent pas (2^e Civ., 17 janvier 2007, pourvoi n° 05-13.148), ni en restreindre le champ d'application générale, ce que vient confirmer, en matière de droit aux prestations familiales, un arrêt du 6 novembre 2014 portant sur la mise en œuvre de la Convention générale sur la sécurité sociale conclue le 5 janvier 1950 entre la France et la Yougoslavie (2^e Civ., 6 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.318, *Bull.* 2014, II, n° 223). Des ressortissants bosniaques, régulièrement entrés en France avec leurs enfants mineurs et ayant obtenu une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale », avaient sollicité auprès

d'une caisse d'allocations familiales le bénéfice des prestations familiales du chef de leurs enfants. Pour rejeter leur demande, la cour d'appel s'était fondée sur les stipulations de la Convention régissant les droits aux prestations familiales des travailleurs salariés exerçant leur activité dans un autre État que celui où leurs enfants résident, ou ceux détachés avec leur famille dans un autre État que le leur (articles 23, 23, A et 23, B de la Convention précitée), en jugeant que les requérants ne relevaient pas de l'une ou l'autre de ces situations. La Cour de cassation censure l'arrêt attaqué sur un moyen de pur droit, relevé d'office : les stipulations invoquées, qui édictent des règles particulières aux ressortissants des deux États signataires non accompagnés de leurs enfants ou relevant du régime du détachement, ne s'appliquaient pas aux intéressés, qui devaient bénéficier de l'égalité de traitement réciproque prévue par les articles 1 et 2 de la Convention.

E. L'application des conventions de l'Organisation internationale du travail

L'Organisation internationale du travail (OIT), créée en 1919, est divisée en trois organes principaux, la Conférence internationale du travail (CIT), le conseil d'administration et le Bureau international du travail. La CIT est composée de délégués de 178 États membres, chaque État ayant droit à quatre délégués votants : deux désignés par le gouvernement, un désigné par les syndicats de salariés et un désigné par les organisations patronales.

Elle adopte des conventions internationales dont le champ couvre les libertés fondamentales, l'emploi et le chômage, les conditions de travail et la santé, les relations professionnelles, l'inspection du travail, la condition des travailleurs migrants. Ces conventions traitent de la liberté d'association, de la liberté syndicale, du droit à la négociation collective, de l'élimination du travail forcé et du travail des enfants, et de l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession. Elles ne s'appliquent en principe dans les États membres que dans la mesure où ceux-ci les ont ratifiées. Cependant, par une déclaration du 19 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail, l'OIT a affirmé que huit conventions internationales les plus importantes sont juridiquement impératives dans tous les États membres, même s'ils ne les ont pas ratifiées.

S'agissant de la France, la doctrine rappelle que, « en droit français, l'impact des conventions internationales vient surtout du rôle reconnu aux juges internes. Comme dans les autres pays de tradition moniste [lesquels considèrent que le droit international fait directement et immédiatement partie du système juridique national, dès qu'il a fait l'objet d'une ratification], les conventions de l'OIT sont directement appliquées par le juge français et l'emportent sur les règles nationales contraires. Plus de cent conventions de l'OIT ont été ratifiées par la France. Elles sont souvent relativement méconnues. Elles forment pourtant un corps de règles supérieures hiérarchiquement au code du travail [...] » (G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 30^e éd., 2016, § 31).

La chambre sociale de la Cour de cassation a eu à interpréter les conventions de l'OIT à de nombreuses reprises. Ses décisions peuvent être regroupées sous deux thématiques principales : la liberté syndicale (1) et la relation du salarié avec son employeur (2).

1. La liberté syndicale

L'article 2 de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical dispose que : «Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières» et l'article 5 que : «Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit de constituer des fédérations et des confédérations ainsi que celui de s'y affilier, et toute organisation, fédération ou confédération a le droit de s'affilier à des organisations internationales de travailleurs et d'employeurs.»

C'est sur la base de ces articles que la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 07-17.692, *Bull.* 2009, V, n° 11, *Rapport* 2009, p. 363) que, «selon l'article 2 de la Convention n° 87 de l'OIT ratifiée par la France et relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical, les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix et que, selon l'article 5, ces organisations ont le droit de former d'autres groupements».

La chambre sociale de la Cour de cassation commente ainsi cet arrêt dans le *Rapport annuel* 2009 : «L'arrêt définit donc pour la première fois les titulaires de la liberté syndicale. Il fonde cette définition, d'une part, sur l'article L. 411-2 devenu l'article L. 2131-2 du code du travail qui vise les personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale, d'autre part, et alors même qu'il n'était pas invoqué en l'espèce, sur le droit international contenu dans la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail, ratifiée par la France, selon laquelle les travailleurs et employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, ces dernières ayant elles-mêmes le droit de former d'autres groupements.»

La chambre sociale a également été amenée à appliquer la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui a fait de l'audience électorale le critère déterminant pour accéder à la représentativité syndicale, au regard des différentes conventions de l'OIT.

Ainsi l'article L. 2143-3 du code du travail dispose que l'organisation syndicale représentative dans l'établissement ou l'entreprise de plus de cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, doit désigner son délégué syndical en priorité parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles. Cet article retire aux organisations syndicales leur monopole dans le choix de leurs représentants syndicaux puisqu'il y associe les salariés de l'entreprise, qui ne sont par ailleurs pas nécessairement syndiqués. Il a été contesté notamment au regard de l'article 4 de la Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, selon lequel «[d]es mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi».

La chambre sociale a jugé : «Vu les articles 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail (OIT), 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 2122-1, L. 2122-2 du code du travail; [...] Attendu cependant, d'abord, que si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les Conventions n° 98 et 135 de l'OIT; que le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus, chacun conservant les attributions qui lui sont propres; Attendu, ensuite, que l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, elle ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical» (Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426, *Bull.* 2010, V, n° 100; *Rapport* 2010, p. 337).

L'article L. 2142-1-1 du code du travail dispose, quant à lui, qu'un syndicat non représentatif qui crée une section syndicale peut désigner dans les entreprises et les établissements d'au moins cinquante salariés un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Les fonctions de ce représentant prennent fin si, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, son syndicat n'est pas reconnu comme représentatif. C'est dans ces conditions qu'un tribunal d'instance a annulé la seconde désignation d'un représentant syndical par un syndicat qui n'avait pas obtenu les 10 % de suffrages exprimés pour être reconnu représentatif.

Le syndicat contestait cette décision en invoquant l'article 3 de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical précitée, selon lequel :

« 1. Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action.

2. Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal. »

Or, saisi par une organisation syndicale de la conformité de l'article L. 2142-1-1 à l'article 3 de la Convention n° 87 précitée, le comité de la liberté syndicale dans son rapport constituant le document GB/312/INS/9 correspondant à la question 9 de l'ordre du jour de la 312^e session du Conseil d'administration du BIT (cas n° 2750) a considéré que ce n'était pas le cas : «Le comité note que l'instauration du représentant de la section syndicale vise à permettre aux syndicats non représentatifs de s'implanter et d'intervenir dans les entreprises et établissements dans la perspective des prochaines échéances électorales. Il considère que de telles mesures peuvent contribuer

positivement à promouvoir le développement de la négociation collective. Le comité est cependant d'avis que le choix du représentant de la section syndicale devrait aussi obéir aux mêmes principes d'autonomie vis-à-vis des autorités publiques consacrés par l'article 3 de la convention n° 87. Le comité considère que, en conformité avec l'article 3 de la Convention n° 87, la désignation et la durée du mandat du représentant d'une section syndicale devraient découler du libre choix du syndicat concerné et conformément à ses statuts. Le comité considère qu'il revient au syndicat de déterminer la personne la plus à même de le représenter au sein de l'entreprise et de défendre ses membres dans leurs réclamations individuelles, même lorsque cette dernière n'a pas recueilli 10 pour cent des suffrages lors des élections sociales» (nous soulignons), § 952.

Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation a interprété différemment l'article 3 de la Convention n° 87, en jugeant « que l'interdiction faite aux syndicats non représentatifs de désigner à nouveau au sein de l'entreprise ou de l'établissement, en qualité de représentant de section syndicale, le salarié désigné antérieurement aux dernières élections professionnelles à l'issue desquelles le syndicat n'a pas obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés, ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise, ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical ; [...] c'est dès lors à bon droit que le tribunal a refusé d'écarter l'application de l'article L. 2142-1-1 du code du travail tel qu'issu de la loi n° 789-2008 du 20 août 2008, au regard de l'article 3 de la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail » (Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 13-11.316, *Bull.* 2013, V, n° 267).

Un auteur a commenté ainsi cet arrêt : « Pour mieux comprendre la position de la Cour, il convient d'abord de rappeler que, si la possibilité pour un syndicat de choisir librement ses représentants doit être garantie, le droit comparé révèle que des restrictions à la libre désignation sont souvent posées par les législations (J.-M. Servais, *Normes internationales du travail*, précité, n° 257, p. 86). Encore faut-il que le but prévu par ces textes soit légitime et proportionné. Or l'objectif affiché par la loi du 20 août 2008 est de redonner un nouveau souffle à l'action syndicale en permettant aux syndicats non représentatifs d'accéder à la représentativité. Et le représentant syndical est entièrement conçu comme un instrument de conquête électorale. Comme le précise le rapport de l'Assemblée nationale, la faculté de désigner un représentant de la section syndicale a pour objectif "d'ouvrir le système en permettant à des nouveaux entrants de bénéficier transitoirement de certains moyens et protections en vue d'obtenir ensuite les résultats électoraux qui constituent le principal fondement de la légitimité" (J.-F. Poisson, *Rapp. AN n° 992, 2008*, note 4 p. 128). Le représentant de la section syndicale ne peut donc s'inscrire dans la durée, car sa fonction est tout entière construite sur un objectif : permettre au syndicat qui l'a nommé de gagner les prochaines élections. Fort logiquement, en cas d'échec électoral, il doit quitter le devant de la scène, car il n'a pas réussi à convaincre les électeurs du bien-fondé de l'action menée par son syndicat. La loi du 20 août 2008 a voulu, dans une certaine mesure, permettre aux travailleurs de choisir ceux qu'ils estiment le mieux à même de les représenter » (*JCP éd. S n° 12, 25 mars 2014, 1116, comm. par B. Bossu*).

La chambre sociale de la Cour de cassation a, en outre, eu à interpréter la Convention n° 87 de l'OIT précitée pour censurer un tribunal d'instance déniait la conservation

par un syndicat de sa personnalité juridique en cas de désaffiliation. Les articles 2, 3 et 4 de cette Convention disposent que «les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières» (article 2); «Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action. Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal» (article 3); «Les organisations de travailleurs et d'employeurs ne sont pas sujettes à dissolution ou à suspension par voie administrative» (article 4).

La Cour de cassation en a tiré comme conséquence qu'«en statuant comme il a fait, alors qu'il résulte de ces constatations que le STAAAP UNSA avait fait usage de sa liberté d'élaborer ses statuts, d'élire ses représentants et de s'affilier à une confédération, le tribunal [d'instance], devant lequel il n'était pas contesté que ce syndicat avait toujours pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels de ses membres», a violé les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du code du travail et la Convention n° 87 de l'OIT (Soc., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-60.283, *Bull.* 2010, V, n° 54).

Dans le *Rapport annuel* 2010 (p. 338), la chambre sociale de la Cour de cassation commentait ainsi cet arrêt : «L'originalité de l'arrêt du 3 mars 2010 réside dans sa motivation. Le jugement est cassé au visa de la Convention n° 87 de l'OIT, ratifiée par la France, qui prévoit que les syndicats choisissent librement leur affiliation et déterminent librement leur programme d'action, et que la reconnaissance de leur personnalité morale ne peut être subordonnée à l'exercice de ces libertés. L'arrêt en déduit que l'exercice de ces mêmes libertés ne peut entraîner la perte de leur personnalité morale. Dès lors que le groupement antérieurement constitué a toujours pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans ses statuts, il survit aux changements d'orientation et son ancienneté se mesure à compter de sa création.»

Enfin la chambre sociale a, s'appuyant notamment sur l'article 1 de la Convention n° 135 de l'OIT, aligné le régime de protection des gérants non salariés investis d'un mandat représentatif, qui exploitent les succursales de maison d'alimentation de détail ou des coopératives de consommation, sur celui des salariés protégés. Elle a ainsi jugé : «Vu les alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 1^{er} de la Convention n° 135 de l'OIT relative à la protection des représentants des travailleurs, les articles L. 425-1, recodifié L. 2411-7, et L. 782-7, recodifié L. 7322-1, du code du travail; Attendu qu'il résulte de ces textes que le gérant non salarié, investi d'un mandat représentatif en application de l'article 37 de l'accord collectif national qui précise les modalités d'application particulières, aux gérants non salariés de succursales, des dispositions légales relatives aux syndicats professionnels et aux institutions représentatives du personnel, doit être en mesure d'exprimer et de défendre librement les revendications de la collectivité des gérants qu'il représente et doit bénéficier, à ce titre, du régime protecteur prévu aux articles L. 2411-3 et L. 2411-8 du code du travail; que l'autorisation de licenciement est requise pendant six mois pour le candidat aux élections des délégués gérants de succursale de commerce de détail alimentaire, à partir

de la publication des candidatures, la durée de six mois courant à partir de l'envoi par lettre recommandée de la candidature à l'employeur» (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.294, *Bull.* 2011, V, n° 210).

2. La relation du salarié avec son employeur

La Convention de l'OIT n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990, a pour objet de protéger les salariés contre une rupture abusive de leurs contrats de travail.

Après avoir jugé (Soc., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131, *Rapport* 2006, p. 299) que cette Convention était d'application directe devant les juridictions nationales, la chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à interpréter ses dispositions dans un sens favorable aux salariés, d'une part s'agissant du contrat nouvelles embauches et, d'autre part, s'agissant de la durée de la période d'essai, pendant laquelle le contrat de travail peut être plus facilement rompu.

C'est ainsi qu'elle a jugé que les dispositions de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 instaurant le contrat « nouvelles embauches » étaient contraires à la Convention en ce qu'elles écartaient les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle, privaient ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et faisaient exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture (Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146, *Rapport* 2008, p. 218).

La chambre sociale de la Cour de cassation a également eu à interpréter l'article 2, § 2, b, de la Convention n° 158 prévoyant que la durée d'une période d'essai devait être « raisonnable », avant que la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ne vienne la réglementer, en jugeant « qu'est déraisonnable, au regard des exigences de [l'article 2 de la Convention n° 158 précitée], une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an » (Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-25.580, *Bull.* 2013, V, n° 82). Il en est de même si cette période d'essai est dénommée « période de stage probatoire ». Ainsi la chambre a jugé (Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, *Bull.* 2009, V, n° 146, *Rapport* 2009, p. 324) « que l'article 10 de la Convention collective du Crédit agricole qui prévoit une période de stage probatoire de douze mois [pour les fonctions de chargé d'affaires] n'est pas compatible avec les exigences de la Convention n° 158 de l'OIT ».

Dans un autre arrêt, la chambre sociale était confrontée à une période d'essai de un an introduite dans un contrat de travail international, soumis au droit irlandais mais exécuté en France. À défaut d'autres dispositions internes applicables (la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 précitée réglementant les périodes d'essai n'étant pas encore en vigueur au moment du litige), elle s'est appuyée sur la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement pour juger cette période d'essai de un an comme déraisonnable, estimant que les dispositions de l'article 2 de cette Convention « constituent des dispositions impératives » de la loi française (Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-25.580, *Bull.* 2013, V, n° 82).

La doctrine commente ainsi cette décision : « En affirmant que “les dispositions de l’article 2 de la Convention n° 158 de l’OIT constituent des dispositions impératives”, la Cour de cassation invoque pour la première fois une disposition de cette Convention au titre de disposition impérative de la loi française. Intégrée dans l’ordre juridique français, la Convention n° 158 – et plus particulièrement “les principes” qu’elle pose (on note que les visas de l’arrêt se réfèrent aux “principes posés” par la Convention n° 158 suggérant ainsi que ce n’est pas uniquement l’article 2 explicitement mentionné qui bénéficie du statut de disposition impérative) – peut ainsi, en raison de son caractère “*self-executing*” (voir *infra*), être invoquée au titre de disposition impérative de la loi française pour écarter l’application d’une loi étrangère désignée par les règles de conflit. [...] Il s’agit, à notre connaissance, de la première décision dans laquelle la Cour de cassation confère à une disposition internationale le statut de “disposition impérative” de la loi française. En ce sens, la Haute juridiction élargit indéniablement la “palette” des normes qui peuvent recevoir ce statut. En matière de droit du travail, un tel élargissement se fait indéniablement au profit du salarié qui se voit désormais offrir la possibilité d’invoquer les dispositions ou “principes” de certaines Conventions de l’OIT au titre de dispositions impératives du droit français » (*JDI* n° 1, janvier 2014, comm. 2 par J. Burda).

L’article 11 de la Convention n° 158 de l’OIT dispose : « Un travailleur qui va faire l’objet d’une mesure de licenciement aura droit à un préavis d’une durée raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu, à moins qu’il ne se soit rendu coupable d’une faute grave, c’est-à-dire une faute de nature telle que l’on ne peut raisonnablement exiger de l’employeur qu’il continue à occuper ce travailleur pendant la période du préavis. »

Cependant l’article 2, § 2, b, de la Convention prévoit qu’un État membre pourra exclure du champ d’application de l’ensemble ou de certaines des dispositions de la Convention les travailleurs effectuant une période d’essai ou n’ayant pas la période d’ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d’avance et qu’elle soit raisonnable.

Interprétant la notion d’ancienneté raisonnable, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que la législation française a pu exclure le droit à un préavis en cas d’ancienneté de services continus inférieure à 6 mois, « ce qui constitue une durée d’ancienneté raisonnable au sens de l’article 2 de la Convention » (Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-41.712, *Bull.* 2009, V, n° 141, *Rapport* 2009, p. 322).

On peut relever enfin, s’agissant de l’interprétation des Conventions de l’OIT par la chambre sociale, deux cas spécifiques, l’un relatif à la durée du travail et l’autre aux salariés étrangers démunis d’autorisation de travail.

Il résulte des articles 3, 4 et 5 de la Convention n° 180 de l’OIT sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires que celle-ci est en principe de huit heures par jour avec un jour de repos par semaine, plus le repos correspondant aux jours fériés. La chambre sociale (Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-40.094, *Bull.* 2011, V, n° 25) a interprété ces dispositions en ce sens qu’elles s’appliquaient aussi aux capitaines de navire nonobstant l’article 104 du code du travail maritime excluant ces derniers des règles relatives à la durée du travail des autres marins.

L’article 7 de la Convention n° 158 de l’OIT dispose qu’« un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu’on ne lui

ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité».

La chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à interpréter cet article dans le cas de la rupture d'un contrat de travail d'un salarié fondée sur l'absence de titre l'autorisant à travailler en France.

Elle a jugé que «l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT ne visant que les licenciements pour des motifs liés à la conduite ou au travail du salarié ne trouve pas à s'appliquer à la rupture du contrat de travail d'un étranger motivée par son emploi en violation des dispositions de l'article L. 341-6 du code du travail [devenu L. 8251-1 du même code]» (Soc., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.983, *Bull.* 2008, V, n° 27).

Si le juge national contribue indéniablement à la mondialisation des règles en ce qu'il est chargé de l'application concrète et effective du droit européen au sens large et des conventions internationales auxquelles la France est partie, ainsi que de leur interprétation, il est également confronté à d'autres normes supranationales et spécialement à la coutume internationale.

Section 3. Le juge et les autres normes internationales : l'exemple de la coutume internationale

Les auteurs de l'ouvrage faisant référence en la matière (A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, n° 148, p. 249) soulignent qu'en matière pénale, c'est en invoquant une coutume internationale que les juridictions nationales et certaines juridictions internationales ont énoncé un principe d'immunité des chefs d'État étrangers, qui constitue un obstacle à l'engagement de poursuites à l'encontre de ceux qui peuvent s'en prévaloir, de telle sorte qu'une «action publique engagée contre eux serait irrecevable» (*ibid.*).

Ainsi énoncé, on peut admettre qu'il est légitime, à défaut de règles écrites, de fonder un tel principe sur une règle coutumière qui permet de constituer une barrière, voire un garde-fou, à l'encontre d'actions velléitaires pouvant conduire, par le biais d'une poursuite pénale dans un État, à mettre en cause l'action légitime des dirigeants d'un autre État ou les intérêts, considérés comme supérieurs, de celui-ci, qui pourraient être directement atteints par une telle action.

Cet argument trouve cependant rapidement sa limite dans un monde fluctuant et soumis aux aléas, voire aux excès, de la mondialisation, qui peut parfois être à l'origine de la déstabilisation de dirigeants démocratiquement élus. Il risque, en outre, de constituer une protection facile derrière laquelle des dictateurs pourraient être tentés de s'abriter. Ce risque existe d'autant plus que, comme toute règle non écrite, celle-ci est nécessairement générale et vaudra donc immunité quelle que soit la gravité des faits pour lesquels une poursuite était envisagée. Enfin, l'absence de contrôle international sur les règles, propres à chaque État, qui lui permettent d'accorder une telle immunité, et dont on conçoit qu'elles relèvent par essence de sa souveraineté, accroît encore ce sentiment d'injustice et d'inégalité devant la loi, entendu ici au sens du *jus cogens*.

Après qu'en droit interne eut été érigé un principe purement prétorien d'immunité, fondé sur une coutume internationale, et ainsi reconnue l'applicabilité d'une telle

norme (§ 1), le droit pénal et la procédure pénale français ont tenté d'en cerner les contours (§ 2).

§ 1. La reconnaissance d'un principe d'applicabilité de la coutume internationale

La coutume, comme les usages, ne peut fonder une poursuite pénale et pallier l'absence de textes d'incrimination. La chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé cette règle à propos de l'absence de qualification, en crimes contre l'humanité, de faits de tortures commis durant la guerre d'Algérie (Crim., 17 juin 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 122 ; M. Massé « La coutume internationale dans la jurisprudence de la chambre criminelle. Affaires Kadhafi et Aussarresses », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 894). En revanche, tant la Cour internationale de justice que la Cour de cassation ont reconnu, fondée sur la coutume internationale, une immunité de juridiction pénale au bénéfice d'un chef d'État étranger et, parfois, de certains membres du gouvernement. Une telle extension nécessite de s'y attarder quelques instants lorsqu'on sait que, dans le cas des agents diplomatiques et consulaires ainsi que des membres de certaines organisations internationales, tels les fonctionnaires des Communautés européennes ou du Parlement européen, ce sont des conventions internationales qui édictent une telle protection.

La Cour internationale de justice a ainsi affirmé, de manière solennelle, qu'« il est clairement établi en droit international que [...] certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales » (§ 51). Elle a même cru utile d'ajouter que les ministres des affaires étrangères bénéficient d'une telle immunité « lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité » (§ 58) (CIJ, 14 février 2002, République démocratique du Congo c. Royaume de Belgique, *JCP* éd. G n° 48, 27 novembre 2002, II, 10185, note E. Lambert-Abdelgawad).

De son côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé comme un principe, dans l'affaire concernant l'attentat terroriste commis à l'encontre du DC 10 de la compagnie UTA ayant explosé en vol au-dessus du Niger, « qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice ». Elle a aussi précisé qu'une telle immunité valait « quelle que soit la gravité » de l'infraction visée à la poursuite (Crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-87.215, *Bull. crim.* 2001, n° 64). Elle a ensuite, à l'occasion du pourvoi formé dans une affaire de mise en danger d'autrui et de pollution, connue sous le nom du navire à l'origine du déversement d'hydrocarbures, l'*Erika*, dans laquelle avaient été mis en cause la Malta Maritime Authority, d'une part, le directeur exécutif de celle-ci, d'autre part, étendu le bénéfice de cette immunité « aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État, ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui [...] relèvent de la souveraineté de l'État concerné » (Crim., 23 novembre 2004, pourvoi n° 04-84.265, *Bull. crim.* 2004, n° 292).

Cette dernière décision justifie quelques mots d'explication. Par cette décision, en effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation, comme la chambre de l'instruction l'avait fait auparavant, a relevé que, même si la personne morale ici en cause effectuait des actes de commerce, l'acte litigieux visé à la poursuite et consistant dans la délivrance du pavillon de l'État relevait de l'exercice d'une prérogative de puissance

publique. Aussi a-t-elle considéré que l'organisme en cause constituait une émanation de l'État, agissant dans ce contexte sous le contrôle étroit du ministre de tutelle pour effectuer des actes qui, par leur nature ou leur finalité, relevaient de l'exercice de la souveraineté de l'État. Et, concernant son directeur exécutif, lequel était chargé de la marine marchande, et, à ce titre, directeur du registre des transports maritimes et de la vie en mer et responsable de la délivrance du pavillon, de l'immatriculation des navires et de leur surveillance, il devait également bénéficier de l'immunité profitant à l'État, alors pourtant qu'il n'était pas un de ses agents mais avait été conduit, par ses fonctions, à exercer une prérogative de puissance publique.

La doctrine s'est montrée critique sur le sens et la portée de cette décision, à propos de laquelle elle a relevé que la prétendue coutume invoquée par la Cour de cassation lui paraissait « inexistante » et que celle-ci avait donc « étendu abusivement le bénéfice de l'immunité » en cause (A. Huet et R. Koering-Joulin, *op. cit.*, p. 251).

Il n'empêche que cette position a été à nouveau affirmée par un arrêt ultérieur (Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.818, *Bull. crim.* 2010, n° 9; *Rapport* 2010, p. 435) rendu à propos du naufrage, au large des côtes gambiennes, d'un navire sénégalais dont l'exploitation avait été transférée au ministère sénégalais des forces armées par décision du Premier ministre de ce pays. L'enquête puis l'instruction, ouvertes en France du fait de la présence de vingt-deux ressortissants français parmi les victimes, avaient révélé que la responsabilité du sinistre semblait imputable à l'équipage et au chef d'état-major de la marine nationale du fait d'un défaut de célérité dans l'organisation des secours, au chef du bureau d'exploitation du navire, au directeur de la marine marchande et, au sein de cette administration, au responsable du bureau de la sécurité maritime et de la gestion des flottes, pour non-respect des règles de sécurité.

Pour annuler les mandats d'arrêt délivrés par le magistrat instructeur à l'encontre du Premier ministre et du ministre des forces armées du Sénégal, les juges du fond avaient, notamment, retenu que le navire avait été mis en service pour permettre à la région de Casamance de sortir de son enclavement et que l'État du Sénégal assurait ainsi une mission de service public non commercial. Ils avaient, en outre, relevé que le ministère des forces armées avait confié à la marine nationale la gestion de ce navire, lequel était exposé à des attaques, armé par un équipage militaire et avait le statut de navire militaire. La chambre criminelle de la Cour de cassation a écarté le moyen critiquant ces énonciations et rejeté le pourvoi formé contre cette décision.

Quelle est, toutefois, la portée de ce principe d'immunité au regard des règles du droit interne, notamment de procédure pénale ?

§ 2. Les limites de l'applicabilité de la coutume internationale

De prime abord et telles qu'elles ressortent de deux arrêts rendus par la chambre criminelle, ces limites apparaissent ténues.

Dans la première affaire (Crim., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-81.676, *Bull. crim.* 2013, n° 65), une ressortissante française avait déposé plainte, contre personne non dénommée mais visant les autorités camerounaises, pour torture et actes de barbarie et détention arbitraire, à raison des conditions de sa détention provisoire dans ce pays, dont elle soutenait qu'elle était en réalité motivée par des considérations politiques. Retenant que la coutume internationale s'opposait à la poursuite des États et de leurs dirigeants

devant les juridictions pénales d'un État étranger et que cette immunité s'étendait aux organes et agents de celui-ci pour les actes relevant de sa souveraineté, la chambre de l'instruction avait dit n'y avoir lieu à informer. La chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré cette décision, au visa des articles 85 et 86 du code de procédure pénale, en rappelant – il s'agissait là d'une doctrine classique et maintes fois énoncée – que la juridiction d'instruction, régulièrement saisie d'une plainte avec constitution de partie civile, a le devoir d'instruire, quelles que soient les réquisitions du ministère public, et que cette obligation ne cesse que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à les supposer démontrés, ils ne peuvent recevoir aucune qualification pénale. Elle a relevé qu'en l'espèce aucun acte d'instruction n'avait été effectué alors, d'une part, que les faits dénoncés, à les supposer établis, étaient de nature à causer à la plaignante un préjudice personnel et direct, d'autre part, que le juge d'instruction avait l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes leurs qualifications possibles, et énoncé que cette obligation n'est pas contraire en son principe à l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants.

La seconde affaire (Crim., 17 juin 2014, pourvoi n° 13-80.158) se présentait un peu différemment. Un ressortissant français, soutenant avoir été détenu arbitrairement au Cameroun, avait déposé plainte avec constitution de partie civile, du chef de séquestration arbitraire, devant le juge d'instruction, qui avait refusé d'informer sur celle-ci. Sur l'appel du plaignant, la chambre de l'instruction avait infirmé cette décision mais déclaré cette constitution de partie civile irrecevable. Reprenant à l'identique la doctrine qu'elle avait énoncée un peu plus d'une année auparavant, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré cette décision.

Ce faisant, elle n'a pas suivi l'avocat général François Cordier qui, dans ses conclusions, l'avait, au cas d'espèce, invitée à infléchir sa doctrine, craignant que celle-ci ne finisse par se heurter à la règle de l'égalité souveraineté des États. Il avait, en effet, relevé que, contrairement à la précédente affaire, les mauvais traitements ici dénoncés, consistant essentiellement en une détention effectuée hors des locaux de l'administration pénitentiaire, revêtaient un caractère accessoire par rapport à l'objet principal de la plainte qui excipait d'une détention arbitraire dictée par des mobiles politiques, alors qu'il s'agissait de l'exécution d'une condamnation définitive prononcée, conformément aux prévisions de la loi pénale, par une juridiction de jugement régulièrement constituée. Il préconisait, en conséquence, qu'une distinction soit opérée selon que la prohibition des faits dénoncés par la plainte ressortirait ou non au droit international impératif et que ce soit uniquement en cas d'infraction au *jus cogens* que l'immunité de juridiction pourrait être écartée, étant alors dépourvue de sens dès lors qu'un État ne pourrait revendiquer la commission de tels actes au nom de sa souveraineté. En revanche, concernant les autres infractions, il soutenait que la coutume internationale devrait alors constituer une cause affectant l'action publique elle-même, au sens de l'article 86, alinéa 3, du code de procédure pénale. Il en concluait que, dans un tel cas, le refus d'informer pourrait alors être fondé sur le seul examen abstrait de la plainte, s'il résultait des éléments contenus dans celle-ci que l'incompétence des juridictions françaises pour connaître des faits dénoncés n'était susceptible d'être remise en cause par aucun acte d'information ultérieur. Ainsi qu'on l'a indiqué, la chambre n'a pas suivi l'avocat général dans l'invitation qu'il lui avait adressée d'infléchir et, ce faisant, de clarifier sa doctrine.

S'il n'est pas discutable que la norme internationale, fût-elle, comme en l'espèce, d'origine coutumière, a une valeur juridique supérieure à celle de la loi interne, il semble pouvoir se déduire de l'arrêt précité du 19 mars 2013 que c'est ici l'acte d'informer dont la chambre a considéré qu'il n'était pas compris, en tout cas par principe, dans le champ d'application de la coutume internationale invoquée.

Néanmoins, et comme le relevait alors l'avocat général François Cordier, une fois ainsi réaffirmée la règle selon laquelle l'obligation d'informer, telle qu'elle est énoncée par les articles 85 et 86 précités, n'est pas contraire, en son principe, à l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants, on peut cependant imaginer les difficultés matérielles, procédurales, voire diplomatiques, auxquelles risque de se heurter le juge d'instruction pour conduire son information.

Il est vrai, comme le relevait, dans les conclusions qu'il avait prises dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 mars 2013 précité, l'avocat général Frédéric Desportes, que le risque existe que « sous couleur de poursuites pénales », le juge français en vienne ainsi à contrôler « la validité ou le bien-fondé de décisions de justice émanant des autorités judiciaires étrangères », ce qui se heurterait évidemment au principe de souveraineté des États.

Mais il incombe aussi à la juridiction d'instruction, quitte à ce que le législateur interne se montre plus restrictif sur les conditions dans lesquelles celle-ci peut être saisie, après avoir vérifié la nature et la réalité des faits allégués, de rechercher si ceux-ci peuvent être imputables à des personnes ne bénéficiant pas de l'immunité de juridiction et, pour ceux pouvant être imputables à des personnes susceptibles de bénéficier de cette immunité, si les conditions de celle-ci sont réunies en l'espèce.

De telles investigations permettraient ainsi, en cas d'allégation de faits aussi graves que ceux qualifiés de torture et actes de barbarie, séquestration ou détention arbitraire, et qui ressortissent assurément au *jus cogens*, reconnu comme un droit international impératif s'imposant au juge et ayant une valeur supérieure à celle de la coutume internationale de protection juridictionnelle des États, de placer le curseur dans une position permettant de concilier efficacement la sauvegarde de la souveraineté des États et la protection de leurs intérêts supérieurs avec l'exigence, tout aussi fondée et légitime, d'accès à la justice et d'égalité devant la loi.

La chambre criminelle de la Cour de cassation semble s'être engagée dans cette direction à l'occasion d'un arrêt par lequel, après avoir procédé à l'examen des circonstances dans lesquelles un second vice-président de la république de Guinée équatoriale s'était vu refuser le bénéfice de l'immunité de juridiction pénale, elle a relevé que, d'une part, les fonctions de l'intéressé n'étaient pas celles de chef d'État, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères, ainsi qu'il le prétendait, et que l'ensemble des infractions qui lui étaient reprochées, consistant dans des opérations de blanchiment opérées en France, à les supposer établies, avaient été commises à des fins personnelles, avant son entrée dans ses fonctions actuelles et à l'époque où il exerçait les fonctions de ministre de l'agriculture et des forêts (Crim., 15 décembre 2015, pourvoi n° 15-83.156, *Bull. crim.* 2015, n° 292 ; *AJ pénal* 2016, p. 74, note L. Chercheneff et D. Ventura ; *JCP* 2016, éd. G, II, 255, note L. Saenko ; R. Koering-Joulin, « De l'immunité de juridiction pénale des hauts responsables étatiques étrangers », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 625).

Si le juge s'affirme comme un acteur central de la mondialisation en ce qu'il lui appartient, de manière exponentielle, d'appliquer des normes qui ne sont pas issues de son ordre juridique, il prend en outre largement part à la mondialisation des décisions.

TITRE 2. LE JUGE ET LA MONDIALISATION DE LA JUSTICE

Le juge participe à la mondialisation des décisions. Il permet, d'une part, l'ouverture aux justices étrangères (chapitre 1). Il est, d'autre part, l'un des acteurs de la collaboration des justices nationales (chapitre 2). Il contribue, enfin, à l'émergence d'une justice mondiale (chapitre 3).

Chapitre 1. L'ouverture aux justices étrangères

L'ouverture aux justices étrangères se traduit de deux manières. Tantôt, le juge français s'efface au profit du procès en cours à l'étranger (section 1). Tantôt, il accueille la décision de justice intervenue à l'étranger (section 2).

Section 1. L'effacement au profit du procès en cours à l'étranger

Alors même qu'il est compétent, le juge français peut se dessaisir au profit d'une juridiction étrangère. Tel est le cas lorsque sont réunies les conditions de l'exception de litispendance internationale (§ 1) ou de l'exception de connexité (§ 2).

§ 1. L'exception de litispendance

La Cour de cassation ayant consacré une analyse à la litispendance internationale et à la règle *prior tempore*, dans l'étude du *Rapport 2014* «Le temps», les développements qui suivent ont seulement pour objet d'actualiser ces données (*Rapport 2014*, p. 169).

Aucune disposition du code de procédure civile ne réglant l'exception de litispendance internationale, en dehors du cadre de l'Union européenne, la jurisprudence en a fixé les critères (1^{re} Civ., 26 novembre 1974, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 491, note D. Holleaux; *JDI* 1975, p. 108, note A. Ponsard), en transposant à l'ordre international les conditions de l'article 100 du code de procédure civile.

Cette litispendance suppose deux instances identiques, par leurs parties, leur objet et leur cause. La litispendance est prévue par les principaux règlements européens sur la compétence internationale des tribunaux.

Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 règle la litispendance entre procédures pendantes devant deux États membres, mais n'envisage pas la litispendance entre deux procédures pendantes devant un État membre

et un État tiers. À ce titre, il diffère du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui pose les conditions de la litispendance dans les procédures pendantes tant devant deux États membres que devant un État membre et un État tiers.

L'on rappellera brièvement les conditions de l'exception à savoir l'identité des instances (A) la compétence indirecte (B) et enfin le type de décision concernée (C).

A. L'identité des instances

Comme cela a été rappelé, l'exception de litispendance suppose, pour prospérer, que les deux instances soient identiques. Cette exigence est triple : les deux instances doivent être identiques par leurs parties, leur objet et leur cause. Seront examinées ici l'identité de parties et l'identité d'objet, seules ces deux conditions ayant fait l'objet de décisions récentes de la Cour de cassation.

En l'absence d'identité de parties dans les instances en cours en France et à l'étranger, l'exception doit être rejetée (Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-23.006, *Bull.* 2015, V, n° 17). Cependant, l'exception de litispendance peut être accueillie en cas d'identité partielle des parties, comme l'a décidé la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, arrêt du 6 décembre 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92). La juridiction saisie en second lieu doit alors décliner sa compétence à l'égard des seules parties également en cause dans les deux instances parallèles, l'instance se poursuivant à l'égard des autres (1^{re} Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 11-19.516, *Bull.* 2014, I, n° 149).

Pour apprécier l'identité d'objet dans deux instances – justifiant qu'il y ait litispendance internationale et dessaisissement du juge français – la saisine du tribunal étranger doit être antérieure à celle du juge français et l'instance ne doit pas être éteinte (voir 1^{re} Civ., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-25.802 ; et 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-19.577, *Bull.* 2007, I, n° 280).

La Cour a également précisé qu'il n'y a pas identité entre une demande au fond et une autre au provisoire (1^{re} Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-24.742, *Bull.* 2015, I, n° 24 ; *D.* 2015, p. 1066, obs. F. Jault-Seseké ; *JCP* éd. G n° 6, 9 février 2015, 150, obs. F. Mailhé ; *JDI* n° 3, juillet 2015, comm. 17 par V. Parisot ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 454, note N. Ciron). Cette solution doit être rapprochée d'un arrêt de la CJCE décidant qu'il n'y a pas identité d'objet entre la demande d'indemnisation formée par la victime à l'encontre du propriétaire d'un navire et la demande de limitation de responsabilité faite par ce dernier (CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, *Mærsk Olie & Gas*, C-39/02). Selon la Cour, les deux actions n'avaient pas le même but, car la demande en indemnisation tendait à établir la responsabilité du propriétaire du navire, tandis que la demande en limitation de responsabilité tendait seulement à limiter le montant de la condamnation susceptible d'être prononcée, en contrepartie de la constitution d'un fonds garantissant l'indemnisation de la victime.

Au-delà de l'identité d'instances, la compétence indirecte du juge étranger est également une condition de l'exception de litispendance.

B. La compétence indirecte du juge étranger

L'accueil de l'exception de litispendance internationale suppose que le jugement à intervenir à l'étranger soit susceptible d'être reconnu en France comme émanant, notamment, d'un juge internationalement compétent.

La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel ayant retenu que les circonstances que le contrat de vente, objet du litige, ait été conclu en vue de l'aménagement d'une base de vie au Gabon, dont était responsable la succursale locale d'une société française à qui les factures avaient été adressées, et que le matériel fourni avait été installé au Gabon, caractérisaient le lien nécessaire entre le litige et le juge gabonais saisi en premier, fondant sa compétence internationale indirecte (Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-28.846, *Bull.* 2013, IV, n° 27 ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 638, comm. J.-P. Rémy).

Le juge français est tenu de vérifier si le juge étranger est compétent selon le droit positif étranger. La Cour de cassation a été confrontée à une affaire dans laquelle une épouse avait soulevé l'exception d'incompétence devant un tribunal israélien saisi par le mari et avait engagé, devant un juge aux affaires familiales français, une instance en divorce, lequel avait rejeté l'exception de litispendance soulevée par l'époux et s'était déclaré compétent pour statuer sur la requête en divorce de l'épouse. La Cour de cassation a jugé que les demandes présentées en France et en Israël n'avaient pas le même objet dès lors qu'il résulterait des dispositions combinées de l'article 1^{er} de la loi israélienne de 1953 sur la compétence du tribunal rabbinique et de son article 4, a, (b), introduit par une loi de 2005, relatifs aux demandes concurrentes en divorce présentées devant un juge étranger et devant le tribunal rabbinique, que ce dernier ne se reconnaissait pas compétent pour juger du divorce civil lorsque, comme en l'espèce, celui-ci avait été demandé à l'étranger et qu'il n'avait pas encore délivré le *gueth*. La Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel qui n'avait pas recherché « si le sens qu'elle attribuait aux dispositions litigieuses était conforme à celui que lui donne le droit positif israélien » (1^{re} Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-16.899).

Les règles de compétence, posées dans le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale précitée, n'ont pas de caractère exclusif dans les rapports avec les États tiers, de sorte que le juge français doit rechercher si le juge étranger, premier saisi, n'est pas compétent au regard des règles françaises de compétence internationale indirecte (1^{re} Civ., 9 septembre 2015, pourvoi n° 14-18.869).

L'exclusivité de la compétence judiciaire française fondée sur les articles 14 et 15 du code civil, qui avait été retenue pour rejeter des exceptions de litispendance internationale, a été abandonnée, la Cour de cassation ayant jugé que « l'article 14 du code civil n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas à son profit une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux » (1^{re} Civ., 22 mai 2007, pourvoi n° 04-14.716, *Bull.* 2007, I, n° 195, voir également 1^{re} Civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 04-12.777, *Bull.* 2006, I, n° 254 ; *Rapport* 2006, p. 463).

Dans le même sens, un arrêt approuve la cour d'appel qui accueille l'exception de litispendance au profit d'une juridiction malienne, et retient que « l'absence de renonciation de Mme X... au bénéfice de l'article 15 du code civil était sans effet »

(1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, n^o 09-70.132, *Bull.* 2010, I, n^o 247 ; voir également 1^{re} Civ., 16 décembre 2009, pourvoi n^o 08-20.305, *Bull.* 2009, I, n^o 251).

Le juge français doit caractériser le lien existant entre le litige et le juge étranger saisi (Com., 19 février 2013, pourvoi n^o 11-28.846, *Bull.* 2013, IV, n^o 27).

Lorsqu'une convention bilatérale pose des critères de compétence indirecte, le juge français doit les appliquer. Ainsi, en vertu de l'article 16 de la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires, le juge tunisien saisi d'une instance en divorce n'est pas considéré comme indirectement compétent par le juge français si la nationalité tunisienne du demandeur n'est pas renforcée par une résidence habituelle depuis au moins un an en Tunisie (1^{re} Civ., 28 octobre 2009, pourvoi n^o 08-10.185, *Bull.* 2009, I, n^o 14 ; dans le même sens, voir 1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n^o 06-15.381, *Bull.* 2007, I, n^o 157 ; *D.* 2007, p. 1431, note V. Avena-Robardet).

Il faut ajouter que l'exception de litispendance ne sera admise que si la décision étrangère à venir est susceptible d'être reconnue en France.

C. Une décision susceptible d'être reconnue

Il s'agit d'une condition supplémentaire au regard de celles exigées en matière de litispendance interne.

Les conditions relatives à la litispendance et à la réception des jugements étrangers en France sont communes, au point que, saisi de l'exception, le juge doit se livrer à un travail prospectif pour vérifier, par avance, si les conditions de reconnaissance des jugements étrangers seront respectées par le jugement à venir. Cela n'est pas surprenant, dès lors que la litispendance a pour but de prévenir l'exception de chose jugée, qui a elle-même pour but d'éviter les conflits de décisions.

Dans des circonstances particulières, la Cour de cassation a admis l'exception de litispendance, sur la demande en divorce de l'épouse, au profit du juge américain (1^{re} Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n^o 13-24.295, *Bull.* 2014, I, n^o 210) et a rejeté l'*exequatur* de la décision américaine ordonnant le retour des enfants aux États-Unis (1^{re} Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n^o 13-21.365, *Bull.* 2014, I, n^o 211). La solution peut, de prime abord, apparaître paradoxale. À l'analyse, elle s'explique par le fait que le refus d'*exequatur* opposé à la décision de retour concernant les enfants, prise par une juridiction étrangère dont la compétence a été obtenue par fraude, ne fait pas obstacle à l'accueil de l'exception de litispendance internationale portant uniquement sur le divorce. En effet, la décision de retour concernant les enfants, qui résidaient en France avec leur père, a été prise par la juridiction américaine dont la compétence a été obtenue par fraude. Or, la compétence indirecte du juge étranger en matière de divorce n'implique pas automatiquement sa compétence indirecte en matière de garde des enfants et d'autorité parentale. Il faut ainsi dissocier les différentes prétentions des parties. Dès lors, le refus d'*exequatur* ne fait pas obstacle à l'accueil de l'exception de litispendance internationale qui concerne seulement le divorce et la situation des époux. La doctrine, qui approuve la solution, fait cependant observer qu'une telle fragmentation du contentieux est susceptible de conduire à des difficultés procédurales et d'engendrer des décisions contradictoires ou difficilement conciliables (*Rev. crit. DIP* 2015, p. 443, commentaire des arrêts du 17 décembre 2014 précités, par S. Laval).

La contrariété à l'ordre public international de la décision étrangère à venir interdit d'accueillir l'exception de litispendance. Tel est le cas lorsque «la procédure [de divorce] intentée au Liban par le mari était une répudiation unilatérale, et que l'épouse n'avait eu qu'un délai de quinze jours entre la requête et la première audience alors qu'elle résidait en France. [...] [L]a décision à intervenir [heurte] les principes d'égalité entre époux et de respect des droits de la défense» (1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-14.101, *Bull.* 2011, I, n° 33; *Dr. fam.* n° 5, mai 2011, comm. 86 par L. Abadie; *JCP* éd. G n° 10, 7 mars 2011, 262, note E. Cornut; *RLDC* n° 81, avril 2011, actualités n° 4211 par J. Gallois; *RJPF* n° 6, juin 2011, note Th. Garé, *AJ Famille* 2011, p. 259, comm. N. Nord).

Comme l'exception de litispendance, l'exception de connexité internationale conduit le juge français à s'effacer au profit du juge étranger.

§ 2. L'exception de connexité

En matière internationale, l'exception de connexité a été pleinement consacrée dans un arrêt du 22 juin 1999 (1^{re} Civ., 22 juin 1999, pourvoi n° 96-22.546, *Bull.* 1999, I, n° 208; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note G. Cuniberti). La Cour de cassation approuve une cour d'appel de s'être dessaisie au profit d'une juridiction de l'île Maurice en raison de la connexité qui existait entre les deux instances. La Cour circonscrit toutefois strictement le périmètre de l'exception : elle est admise «aux seules conditions que les deux juridictions relevant d'États différents soient également et compétemment saisies de deux instances, en cours, faisant ressortir entre elles un lien de nature à créer une contrariété [de décisions]». Ces exigences sont bien plus contraignantes que celles prescrites pour l'exception de connexité interne qui se réfère seulement à la bonne administration de la justice.

Pour l'illustrer, peut être citée une décision dans laquelle la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir admis le dessaisissement d'une juridiction française au profit d'un tribunal italien antérieurement saisi en raison de «l'étroite connexité» entre les deux instances pendantes en France et en Italie. La première chambre civile juge ainsi que «c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui relève [...] que les deux instances présentent entre elles une corrélation telle que la solution donnée par l'une des juridictions au différend qui oppose les parties pourrait être inconciliable [...] avec la solution qui serait donnée par l'autre, a décidé qu'il existait entre ces deux instances "une étroite connexité" [...] qui justifiait le dessaisissement de la juridiction française saisie en second lieu» (1^{re} Civ., 10 mars 1969, *Bull.* 1969, I, n° 102; *JDI* 1969, p. 659, note J.-D. Bredin).

Il faut ajouter que la connexité ne peut pas constituer un chef attributif de compétence, comme l'illustre une affaire dans laquelle se posait la question de l'extension du bénéfice de l'article 14 du code civil à des codemandeurs étrangers. Pour justifier la compétence des tribunaux français, la cour d'appel s'était fondée sur l'article 14 en raison de la nationalité française des demandeurs, et de l'article 42, alinéa 2 du code de procédure civile permettant, en cas de pluralités de défendeurs, de saisir la juridiction dans le ressort de laquelle demeure l'un d'eux. La Cour de cassation censure la décision fondée sur la connexité. Elle juge «qu'en se fondant ainsi sur la connexité existant entre les prétentions des différents demandeurs originaires, dont certains étaient de nationalité française, pour étendre, sur le fondement du seul texte susvisé, la compétence des

juridictions françaises aux seuls demandeurs de nationalité étrangère restant en cause et les admettre à agir devant celles-ci, à l'encontre d'un défendeur de nationalité étrangère résidant à l'étranger, la cour d'appel a violé [l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile] par fausse application» (1^{re} Civ., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-18.169, *Bull.* 2012, I, n° 252).

Le caractère restrictif de l'admission de l'exception s'exprime lorsque la jurisprudence exige qu'il y ait un « lien étroit de connexité » entre les demandes formées contre les codéfendeurs (1^{re} Civ., 24 février 1998, pourvoi n° 95-19.442, *Bull.* 1998, I, n° 69 ; 1^{re} Civ., 24 février 1998, pourvoi n° 95-20.627, *Bull.* 1998, I, n° 70 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 309, note A. Sinay-Cytermann). Cela explique que la Cour de cassation ait approuvé une cour d'appel qui avait rejeté une exception de connexité au motif que les demandes parallèles ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'une même situation de fait et de droit (Com., 7 janvier 2014, pourvoi n° 11-24.157, *Bull.* 2014, IV, n° 5 ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 432, note S. Corneloup).

En définitive, les hypothèses d'admission de l'exception de connexité sont extrêmement rares, ce qui témoigne des réticences des juridictions à se dessaisir au profit d'une juridiction étrangère. L'accueil de la justice étrangère à venir n'est donc pas toujours réalisé.

La jurisprudence paraît plus souple lorsqu'il s'agit de la réception d'une décision étrangère déjà intervenue.

Section 2. La réception des jugements étrangers

L'examen de la réception des jugements rendus en matière civile (§ 1) précédera celui de la réception des jugements rendus en matière pénale (§ 2).

§ 1. La réception des jugements rendus en matière civile

La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues à l'étranger constituent l'un des aspects des conflits de juridictions en droit international privé. Cette question procède de la souveraineté des États. Les jugements prononcés à l'étranger se heurtent au phénomène de la frontière, selon l'expression de J.-P. Niboyet (*Cours de droit international privé*, Sirey, 1946, p. 22). Le principe de la souveraineté, très marqué au XIX^e siècle, a été confronté à la circulation accélérée des personnes et des biens depuis la deuxième moitié du XX^e siècle (J.-S. Bergé, « Le fait de circulation interterritoriale : la méthode du juriste en question », *JDI* n° 1, janvier 2016, p. 61). Les impératifs du statut personnel et les exigences du commerce international en vue de faciliter la circulation des biens ont imposé un relatif effacement des frontières afin de permettre la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français. Cependant, leur accueil automatique « serait certainement la manifestation d'un universalisme juridictionnel déplacé » (P. de Vareilles-Sommières, *Rép. dr. international*, Dalloz, V^o Jugement étranger [matières civile et commerciale], septembre 2013 [actualisation juin 2016], n° 3).

L'article 509 du code de procédure civile prescrit d'accorder l'*exequatur* « aux jugements rendus par les tribunaux étrangers ». Ce texte n'envisage que la procédure de contrôle du jugement étranger, c'est-à-dire son *exequatur*, sans admettre que la décision étrangère puisse produire des effets en France sans *exequatur*. À défaut de plus ample

précision législative, la méthode destinée à résoudre ce type de conflits de juridictions a été, pour l'essentiel, déterminée par la jurisprudence, sous réserve des conventions internationales ou autres normes supranationales en vigueur en France.

L'examen des règles générales de réception des jugements civils rendus par des juridictions étrangères (A) précédera celui du titre exécutoire européen (B).

A. Les règles générales de réception des jugements civils étrangers

Sans *exequatur*, la décision étrangère est privée de sa force contraignante sur le territoire français et ne peut servir de fondement à l'accomplissement de mesures de contraintes définitives ou produire l'effet d'un titre exécutoire efficace. À propos d'une décision américaine plaçant un débiteur en liquidation judiciaire, la Cour de cassation a rappelé « qu'en l'absence d'*exequatur*, une décision de mise en liquidation judiciaire prononcée à l'étranger ne peut produire, en France, aucun effet de suspension de poursuites individuelles » (1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-10.639, *Bull.* 2012, I, n° 74). La même solution a été récemment adoptée à propos d'une liquidation judiciaire prononcée au Qatar, laquelle n'avait pas fait l'objet d'un *exequatur* (1^{re} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-15.850).

L'étude de la réception des jugements civils étrangers conduit à envisager tour à tour l'accueil du jugement étranger dans l'ordre juridique français (1), la prohibition de la révision de la décision étrangère (2) et enfin les conditions de régularité internationale du jugement étranger (3).

1. La réception du jugement étranger dans l'ordre juridique français

De longue date, la jurisprudence admet que les jugements rendus en matière d'état des personnes ont une efficacité de plein droit en France.

La solution a été retenue pour admettre un divorce prononcé à l'étranger, puis pour reconnaître une décision étrangère d'annulation d'un mariage (Civ., 28 février 1860, B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française du droit international privé (GAJFDIP)*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 4; Civ., 9 mai 1900, *GAJFDIP*, n° 10). Cela conduit à distinguer, d'une part, l'autorité négative de chose jugée de la décision étrangère et, d'autre part, son efficacité substantielle qui modifie le rapport de droit concerné (D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 1987, p. 419 et s.). Dans ce dernier cas, certains auteurs évoquent l'autorité positive de chose jugée (P. de Vareilles-Sommières, *Rép. dr. international*, Dalloz, V^o Jugement étranger [matières civile et commerciale], [actualisation juin 2013], n° 392). Un auteur fait observer que la distinction entre reconnaissance et exécution doit s'opérer selon l'effet voulu, comme le font les conventions internationales (F. Monéger, *Droit international privé*, Lexisnexus, 7^e éd., 2014, n° 292).

Cette distinction se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Si l'efficacité de la décision étrangère est immédiate en matière d'état ou de capacité des personnes, indépendamment de tout *exequatur* (1^{re} Civ., 10 janvier 1990, pourvoi n° 88-13.873, *Bull.* 1990, I, n° 4), et si le jugement est reconnu de plein droit, le contrôle *a posteriori* de celui-ci est possible pour le faire déclarer régulier ou en anéantir les conséquences. La régularité de la décision sera contrôlée, soit à titre principal, par exemple lors d'une

action en reconnaissance, l'*exequatur* n'étant pas nécessaire pour tirer les conséquences de la situation juridique nouvelle créée par le jugement étranger (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., 2013, n^{os} 913 et s.), soit à titre incident, au cours de toute instance lors de laquelle la décision étrangère est opposée.

Selon une jurisprudence constante, « si l'efficacité est reconnue en France, hors de tout *exequatur*, aux jugements étrangers concernant l'état des personnes, cet effet n'a lieu que sous réserve du contrôle de leur régularité internationale » (1^{re} Civ., 7 avril 1998, pourvoi n^o 96-12.785 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 659, note B. Ancel). La dispense d'*exequatur*, qui peut être prévue par une convention internationale, n'exclut pas le contrôle de la décision étrangère, dès lors que l'efficacité substantielle de la décision ne peut être reconnue que si les conditions de régularité internationale sont réunies. Ainsi, si l'article 14 de la Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 dispose que, par exception « à l'article 17 de la Convention d'aide mutuelle judiciaire et d'*exequatur* des jugements du 5 octobre 1957, en matière d'état des personnes, les décisions ayant force de chose jugée peuvent être publiées ou transcrites sans *exequatur* sur les registres de l'état civil », il a été jugé qu'il incombe au juge du fond « de vérifier les conditions de régularité internationale du jugement énumérées à l'article 16 de la Convention du 5 octobre 1957, la dispense d'*exequatur* prévue à l'article 14 de la Convention du 10 août 1981 étant sans effet lorsqu'est demandée l'exécution en France de la décision » (1^{re} Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n^o 11-17.023, *Bull.* 2012, I, n^o 174). Comme l'analyse un commentateur de l'arrêt, s'agissant d'une affaire dans laquelle le juge français était saisi d'une demande d'*exequatur* d'un jugement de divorce rendu par un juge marocain et condamnant le mari à verser diverses sommes, les juges du fond avaient confondu reconnaissance et exécution (A. Devers, *JCP* éd. G n^o 39, 24 septembre 2012, 1005).

Les parties invoquent, parfois, l'effet de fait du jugement étranger en sollicitant des juges du fond de constater qu'une situation a été créée par un jugement étranger et que celle-ci a une incidence sur le procès en cours en France. Les appréciations portées par le juge étranger peuvent servir de preuve dans l'instance engagée en France (D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé, op. cit.*). Il a été admis que le juge français prenne en considération, sans contrôle de la régularité internationale du jugement marocain qui avait prononcé le divorce de deux époux, le fait que cette décision avait accordé une indemnisation à l'épouse (1^{re} Civ., 4 mai 2011, pourvoi n^o 10-14.142, *Bull.* 2011, I, n^o 80). Pour une partie de la doctrine, cette approche est artificielle, car, sous couvert d'efficacité probatoire de la décision étrangère, et sans condition de régularité, c'est en réalité le jugement étranger comme norme juridique « qui est exploité en ce cas derrière la façade probatoire mise officiellement en avant » (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, n^o 861). Refusant une dénaturation de la notion d'efficacité substantielle du jugement étranger, la Cour de cassation a décidé que celui qui revendique la qualité de titulaire des droits d'auteur sur un modèle, en vertu d'un jugement belge l'ayant déclaré titulaire de ces droits, « ne se [prévaut] pas d'un simple effet de fait mais de l'efficacité substantielle de cette décision belge qui, contestée, requiert d'être reconnue en France » (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n^o 09-68.067, *Bull.* 2012, I, n^o 61). Pour accorder l'*exequatur*, les juges du fond avaient estimé que la requête en *exequatur* n'avait qu'une simple fonction déclaratoire de régularité du jugement étranger. Autrement dit, le jugement

étranger ne peut être pris en considération en tant que fait que s'il ne déploie pas d'efficacité à titre autonome (D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, Partie générale, PUF, 3^e éd. mise à jour, 2014, n° 243).

Quel que soit l'effet recherché, reconnaissance ou exécution, du jugement étranger, il appartient au juge français saisi de vérifier que celui-ci remplit les conditions exigées pour être reçu en France. Une cour d'appel ne peut pas se borner à énoncer que «le débat ne se pose pas sur le terrain de l'*exequatur*, mais seulement sur celui de l'opposabilité de la décision étrangère» et retenir «qu'il apparaît que le juge étranger par une décision opposable en France a déclaré nuls des actes de naissance», sans rechercher si la décision du juge étranger réunissait les conditions de sa régularité internationale (1^{re} Civ., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.953, *Bull.* 2014, I, n° 14; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 609, note Ch. Chalas; voir également 1^{re} Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-17.023, *Bull.* 2012, I, n° 174). En l'espèce, il s'agissait de faire produire un effet substantiel au jugement étranger, de sorte que les conditions de régularité internationale devaient être vérifiées. Le contrôle de la régularité d'un jugement étranger peut s'effectuer dans n'importe quelle autre procédure, dès lors que l'efficacité de cette décision étrangère est invoquée. Ainsi, l'examen de la régularité de la décision de divorce peut s'effectuer lors du règlement des intérêts patrimoniaux des époux, énonce la Cour de cassation, et encourt la censure l'arrêt de la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable la demande de prestation compensatoire formée par l'ex-épouse, se borne à constater que le jugement de divorce gabonais avait acquis force de chose jugée, sans vérifier si les conditions de régularité internationale de ce jugement étaient remplies (1^{re} Civ., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-11.257). Dès que, dans un litige, la régularité internationale du jugement étranger est contestée, le juge du fond est tenu de vérifier si les conditions, fixées par l'arrêt du 20 février 2007 (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082, *Bull.* 2007, I, n° 68), sont réunies (1^{re} Civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-20.645).

L'évolution des conditions de réception de la décision étrangère dans l'ordre juridique français constitue un indicateur de la contribution de la jurisprudence à la mondialisation du droit (P. Chevalier, «La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'*exequatur*, l'ordre public et le portulan», *Rev. crit. DIP* 2014, p. 1). Certains auteurs considèrent que, «en certains cas, les conditions de l'accueil sont cependant si libérales, et les procédures à ce point allégées, que l'on a alors l'impression que la frontière s'est effacée pour laisser place à “une autorité de plein droit” des jugements étrangers» (D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 233). Le droit de l'Union européenne témoigne très ostensiblement de l'effacement des frontières : la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968, la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faite à Lugano le 16 septembre 1988, la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faite à Lugano le 30 octobre 2007, qui la remplace, le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit «Bruxelles I»), organisaient une procédure d'*exequatur*, alors que le règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit

« Bruxelles I bis », qui l'a remplacé, supprime l'*exequatur* pour les décisions rendues en matière civile et commerciale au profit d'une action en refus d'exécution des décisions étrangères (S. Pierre-Maurice, « La nouvelle action en refus d'exécution d'un jugement européen : entre simplicité, équilibre et stratégie », *D.* 2015, p. 692).

Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la reconnaissance et l'*exequatur* en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Bruxelles II bis), abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, entré en application le 1^{er} mars 2005, ne soumet pas les décisions rendues en matière matrimoniale au régime de la reconnaissance. Les décisions rendues en matière de responsabilité parentale, en revanche, peuvent faire l'objet d'une exécution, laquelle est très simplifiée par le règlement « Bruxelles II bis ». Il en ressort que, dans l'Union européenne, la voie s'ouvre largement à la libre circulation des décisions de justice.

Enfin, l'accueil en France de la décision étrangère peut être partiel (1^{re} Civ., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-28.296, *Bull.* 2015, I, n° 321). Le jugement peut donc parfaitement être reconnu partiellement dès lors que les différents chefs de la décision sont séparables, comme c'est le cas, d'une part, du divorce, d'autre part, des questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et à la garde, lesquelles ne sont pas soumises aux mêmes règles de compétence juridictionnelle que le prononcé du divorce et peuvent dès lors relever de la compétence de juridictions nationales différentes. La jurisprudence avait déjà eu l'occasion de se prononcer dans le même sens, en retenant qu'un jugement de divorce peut être reconnu, sauf dans la partie de son dispositif relatif à la garde des enfants (1^{re} Civ., 30 janvier 1979, pourvoi n° 78-11.568, *Bull.* 1979, I, n° 37, *Rev. crit. DIP* 1979, p. 629, note Y. Lequette).

2. La prohibition de toute révision du jugement étranger

Le cantonnement de l'office du juge à l'instance d'*exequatur* est certain. Ainsi, selon une jurisprudence ancienne (1^{re} Civ., 17 mai 1983, pourvoi n° 82-11.290, *Bull.* 1983, I, n° 147) le juge n'a pas « le pouvoir de réviser ces décisions » étrangères. Cette approche contribue à l'accélération de l'intégration de la décision étrangère dans l'ordre juridique français. La jurisprudence ferme la voie à des révisions masquées, selon l'expression de Pierre Chevalier (*op. cit.*, § 1.4.1.). La Cour de cassation a jugé qu'il n'appartient pas au juge de l'*exequatur* d'ajouter à une décision étrangère de divorce, dont l'*exequatur* est requis, des dispositions concernant les intérêts patrimoniaux des époux sur leurs biens situés en France, seul le juge compétent au fond ayant vocation à se prononcer sur ce point (1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11-19.279, *Bull.* 2013, I, n° 60). En l'espèce, l'un des époux avait, à nouveau, saisi le juge de l'*exequatur* afin de voir compléter le jugement d'*exequatur* par la désignation d'un notaire pour liquider le régime matrimonial des époux. Un auteur approuve la décision, mais observe que la solution présente l'inconvénient d'imposer au demandeur de multiplier les instances devant des juges différents (A. Devers, *JCP* éd. G n° 15, 8 avril 2013, 407).

L'interdiction de réviser la décision étrangère fait l'objet de rappels réguliers. Ainsi, la Cour de cassation a pu souligner qu'« il n'appartient pas au juge français de modifier les termes d'une condamnation à somme fixe, prononcée par un juge étranger dans sa monnaie nationale et sans autre indication de sa part (1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-17.096, *Bull.* 2007, I, n° 279). En l'espèce, le juge de l'*exequatur* ne pouvait pas prendre en considération une dévaluation intervenue antérieurement à

la condamnation indemnitaire prononcée par le juge étranger, sans remettre en cause celle-ci. Il a été jugé que « [procède] à la révision au fond de la décision étrangère » le juge qui, « pour refuser l'*exequatur* aux dispositions [d'un jugement étranger], retient que [celui-ci] se borne à affirmer que les voies d'exécution ont été entreprises sur le fondement d'une créance certaine, liquide et exigible, correspondant à des factures impayées, sans préciser les circonstances et justifications contractuelles de cette créance et que la société [demanderesse à l'*exequatur*] s'abstient de produire les justifications de la créance dont elle entend poursuivre l'exécution en France » (1^{re} Civ., 14 janvier 2009, pourvoi n° 07-17.194, *Bull.* 2009, I, n° 3).

Ce ferme refus de dénaturer l'instance en *exequatur* s'est manifesté, également, à propos des demandes visant à assortir la décision de condamnation, prononcée par le juge étranger, d'intérêts moratoires. La Cour de cassation a admis que le juge de l'*exequatur* alloue des intérêts moratoires dus en application de la loi du for en vertu de l'article 1153-1 du code civil, mais seulement à compter de la décision d'*exequatur* (1^{re} Civ., 6 mars 2007, pourvoi n° 04-17.127, *Bull.* 2007, I, n° 96). C'est à compter de celle-ci que courent les intérêts moratoires et que le jugement étranger produit ses effets sur le territoire français selon la loi française (1^{re} Civ., 19 novembre 2015, pourvoi n° 14-25.162, *Bull.* 2015, I, n° 287 ; *Dalloz actualité*, 10 décembre 2015, obs. M. Kebir ; voir, déjà, 1^{re} Civ., 6 mars 2007, pourvoi n° 04-17.127, *Bull.* 2007, I, n° 96, *D.* 2007, p. 874, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2007, p. 2327, chr. P. Chauvin, C. Creton ; *D.* 2008, p. 1507, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 784, note R. Libchaber ; *RTD com.* 2008, p. 212, obs. P. Delebecque).

La Cour de cassation a décidé que l'exécution du jugement étranger peut être poursuivie pendant le délai prévu à l'article L. 111-4 du code des procédures civiles d'exécution, soit dix ans, qui court à compter de la décision d'*exequatur* (1^{re} Civ., 4 novembre 2015, pourvoi n° 14-11.881 ; *Bull.* 2015, I, n° 270).

Si la révision de la décision étrangère dont la reconnaissance est demandée en France est interdite, celle-ci doit être exécutoire dans son pays d'origine. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a annulé la décision française qui avait accordé l'*exequatur* à un arrêt malien qui avait ensuite été annulé par un arrêt de la cour d'appel de Bamako, l'arrêt de la cour d'appel française étant privé de fondement juridique en raison de l'annulation de la décision dont l'*exequatur* était réclamé (1^{re} Civ., 23 septembre 2015, pourvoi n° 14-14.823, *Bull.* 2015, I, n° 213).

Pour accorder ou non la reconnaissance au jugement étranger, le juge français saisi est tenu de se référer au régime d'*exequatur* applicable, qu'il s'agisse des règles jurisprudentielles, du régime européen fixé par les règlements de l'Union en vigueur, ou d'un régime conventionnel prévu par un instrument bilatéral ou multilatéral. C'est là envisager les conditions de régularité internationale du jugement étranger.

3. Les conditions de régularité internationale du jugement étranger

En dehors du champ d'application des règlements européens ou des conventions internationales, l'efficacité internationale du jugement étranger est subordonnée au respect des conditions de régularité internationale. La jurisprudence, poursuivant son œuvre d'ouverture à l'égard des jugements étrangers, a énoncé, aux termes d'un arrêt de 2007, que, « pour accorder l'*exequatur* hors de toute convention internationale,

le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger [...], la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi» (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082, précité). Ces conditions sont constamment reprises par la jurisprudence (1^{re} Civ., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.953, *Bull.* 2014, I, n° 14; *Dalloz actualité*, 17 févr. 2014, obs. F. Mélin).

Avant 1964, le contrôle de la régularité internationale du jugement étranger impliquait une appréciation du bien-fondé en fait et en droit de la décision étrangère. La révision au fond de la décision étrangère a été abandonnée totalement avec un arrêt de 1964, qui a posé cinq conditions pour que le jugement étranger soit reconnu en France (1^{re} Civ., 7 janvier 1964, *Bull.* 1964, I, n° 15). Deux des cinq conditions énoncées par cet arrêt ont été abandonnées ensuite, à savoir la régularité de la procédure suivie par le juge étranger, avec un arrêt de 1967 (1^{re} Civ., 4 octobre 1967, *Bull.* 1967, tome II, I, n° 277), et l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082, précité). Le contrôle de la loi appliquée est, ainsi, supprimé en droit commun, comme il l'est dans le droit de l'Union européenne, ce qui témoigne d'une convergence dans les conditions d'accueil des décisions étrangères.

Selon la doctrine (D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 263), le contrôle de la rectitude de l'opération intellectuelle qui fonde la décision a cédé la place à des exigences de régularité d'ordre extrinsèque.

La question de l'étendue de l'office du juge est délicate. La Cour de cassation a décidé que, la décision étrangère étant invoquée, «la cour d'appel devait, sans encourir le grief de violation du principe de la contradiction, en vérifier la régularité internationale» (1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.769, *Bull.* 2009, I, n° 192; *Rapport* 2009, p. 464). Cette jurisprudence fait écho à une décision plus ancienne : «le juge de l'*exequatur* doit, d'office, vérifier si la décision étrangère remplit les conditions requises pour être déclarée exécutoire en France et constater le résultat de son examen dans sa décision» (1^{re} Civ., 9 novembre 1971, pourvoi n° 70-14.017; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 314, note D. Holleaux). Pour la doctrine, le jugement étranger ne bénéficie pas d'une présomption de régularité (P. de Vareilles-Sommières, *Rép. dr. international, op. cit.*, n° 187) de sorte que le demandeur qui l'invoque dans une instance en *exequatur* ou en reconnaissance devrait, selon la règle *actori incumbit probatio*, supporter la charge de la preuve de la régularité du jugement. Cependant, comment démontrer par avance l'absence de toute contrariété du jugement à l'ordre public international, notamment à celui de procédure, alors que seul le défendeur peut soutenir que la procédure étrangère n'a pas été régulière ou contradictoire à son égard et ne garantit pas les droits de la défense? La Cour de cassation a admis, dans un arrêt ancien, qu'«en l'absence de toute contestation [...] la cour d'appel s'est à bon droit bornée à exercer son pouvoir de contrôle, sans avoir à faire intervenir dans le litige aucun fait et singulièrement aucun texte étranger dont il n'était pas fait état devant elle» (1^{re} Civ., 3 juin 1969, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 743, note D. Holleaux; *JDI* 1970, p. 317, note Ph. Kahn).

Il convient désormais d'examiner plus précisément le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les trois conditions de la régularité internationale du jugement étranger, à savoir la compétence internationale du juge (a), la conformité de la décision à l'ordre public international (b) et l'absence de fraude (c).

a. La compétence internationale du juge étranger

En droit commun, l'accueil d'un jugement étranger dans l'ordre juridique français exige le contrôle de la compétence internationale indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi.

Comme le soulignent les auteurs, le contrôle de la compétence du juge étranger ne concerne que la compétence générale des juridictions de l'État étranger et ne s'attache pas au lien précis pouvant exister entre le litige et le tribunal spécialement saisi par le demandeur (P. de Vareilles-Sommières, *Rép. dr. internationale*, Dalloz, V^o Jugement étranger [Matières civile et commerciale], septembre 2013 [actualisation juin 2016], n^o 88). Seul l'ordre juridictionnel du pays étranger est en cause.

La règle relative à la compétence indirecte du juge étranger, dont la décision est contrôlée par le juge français, a été posée par un arrêt de 1985 en ces termes : « Toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux » (1^{re} Civ., 6 février 1985, pourvoi n^o 83-11.241, *Bull.* 1985, I, n^o 55 ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, note Ph. Francescakis ; *JDI* 1985, p. 460, note A. Huet ; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip ; *D.* 1985, IR, p. 497, obs. Audit ; *GAJFDIP*, n^o 70).

Dans l'hypothèse où la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère ont fait l'objet d'une convention bilatérale avec la France, le juge du fond devra procéder à la vérification de ces conditions au regard de cet instrument, notamment des critères de compétence indirecte du juge étranger posés par ladite convention (1^{re} Civ., 28 octobre 2009, pourvoi n^o 08-10.185, *Bull.* 2009, I, n^o 14). Pour prendre un exemple, en application de l'article 16 de la Convention franco-tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires, signée le 18 juin 1972, le juge tunisien saisi d'une instance en divorce n'est pas considéré comme indirectement compétent par le juge français si la nationalité tunisienne du demandeur n'est pas renforcée par une résidence habituelle depuis au moins un an en Tunisie (1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n^o 06-15.381, *Bull.* 2007, I, n^o 157 ; *D.* 2007, p. 1431, obs. V. Avena-Robardet).

Le premier principe résultant de l'arrêt du 6 février 1985 (pourvoi n^o 83-11.241, précité) est que la compétence exclusive des tribunaux français exclut la compétence indirecte du juge étranger. D'après les règles françaises, cette compétence est exclusive pour, par exemple, connaître des litiges qui mettent en cause un attribut essentiel de l'État français, ou de ceux pour lesquels le jugement doit s'exécuter sur le territoire français, comme en matière d'action réelle et immobilière ou de voies d'exécution pour les mesures ordonnées sur des biens situés en France.

Cette compétence exclusive peut, également, résulter de la volonté des parties, lorsqu'une clause attributive de juridiction confère compétence exclusive aux tribunaux français de sorte que le jugement rendu par un tribunal étranger au mépris de cette clause ne peut être accueilli en France, dans la mesure où la clause est valable et que les parties n'y ont pas renoncé. La Cour de cassation donne son plein effet à celle-ci. Ainsi, il a été jugé que les parties avaient renoncé à la compétence française dans la mesure où elles « avaient librement accepté une clause attributive de compétence au

profit de la juridiction russe, expressément invoquée par la société Gazprombank», et que l'avocat de l'autre partie «n'avait pas contesté la compétence de la juridiction russe» (1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-10.588, *Bull.* 2013, I, n° 9).

À cet égard, l'œuvre jurisprudentielle a élargi encore l'accueil des décisions étrangères, en décidant que les compétences fondées sur les articles 14 et 15 du code civil n'attribuent pas une compétence exclusive aux tribunaux français. Alors que certaines conventions internationales ne retiennent pas ce critère de compétence et qu'il ne joue pas au sein de l'Union européenne, il a été abandonné pour exclure la compétence indirecte du juge étranger. Il convient cependant de noter que l'article 3, 1, b, du règlement européen «Bruxelles II bis» précité attribue compétence au juge français lorsque les deux époux sont français. Un arrêt a réduit considérablement la portée de l'article 15 du code civil, qui «ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger» (1^{re} Civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 04-12.777, *Bull.* 2006, I, n° 254). L'année suivante, la Cour de cassation a décidé que «l'article 14 du code civil n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas à son profit une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi» (1^{re} Civ., 22 mai 2007, pourvoi n° 04-14.716, *Bull.* 2007, I, n° 195), solution régulièrement confirmée (1^{re} Civ., 16 décembre 2009, pourvoi n° 08-20.305, *Bull.* 2009, I, n° 251).

Le facteur de rattachement lié à la nationalité française peut jouer lorsque aucun critère de compétence française n'existe. Ainsi, la Cour de cassation (1^{re} Civ., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-26.131, *Bull.* 2015, I, n° 69) a admis que le mari puisse attirer son épouse, qui avait la nationalité française, devant une juridiction française en application de cette règle nationale de compétence. Un commentateur de l'arrêt regrette le caractère systématique de l'application de l'article 15 du code civil (Ch. Chalas, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 638) en expliquant que les éléments du litige désignaient les juridictions suisses comme étant les mieux placées pour dissoudre l'union de ces époux.

L'absence d'exclusivité de la compétence du juge français lorsqu'une loi de police est applicable au fond du litige illustre le phénomène de faveur pour la circulation des décisions. La Cour de cassation a admis une compétence judiciaire étrangère sur un litige, «des dispositions constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige» (1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.823, *Bull.* 2008, I, n° 233 ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1, note. D. Bureau et H. Muir Watt ; *JDI* n° 2, avril 2009, comm. 11 par M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train ; *D.* 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2009, p. 2384, obs. S. Bollée ; *JCP* éd. G. 2008, 10187, comm. L. d'Avout ; *Gaz. Pal.* n° 52, 21 février 2009, p. 27, note Ph. Guez).

Le deuxième principe posé par l'arrêt du 6 février 1985 (pourvoi n° 83-11.241, précité) est que le juge étranger est compétent internationalement lorsque le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi. Le juge de l'*exequatur* s'assure de la présence d'un lien caractérisé du litige avec le for d'origine pour valider la compétence du juge étranger. De façon topique, il a été jugé que la circonstance que les deux époux ont la double nationalité française et israélienne et qu'ils ont fixé en Israël la résidence de la famille établit l'existence d'un lien caractérisé avec cet État (1^{re} Civ., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.344, *Bull.* 2003, I, n° 23 ; voir, dans le même sens, 1^{re} Civ., 23 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.768 : compétence d'un tribunal anglais, car le mari demandeur était de nationalité britannique et domicilié en Angleterre, alors

pourtant que la femme était française et domiciliée en France, que le mariage avait été célébré en France et que le dernier domicile commun était situé en France). La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a jugé que le litige se rattachait de manière caractérisée aux États-Unis d'Amérique dès lors que la décision litigieuse avait été rendue à l'encontre de deux personnes au motif qu'elles avaient détourné à leur profit l'actif d'une société qui avait son siège en Arizona et que l'une de ces personnes était le dirigeant de la société (1^{re} Civ., 11 février 2015, pourvoi n° 14-10.074, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 891, note L. Usunier).

L'existence d'un lien caractérisé suffit, la jurisprudence refusant de hiérarchiser ces liens. Ainsi, la nationalité commune algérienne des époux n'a pas besoin d'être prépondérante sur leur résidence commune en France pour fonder indirectement la compétence internationale algérienne en matière de divorce dès lors que « l'action en divorce engagée par le mari en Algérie présente un lien caractérisé avec la juridiction algérienne de sorte que les juridictions algériennes pouvaient être compétentes » (1^{re} Civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-15.707, *Bull.* 2006, I, n° 223 ; 1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-16.534, *Bull.* 2006, I, n° 407). Il a également été jugé, au stade de la reconnaissance d'un jugement américain, qu'un tribunal du Massachusetts était compétent pour connaître du divorce, l'épouse demanderesse ayant la nationalité américaine et résidant dans ce pays avec ses enfants depuis plus de six mois, bien que le mari soit de nationalité française et que la juridiction française ait été saisie en premier (1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.769, *Bull.* 2013, I, n° 192). Le juge français est tenu de vérifier s'il existe un rattachement effectif du litige avec le juge étranger, sans chercher quel est le juge plus adéquat, l'approche anglo-saxonne du juge le mieux approprié étant incompatible avec notre tradition juridique.

Il a été jugé que, « saisi d'une demande de reconnaissance ou d'*exequatur* d'une décision étrangère en application de l'Accord franco-burkinabé de coopération en matière de justice du 24 avril 1961, le juge requis doit procéder, selon l'article 36, a, de cet accord, à la vérification de la compétence indirecte du juge étranger [...], sans égard à la clause d'arbitrage qui lui était opposée » (1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11-25.123, *Bull.* 2013, I, n° 61 ; *Rev. arb.* 2013, p. 411, 1^{re} esp., note C. Debourg). En l'espèce, le litige était survenu à propos de la cession conventionnelle d'actions d'une société chargée de l'établissement et l'exploitation d'un réseau de téléphonie mobile au Burkina-Faso et l'action avait été engagée par une société qui avait son siège dans ce pays. La Cour de cassation rejette le grief pris d'une incompétence du juge burkinabé, en retenant que le litige se rattachait de manière caractérisée à cet État.

Un auteur explique que « le système français de contrôle de la compétence indirecte est devenu libéral lorsque aucune compétence exclusive n'appartient aux tribunaux français » et observe, à juste titre, qu'il « est même parfois plus favorable à l'accueil des décisions étrangères que le droit conventionnel, car assez nombreuses sont les conventions internationales qui dressent, matière par matière, un catalogue rigide des critères de compétence indirecte » (A. Huet, *JCl. Droit international*, fasc. 584-40 « Effets en France de jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale », Lexisnexis, 14 novembre 2015, n° 31). Il convient d'observer que ce mouvement a été initié par le droit de l'Union, un arrêt rappelant que « [l'article 35, § 3 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 (Bruxelles I)] interdit lors de la reconnaissance et l'exécution des

décisions le contrôle de la compétence des juridictions de l'État d'origine» (1^{re} Civ., 10 mai 2007, pourvoi n° 06-13.017, *Bull.* 2007, I, n° 172).

Cependant, cette suppression du contrôle de la compétence du juge étranger ne vaut pas en matière de contrat de consommation, comme le prévoit l'article 35 de ce règlement. La Cour de cassation a approuvé l'arrêt d'une cour d'appel, qui avait retenu que le contrat de déménagement était un contrat d'entreprise, et non un contrat de transport, comme tel exclu du champ des règles protectrices du consommateur et qui avait refusé de déclarer le jugement italien exécutoire (1^{re} Civ., 4 novembre 2015, pourvoi n° 14-19.981, *Bull.* 2015, I, n° 272).

La contestation de la compétence est envisageable dans le cadre du règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer, mais elle obéit à des règles strictes. La Cour de justice a, sans surprise, précisé que le défendeur qui entend contester la compétence doit former opposition dans le délai de trente jours prévu par l'article 16 du règlement précité. Il ne peut se prévaloir de l'article 20, § 2, du même règlement, qui permet, après l'expiration du délai d'opposition de trente jours, de demander le réexamen de l'injonction devant la juridiction d'origine lorsqu'il est manifeste que l'injonction de payer a été délivrée à tort, cet article devant être interprété strictement (CJUE, arrêt du 22 octobre 2015, Thomas Cock Belgium, C- 245/14).

b. La conformité à l'ordre public international

La conformité de la décision étrangère à l'ordre public international constitue également l'une des conditions de son accueil en France.

L'ordre public international est en effet un mécanisme de défense de l'ordre juridique français qui constitue un frein aux solutions étrangères, et s'oppose donc au phénomène de la mondialisation, entendue comme une approche destinée à favoriser la circulation internationale des décisions de justice, et à l'accueil des droits étrangers en France. Il ne réagit pas avec la même intensité selon qu'il s'agit de constituer dans l'ordre juridique du for une situation nouvelle ou d'accueillir une solution légalement constituée à l'étranger. Cela permet au droit français d'admettre des situations acquises hors de nos frontières, qui continueront à produire des effets en France (S. Sana-Chaillé de Néré, « Le concept d'ordre public et ses mutations », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2015, dossier 45).

α. L'ordre public international substantiel

L'ordre public atténué a ainsi conduit la Cour de cassation à considérer qu'une décision étrangère condamnant à des dommages-intérêts punitifs n'est pas en soi insusceptible d'être reconnue en France : « le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public [international français]. [I]l en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur » (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-13.303, *Bull.* 2010, I, n° 248).

De manière similaire, il a été jugé que la méconnaissance de l'article L. 341-4 du code de la consommation n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international. La première chambre civile de la Cour de cassation a accordé l'*exequatur*

à une décision étrangère condamnant une personne au titre d'un cautionnement alors que la caution invoquait la contrariété de la décision à l'ordre public international, motif pris d'une violation de nos règles internes d'ordre public du droit de la consommation (1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-10.588, *JCP* éd. G n° 7, 11 février 2013, 165, note D. Akchoti). Il ressort de cette jurisprudence que l'examen de proportionnalité du montant mis à la charge d'une caution en exécution d'un contrat conclu sans fraude à l'étranger, par une décision étrangère, reviendrait à offrir au juge français de l'*exequatur* la possibilité d'apprécier la validité de ce contrat et donc de réviser au fond la décision étrangère.

Même si l'ordre public est atténué lorsqu'il s'agit d'une situation déjà acquise à l'étranger, une exception à la régularité du jugement étranger peut être soulevée sous l'angle de l'ordre public de proximité. L'éviction du jugement étranger joue, alors, dans la mesure où l'ordre public international du for est atteint lorsque le droit est né à l'étranger mais que les intéressés résident en France. Il en a été fait une application rigoureuse pour s'opposer à la réception des répudiations musulmanes.

La Cour de cassation s'est opposée de façon systématique à la reconnaissance de ce type de dissolution du mariage (1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, *Bull.* 2004, I, n° 47) en retenant que la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international.

Dans un arrêt du 8 novembre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a approuvé la fermeté de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de répudiation (CEDH, arrêt du 8 novembre 2005, D. D. c. France, n° 3/02).

Nonobstant une évolution des droits de la famille marocain et algérien, en 2004 et 2005, qui ont amélioré le droit des femmes (F. Monéger, *Droit international privé*, Lexisnexis, 2015, n° 316; «Le code de la famille marocain de 2004 devant la Cour de cassation», *Rev. crit. DIP* 2014, p. 247), la Cour de cassation a maintenu le refus de reconnaissance des dissolutions du mariage à la seule initiative du mari, lorsque l'un des époux réside en France. En effet, ces décisions sont contraires à la conception française de l'ordre public international, dont relève le principe de l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, tel que garanti par l'article 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans une affaire concernant la reconnaissance d'un jugement étranger de divorce de deux époux, domiciliés en France, selon la procédure de divorce prévue par l'article 48 du code de la famille algérien, la Cour de cassation a jugé qu'il ressort des termes de l'article 1^{er} de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 que les décisions gracieuses ou contentieuses rendues par les juridictions algériennes n'ont de plein droit l'autorité de la chose jugée que si elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public (1^{re} Civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.344, *Bull.* 2013, I, n° 204). La procédure mise en œuvre pour obtenir le prononcé du divorce constatait la répudiation unilatérale et discrétionnaire par la seule volonté du mari, pour des motifs que ce dernier n'était tenu ni de révéler, ni de justifier, sans donner d'effet juridique à l'opposition de

l'épouse, fût-elle dûment convoquée. La décision algérienne a été considérée comme contraire au principe de l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage et donc à la conception française de l'ordre public international consacré par l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne pouvant être reconnue en France, l'épouse y étant domiciliée.

Il en va de même de la décision marocaine qui constate la répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme : il a été jugé qu'elle était contraire au principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage, énoncé par l'article 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 précité et, par suite, à la conception française de l'ordre public international, de telle sorte que le jugement marocain ne peut être reconnu en France, les deux époux y étant domiciliés (1^{re} Civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-25.802, *Bull.* 2013, I, n° 205). La Cour de cassation y a souligné que la décision marocaine relative au divorce sous contrôle judiciaire consacrait « un déséquilibre des droits entre les époux au détriment de la femme », dès lors que la femme ne peut engager cette procédure qu'avec l'accord de son époux, alors que ce dernier peut agir unilatéralement.

L'exception de l'ordre public a aussi été mise en œuvre en présence d'une décision algérienne, prise en application de l'article 48 du code de la famille algérien, constatant la répudiation unilatérale et discrétionnaire par la seule volonté du mari, sans donner d'effet juridique à l'opposition de l'épouse, fût-elle dûment convoquée, « ce qui rendait cette décision contraire au principe de l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage » (1^{re} Civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.344, *Bull.* 2013, I, n° 204; voir aussi 1^{re} Civ., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-17.124, *Bull.* 2014, I, n° 89). La Cour de cassation a fait une nouvelle application de sa jurisprudence, désormais classique, applicable à toute personne relevant de sa juridiction (1^{re} Civ., 15 avril 2015, pourvoi n° 14-13.420). L'omission délibérée de la référence au caractère unilatéral et discrétionnaire de la répudiation a pour effet de mettre en exergue l'ordre public sur le seul caractère discriminatoire de l'institution. L'évolution du droit français et la place grandissante des droits de l'homme ainsi que l'importance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme marquent l'antagonisme des systèmes en présence (A. Koumdadji, « La difficile réception du droit marocain par le juge français », *Dr. famille* n° 6, juin 2013, étude 9).

Cependant, le droit positif français accueille les autres formes de divorce instituées dans ces États.

Ainsi, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déclaré irrecevable l'action en divorce de l'épouse fondée « sur les articles 114 à 120 du code de la famille marocain ». En effet, la cour d'appel, qui avait dénaturé l'article 114 du code de la famille marocain sur le divorce consensuel qui précise que les époux peuvent consentir d'un commun accord au principe de mettre fin à leur relation conjugale, sans ou avec des conditions, pourvu que celles-ci ne soient pas contraires aux dispositions de ce code et ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants, avait méconnu « le sens littéral de cette loi, sans faire état d'aucune autre source de droit positif marocain donnant à cet article le sens qu'elle lui attribue » (1^{re} Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-20.049). Plus récemment, la Cour de cassation a admis que le jugement de divorce pour discorde prononcé par un juge marocain bénéficiait de l'autorité de la chose jugée et faisait obstacle à la demande en divorce de l'épouse en France (1^{re} Civ., 31 mars 2016 pourvoi

n° 15-12.379, *Bull.* 2016, I, n° 69). L'arrêt relève que l'épouse avait comparu assistée d'un conseil devant les juridictions marocaines, qu'elle avait conclu au fond et que la décision n'avait pas été rendue en fraude de ses droits.

Les arrêts récents de la Cour de cassation ne font plus référence au fait que la répudiation prononcée à l'étranger prive le juge de tout pouvoir autre que celui d'en aménager les conséquences financières, l'introduction en France, par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, du divorce pour altération définitive du lien conjugal plaçant le juge français dans une situation assez similaire.

Cela a pour effet « d'aiguiller l'ordre public sur le seul caractère discriminatoire de l'institution » (M.-C. Najm-Kobeh, « La Cour de cassation et la répudiation musulmane une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », *JDI* n° 3, juillet 2015, doct. 7, p. 789), puisque, en effet, il n'existe pas d'égalité entre les époux, au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que l'accès au divorce n'est pas le même pour l'homme et la femme. La Cour de cassation fonde, désormais, ses décisions sur le seul principe d'égalité des époux, porté par l'exception d'ordre public, dans la mesure où les conventions bilatérales liant la France au Maroc et à l'Algérie réservent le jeu de l'ordre public, et sur l'existence de liens de proximité avec le for, domicile en France des deux époux ou au moins de l'épouse (1^{re} Civ., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-17.124, *Bull. civ.* 2014, I, n° 89; 1^{re} Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-21.751). Il n'est pas indifférent de noter que le droit de l'Union européenne tient à respecter l'égalité des époux. En application de l'article 10 du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit « Rome III », et lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique.

La jurisprudence relative aux répudiations fait l'objet de certaines critiques doctrinales (D. Thévenet-Montfrond, « Refus d'*exequatur* du divorce sous contrôle judiciaire marocain : une approche incomplète de la Moudawana », *RLDC* n° 114, 1^{er} avril 2014) au motif que la solution ne prend pas en considération les réformes marocaine et algérienne. Cependant, l'ordre juridique français n'a pas vocation à s'appliquer aux situations qui ne présentent aucun lien avec la France : la situation juridique doit se rattacher à l'ordre juridique français par un lien suffisant (Th. Garé, « Police des répudiations musulmanes : toujours le principe d'égalité entre époux », *RJPF* n° 12, décembre 2013, p. 21).

C'est aussi l'ordre public de proximité qui a fait obstacle à un jugement marocain de divorce prononcé en 2003, entre deux parties résidant en France, qui avait ratifié l'engagement pris par la mère de « subvenir seule à tous les besoins de sa fille » qui avait acquis la nationalité française en 2005 (1^{re} Civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.583, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 361, note N. Joubert).

De façon plus générale, les principes essentiels du droit français peuvent faire échec à la réception de la décision étrangère (sur cette notion, voir *Étude* 2013 de la Cour de cassation « L'ordre public », p. 199 et s.).

Tout ce qui est prévu par la loi interne n'est pas d'ordre public international. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle approuvé la cour d'appel qui, après avoir retenu que la

Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993, était applicable, a « décidé que, au regard des conditions exigées par la convention, la violation de l'article 370-3 du code civil ne pouvait être opposée à la reconnaissance du jugement d'adoption étranger et que celui-ci, ne heurtant pas l'ordre public international français, devait être transcrit » (1^{re} Civ., 1^{er} avril 2015, pourvoi n° 14-50.044, *AJ Famille* 2015, p. 339, comm. par A. Boiché).

Il a également été jugé « qu'ayant estimé que la loi monégasque, alors applicable, excluait toute pension en cas de divorce aux torts partagés, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que l'arrêt n'était pas contraire à l'ordre public international » (1^{re} Civ., 11 février 2015, pourvoi n° 13-25.572, *Bull.* 2015, I, n° 36).

Faisant application de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, précitée, la Cour de cassation a approuvé un arrêt aux termes duquel la cour d'appel, après avoir relevé que le certificat de conformité visé à l'article 17, c, de la Convention avait été établi et que le consentement à l'adoption de l'enfant avait été donné par le représentant légal de celui-ci désigné par un juge malgache, a décidé « qu'au regard des conditions exigées par la Convention, la violation de l'article 370-3 du code civil ne pouvait être opposée à la reconnaissance du jugement d'adoption étranger et que celui-ci, ne heurtant pas l'ordre public international français, devait être transcrit » (1^{re} Civ., 1^{er} avril 2015, pourvoi n° 14-50.044, *AJ Famille* 2015, p. 339, comm. par A. Boiché).

Cet arrêt illustre l'obligation de s'en tenir aux conditions exigées par les conventions internationales, sans se référer aux conditions particulières de la loi interne, dès lors qu'elles ont, précisément, pour objet d'améliorer la coopération judiciaire.

β. L'ordre public international de procédure

De façon générale, la contrariété de la décision à l'ordre public international de procédure exclut sa reconnaissance. Comme l'a rappelé un arrêt ancien (1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-17.096, *Bull.* 2007, I, n° 279), cette violation « ne peut être admise que s'il est démontré que les intérêts d'une partie ont été objectivement compromis par une violation des principes fondamentaux de la procédure ». La Cour de Strasbourg (CEDH, arrêt du 20 juillet 2001, Pellegrini c. Italie, n° 30882/96; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, Partie générale, 3^e éd. mise à jour, PUF, 2014, n° 285) a déclaré que tout juge d'un État partie à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, saisi d'une demande d'*exequatur*, doit « vérifie[r] que la procédure [...] relative [à la décision étrangère] remplissait les garanties de l'article 6 » (§ 40) alors même que « la décision dont on demande l'*exequatur* émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention » (§ 40).

L'ordre public international ne se confond pas avec l'ordre procédural interne comme l'a rappelé la Cour de cassation : « l'ordre public procédural français, dont le juge de l'*exequatur* doit assurer le respect, n'exige pas, au cas où le défendeur a eu connaissance de l'instance étrangère, que la signification [de la décision rendue à l'étranger] soit faite à partie et comporte l'indication des voies de recours » (1^{re} Civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.849, *Bull.* 2009, I, n° 208). Dès lors, une cour d'appel qui constate que la notification d'une décision rendue par une cour d'appel italienne avait été faite, selon le droit italien, au domicile de l'avocat de la partie française et que cette notification faite au conseil de la partie, qui la représente en justice, ouvre le délai de recours, « citée de 2008 ; en revanche, c'est au singulier dans celle en a justement déduit qu'une

telle notification n'était pas de nature à rendre la reconnaissance de la décision manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis, en application tant de l'article 7-1 du règlement (CE) n° 1348/2000 du 29 mai 2000 que de l'article 34-1 du règlement (CE) [n° 44/2001] du 22 décembre 2000 (Bruxelles I)». La Cour de cassation (1^{re} Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.174, *Bull.* 2004, I, n° 267) a censuré une cour d'appel qui avait déclaré exécutoire en France une décision étrangère, en application des dispositions de la Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968, modifiée, sans s'assurer que les défendeurs avaient eu effectivement connaissance de l'instance engagée à l'étranger ni, à défaut, que les prescriptions des articles 20 de la Convention de Bruxelles et 15 de la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale conclue à La Haye le 15 novembre 1965 avaient été respectées par la juridiction de l'État d'origine alors que, selon l'article 27, § 2, du premier de ces instruments, les décisions étrangères ne sont pas reconnues en France si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre.

L'exigence de motivation des jugements en droit procédural français n'est pas d'ordre public international (1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-11.635, *Bull.* 2006, I, n° 405) et le défaut de motifs constitue seulement un obstacle à l'efficacité en France d'une décision étrangère lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalents à la motivation défaillante, tels qu'une citation, des productions ou des éléments de procédure (1^{re} Civ., 11 février 2015, pourvoi n° 14-10.074; N. Marchal Escalona, «Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l'ordre juridique espagnol», *Rev. crit. DIP* 2015, p. 89; 1^{re} Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-14.646, *Bull.* 2006, I, n° 520; 1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 06-15.577, *Bull.* 2008, I, n° 234). C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond apprécient si la motivation est défaillante (1^{re} Civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-10.553) ou si les documents produits peuvent servir d'équivalents à la motivation défaillante (1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 06-15.577, *Bull.* 2008, I, n° 234; 1^{re} Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-19.031, *Bull.* 2006, I, n° 521).

La Cour de cassation a précisé les conditions que devaient remplir les documents produits pour servir d'équivalents à la motivation défaillante. Elle a jugé que la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que la motivation d'une décision étrangère reconnue défaillante par le juge de l'*exequatur* puisse être complétée par des décisions rendues postérieurement à la saisine de celui-ci (1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.871, *Bull.* 2012, n° 228). La doctrine a approuvé cette jurisprudence, en rappelant qu'une «décision interprétative ne peut [...], par définition, contenir les motifs du jugement initial, puisqu'ils constituent des éléments substantiels nouveaux apportés dans le cadre de la procédure d'*exequatur*» et observé, commentant l'arrêt précité, qu'il «exclut les éléments postérieurs à la décision étrangère des documents susceptibles de servir d'équivalents» (A. Piacitelli-Guedj, *JCP* éd. G n° 7, 11 février 2013, 170).

Plus récemment, la Cour de cassation a fait une nouvelle application de cette jurisprudence (1^{re} Civ., 9 septembre 2015, pourvoi n° 14-13.641, *Bull.* 2015, I, n° 187) en jugeant «qu'après avoir souverainement estimé, hors de toute dénaturation, qu'aucun

document de nature à servir à la motivation défaillante n'ayant été produit, l'attestation du juge de Guernesey n'étant pas de nature à en constituer un, la cour d'appel en a exactement déduit que cette décision étrangère n'était pas conforme à la conception française de l'ordre public international de procédure ». La prise en compte d'une décision postérieure interprétative ouvrirait la voie à une révision au fond de la décision étrangère, par le juge français (P. Chevalier, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'*exequatur*, l'ordre public et le portulan », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 1). À un pourvoi qui contestait le fait que les conclusions d'une des parties, reproduites servilement dans le rapport d'audience établi par la juridiction étrangère, puissent pallier l'absence de motivation de la décision, la Cour de cassation, après avoir rappelé l'exigence de motivation des jugements étrangers ou de la production de documents de nature à servir à la motivation défaillante, approuve la cour d'appel qui a retenu « que les pièces produites aux débats devant le juge américain servaient d'équivalent à la motivation de la décision permettant de connaître le raisonnement de ce juge et les motifs de sa décision » de sorte que « les juges du fond ont pu en déduire que la procédure étrangère n'était pas contraire à l'ordre public international français de procédure » (1^{re} Civ., 11 février 2015, pourvoi n° 14-10.074; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 891, note L. Usunier).

L'exigence d'impartialité est une exigence de l'ordre public international et l'*exequatur* doit être refusé à la décision étrangère rendue par un juge dessaisi postérieurement pour suspicion légitime (1^{re} Civ., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-20.986, *Bull.* 1996, I, n° 427; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 328, note H. Muir Watt). Les juges du fond apprécient souverainement l'impartialité du juge étranger : la Cour de cassation approuve un arrêt de cour d'appel ayant retenu qu'un arrêt russe était conforme à l'ordre public international de procédure, après avoir relevé que la partie qui invoquait cette violation « ne démontrait pas en quoi la circonstance que la société Gazprombank soit la troisième banque de Russie, sous le contrôle étroit de l'État russe, aurait affecté l'impartialité et l'indépendance des juridictions russes en cause » (1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-10.588, *Bull.* 2013, I, n° 9).

c. L'absence de fraude

Classiquement, cette fraude revêt deux aspects : la fraude substantielle et la fraude procédurale. La notion est évoquée, ici, seulement en ce que la fraude s'oppose à la reconnaissance d'une décision étrangère.

Deux arrêts mentionnent « l'absence de fraude » au lieu de « l'absence de fraude à la loi », comme le retenait l'arrêt du 20 février 2007 (1^{re} Civ., pourvoi n° 05-14.082, précité). Cet arrêt ayant abandonné la compétence de la loi appliquée par le juge étranger comme condition de la reconnaissance d'un jugement étranger, la simple référence à « l'absence de fraude » permet d'être plus clairement en cohérence avec les conditions qui restent posées pour l'accueil d'une décision étrangère en France. Ainsi, la Cour de cassation énonce que « pour accorder l'*exequatur* en l'absence de convention internationale [...] le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure ainsi que l'absence de fraude » (1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-10.588,

Bull. 2013, I, n° 9). Un arrêt plus récent l'affirme à nouveau (1^{re} Civ., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.953, *Bull.* 2014, I, n° 14).

Sur un plan substantiel, la fraude à la loi consiste en des manœuvres destinées à échapper à la loi normalement applicable grâce à une modification artificielle de l'élément de rattachement de la règle de conflit (changement calculé de nationalité ou de domicile). Le critère de la fraude a perdu de son efficacité depuis que le juge de l'*ex-ecution* ne contrôle plus la loi appliquée.

Ce type de fraude consistant dans le choix d'une juridiction étrangère afin d'échapper aux conséquences d'un jugement français reste relativement fréquent en matière de divorce. Ainsi, la Cour de cassation approuve l'arrêt qui a relevé que le mari avait délibérément choisi la juridiction algérienne, postérieurement à la procédure engagée en France par son épouse, pour échapper aux conséquences financières du divorce prononcé en France (1^{re} Civ., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-30.120, *Bull.* 2012, I, n° 137).

La saisine du juge étranger devient frauduleuse lorsque l'un des époux modifie artificiellement les liens de rattachement. La fraude a ainsi été retenue dans une espèce où, les deux époux étant domiciliés en France, le mari, naturalisé français, avait saisi un tribunal français, s'était ensuite désisté de la procédure puis avait obtenu, dans un délai très court, une décision qui lui était favorable au Maroc (1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-14.220). Les exemples de saisine du juge étranger pour faire échec à une instance ouverte en France par une autre partie sont nombreux (1^{re} Civ., 6 juin 1990, pourvoi n° 88-15.008, *Bull.* 1990, I, n° 138; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593, note P. Courbe (1^{re} esp.); *D.* 1990, p. 263, obs. B. Audit; 1^{re} Civ., 4 mai 1994, pourvoi n° 92-10.671, *Bull.* 1994, I, n° 161; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 103, note J. Deprez).

Cependant, en matière de divorce, la fraude n'est pas nécessairement caractérisée lorsque la juridiction étrangère est saisie postérieurement. S'agissant de la fraude au jugement, le défendeur à une instance en France peut être tenté d'obtenir d'un juge étranger une décision qu'il suppose plus favorable à ses intérêts, pour faire échec ensuite à la procédure dont la juridiction française est saisie, en soulevant une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée du jugement étranger. Le fait que la juridiction française soit la première saisie ne caractérise pas en soi la fraude, comme l'a jugé la première chambre civile : quand bien même une juridiction française aurait été première saisie, la décision de divorce prononcée par un juge des États-Unis doit être reconnue en France, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée au pays étranger dont l'épouse a la nationalité, où elle réside sans fraude aux droits du père avec ses enfants depuis plus de six mois (1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.769, *Bull.* 2009, I, n° 192). En revanche, la Cour de cassation va s'attacher aux conséquences de la fraude alléguée pour apprécier si la juridiction étrangère a été saisie en fraude des droits de l'autre partie. Procède de la même méthode l'arrêt qui retient « qu'après avoir relevé que Mme X... avait comparu, assistée d'un conseil, devant les juridictions marocaines où elle avait conclu au fond, et souverainement estimé que les pièces pertinentes permettaient de retenir que les décisions rendues par les juridictions marocaines ne l'avaient pas été en fraude des droits de l'épouse, la cour d'appel en a exactement déduit que la décision marocaine de divorce avait autorité de chose jugée » (1^{re} Civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 15-12.379, *Bull.* 2016, I, n° 69). Comme le souligne un commentateur de cet arrêt : « Il est donc logique de ne tenir compte de

la fraude que si elle a été effective, c'est-à-dire lorsque la décision étrangère a affecté [les droits substantiels des justiciables] » (F. Mailhé, *JCP* éd. G n° 17, avril 2016, 489).

La précipitation à saisir la juridiction étrangère peut révéler la volonté de frauder. *A contrario*, dans une espèce dans laquelle il était soutenu que le mari avait saisi la juridiction d'Agadir d'une demande en divorce dans le but de faire obstacle à la demande de son épouse en contribution aux charges du mariage, la fraude a été écartée et la décision de divorce marocaine reconnue, le mari ayant pu légitimement souhaiter divorcer dès lors qu'il vivait séparé de son épouse depuis trois années et saisir la juridiction marocaine, même s'il vivait en France, comme lui en donnait le droit l'article 11 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 (1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-14.760, *Bull.* 2011, I, n° 34; *Dr. fam.* n° 5, mai 2011, comm. 88 par L. Abadie).

La Cour de cassation a rejeté un pourvoi qui faisait grief à un arrêt d'avoir refusé d'accorder l'*exequatur* à un jugement américain statuant sur la garde des enfants, après avoir retenu que le choix de la juridiction américaine avait été frauduleux. En l'espèce, les époux avaient quitté les États-Unis pour s'installer avec leurs enfants en France, où ces derniers avaient été scolarisés en école maternelle. La mère avait engagé une procédure aux États-Unis, les enfants se trouvant auprès d'elle. La cour d'appel a retenu, à bon droit, qu'il « ne s'agissait que d'un séjour de vacances temporaire dont elle a, seule, prolongé la durée contre la volonté du mari », « que cette procédure, qu'elle avait suspendue pour regagner la France avec les enfants, n'a été réactivée que le 20 décembre 2011 lors de son retour sur le territoire américain » et « que ce nouveau déplacement avait pour seul objet, en faisant en sorte d'accréditer par une présentation fallacieuse de la situation existante que la résidence familiale était demeurée établie sur le sol américain et que le séjour des enfants en France n'était pas consécutif à la décision conjointement prise par les époux d'établir la résidence de la famille à Paris, d'obtenir en trompant délibérément le juge étranger, que la résidence des enfants soit établie auprès d'elle aux États-Unis » (1^{re} Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-21.365, *Bull.* 2014, I, n° 211). Comme le relève la doctrine, la fraude se doublait d'un *forum shopping* (R. Nato-Kalfane et C. Anger, *Gaz. Pal* n° 83, p. 36).

Un arrêt a approuvé une cour d'appel qui, ayant constaté que le défendeur algérien à l'action en contribution aux charges du mariage introduite par son épouse algérienne en France, où ils ont habité pendant plusieurs dizaines d'années, a saisi le juge en Algérie, où il résidait depuis moins de un an, d'une demande en divorce après avoir eu connaissance de la procédure française, en a déduit que les circonstances de cette procédure précipitée en Algérie constituaient une fraude au jugement dans le but de faire échec à l'exécution de la décision française à intervenir (1^{re} Civ., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-30.120, *Bull.* 2006, I, n° 177).

Selon une jurisprudence constante, la saisine frauduleuse de la juridiction étrangère est souverainement appréciée par les juges du fond (1^{re} Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-21.365, *Bull.* 2014, I, n° 211 ou encore 1^{re} Civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 15-12.379, précité). Au surplus, le choix d'un juge étranger n'est pas frauduleux s'« il n'est pas prouvé que [la demanderesse dans l'instance étrangère introduite en second] aurait saisi frauduleusement le juge de son lieu de résidence pour tirer un bénéfice supérieur à celui procuré par la saisine du juge français » (1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.769, *Bull.* 2009, I, n° 192).

Le principe de confiance mutuelle entre justices conduit à confier au seul juge d'origine le soin de contrôler la fraude, le juge requis n'ayant plus à en discuter tant que la fraude a pu être évoquée devant le juge d'origine (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-21.407, *Bull.* 2016, I, n° 114) dès lors que des voies de recours sont ouvertes dans l'État d'origine pour faire sanctionner la fraude (S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé* 2010-2012, Pedone, 2013, p. 255 ; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n° 406). Dans cette affaire, le mari s'opposait, à tort, à la reconnaissance de la décision anglaise de divorce au motif que l'épouse aurait été domiciliée non en Grande-Bretagne, mais en France (voir, dans le même sens, 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-12.397 ; 1^{re} Civ., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-11.956, *Bull.* 2002, I, n° 30).

Les règles européennes imposent une coopération judiciaire entre États membres, créant ainsi une reconnaissance automatique des décisions étrangères. L'article 39 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I bis ») supprime la procédure d'*exequatur* et consacre le caractère exécutoire de plein droit des jugements rendus dans un autre État membre.

Le mouvement jurisprudentiel de libéralisation du contrôle des jugements étrangers, joint aux règlements européens susvisés, « participe de la construction des espaces juridiques de demain garants de valeurs essentielles » (P. Chevalier, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes par la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'*exequatur*, l'ordre public et le portulan », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 1). L'allègement de la procédure qui conduit à la libre circulation des décisions en Europe, projetée, par contraste, une ombre négative sur la procédure d'*exequatur* qui est perçue comme un résidu du passé (*ibid.*).

Après cette analyse des règles générales de réception des jugements étrangers – qui démontre que, par l'action du juge, les décisions étrangères font l'objet d'un accueil favorable –, il convient de s'attacher spécialement au titre exécutoire européen (TEE). Le TEE constitue un instrument qui vise à remplacer la procédure d'*exequatur* pour certaines décisions afin d'accélérer et de simplifier le paiement de créances incontestées.

B. Le régime particulier du titre exécutoire européen

Le titre exécutoire européen (TEE) a été créé par le règlement (CE) n° 805-2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées et il est entré en vigueur le 21 janvier 2005. Il est applicable depuis le 21 octobre 2005. Il est destiné à remplacer avantageusement la procédure d'*exequatur* pour certaines décisions. Toutefois, il a fait l'objet dès l'origine d'un certain nombre de critiques de la part de la doctrine, en raison de sa complexité, du caractère peu clair de sa terminologie et des incertitudes qu'il laisse subsister sur la procédure applicable (voir, notamment, J. Normand, « Le titre exécutoire européen », *Dr. et procéd.* n° 6, novembre-décembre 2002, p. 331 et E. Jeuland, « Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ? », *Gaz. Pal.* n° 148, 28 mai 2005, p. 15). C'est ainsi que M. le professeur Jeuland l'a qualifié de « château de sable prêt à s'écrouler » tout en soulignant le caractère limité de son intérêt pratique.

Seront envisagés successivement le champ d'application du TEE (1), les conditions de la certification de la décision concernée (2), la procédure de certification (3), les effets de la certification (4), les recours possibles (4) et enfin les hypothèses de maintien de l'*exequatur* (5).

1. Le champ d'application

L'économie du texte est de permettre à une décision ayant été certifiée comme TEE dans un État membre d'être reconnue et exécutée dans les autres États membres (au sens du règlement, le Danemark n'est pas un État membre) sans qu'il soit nécessaire de recourir à une déclaration constatant sa force exécutoire (article 5). Mais cette certification n'est pas possible pour toute décision, soit en raison de la matière dans laquelle elle est intervenue, soit en raison des conditions dans lesquelles elle a été rendue.

La procédure est limitée aux seules décisions civiles et commerciales, à l'exclusion donc des décisions fiscales, douanières ou administratives et de celles relatives à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique. Et elle est exclue, en matière civile et commerciale, pour les décisions statuant sur l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions, pour les décisions portant sur les faillites, concordats et autres procédures analogues, sur la sécurité sociale et sur l'arbitrage.

Elle est encore limitée aux décisions, transactions judiciaires et actes authentiques. Les décisions sont définies comme étant toute décision rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit sa dénomination, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès.

Elle ne s'applique qu'aux seules créances de sommes d'argent, car l'article 4 du règlement définit la créance comme étant un droit à une somme d'argent déterminée qui est devenue exigible ou dont la date d'échéance a été indiquée dans la décision, la transaction judiciaire ou l'acte authentique. Les obligations de faire se trouvent donc exclues.

Enfin, il faut que la créance concernée soit incontestée. La notion de créance incontestée est incertaine, comme le soulignait le professeur Normand dans l'article précité. Le règlement l'a précisée en distinguant quatre cas qui peuvent être regroupés en deux catégories (article 3).

La première ne pose guère de difficulté. Elle regroupe l'hypothèse dans laquelle le débiteur a expressément reconnu la créance en l'acceptant ou en recourant à une transaction qui a été approuvée par une juridiction ou conclue devant elle au cours d'une procédure judiciaire, et l'hypothèse dans laquelle le débiteur l'a expressément reconnue dans un acte authentique.

La seconde catégorie a été critiquée en doctrine, car elle tire des conséquences juridiques soit de l'absence de défense explicite du débiteur au cours de la procédure judiciaire, soit même de son défaut de comparution. En effet la créance est réputée incontestée si le débiteur ne s'y est jamais opposé, conformément aux règles de procédure de l'État dans lequel la décision a été rendue, au cours de la procédure judiciaire. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Il n'y a guère de difficulté lorsque la position adoptée par le débiteur au cours du procès implique nécessairement la reconnaissance de la dette, par exemple lorsqu'il se borne à solliciter des délais de paiement sans pour

autant contester le montant et l'exigibilité de la créance. Mais l'absence d'opposition en cours de procédure par un défendeur qui a comparu peut consister en l'absence de conclusions et résulter d'une tout autre raison que l'absence de contestation de l'obligation, liée au manque d'information, à l'absence de respect d'un délai de procédure, à des difficultés de l'intéressé avec son conseil. Le professeur Jeuland (*op. cit.*, p. 1635) fait observer qu'« il se peut que le débiteur ait été mal conseillé, mal informé, voire soit arrivé en retard à l'audience ». Tout aussi critique, M. d'Avout (« La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 1) souligne que, « sur le plan des principes, le juge saisi du litige ne peut pas déduire de la défaillance du défendeur établi à l'étranger son acceptation de la demande au fond : celui-ci peut bien être matériellement empêché de venir efficacement défendre ; il peut aussi par là vouloir manifester son refus de participer à une procédure qu'il estime indue, notamment à raison de l'incompétence du juge saisi. Lorsque le défendeur est établi à l'étranger, son défaut ne doit pas systématiquement lui être imputé à charge, mais doit au contraire, en certaines circonstances au moins, jouer en sa faveur ». Le professeur Ferrand (« Le titre exécutoire européen et les possibles tensions entre jugement sans frontières et procès équitable », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard : liber amicorum*, Defrenois, 2007, p. 119) relève également (§ 21) : « Force est de constater que les hypothèses de "présomption" de reconnaissance tacite de la créance sont énoncées de façon assez large au détriment des intérêts du défendeur et des droits de la défense, qui pourront être ainsi bafoués par l'interprétation, pas toujours judicieuse, de l'attitude (le silence ou l'absence de réaction) du réputé débiteur... [II] est reconnu davantage de valeur à sa non-comparution analysée comme une reconnaissance tacite de la créance, qu'à son acte positif de contestation, ce qui laisse songeur. »

Il est certain, en toute hypothèse, que cette reconnaissance présumée de la dette est en contradiction avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui interdit au juge de la déduire de l'absence de comparution du défendeur et lui impose d'examiner, au vu des pièces produites, si la demande est régulière, recevable et bien fondée, conformément à l'article 472 du code de procédure civile (2^e Civ., 9 décembre 1997, pourvoi n^o 96-12.797, *Bull.* 1997, II, n^o 311 ; voir, pour des exemples récents, 2^e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n^o 08-15.947, *Bull.* 2009, II, n^o 103 ; 2^e Civ., 26 mars 2014, pourvoi n^o 14-60.421, *Bull.* 2014, II, n^o 80 ; 2^e Civ., 3 décembre 2015, pourvoi n^o 14-26.676, *Bull.* 2015, II, n^o 266). La question se pose dans les mêmes termes en droit italien. Le Tribunale di Bologna, exposant que, dans son droit national, l'absence à la procédure ne vaut pas acquiescement du défendeur à la demande présentée contre lui, a saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle tendant à déterminer si une condamnation par défaut peut être assimilée à une condamnation pour créance incontestée. La Cour a répondu que, s'agissant d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, elle doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans toute l'Union européenne, en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause. Elle en déduit que les conditions dans lesquelles la créance est réputée incontestée au sens du règlement sont déterminées par ce seul règlement, donc des normes minimales de procédure qu'il énonce et qui visent à assurer l'existence de garanties suffisantes du respect des droits de la défense (CJUE, arrêt du 16 juin 2016, *Pebros Servizi*, C-511/14).

Mais la CJUE avait, dans un arrêt précédent, été amenée à se prononcer et à corriger ce qu'une interprétation extensive du règlement pourrait avoir d'excessif au regard des droits de la défense et du procès équitable. À propos des conditions de la certification, qui seront examinées plus loin, à l'occasion d'une demande de décision préjudicielle soumise par le Landgericht de Regensburg, elle retient que « la suppression de tout contrôle dans l'État membre d'exécution est indissolublement liée et subordonnée à la garantie suffisante du respect des droits de la défense » (§ 65). Se fondant sur les articles 14, § 2, du règlement n° 805/2004 précité et 34, § 2, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I »), elle décide que, si le « jugement par défaut compte parmi les titres exécutoires au sens de l'article 3 [du règlement n° 805/2004], susceptibles d'être certifiés en tant que titre exécutoire européen » (§ 62), « le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la certification, en tant que titre exécutoire européen au sens du règlement n° 805/2004, d'un jugement par défaut prononcé à l'encontre d'un débiteur dont l'adresse n'est pas connue » (§ 68) (CJUE, arrêt du 15 mars 2012, G, C- 292/10).

Trois leçons peuvent être tirées de ces arrêts.

En premier lieu, celui de 2016 n'est pas un recul par rapport à celui de 2012, mais il est dans sa continuité. En 2012, la Cour de cassation s'est expressément fondée sur les seules dispositions de droit communautaire pour écarter la possibilité de certifier un TEE dans le cas du jugement par défaut rendu contre un défendeur dont l'adresse est inconnue, elle ne s'est pas référée à d'autres normes, fussent-elles celles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En deuxième lieu, l'arrêt de 2016 ne remet pas en cause l'article 472 du code de procédure civile ni la jurisprudence de la Cour de cassation. Le considérant 19 qui précède le règlement dispose qu'il n'impose pas aux États membres l'obligation d'adapter leur législation nationale aux normes minimales de procédure qu'il prévoit et l'article 19 du règlement autorise (dans le cas particulier du réexamen) l'adoption de règles plus favorables que celles qu'il édicte. En droit interne, il demeure possible (on dirait volontiers *souhaitable* au regard de la protection des droits fondamentaux) de juger que le silence ou le défaut de comparution du défendeur ne valent pas reconnaissance de la créance du demandeur. La portée des arrêts de la CJUE se limite à la seule délivrance du TEE.

En troisième et dernier lieu, la question de la conformité de la procédure du TEE au droit au procès équitable demeure ouverte. Comme l'observe le professeur Ferrand (*op. cit.*, § 42), « même si l'objectif poursuivi par la Communauté est la totale liberté de circulation des décisions, ceci ne peut être réalisé à n'importe quel prix, et certainement pas au prix d'une perte de protection des droits fondamentaux de la défense. Dans le cas contraire, on aboutirait à une consécration, certes, du droit à l'exécution proclamé en 1997 dans l'arrêt *Hornsby* par la Cour européenne des droits de l'homme, mais également à la méconnaissance de toute la construction jurisprudentielle réalisée par cette dernière à propos du procès équitable fondé sur l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme. La protection de la défense ne saurait être bradée au profit d'une efficacité accrue de la justice civile [...]. Certes l'idée d'une libre circulation des jugements, sans aucune entrave, est séduisante. Mais pas au prix d'une renonciation à ce qui rend le procès équitable, car l'équité de la procédure est un combat de tous les instants que ne saurait éclipser la perspective d'un "jugement sans frontières" ».

Il faut pour terminer signaler un dernier cas. Un TEE peut également être certifié pour les décisions rendues à la suite de recours formés contre des décisions, des transactions judiciaires ou des actes authentiques certifiés comme étant des TEE. Selon M. d'Avout (*op. cit.*, n° 16), «[e]n somme, toute décision obtenue dans l'État d'origine du titre exécutoire suite à une contestation effective du principe ou du montant de la créance – par hypothèse, actuellement contestée – ressortit au domaine du réputé incontesté, par accession chronologique en quelque sorte. Ce qui était initialement incontesté, fût-ce par simple négligence du débiteur, le restera par suite du réveil procédural de ce dernier. On veut bien admettre cette extension technique, au regard du souci des auteurs du texte d'éviter les recours dilatoires», mais l'auteur dénonce le caractère virtuellement expansif de cette disposition. Il semble pourtant qu'une telle disposition trouve sa justification dans la nécessité de faire obstacle à d'éventuelles manœuvres dilatoires du débiteur : « le législateur européen a clairement voulu exclure tout abus d'un débiteur "malin" qui pouvait être tenté d'éviter l'exécution rapide, en formant un recours dans un but purement dilatoire. Pour éviter de tels abus, la décision confirmative peut donc être certifiée en tant que TEE, même si la créance a été contestée dans un débat contradictoire devant la juridiction de recours » (Karl H. Beltz, « Le titre exécutoire européen », *D.* 2005, p. 2707).

2. Les conditions de la certification d'une décision

a. Les normes minimales

Les particularités propres à certains jugements et les objectifs proclamés de subordonner l'absence de tout contrôle par l'État d'exécution à la garantie suffisante du respect des droits de la défense, de promouvoir les droits fondamentaux et d'assurer le plein respect du droit d'accéder à un tribunal impartial (règlement (CE) n° 805/2004 précité, considérants 10 et 11) ont nécessité l'adoption d'un certain nombre de règles spécifiques au TEE lorsqu'il est demandé pour l'exécution d'une décision. Certaines se rapportent à toutes les décisions, d'autres sont spécifiques au deux cas dans lesquels le caractère incontesté de la créance est « réputé » au sens de l'article 3, § 1, b et c du règlement.

Il est nécessaire que la décision soit exécutoire dans l'État membre d'origine. Une ordonnance de référé pourra donc faire l'objet d'un TEE (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 1635).

La décision ne doit pas être incompatible avec les dispositions en matière de compétence figurant dans les sections 3 et 6 du chapitre II du règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », précité.

Ces conditions ne paraissent pas présenter de difficulté particulière. Au contraire, la nature particulière des décisions portant sur les créances que l'on pourrait appeler « réputées non contestées » a nécessité des exigences spécifiques, dont l'objet est d'assurer un minimum de garanties. C'est ainsi que le chapitre III du règlement n° 805/2004 impose le respect d'un certain nombre de « normes minimales », sorte de socle commun procédural de l'Union.

La première série de conditions tient à la régularité de la signification ou notification de l'acte introductif d'instance. Celui-ci peut avoir été notifié ou signifié à personne et

être accompagné de la preuve de sa réception par le débiteur, mais il peut également, dans certaines hypothèses, ne pas être accompagné d'une telle preuve.

L'article 13, relatif à la signification à personne avec preuve de réception, comporte deux paragraphes. Le premier prévoit des cas qui ne posent pas de difficulté, la notification étant prouvée par la production d'un accusé de réception ou d'un document signé de la personne compétente qui a procédé à la signification, la possibilité d'une notification par voie postale ou électronique étant prévue, dès lors qu'il existe un accusé de réception. Le paragraphe 2 prévoit la possibilité de signifier ou notifier au débiteur la citation à comparaître au cours d'une audience précédente concernant la même créance, soit selon les modalités du premier paragraphe, soit oralement, à la condition que la citation à comparaître soit consignée dans le procès-verbal de l'audience.

L'article 14 prévoit à quelles conditions le jugement peut être certifié lorsque la preuve de la réception de la citation par le défendeur n'est pas produite. La liste des modalités admises est impressionnante : 1) la remise à l'adresse personnelle du débiteur, à une personne qui y vit ou qu'il y emploie ; 2) pour un indépendant ou une personne morale, la remise à personne, dans les locaux commerciaux (pourra-t-on y assimiler les locaux industriels ?), à des personnes employées par lui (faut-il en déduire qu'il faut une remise à plusieurs personnes ?) ; 3) dépôt de l'acte dans la boîte aux lettres du débiteur ; 4) dépôt dans un bureau de poste ou auprès d'une autorité publique et communication de ce dépôt dans la boîte aux lettres du débiteur, à condition de mentionner la nature judiciaire de l'acte et ses conséquences ; 5) notification postale, sans accusé de réception lorsque le débiteur a une adresse dans l'État membre d'origine ; 6) moyen électronique avec accusé de réception automatique, si le débiteur a expressément accepté à l'avance ce mode de signification. Pour les cas 1 à 4, la notification résultera d'un acte circonstancié signé par la personne compétente, indiquant notamment le nom de la personne qui a reçu l'acte, ou, dans les cas 1 et 2, d'un accusé de réception de la personne qui a reçu l'acte.

On a vu que la signification ou la notification selon ces modalités n'est pas permise si l'adresse du débiteur n'est pas connue avec certitude. La signification ou notification peut être faite à un représentant du débiteur, sans que le texte (article 15 du règlement) soit plus précis sur cette personne et les modalités de sa désignation et de la justification de ses pouvoirs.

Outre les modalités de signification, le règlement a entendu imposer une information minimale du débiteur, dans le contenu de l'acte introductif d'instance. Il doit préciser les noms et adresses des parties, le montant de la créance, les informations relatives à d'éventuels intérêts et l'indication des causes de la demande.

L'acte doit également préciser les exigences de procédure à respecter pour contester la créance (délais, adresse de l'institution à saisir, nécessité éventuelle d'être représenté par un avocat) et les conséquences de l'absence d'objection ou de la non-comparution.

La doctrine a fortement contesté ces conditions en ce qu'elles seraient non pas minimales, mais minimalistes. Selon M. d'Avout (*op. cit.*, n° 23), « les exigences minimales ainsi retenues n'assureront pas, avec une fiabilité suffisante, la connaissance par le débiteur du procès qui lui est intenté » et cet auteur signale le risque de voir figurer dans les conditions générales des vendeurs une clause d'acceptation de la signification par voie électronique. M. Jeuland souligne le même danger dans la vente électronique

et ajoute que les attestations « de personnes qui ne sont pas le défendeur ne donnent pas de garantie que le défendeur a été informé qu'une procédure a été engagée contre lui ou connaît de nouveaux développements. Comment alors déduire de son silence que la créance est incontestée ? » (*Op. cit.*, p. 1636.) Selon Mme Ferrand (*op. cit.*, § 26), « le règlement n'est guère protecteur sur ce point, puisqu'il semble faire une "confiance aveugle" au tiers qui aura reçu l'acte pour qu'il le transmette au débiteur [...]. Même si le règlement pose les exigences quant au contenu de l'acte introductif d'instance, elles ne servent à rien si ce dernier ne parvient pas à son destinataire » (*ibid.*, p. 122, l'expression « confiance aveugle » est du doyen Normand). M. Beltz considère que certains modes de signification « comme le simple dépôt dans la boîte aux lettres paraissent être fort problématiques » (K. Beltz, *op. cit.*, § 4).

Il faut observer que ces règles ne font pas obstacle au maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les exigences du code de procédure civile en matière de signification des actes. Certains des modes de signification admis par le règlement sont irréguliers en droit français et aucun jugement ne pourrait être rendu (sauf aberration localisée) dans ces conditions, ni donc être certifié. La question est plus délicate pour des TEE émanant d'un autre État membre et rendus dans de telles conditions. Elle sera abordée à propos de l'exécution du TEE.

b. La protection des consommateurs

L'article 6, § 1, d, du règlement n° 805/2004 précité prévoit une protection complémentaire dans le cas où le débiteur est un consommateur. Une décision « réputée non contestée » ne peut être certifiée, lorsque le débiteur est le consommateur et que la créance se rapporte à un contrat conclu par celui-ci pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, que si elle a été rendue dans l'État membre où ce consommateur a son domicile au sens de l'article 59 du règlement (CE) n° 44/2001.

La CJUE a été amenée à préciser l'interprétation de ce texte (CJUE, arrêt du 5 décembre 2013, Vapenik, C-508/12). Le Landesgericht Salzburg avait posé une question préjudicielle tendant à savoir s'il s'applique également aux contrats conclus entre deux personnes non engagées dans des activités professionnelles ou commerciales. En effet, l'article 6 ne précise pas si la qualité de professionnel ou non du cocontractant du consommateur joue un rôle aux fins de la qualification de l'autre partie en consommateur. La Cour décide que la notion de consommateur est la même dans le règlement (CE) n° 805/2004 que dans le règlement (CE) n° 44/2001 et que la règle de l'article 6 ne s'applique pas aux contrats conclus entre deux personnes non engagées dans des activités commerciales ou professionnelles.

c. Les « soupapes de sécurité »

Pour adapter les règles aux circonstances concrètes qui peuvent se manifester, le règlement a prévu des mécanismes de correction, l'un en faveur du créancier permettant de remédier au non-respect des normes minimales, l'autre en faveur du débiteur, lui permettant de demander un réexamen de la décision dont la certification est demandée.

Le créancier peut obtenir la certification d'un TEE, même lorsque la procédure n'a pas satisfait aux exigences des articles 13 à 17, dans deux hypothèses.

Pour la première hypothèse, trois conditions sont requises : 1) que la décision ait été notifiée selon l'une des formes prévues aux articles 13 et 14 (dont on a vu qu'elles sont peu exigeantes); 2) que le débiteur ait eu la possibilité de contester la décision par un recours permettant un réexamen complet de la décision et qu'il ait été averti de l'existence et des modalités de ce recours dans la décision elle-même ou sa signification; 3) que le débiteur ait omis de former ce recours selon les règles pertinentes. L'interrogation subsiste sur certaines des formes de signification de l'article 14, qui n'assurent pas véritablement la certitude de la connaissance par le débiteur de l'acte qui lui est destiné. Même dans le droit interne français, bien plus exigeant, il subsiste un contentieux important sur la validité des significations, jusque devant la Cour de cassation.

Dans la seconde hypothèse, le créancier pourra obtenir le TEE s'il est prouvé par le comportement du débiteur au cours de la procédure judiciaire qu'il a reçu personnellement l'acte devant être signifié ou notifié, en temps utile pour pouvoir préparer sa défense. Ce cas repose donc sur une importante dose d'interprétation : du comportement du débiteur d'une part, de la notion de temps utile d'autre part.

La charge de la preuve devrait incomber au créancier.

Selon l'article 19 du règlement, la certification ne peut intervenir que si le débiteur a droit, en vertu de la loi de l'État membre, à un réexamen de la décision dans deux cas :

- si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent ou la citation à comparaître a été signifié ou notifié dans l'une des formes de l'article 14 et que la signification de cet acte ne lui soit pas parvenue en temps utile pour préparer sa défense, sans qu'il y ait faute de sa part,

- si le débiteur a été empêché de contester la créance pour des raisons de force majeure ou par suite de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait eu faute de sa part.

Dans les deux cas, il est imposé au débiteur d'agir rapidement.

Dans ces hypothèses comme dans les précédentes, une grande part d'appréciation est laissée au juge.

Une juridiction belge s'est interrogée sur la portée de ce texte. Le Hof van beroep te Antwerpen a posé à la CJUE une question préjudicielle tendant à savoir, d'une part, si l'article 19 du règlement impose aux États membres d'instaurer une procédure de réexamen, et, d'autre part, à quelles conditions ce texte soumet la certification en tant que TEE d'une décision rendue par défaut. Sur le premier point, la Cour a répondu sans surprise que le règlement n'impose pas aux États membres d'adapter leur législation interne aux normes minimales ni d'instaurer une procédure spécifique de réexamen. La seule conséquence de l'absence d'une telle procédure est l'impossibilité de certifier la décision en tant que titre exécutoire européen. Sur le deuxième point, la Cour répond d'abord qu'une telle procédure peut résulter des règles de droit interne préexistant au règlement. Pour être conforme à l'article 19, cette procédure doit permettre un réexamen complet de la décision, en fait et en droit, permettre de demander ce réexamen au-delà des délais ordinaires pour former opposition ou appel (notamment par la prorogation de ces délais pour les faire courir à nouveau à compter du jour où le débiteur a eu la possibilité de prendre connaissance du contenu de la décision ou d'exercer un recours) et permettre une telle prorogation des délais de recours, tant en cas de force majeure qu'en présence de circonstances extraordinaires indépendantes de

la volonté du débiteur, et sans qu'il y ait eu faute de sa part. La Cour renvoie au juge national l'interprétation de son droit interne pour déterminer si ces conditions sont remplies, et spécialement si la prorogation des délais est possible à la fois en cas de force majeure et en cas de circonstances extraordinaires au sens de l'article 19 (CJUE, arrêt du 17 décembre 2015, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14; *Europe* n° 2, février 2016, comm. 83 par L. Idot).

Il appartiendra donc aux juridictions françaises, sous le contrôle de la Cour de cassation, de dire si les règles propres du code de procédure civile français instituent une procédure de réexamen au sens de l'article 19, à défaut de quoi un certain nombre de décisions ne pourraient pas faire l'objet d'une certification comme TEE.

3. La procédure de certification

Le règlement n'est pas très détaillé sur la procédure de certification. Il se borne à énoncer que celle-ci peut être partielle, si seule une partie de la décision est conforme aux règles de la certification, et que le certificat de TEE soit délivré au moyen d'un formulaire type, rempli dans la langue de la décision. L'article 6 prévoit que la certification peut être demandée, à tout moment, à la juridiction d'origine.

La doctrine s'était interrogée sur le juge compétent pour établir le certificat, soulignant le risque pour l'impartialité objective du juge qui a rendu la décision (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 1635). La circulaire NOR : JUSC 0620384C de la direction des affaires civiles et du sceau du 26 mai 2006 relative à l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 805/2004 s'appuie sur les dispositions de l'article 509-1 du code de procédure civile pour désigner le greffier en chef de la juridiction qui a rendu la décision ou homologué la convention. La rédaction de l'article 509-1 a été modifiée par le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure en matière civile, commerciale et sociale pour prévoir expressément cette compétence pour la certification en application du règlement (CE) n° 805/2004. Cet article a ensuite été modifié par le décret n° 2015-1395 du 2 novembre 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de successions transfrontalières mais la compétence du greffier en chef a été maintenue (pour les actes authentiques, la certification est confiée par l'article 509-3 au notaire qui a reçu l'acte). La Cour de cassation a fait application de ces règles à une affaire particulièrement complexe (2^e Civ., 25 juin 2015, pourvoi n° 14-18.270). La requête avait été présentée au greffier en chef d'une cour d'appel qui avait refusé de délivrer le certificat. La requérante avait alors formé recours devant le président d'un tribunal de grande instance qui avait établi le certificat. La société débitrice avait ensuite formé une demande de rétractation de ce certificat, demande adressée au greffier en chef du tribunal et rejetée par... le président du tribunal de grande instance. Au visa notamment de l'article 509-1 du code de procédure civile, la Cour de cassation casse cette ordonnance pour excès de pouvoir : « Qu'en statuant ainsi alors que la demande de rectification ou de retrait du certificat de titre exécutoire européen adressée au greffier en chef doit être examinée par celui-ci, le président du tribunal de grande instance de Saint-Étienne, qui a excédé ses pouvoirs, a violé les textes susvisés » (E. Matringe, « Le juge judiciaire, le principe du contradictoire et le titre exécutoire européen », *RTD eur.* 2016, p. 374).

On peut toutefois se demander si cette solution pourra être maintenue. En effet la CJUE s'est prononcée en sens inverse dans l'arrêt *Imtech Marine Belgium* du

17 décembre 2015 précité. Elle distingue entre la certification proprement dite d'une décision et l'acte formel de délivrance du certificat. Ce dernier acte peut être réalisé par le greffier mais la Cour retient que «les qualifications juridiques d'un juge sont indispensables pour apprécier correctement, dans un contexte d'incertitude quant au respect des normes minimales, [...] les voies de recours internes [...]. Par ailleurs, seule une juridiction au sens de l'article 267 TFUE pourra assurer que, moyennant un renvoi préjudiciel à la Cour, les normes minimales établies par le règlement n° 805/2004 fassent l'objet d'une interprétation et d'une application uniformes dans l'Union européenne» (§ 47). En conséquence, la Cour dit pour droit que «l'article 6 du règlement n° 805/2004 doit être interprété en ce sens que la certification d'une décision en tant que titre exécutoire européen, qui peut être demandée à tout moment, doit être réservée au juge». L'état actuel du droit français semble donc bien en contradiction avec l'article 6 du règlement (E. Matringe, *ibid.*, signale cette discordance).

4. Les effets de la certification : l'exécution du TEE

a. Le principe

L'effet de la certification d'une décision comme TEE est particulièrement radical : la décision est reconnue et exécutée dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance. La décision sera exécutée dans l'État d'exécution dans les mêmes conditions qu'une décision d'une juridiction de cet État, sans que le requérant étranger soit tenu de fournir caution. Il lui faudra seulement produire une expédition authentique de la décision et du TEE, au besoin accompagnée d'une transcription ou d'une traduction dans la langue du pays d'exécution (la France accepte les certificats en français, anglais, allemand, espagnol et italien).

La Cour de cassation en a logiquement déduit «qu'ayant exactement retenu que la décision certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'État d'origine est reconnue et exécutée dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à procéder à la recherche prétendument omise, qui était sans incidence sur la solution du litige, que les contestations formées par la société Extrucable à l'encontre du jugement du tribunal italien étaient irrecevables» (2^e Civ., 22 février 2012, pourvoi n° 10-28.379, *Bull.* 2012, II, n° 36). Le juge de l'exécution ne peut apprécier si les conditions de délivrance du certificat de TEE imposées par le règlement ont été respectées (en l'espèce l'obligation d'informer le débiteur de l'existence d'un recours contre la décision et de ses modalités). Est-ce à dire qu'il s'agit d'un automatisme total ?

b. Les moyens de défense dans l'État d'exécution

Le débiteur n'est pas totalement démuné face à l'exécution d'un TEE. Le juge de l'exécution conserve dans certaines conditions le pouvoir de refuser l'exécution, de la suspendre ou de la limiter.

L'exécution peut être refusée si la décision certifiée est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans tout État membre ou même dans un pays tiers, sous

trois conditions : 1) l'identité de parties et de cause; 2) la décision antérieure a été rendue dans l'État d'exécution ou elle y est exécutoire; 3) l'incompatibilité n'a pas été et n'aurait pas pu être invoquée au cours de la procédure judiciaire dans l'État membre d'origine. En toute hypothèse, la juridiction de l'État d'exécution ne peut pas procéder à un réexamen au fond de la décision certifiée ni de la certification.

Contrairement au règlement Bruxelles I, une décision rendue dans l'État d'exécution, mais postérieurement à celle qui fait l'objet du TEE, ne peut plus faire obstacle à l'exécution dans cet État (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 1639; M. d'Avout, *op. cit.*, n° 27).

La doctrine a émis des réserves sur les conséquences de l'abandon du critère de l'ordre public, spécialement en ce qui concerne le respect des principes fondamentaux de la procédure. Le professeur Jeuland (*op. cit.*, p. 1640) voit un paradoxe à faire disparaître la possibilité de l'invoquer alors que la jurisprudence sur le règlement Bruxelles I avait renforcé le contrôle sur ce fondement, mais la difficulté se résout selon lui dès lors que le règlement (CE) n° 805/2004 présuppose que tous les États de l'Union reconnaissent que les autres États membres respectent ces principes fondamentaux.

La possibilité de suspension ou de limitation de l'exécution n'est ouverte que dans deux cas : celui où le débiteur a formé un recours contre la décision certifiée, en ce compris la demande de réexamen au sens de l'article 19 du règlement, ou celui où il a demandé la rectification ou le retrait d'un certificat de titre exécutoire selon la procédure de l'article 10.

La juridiction compétente de l'État d'exécution (il s'agira logiquement en France du juge de l'exécution) peut alors, à la demande du débiteur, soit : 1) limiter l'exécution à des mesures conservatoires; 2) subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté; 3) dans des circonstances exceptionnelles, suspendre la procédure d'exécution.

Le texte est particulièrement imprécis en ce qui concerne les conditions dans lesquelles le juge pourra suspendre ou limiter l'exécution. Il semblerait, à s'en tenir à la lettre du règlement, que les deux premières mesures possibles (limitation à des mesures conservatoires, constitution d'une sûreté), en l'absence de critère précis, pourraient relever du pouvoir discrétionnaire du juge. Au contraire, la suspension pure et simple nécessitera de relever et de qualifier les circonstances exceptionnelles qui la justifient. Il n'y a pas de guide pour le juge. On pourrait donc imaginer à ce stade de se fonder sur des considérations tirées aussi bien de la situation du débiteur ou du créancier, par exemple le risque de ruine totale du premier ou l'impossibilité pour le second de rembourser les sommes perçues, que de la qualité de la procédure ayant conduit à l'obtention de la décision ou de sa certification. Cela réintroduirait, certes dans un cas particulier, une forme de contrôle de la procédure suivie dans l'État d'origine, au moins provisoirement et en l'attente de la décision sur ce point des juridictions de celui-ci. Mais l'adjectif «exceptionnel» limiterait nécessairement un tel contrôle à des violations flagrantes soit du règlement, soit des principes du procès équitable. Et, en cas de confirmation par la juridiction d'origine, le TEE devrait être exécuté sans pouvoir être remis en cause. Il appartiendra à la jurisprudence de définir les conditions d'application de ces mesures qualifiées par le professeur Ferrand de «garde-fous» (*op. cit.*, § 41). Un auteur a exprimé la crainte que ces mesures ne soient l'occasion de laisser en suspens les mesures d'exécution demandées en application d'un jugement étranger (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 1639).

5. Les recours

a. Les recours dans l'État d'exécution

On l'a vu, il n'est pas prévu de véritable recours devant les juridictions de l'État d'exécution. L'on se trouvera, dans des cas limités, en présence de véritables instances nouvelles, destinées soit à faire échec totalement à l'exécution (refus d'exécution), soit à en limiter provisoirement les effets (limitation ou suspension de l'exécution). L'initiative devant provenir du débiteur et aucune instance en *exequaturo* n'ayant lieu, une telle demande ne pourra intervenir qu'au stade de l'exécution, à un moment où des mesures d'exécution auront déjà été prises et où il faudra en anéantir ou en limiter les effets.

La Cour de cassation a jugé, en parfaite cohérence avec le règlement, qu'aucun recours n'est ouvert devant les juridictions de l'État d'exécution : « attendu que l'article 5 du règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil n° 85/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées dispose qu'une décision qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine est reconnue et exécutée dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance et que, aux termes des dispositions de l'article 10 du même règlement, la délivrance d'un certificat européen n'est pas susceptible de recours autre que la rectification ou le retrait dont la demande, qui n'est enfermée dans aucun délai, doit être adressée à la juridiction d'origine » (2^e Civ., 26 septembre 2013, pourvoi n° 12-22.657). Tout recours relève donc de la juridiction d'origine.

b. Les recours dans l'État d'origine

α. Les recours contre le certificat de TEE

L'article 10, § 4, du règlement dispose que la délivrance d'un certificat de TEE n'est pas susceptible de recours mais le même article, dans son § 1, prévoit la possibilité d'une rectification d'erreur matérielle ou d'un retrait. L'erreur matérielle est strictement limitée à la divergence entre la décision et le certificat. Le retrait ne peut intervenir que dans le cas où il est « clair » que le certificat a été obtenu indûment eu égard aux conditions prévues par le règlement. L'adjectif « clair » invite à une interprétation restrictive des cas dans lesquels le retrait pourra intervenir. Il s'agira d'une violation flagrante des conditions prévues par le règlement.

On s'interroge sur la nature juridique de ces deux voies ouvertes contre le certificat. L'analyse du § 4 de l'article 10 (« la délivrance d'un certificat de titre exécutoire européen n'est par ailleurs pas susceptible de recours ») amène le professeur Jeuland (*op. cit.*, p. 1637) à considérer que la rectification d'erreur matérielle et le retrait constituent des voies de recours, tout autre recours étant exclu. Au vu de l'arrêt de la CJUE *Imtech Marine Belgium* précité, il faut retenir que la certification relève du juge et qu'il s'agit d'un acte juridictionnel. En ce cas, on serait en présence d'un recours juridictionnel pouvant s'apparenter au recours en rétractation d'une ordonnance sur requête, au moins pour la demande de retrait.

L'absence de recours conduit la Cour de cassation à considérer que le pourvoi en cassation demeure possible sur le fondement de l'excès de pouvoir, même en cas de rejet de la demande de rétractation. C'est ce qu'elle a jugé dans son arrêt du 25 juin 2015 précité.

Si le règlement exclut les recours, dans la limite rappelée ci-dessus, dans le cas de délivrance du certificat, il est muet sur le refus de certification. La procédure française permet, en ce cas, une contestation. L'article 509-5 du code de procédure civile impose au greffier en chef de motiver la décision de rejet. Si le rejet n'émane pas d'un juge, il peut être déféré au président du tribunal de grande instance, saisi sur simple requête, qui statue en dernier ressort.

Au regard de l'arrêt *Imtech Marine Belgium* de la CJUE précité, il semble bien que l'ensemble des règles du code de procédure civile devrait être revu pour les mettre en conformité avec l'interprétation donnée par la Cour de cassation, qui réserve au seul juge la décision sur la certification.

β. Les recours contre la décision dont la certification est demandée

On observera que l'exercice des voies de recours de droit interne ne fait pas nécessairement obstacle à la délivrance d'un TEE. En effet, il suffit que la décision soit exécutoire dans l'État membre d'origine. Une décision exécutoire par provision pourra donc être certifiée. Cela est confirmé par l'abandon de la condition initialement prévue, qui limitait la certification aux seules décisions ayant la force de chose jugée (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 1635). Le règlement prévoit donc que, en cas de suspension ou de limitation de la force exécutoire ou de perte du caractère exécutoire, un certificat établissant cette nouvelle situation pourra être demandé à la juridiction d'origine. Il peut s'agir de l'arrêt de l'exécution provisoire au sens de l'article 524 du code de procédure civile. Il peut s'agir aussi de la « péremption » du jugement réputé contradictoire, non signifié dans les six mois de son prononcé, ce qui ne va pas sans poser un problème de compétence : comment demander un certificat au greffier en chef alors que la Cour de cassation décide que seul le juge de l'exécution est compétent pour se prononcer sur une demande tendant à faire constater le caractère non avénu d'un tel jugement ? (2^e Civ., 11 octobre 1995, pourvoi n° 93-14.326, *Bull.* 1995, II, n° 233.)

Le recours de droit interne peut aboutir à la confirmation de la décision bénéficiant de la certification. En ce cas, un certificat de remplacement pourra être établi. Si, au contraire, la décision est infirmée, un certificat établissant cette nouvelle situation pourra être demandé.

La Cour de cassation a toutefois jugé que la production d'un tel certificat n'est pas nécessaire pour obtenir l'annulation des procédures d'exécution effectuées sur le fondement du TEE initial. Se fondant sur l'article 11 du règlement, aux termes duquel le certificat de titre exécutoire européen ne produit ses effets que dans les limites de la force exécutoire de la décision, elle décide que l'annulation de la décision qui en bénéficiait entraîne la perte de fondement juridique de la mesure d'exécution et sa mainlevée, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un certificat établissant la suspension ou le retrait du TEE d'origine (2^e Civ., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.518, *Bull.* 2012, II, n° 7). Un formalisme excessif est ainsi évité.

Il a déjà été indiqué que l'existence en droit interne d'une procédure permettant le réexamen, dans des cas exceptionnels, de la décision dont la certification est demandée est une condition de la délivrance d'un certificat de TEE.

Le règlement précise que ce texte n'interdit pas aux États membres d'autoriser un réexamen dans des conditions plus favorables que celles de l'article 19.

La CJUE a rappelé dans son arrêt *Imtech Marine Belgium* précité que le règlement n'impose pas aux États membres d'adapter leur droit pour organiser une procédure de réexamen. Mais il existe une forte incitation en ce sens : si une telle procédure n'est pas organisée, dans les cas prévus par le règlement, les décisions émanant des juridictions de cet État ne pourront pas faire l'objet d'une certification comme TEE. Il appartiendra aux juridictions françaises de décider si les règles actuelles du code de procédure civile, notamment celles relatives à l'opposition, constituent une procédure de réexamen conforme aux exigences de l'article 19.

La voie du TEE n'est pas exclusive.

En effet, l'article 27 du règlement (CE) n° 805/2004 précité précise qu'il n'est pas porté atteinte à la possibilité de demander la reconnaissance et l'exécution conformément au règlement (CE) n° 44/2001. Ce règlement a été abrogé et remplacé par le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement et Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I bis »), entré en vigueur le 10 janvier 2015. Il a instauré, en ses articles 39 à 53, une procédure de reconnaissance et d'exécution simplifiée des jugements sur la base d'un certificat délivré par le tribunal d'origine attestant que la décision est exécutoire dans le pays d'origine, et permettant l'exécution. L'éventuel refus, à l'initiative du débiteur (ou toute autre partie prenante), doit nécessairement être fondé sur un motif parmi ceux limitativement énumérés à l'article 45, principalement la contrariété à l'ordre public ou l'incompatibilité avec des décisions antérieures.

L'examen de la réception des jugements rendus en matière civile témoigne incontestablement d'un accueil favorable à la circulation des décisions étrangères. La réception des jugements pénaux étrangers s'avère plus délicate.

§ 2. La réception des jugements rendus en matière pénale

En principe, au nom du dogme de la territorialité, la France ne reconnaît pas les effets produits sur son sol par une décision pénale étrangère. Encore convient-il de nuancer cette affirmation en distinguant les effets attachés à cette décision : sa force exécutoire d'une part (A) et son autorité de chose jugée, plus spécialement son autorité négative de chose jugée, d'autre part (B).

A. La force exécutoire en France d'un jugement répressif étranger

Le droit pénal, dont la caractéristique essentielle est l'exercice unilatéral d'un pouvoir de coercition affectant la liberté, le patrimoine ou l'honneur de l'auteur d'une infraction, constitue l'une des expressions les plus achevées de la souveraineté de l'État. Celle-ci impliquant le monopole de la contrainte légitime, une telle considération pourrait paraître incompatible ou difficilement compatible avec l'exécution en France de décisions pénales prononcées par les juridictions d'un État étranger. Pour autant, il serait assurément inopportun, dans un espace favorisant la circulation des personnes, que l'existence des frontières nationales fasse malencontreusement office de pare-feu et permette à l'auteur d'une infraction commise dans un pays d'échapper, à la faveur de son installation dans un autre pays, aux conséquences de ses actes et de commettre de nouvelles infractions.

C'est pourquoi l'affirmation jadis formulée en des termes très abrupts, suivant laquelle « il est de règle [...] que les condamnations prononcées par les tribunaux étrangers sont sans application en France » (Civ., 30 avril 1885, *Bull.* 1885, n° 99), à propos de la contestation d'une incapacité électorale à raison d'une condamnation pour vol prononcée par une juridiction étrangère), mérite aujourd'hui d'être considérablement nuancée.

Trois situations doivent être distinguées : celle d'une condamnation prononcée par un État membre de l'Union européenne (1), celle de l'exécution en France d'une peine privative de liberté prononcée à l'étranger en dehors de l'Union (2) et celle de l'imputation sur la peine prononcée en France de la privation de liberté déjà subie à l'étranger (3).

1. L'exécution d'une condamnation prononcée par un État membre de l'Union européenne

Dans le cadre du droit de l'Union européenne, la relative intégration de l'espace européen et le principe de confiance mutuelle régissant les relations entre les États membres ont permis des avancées juridiques exprimées dans un certain nombre de décisions-cadres du Conseil, ensuite transposées en droit interne.

Sans être exhaustif, on en citera trois exemples, par ordre chronologique.

En matière de sanctions pécuniaires, la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires a conduit à l'insertion dans l'article 707-1 du code de procédure pénale, par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, d'un alinéa énonçant que « le procureur de la République poursuit également l'exécution des sanctions pécuniaires prononcées par les autorités compétentes des États membres de l'Union européenne », selon des modalités qui ont été fixées par les articles D. 48-6 et suivants du même code, issus du décret n° 2007-699 du 3 mai 2007, dont on retiendra, notamment, que, sauf dispositions particulières contraires, l'exécution, en France, des sanctions pécuniaires prononcées dans un autre État membre de l'Union européenne « est régie par la loi française de la même manière que les amendes pénales prononcées par les juridictions répressives françaises » (article D. 48-18, alinéa 2, du code de procédure pénale).

De portée plus générale, la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale a édicté le principe de cette prise en compte, par les juridictions d'un État membre, des condamnations prononcées dans un autre État membre, sans pour autant entrer dans le détail des modalités de celle-ci, compte tenu du nécessaire respect des diverses législations nationales, lesquelles n'attachent pas toutes les mêmes conséquences à l'existence de condamnations antérieures.

La transposition en droit français de cette décision a été assurée par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, créant les articles 132-23-1 et 132-23-2 du code pénal. Ils prévoient, le premier, que les condamnations prononcées dans un autre État membre de l'Union « sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets juridiques que ces condamnations », le second, que, pour l'appréciation des

effets juridiques de la condamnation étrangère, « la qualification des faits est déterminée par rapport aux incriminations définies par la loi française et sont prises en compte les peines équivalentes aux peines prévues par la loi française ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment jugé que l'article 132-23-1 précité ne donnait pas aux juridictions françaises le pouvoir d'ordonner la confusion entre une peine prononcée et exécutée en France et une peine prononcée à l'étranger, sur laquelle il ne pouvait être influé (Crim., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-80.161, *Bull. crim.* 2014, n° 247). Le principe, énoncé par un arrêt plus ancien (Crim., 6 février 1996, pourvoi n° 95-82.408, *Bull. crim.* 1996, n° 61), suivant lequel « la confusion ne saurait être admise entre une peine prononcée par une juridiction étrangère, même exécutée en France, et celle émanant d'une juridiction nationale », demeure donc valable.

En revanche, la jurisprudence interdisant de prendre en considération une condamnation étrangère comme premier terme de l'état de récidive (Crim., 7 novembre 1968, pourvoi n° 68-91.144, *Bull. crim.* 1968, n° 290) a, elle, été remise en cause par l'entrée en vigueur du nouvel article 132-23-1 du code pénal, la Cour de cassation précisant même, conformément à sa jurisprudence constante en matière d'application dans le temps des lois relatives à la récidive, qu'une condamnation prononcée en Allemagne, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 10 mars 2010, pouvait être prise en compte pour caractériser la récidive, dès lors que l'infraction constitutive du second terme, qu'il appartenait à l'agent de ne pas commettre, était postérieure à cette entrée en vigueur (Crim., 24 mars 2015, pourvoi n° 15-80.023, *Bull. crim.* 2015, n° 66).

Suivant de quelques mois la précédente, la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté, aux fins de leur exécution dans l'Union européenne a été suivie de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses mesures d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France créant les articles 728-10 à 728-76 du code de procédure pénale, désormais applicables aux demandes de reconnaissance et d'exécution de décisions de condamnation reçues ou adressées par la France postérieurement à la date de publication de ladite loi.

2. L'exécution d'une condamnation privative de liberté prononcée par un État extérieur à l'Union européenne

En dehors même du cadre, relativement intégré, de l'Union européenne, la manifestation la plus tangible de la réception, en France, de jugements pénaux étrangers réside dans le fait que de nombreuses peines privatives de liberté prononcées par des juridictions étrangères, à l'encontre de ressortissants français ayant commis une infraction à l'étranger, sont effectivement exécutées, au moins partiellement, dans un établissement pénitentiaire français.

Cette possibilité est prévue par de nombreuses conventions de transfèrement, qui peuvent être bilatérales (par exemple, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire) ou multilatérales (en particulier, la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées,

faite à Strasbourg le 21 mars 1983, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe mais ouverte à la signature d'États non européens, tels que les États-Unis, l'Australie ou le Japon), voire, en l'absence de convention, par un simple accord au cas par cas (pour la Bosnie-Herzégovine, voir *Crim.*, 18 juin 2008, pourvoi n° 07-84.168). D'autre part, les dispositions de droit interne applicables en cas de transfèrement d'un condamné en France, qui figuraient initialement aux articles 713-1 à 713-8 du code de procédure pénale, issus de la loi n° 84-1150 du 21 décembre 1984, ont été transférées, à droit constant, par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, aux articles 728-2 à 728-9 du même code.

L'exécution, dans un État, de la peine prononcée par une juridiction d'un autre État, n'est jamais exempte de difficultés, compte tenu du particularisme propre à chacun des deux systèmes juridiques en présence. Ainsi la peine prononcée dans l'État de condamnation peut être d'une nature ou d'une durée que ne prévoit pas le droit de l'État d'exécution, et il serait difficile, pour celui-ci, d'assurer la mise en œuvre pure et simple de dispositions non conformes à son ordre juridique.

S'il est donc nécessaire de mettre la peine prononcée dans l'État de condamnation en cohérence avec les dispositions d'ordre public du droit de l'État d'exécution, il importe tout autant que cette adaptation respecte, le plus possible, les caractéristiques de la décision initiale et se limite au minimum strictement indispensable.

Ainsi, l'article 728-4 du code de procédure pénale énonce : « La peine prononcée à l'étranger est, par l'effet de la convention ou de l'accord internationaux, directement et immédiatement exécutoire sur le territoire national pour la partie qui restait à subir dans l'État étranger. Toutefois, lorsque la peine prononcée est, par sa nature ou sa durée, plus rigoureuse que la peine prévue par la loi française pour les mêmes faits, le tribunal correctionnel [...] lui substitue la peine qui correspond le plus en droit français ou réduit cette peine au maximum légalement applicable. Il détermine en conséquence, suivant les cas, la nature et, dans la limite de la partie qui restait à subir dans l'État étranger, la durée de la peine à exécuter. »

De nombreuses stipulations conventionnelles (par exemple, l'article 10 de la Convention de Strasbourg de 1983, ou encore l'article 8 de la Convention franco-marocaine de 1981, précitées) prévoient également une telle adaptation et précisent qu'elle ne doit pas conduire à aggraver le sort du condamné.

Il a été jugé qu'en l'absence même de disposition le prévoyant, dans la Convention de voisinage franco-monégasque du 18 mai 1963, la peine prononcée par une juridiction monégasque et exécutée en France avait été légalement réduite au maximum légal encouru en France, sur le seul fondement de l'article 728-4 du code de procédure pénale (*Crim.*, 21 juin 2006, pourvoi n° 06-80.107, *Bull. crim.* 2006, n° 195). Ce texte exprime assurément la volonté du législateur français de ne voir « retouchée » qu'*a minima* la peine prononcée dans l'État de condamnation.

C'est également la raison pour laquelle, dans le cadre de la Convention de Strasbourg du 21 mars 1983 précitée, qui prévoit deux mécanismes alternatifs de conversion (selon l'article 11 de la Convention, la condamnation initiale se trouve en quelque sorte remplacée par une décision nouvelle des autorités de l'État d'exécution) et de poursuite de l'exécution (selon son article 10, la condamnation initiale demeure exécutoire dans l'État d'exécution, sous réserve de sa mise en conformité avec le droit de ce dernier), la France

a formulé des déclarations et réserves aux termes desquelles elle refuse expressément toute application du système de la conversion dans ses relations avec les autres parties.

La Cour de cassation veille, elle aussi, à contenir la procédure d'adaptation de la peine prononcée à l'étranger dans les limites inhérentes à son objet spécifique. Invitée par un demandeur à exercer un contrôle sur la procédure suivie devant la juridiction étrangère, dont il était soutenu qu'elle était affectée de vices conduisant à un déni de justice, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'y est refusée et a affirmé que la juridiction française saisie aux fins d'adaptation d'une peine prononcée à l'étranger n'avait d'autre pouvoir que de lui substituer la peine lui correspondant le plus en droit français ou de la réduire au maximum légal applicable en France (Crim., 24 juin 2015, pourvoi n° 13-87.316, *Bull. crim.* 2015, n° 168; *D.* 2016, p. 151, chr. B. Laurent).

Ce même arrêt présente un second intérêt. Le droit français ayant, en l'espèce, connu une évolution importante entre la date de commission de l'infraction et celle du transfèrement du condamné en France, l'arrêt précise que l'adaptation de la peine étrangère doit se faire au regard de la loi française en vigueur à la date du transfèrement, quand bien même serait-elle plus sévère que celle en vigueur à la date de commission des faits, dès lors qu'elle demeure moins sévère que celle prévue par la loi étrangère en application de laquelle a été prononcée la condamnation.

Pour autant, l'emprise du droit étranger ne s'étend pas au-delà du transfèrement. À partir de la date de celui-ci, c'est la loi française qui régit la partie de la peine restant à subir compte tenu, notamment, des réductions de peine accordées par l'État de condamnation au titre de la période de détention subie sur son territoire (Crim., 18 décembre 1996, pourvoi n° 93-80.513; Crim., 18 décembre 1996, pourvoi n° 93-80.864; Crim., 18 décembre 1996, pourvoi n° 93-84.735, *Bull. crim.* 1996, n° 478 [pour les 3 arrêts]; Crim., 10 mars 1998, pourvoi n° 97-81.151, *Bull. crim.* 1998, n° 91).

3. L'imputation sur la peine prononcée en France de la durée de la privation de liberté subie à l'étranger

Il est enfin des cas dans lesquels le juge français, sans assurer directement l'exécution, en France, d'une décision pénale étrangère, doit néanmoins prendre celle-ci en compte pour l'exécution de sa propre décision.

Il s'agit, en particulier, de l'hypothèse dans laquelle, en raison de l'absence d'autorité négative de chose jugée attachée à une condamnation étrangère (sur ce point, voir le B ci-après), une décision de justice française est susceptible de sanctionner, pour la deuxième fois, une même infraction.

Rompant avec sa jurisprudence antérieure, qui, dans un tel cas, s'opposait à toute imputation, sur la peine française, de la durée d'incarcération subie à l'étranger en exécution de la condamnation prononcée par la juridiction étrangère (Crim., 11 juin 1986, pourvoi n° 85-93.316, *Bull. crim.* 1986, n° 203; Crim., 26 octobre 1993, pourvoi n° 93-83.808, *Bull. crim.* 1993, n° 315), la chambre criminelle de la Cour de cassation juge désormais qu'en cas de condamnation en France, la détention subie à l'étranger doit être déduite de la peine prononcée par la juridiction française, lors de l'exécution de celle-ci (Crim., 23 octobre 2013, pourvoi n° 13-83.499, *Bull. crim.* 2013, n° 201, *D.* 2014, p. 311, chr. B. Laurent).

Cette évolution est à rapprocher de celle permettant, depuis un récent revirement de jurisprudence opéré à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité (Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n° 11-90.087, *Bull. crim.* 2011, n° 196, *Rapport* 2011, p. 504), puis confirmé à l'occasion de l'examen d'un pourvoi (Crim., 13 mars 2013, pourvoi n° 12-83.024, *Bull. crim.* 2013, n° 64), l'imputation, sur la peine prononcée par une juridiction française, de la détention provisoire subie à l'étranger, à raison des mêmes faits, laquelle était antérieurement prohibée (Crim., 21 octobre 1997, pourvoi n° 97-81.099, *Bull. crim.* 1997, n° 344).

Il existe donc, lorsque deux procédures ont été successivement diligentées, à l'étranger puis en France, pour la même infraction, une tendance au décloisonnement de leurs effets. Cela permet d'éviter que, par suite d'une ignorance délibérée de la décision étrangère, la durée totale de la privation de liberté effectivement subie ne vienne à excéder le maximum de la peine légalement encourue selon le droit français.

Cette prise en compte du jugement répressif étranger se manifeste également à travers l'autorité négative de chose jugée.

B. L'autorité négative de chose jugée

Lorsqu'une personne a commis des infractions comprenant des éléments d'extranéité, et donc relevant de la compétence de différents États, elle est susceptible d'être poursuivie, jugée et condamnée, dans plusieurs pays, pour les mêmes agissements.

Un tel contexte pouvant être à l'origine d'injustices, la règle *ne bis in idem*, qui permet d'attacher à une décision répressive étrangère une certaine autorité négative de chose jugée, se voit consacrée tant en droit français (1) qu'en droit conventionnel (2).

1. En droit français

L'article 113-9 du code pénal dispose que, « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ».

L'article 113-6 prévoit que la loi pénale française est applicable aux infractions commises par un Français hors du territoire de la République.

L'article 113-7 précité vise, lui, l'hypothèse dans laquelle la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction.

L'article 113-11 du code pénal traite, sous réserve des dispositions de l'article 113-9, de l'applicabilité de la loi pénale française aux crimes et délits commis à bord ou à l'encontre des aéronefs non immatriculés en France.

Pour sa part, l'article 692 du code de procédure pénale précise que, « dans les cas prévus au chapitre [“De la compétence des juridictions françaises”, dans le titre IX “Des infractions commises hors du territoire de la République”], aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite ».

Pour que la règle *ne bis in idem* trouve application, des conditions strictes doivent être réunies.

Quant à l'infraction, il importe que le fait objet des poursuites en France soit strictement identique à celui qui a été commis, poursuivi et jugé à l'étranger.

L'infraction ne doit aucunement avoir été réalisée en France, mais bien à l'étranger (Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-81.800, *Bull. crim.* 2005, n° 174; Crim., 23 octobre 2013, pourvoi n° 13-83.499, *Bull. crim.* 2013, n° 201).

Cependant, la règle *ne bis in idem* profite tant à l'auteur principal de l'infraction commise à l'étranger qu'à son complice, même si celui-ci a accompli son acte de complicité en France.

Toutefois, dans certaines hypothèses, l'autorité négative de chose jugée n'est pas attachée à une décision étrangère ayant statué sur une infraction relevant pourtant de la compétence personnelle des tribunaux français (infractions commises par un membre des forces armées françaises, infractions contre les forces armées françaises. Sur le particularisme du droit militaire, voir D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 2014, n° 155 et s.).

Pareillement, la règle *ne bis in idem* ne s'applique pas « aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et réprimés par le titre 1^{er} du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'État, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics réprimés par les articles 442-1, 442-2, 442-5, 442-15, 443-1 et 444-1 du code pénal, ni à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République », dès lors que ces infractions relèvent de la compétence dite réelle (article 113-10 du code pénal, ne faisant aucune référence au jeu des dispositions de l'article 113-9 du même code). Il convient d'y ajouter, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, les crimes et délits terroristes, dont le régime relève également d'une compétence *sui generis* empruntant à la fois à la réalité et à la personnalité active (article 113-13 du code pénal; sur ce texte, v. J. Alix, « Fallait-il étendre la compétence des juridictions pénales en matière terroriste ? », *D.*, 2013, p. 518; D. Brach-Thiel, « Le nouvel article 113-13 du code pénal : contexte et analyse », *AJP*, 2013, p. 90; T. Herren, « Réflexions sur l'article 113-13 du code pénal », *Dr. pénal*, 2013, étude 10).

Quant à la décision étrangère, il est nécessaire qu'elle satisfasse à certaines conditions pour se voir attribuer l'autorité négative de chose jugée.

Il doit s'agir d'un jugement définitif (selon les critères de la loi étrangère) rendu par une juridiction étrangère compétente, à la suite d'une procédure respectueuse des droits de la défense (A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, nos 154 et s., p. 258 et s. et A. Huet et R. Koering-Joulin, *JCl. Droit international*, Lexisnexus, fasc. 404-10 « Effets en France des décisions répressives étrangères. Autorité de chose jugée », 22 mai 2013).

D'une part, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère qu'il résulte des articles 113-9 du code pénal et 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 que, lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction, un étranger ayant commis, hors du territoire de la République, un crime ou

un délit puni d'emprisonnement ne peut échapper à toute poursuite en France que s'il justifie avoir été définitivement jugé à l'étranger pour les mêmes faits et qu'une décision de classement sans suite, rendue conformément à l'article 170, alinéa 2, du code de procédure pénale allemand, n'a pas valeur de jugement définitif (Crim., 6 décembre 2005, pourvoi n° 04-86.378, *Bull. crim.* 2005, n° 317).

La chambre criminelle a réaffirmé cette solution en précisant que la décision prise par une juridiction étrangère ne peut être regardée comme un jugement définitif que si, à la date où elle a été rendue, l'action publique avait été engagée, et qu'ainsi, le classement sans suite par le ministère public près une juridiction étrangère, confirmé par cette juridiction, qui a dit n'y avoir lieu à l'exercice de l'action publique, sauf survenance de faits nouveaux, n'a pas valeur de jugement définitif (Crim., 2 avril 2014, pourvoi n° 13-80.474, *Bull. crim.* 2014, n° 101).

Dans un article intitulé « Le versant droit pénal international de l'affaire *Krombach* » (D. n° 19, 22 mai 2014, p. 1128), Mme Delphine Brach-Thiel relève que, dans l'arrêt du 6 décembre 2005 précité, il ne s'agissait que d'un simple classement sans suite rendu par le ministère public allemand, n'éteignant donc pas l'action publique, et non qualifiable de décision, car n'émanant pas d'une juridiction, mais que, dans l'espèce jugée par la chambre criminelle le 2 avril 2014, il s'agissait, au contraire, d'un classement sans suite confirmé par une décision émanant d'une juridiction, c'est-à-dire un jugement, mais qui, ici encore et une nouvelle fois, n'a pas pour effet d'éteindre l'action publique. Elle note que, par conséquent, le seul fait de ne pas être extinctif d'action publique suffit pour ne pas être un obstacle à des poursuites en France. Autrement dit, si seul un jugement peut être extinctif, un jugement n'est pas nécessairement extinctif, le critère unique ne concernant que le point de savoir si l'action publique est éteinte ou non au lieu de commission de l'infraction.

D'autre part, la chambre criminelle de la Cour de cassation estime qu'a fait l'exacte application des articles 692 du code de procédure pénale et 113-9 du code pénal la chambre de l'instruction qui a renvoyé une personne mise en examen pour complicité de meurtre commis sur le territoire malgache devant la cour d'assises française, après avoir écarté l'exception d'autorité de chose jugée prise de ce qu'elle avait bénéficié, pour les mêmes faits, d'une décision de relaxe prononcée par la cour criminelle de Tamatave, cette décision n'étant pas définitive, puisque frappée d'un pourvoi devant la Cour de cassation de Madagascar, lequel était en cours d'examen (Crim., 10 septembre 2014, pourvoi n° 14-84.186, *Bull. crim.* 2014, n° 184).

Enfin, dans l'hypothèse où elle a été définitivement condamnée à l'étranger, la personne poursuivie en France ne peut se prévaloir de l'application de la règle *ne bis in idem* que si « la peine a été subie ou prescrite ». L'exécution de la peine doit ainsi être totale ou prescrite, c'est-à-dire considérée comme fictivement exécutée.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré, au visa des articles 113-6 et 113-9 du code pénal, l'arrêt d'une chambre d'accusation [instruction] ayant confirmé l'ordonnance d'un juge d'instruction qui avait constaté l'extinction de l'action publique en raison de la prescription décennale du fait de l'absence d'acte interruptif de prescription entre la condamnation devenue définitive le 25 avril 1980, et la dénonciation officielle des faits à la France, le 4 octobre 1990, en soulignant que la prescription de la peine n'était pas acquise lors de la dénonciation des faits (Crim., 16 octobre 2001, pourvoi n° 00-83.543, *Bull. crim.* 2001, n° 209; *Rapport* 2001, p. 496). En l'espèce, un

Français poursuivi pour un viol commis dans l'État d'Ohio le 21 décembre 1977 avait été reconnu coupable par une décision des autorités judiciaires américaines, devenue définitive le 25 avril 1980 par le rejet du recours de l'intéressé qui avait pris la fuite alors qu'il exécutait sa peine.

Les articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale n'assimilent plus la grâce prononcée par l'autorité étrangère à l'exécution ou à la prescription de la peine, contrairement à l'ancien article 692. La question de l'amnistie étrangère intervenue postérieurement au jugement étranger de condamnation n'est évoquée dans aucun texte et la chambre criminelle n'a pas été amenée à se prononcer explicitement sur cette problématique.

Quant aux conditions de mise en œuvre procédurale, il importe seulement que l'autorité négative de chose jugée soit soulevée devant la juridiction française (d'instruction ou de fond) par celui qui s'en prévaut, dès lors que le juge pénal français ne peut la relever d'office. Cette exception de chose jugée n'étant pas d'ordre public, il est permis de s'interroger sur le moment auquel elle doit être soulevée, soit *in limine litis*, soit à tout stade du procès. Cette question n'a pas été tranchée par la chambre criminelle.

2. En droit conventionnel

L'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988, énonce que « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État », conférant ainsi à la règle étudiée une portée exclusivement interne.

Toutefois, d'autres conventions internationales liant la France prévoient l'application de la règle *ne bis in idem* dans des conditions plus larges que celles du droit français. Elles admettent notamment la mise en œuvre de cette règle dans l'hypothèse où l'infraction déjà jugée à l'étranger a été commise sur le territoire français. La Convention unique sur les stupéfiants, signée à New York le 30 mars 1961 et entrée en vigueur à l'égard de la France le 21 mars 1969, prévoit ainsi en son article 36, § 2, a, IV, que les infractions qu'elle vise « seront poursuivies par la Partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise ou par la Partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera [...] si ledit délinquant n'a pas déjà été poursuivi et jugé ». En posant également la compétence de l'État du lieu de l'arrestation, la Convention vise à éviter l'impunité de l'auteur présumé des faits lorsqu'il est un national de cet État et que ce dernier n'extrade pas ses nationaux. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, sur pourvoi du procureur général près la Cour de cassation, d'ordre du garde des sceaux et dans l'intérêt de la loi, donné plein effet à cette stipulation conventionnelle en reconnaissant l'autorité négative de chose jugée à une décision étrangère (l'auteur du trafic de stupéfiants avait été appréhendé, jugé puis condamné en Syrie), alors pourtant que les infractions à la législation sur les stupéfiants et les infractions douanières avaient été commises sur le territoire français (Crim., 13 décembre 1983, pourvoi n° 82-92.638, *Bull. crim.* 1983, n° 340).

Les conventions sur l'exécution extraterritoriale des peines comportent par essence un régime d'autorité négative de la chose jugée, dérogoire au droit commun, dès lors

que l'État accepte de faire exécuter une condamnation principale prononcée par une juridiction étrangère, sans faire poursuivre à nouveau ces faits.

L'article 728-9 du code de procédure pénale dispose qu'aucune poursuite pénale ne peut être exercée ou continuée et aucune condamnation ne peut être exécutée à raison des mêmes faits contre le condamné qui exécute en France, en application d'une convention ou d'un accord internationaux, une peine privative de liberté prononcée par une juridiction étrangère.

La Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen le 19 juin 1990, dans son article 54, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans son article 50, consacrent le principe *ne bis in idem*.

L'article 54 de la Convention de Schengen précitée dispose qu'« une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ». L'article 50 de la Charte européenne ne précise rien au sujet de la sanction prononcée par le jugement étranger.

Ainsi, ces articles retiennent une condition relative à l'identité des faits en évoquant « les mêmes faits » ou « la même infraction ».

La Cour de justice des Communautés européennes, faisant sienne l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme (voir notamment CEDH, gde ch., 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, n° 14939/03), relève que « le seul critère pertinent [...] est celui de l'identité des faits matériels » (§ 36), peu important leur qualification juridique (CJCE, 9 mars 2006, Van Esbroeck, C-436/04). Elle considère que des faits matériellement distincts, même s'ils sont « reliés par la même intention criminelle », empêchent l'application de la règle *ne bis in idem* (CJCE, arrêt du 18 juillet 2007, Kraaijenbrink, C-367/05).

S'agissant de l'infraction perpétrée, la règle *ne bis in idem* joue, en principe, même si l'infraction déjà jugée à l'étranger a été commise sur le territoire de l'État où une nouvelle poursuite est engagée ou a porté atteinte aux intérêts fondamentaux de cet État. Mais l'article 55 de la Convention de Schengen précitée permet à une partie contractante de déclarer qu'elle n'est pas liée par l'article 54 quand les faits visés par le jugement étranger :

- ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire, étant précisé que la France a émis cette réserve mais devra appliquer la règle *ne bis in idem* lorsque l'infraction n'a été que partiellement commise en France ;
- caractérisent une infraction contre la sûreté de l'État, étant relevé que la France a fait également cette déclaration ;
- ont été commis par un fonctionnaire de cette partie contractante en violation des obligations de sa charge.

S'agissant des conditions relatives à la décision étrangère qui entraîne le jeu de la règle *ne bis in idem* selon la Convention de Schengen, cette décision est rendue sur le fond mais pas nécessairement par une juridiction. En effet, elle peut être prononcée

par le ministère public (CJCE, arrêt du 11 février 2003, C-187/01, Gózztok et Brügge et C-385/01). Cette décision doit aussi être définitive, mais peut être une relaxe ou un acquittement, quel qu'en soit le motif. Si cette décision est une condamnation, l'article 54 prévoit que la sanction doit avoir été exécutée totalement ou être en cours d'exécution, ou encore avoir été éteinte totalement par une grâce ou une amnistie étrangère.

S'agissant de la mise en œuvre procédurale, l'article 57 de la Convention de Schengen prévoit que, « lorsqu'une personne est accusée d'une infraction par une Partie contractante et que les autorités compétentes de cette Partie contractante ont des raisons de croire que l'accusation concerne les mêmes faits que ceux pour lesquels elle a déjà été jugée définitivement par une autre Partie contractante, ces autorités demanderont, si elles l'estiment nécessaire, les renseignements pertinents aux autorités compétentes de la Partie contractante sur le territoire de laquelle une décision a déjà été rendue ».

Selon l'article 58 de la Convention de Schengen, ces dispositions « ne font pas obstacle à l'application de dispositions nationales plus larges concernant l'effet *ne bis in idem* attaché aux décisions judiciaires prises à l'étranger ».

Les règles conventionnelles constituent ainsi un socle minimum applicable par les États.

Si la mondialisation des décisions résulte de l'ouverture aux justices étrangères, elle se manifeste également par la collaboration des justices nationales.

Chapitre 2. La collaboration des justices nationales

Le fait que les preuves (section 1) ou les parties au litige (section 2) soient localisées à l'étranger n'empêche pas la justice d'être rendue. L'entraide judiciaire entre les États assure ainsi l'effectivité de la justice.

Section 1. L'entraide judiciaire et les preuves

En présence d'un litige mondialisé, la commission rogatoire internationale (§ 1) constitue indéniablement un instrument central de l'entraide judiciaire permettant l'obtention de preuves situées à l'étranger. Néanmoins, d'autres modes de recueil de preuve existent et doivent être mentionnés (§ 2).

§ 1. La commission rogatoire internationale

En ce domaine encore, la matière civile (A) se distingue de la matière pénale (B).

A. En matière civile

La Cour de cassation a fait émerger un « droit à la preuve » (1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, *Bull.* 2012, I, n° 85), dont l'exercice ne peut être restreint que de façon proportionnée aux intérêts en présence. Pour exercer ce droit, afin d'obtenir un élément de preuve à l'étranger, les parties ont recours au juge. La recherche judiciaire

de la preuve se heurte toutefois au phénomène des frontières (P. Dubarry, C. Lapp, F. de Bérard, « L'obtention des preuves en France et à l'étranger », *JCP éd.* G n° 28, 14 juillet 2014, 834). Le juge français ne peut accomplir un acte d'autorité à l'étranger puisque celui-ci mettrait en échec la souveraineté de cet État étranger sur le territoire duquel le juge français voudrait procéder à des recherches. C'est la raison pour laquelle la cour d'appel de Douai a infirmé l'ordonnance d'un juge des référés ayant autorisé des experts à se rendre en Inde pour entendre des témoins en l'absence d'une convention particulière autorisant l'exécution d'un tel acte (Douai, 2^e ch., 23 novembre 2000, RG n° 2000/6131, *Gaz. Pal.* n° 125, 5 mai 2001, p. 23, note M. Olivier).

Les difficultés que rencontre le juge français pour l'obtention des preuves à l'étranger sont identiques à celles auxquelles sont confrontés les juges étrangers vis-à-vis de la recherche de preuve. Il est donc indispensable qu'existe une collaboration des justices. De nombreuses conventions bilatérales viennent régir le régime des mesures d'instruction exécutées à l'étranger. La Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, conclue à La Haye le 18 mars 1970 (« la Convention de La Haye »), a ouvert la possibilité de faire rechercher directement dans le pays requis un élément de preuve par un « commissaire ». Actuellement, le régime des commissions rogatoires est très largement organisé par le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, lequel vise les mesures d'instruction. Enfin, les règles supplétives du code de procédure civile permettent (D. Cholet, *Rép. pr. civ.*, Dalloz, V^o Commission rogatoire, septembre 2011), à défaut d'accords internationaux, d'obtenir des preuves à l'étranger.

Le règlement (CE) n° 1206/2001 du 28 mai 2001 précité prévoit un mécanisme de transmission directe des demandes entre les juridictions des différents États membres de l'Union, par l'envoi de formulaires types. Ce règlement a innové en créant une possibilité d'exécution directe de l'acte d'instruction par le juge requérant sur le territoire d'un autre État, à condition d'y avoir été autorisé par l'organisme central de l'État d'exécution. Les dispositions des articles 733 et suivants du code de procédure civile s'inspirent du mécanisme mis en place par la Convention de La Haye. En toute hypothèse, la commission rogatoire s'impose dès que l'obtention ne dépend pas du régime simplifié du règlement susvisé. Dans une affaire dans laquelle un expert avait été désigné par un juge français pour effectuer une expertise au Ghana, la Cour de cassation a approuvé l'arrêt qui avait retenu que ce juge, en l'absence d'une convention d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale applicable, devait, par application des articles 733 et suivants du code de procédure civile, procéder par voie de commission rogatoire internationale, ce qui n'avait pas été le cas (Com., 3 mai 2016, pourvoi n° 13-27.655).

Concernant la juridiction interne compétente pour connaître de ces commissions rogatoires internationales, la Cour de cassation a émis l'avis suivant : « En application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, de sorte que la demande de l'autorité requérante décernée en application des dispositions de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ayant pour seul objet l'exécution d'une commission rogatoire, cette demande qui n'entre pas dans le champ de la compétence

d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de grande instance » (Avis de la Cour de cassation, 18 mars 2013, n° 12-70.020, *Bull.* 2013, Avis, n° 5).

Il convient de noter que, en vue de faciliter la collaboration des justices, la commission rogatoire peut être exécutée en France non selon les formes de la loi française, mais selon celles que la juridiction étrangère impose, en vertu de l'article 739 du code de procédure civile.

La souplesse d'exécution de la mesure ne dispense néanmoins pas la procédure d'avoir été effectuée en conformité avec l'ordre public français. Ainsi, le juge français peut écarter des débats une mesure d'instruction effectuée à l'étranger en méconnaissance des règles d'ordre public international. La violation des droits de la défense exclut de pouvoir utiliser les éléments recueillis à l'étranger : la Cour de cassation a, ainsi, censuré l'ordonnance du président d'un tribunal de grande instance accordant l'*exequatur* à une décision étrangère sans se prononcer sur le moyen faisant valoir que la décision étrangère avait été prononcée par un magistrat, depuis lors dessaisi pour cause de suspicion légitime en raison des intérêts le liant à la partie adverse (1^{re} Civ., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-20.986, *Bull.* 1996, I, n° 427 ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 328, note H. Muir Watt). À l'inverse, il a été jugé (1^{re} Civ., 22 février 1978, pourvoi n° 77-10.109, *Bull.* 1978, I, n° 73 ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 593, note G. Couchez) que, si la conception française de l'ordre public international empêche de reconnaître une décision étrangère qui n'aurait pas respecté les droits de la défense, « il n'est pas porté atteinte à ceux-ci dès lors que les témoignages reçus à l'étranger ont été soumis à un débat contradictoire devant le juge français ». Une cour d'appel doit rechercher, avant de faire application de la mesure échappant de l'exception d'ordre public, si et à quelles conditions, selon la loi du pays requis, les ministres instrumentaires avaient la qualité d'autorité judiciaire compétente pour accomplir la mesure d'instruction sollicitée (1^{re} Civ., 22 mai 2007, pourvoi n° 02-12.857, *Bull.* 2007, I, n° 197 ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 278, note D. Foussard).

L'article 23 de la Convention de La Haye précitée autorise les États à déclarer qu'ils n'exécuteront pas sur leur territoire une mesure qui permet à une partie d'exiger d'une autre personne la production d'un grand nombre de documents, y compris ceux qui lui seraient défavorables ou qui seraient très éloignés du litige. La France a formulé une réserve destinée à limiter les excès de la procédure de « *pre-trial discovery of documents* » du droit anglo-saxon. Cependant, par une modification en date du 19 janvier 1987 de la déclaration relative à l'article 23, cette réserve a été assouplie par la France, dans la mesure où elle « ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige ». Prenant en compte cette réserve atténuée, la cour d'appel de Paris a admis, dans un arrêt du 23 septembre 2003, qu'une telle mesure ordonnée par une juridiction américaine soit exécutée en France par voie de commission rogatoire. L'arrêt a été frappé d'un pourvoi, mais la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à statuer au motif que le « tribunal américain, reconnaissant le droit pour M. X... de ne pas "s'auto incriminer", a renoncé, par une décision du 27 juillet 2004, à la communication des pièces demandées et a ordonné leur retour au tribunal français » (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 03-20.722).

La commission rogatoire est, en matière pénale également, un instrument de longue date de l'entraide judiciaire.

B. En matière pénale

La demande d'accomplissement d'un acte de recherche de preuves d'une infraction, classiquement appelée commission rogatoire internationale, adressée à un État étranger, occupe toujours une place majeure dans la palette des moyens de lutte contre une criminalité s'affranchissant largement des frontières, notamment dans ses formes les plus graves. Relevant de la coopération internationale, le droit auquel est soumise cette demande est essentiellement d'origine conventionnelle (conventions bilatérales, conventions multilatérales régionales telles la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, outre les conventions multilatérales portant sur un domaine déterminé : terrorisme, stupéfiants, blanchiment, criminalité transnationale organisée...). Si d'autres instruments de coopération plus performants ont complété l'arsenal de l'entraide non extraditionnelle, la commission rogatoire internationale, qui se caractérise par son ancrage dans la souveraineté nationale, en demeure toutefois un pilier majeur.

En l'absence de disposition conventionnelle contraire s'appliquent les dispositions de droit interne sur la transmission et l'exécution des demandes d'entraide pénale internationale, qui sont, pour le juge français, énoncées aux articles 694 et suivants du code de procédure pénale pour l'entraide classique, tandis que les modalités spécifiques de la coopération entre la France et les membres de l'Union européenne sont fixées par les articles 695 et suivants. Le maniement de ces sources, en raison de leur multiplicité et de leur recoupement éventuel, exige du juge national une particulière vigilance pour éviter une confusion sur les instruments internationaux applicables.

La prédominance de sa dimension interétatique donne à la commission rogatoire toute sa spécificité (1) et explique les mécanismes particuliers de contrôle par le juge national de son exécution (2).

1. La spécificité de la commission rogatoire internationale : un acte mixte

Si elle constitue le pilier de la coopération internationale répressive (a), la commission rogatoire internationale (CRI) reste marquée par le caractère national de l'autorité qui la délivre (b).

a. Le pilier de la collaboration internationale répressive

En premier lieu, en tant qu'instrument de coopération interétatique, l'émission ou l'exécution d'une commission rogatoire internationale suppose la vérification préalable par l'autorité judiciaire des stipulations conventionnelles qui déterminent le périmètre de l'entraide, la typologie des actes ou des infractions qui peuvent éventuellement en être exclus. Le juge devra également contrôler que les actes demandés ne se heurtent pas à une clause d'ordre public, autorisant un refus motivé de l'entraide, telles celle figurant à l'article 2, b, de la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959 précitée, admettant un refus de l'entraide lorsqu'elle porte « atteinte à la souveraineté, à

la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels [du pays]» (pour une application, voir Crim. 30 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.842, *Bull. crim.* 1995, n° 332) ou la restriction figurant à l'article 694-4 du code de procédure pénale visant «l'atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation». Cependant, les exigences sont moindres pour cette forme d'entraide que pour l'extradition. Ainsi la double incrimination n'est pas une condition absolue pour accepter l'entraide alors qu'elle l'est pour l'extradition, ce qui s'explique par le fait que la commission rogatoire ne comporte pas, en principe, la possibilité d'actes coercitifs telles l'arrestation et la détention, qui relèvent du droit de l'extradition. Toutefois, il faut nuancer cette affirmation dans la mesure où nombre de conventions permettent l'accomplissement d'actes coercitifs en les subordonnant à des conditions spécifiques comme la compatibilité des deux législations, la double incrimination, la nature extraditionnelle de l'infraction concernée. À titre d'exemple, s'agissant des perquisitions et saisies, la Convention européenne d'entraide du 20 avril 1959 précitée autorise les États parties à faire une déclaration posant ces deux dernières exigences, lesquelles s'imposent alors à l'État d'exécution qui n'a pas formulé une telle condition, telle la France, tandis que, dans le cadre de Schengen, l'obligation d'exécuter une demande de perquisition ou de saisie est subordonnée à la condition que le fait qui en est à l'origine soit puni d'une peine d'emprisonnement minimum dans les deux États.

De même, dépassant l'objet premier de la CRI, à savoir la recherche de preuves, la chambre criminelle admet que la demande puisse porter sur la notification des charges (Crim., 30 mars 1989, pourvoi n° 97-85.451 ; *Bull. crim.* 1999, n° 60 pour une CRI exécutée en France et Crim., 7 juin 2017, pourvoi n° 16-87.114, pour une CRI exécutée à l'étranger).

b. Une technique marquée par le caractère national de l'autorité qui la délivre

Ensuite, en tant que demande émanant d'une autorité judiciaire nationale dépourvue de toute compétence extraterritoriale, ayant pour objet l'accomplissement, pour son compte, d'actes d'enquête et d'instruction par l'État requis sur son territoire, la mise en œuvre d'une commission rogatoire internationale reste soumise au principe de souveraineté nationale, qui, ainsi que l'a affirmé la Cour permanente de justice internationale dans son célèbre arrêt *Lotus* du 7 septembre 1927, interdit à un État «tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État», ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel en conférant à cette prohibition une valeur constitutionnelle, faisant obstacle à l'accomplissement en France d'actes d'enquête, coercitifs ou non, par une autorité étrangère en tant que portant atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale (Cons. const., 22 janvier 1999, décision n° 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale ; Cons. const., 17 juillet 1980, décision n° 80-116 DC, Loi autorisant la ratification de la Convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959). Cette prohibition est rappelée également par la Cour de cassation, s'agissant d'une arrestation opérée sur le territoire étranger par des policiers français, en l'absence de traité liant la France à l'État considéré (Crim., 21 septembre 1999, pourvoi n° 99-83.692, *Bull. crim.* 1999, n° 189).

Cependant, depuis lors, le législateur a apporté des dérogations successives à cette prohibition déduite de la prééminence de la souveraineté nationale mais qui pouvait

paraître pénalisante en termes d'efficacité de l'entraide, l'assistance du magistrat mandant au fait du dossier et/ou des policiers chargés de l'enquête pouvant représenter une plus-value significative. Depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, il est, en effet, possible aux policiers, avec le consentement des autorités étrangères concernées et dans le cadre d'une commission rogatoire expresse du juge d'instruction ou d'une réquisition du procureur de la République à eux délivrées, de se déplacer hors du territoire national pour procéder à des auditions (article 18, alinéa 5, du code de procédure pénale). En revanche, jusqu'à la promulgation de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, le droit interne ne comportait aucune disposition donnant au juge d'instruction la possibilité de procéder directement à des actes à l'étranger dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire internationale transmise à une autorité judiciaire étrangère. La question de la régularité d'auditions de témoins effectuées au Rwanda par les juges d'instruction français dans leur information ouverte pour génocide s'est ainsi posée, la contestation portant sur la régularité de ces actes qu'ils avaient réalisés eux-mêmes sur place, assistés d'un interprète assermenté, avec le consentement exprès du procureur général du Rwanda. Confirmant la décision ayant rejeté la requête en annulation présentée par une personne mise en examen, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu que la chambre de l'instruction était incompétente pour statuer, tant sur la validité de l'autorisation écrite accordée par le procureur général du Rwanda aux juges d'instruction de se transporter dans cet État et de procéder eux-mêmes aux auditions de témoins demandées par commission rogatoire internationale, que sur la régularité des actes accomplis par ces magistrats, dans les formes définies, en l'absence de convention d'entraide liant la république du Rwanda et la France, par l'autorité judiciaire de l'État requis et relevant de la souveraineté de celui-ci (Crim., 20 juin 2012, pourvoi n° 12-81.024, *Bull. crim.* 2012, n° 157). Désormais, l'article 93-1 du code de procédure pénale, créé par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 précitée, donne au juge d'instruction la possibilité, dans le cadre d'une commission rogatoire internationale et avec l'accord des autorités compétentes, de se transporter avec son greffier sur le territoire de l'État requis, aux fins de procéder à des auditions.

En raison de l'absence de transfert de la souveraineté nationale, les demandes d'entraide sont, en principe, exécutées conformément aux règles de procédure applicables dans l'État requis, conformément au principe de droit international de la loi du for (Crim., 12 juin 1914, *Bull. crim.* 1914, n° 276; Crim., 9 décembre 2015, pourvoi n° 15-83-204, *Bull. crim.* 2015, n° 282). Néanmoins, une application systématique de la *lex fori* fait courir le risque d'une invalidation des actes accomplis en méconnaissance de conditions estimées fondamentales par l'État requérant. Pour cette raison, certaines conventions prévoient que l'État requérant puisse demander l'application de formalités particulières qui obligent l'État d'exécution (par exemple, l'article 4, § 1, de la Convention du 29 mai 2000, le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 2009, précités). L'application de la loi du for est reprise en droit interne par l'article 694-3 du code de procédure pénale posant, en son premier alinéa, la règle d'une exécution de la demande d'un État étranger selon les règles dudit code. La chambre criminelle de la Cour de cassation a été conduite à préciser la portée de cette disposition, s'agissant de l'exécution par un juge d'instruction n'appartenant pas à un pôle de l'instruction d'une commission rogatoire délivrée

par un magistrat étranger dans une affaire criminelle : elle a confirmé la compétence de ce juge d'instruction, dès lors qu'il se borne à exécuter les actes qui lui sont délégués et n'agit pas en qualité de juge désigné en charge de l'information, au sens de l'article 52-1 du code de procédure pénale (Crim., 12 mars 2014, pourvoi n° 13-87.254, *Bull. crim.* 2014, n° 80). Mais l'article 694-3 du code de procédure pénale comporte également, en contrepoint du principe précédemment énoncé, un deuxième alinéa prévoyant que, si la demande des autorités étrangères le précise, elle est exécutée selon les règles expressément indiquées dans cette demande, à condition toutefois que ces règles ne réduisent pas les droits des parties et les garanties procédurales figurant dans ledit code. En outre, l'article 694-5 prévoit que les auditions, interrogatoires ou confrontations réalisés à l'étranger à la demande des autorités judiciaires françaises sont exécutés conformément aux dispositions du code de procédure pénale, sauf dispositions conventionnelles contraires, ces deux derniers types d'acte supposant le consentement de la personne poursuivie.

Cette double caractéristique de la commission rogatoire internationale, à la fois mécanisme de coopération et acte rattaché à la souveraineté nationale, conduit à s'interroger sur l'articulation entre des systèmes procéduraux multiples, assurant, quant au respect des droits fondamentaux, des garanties différentes dans leur nature et non équivalentes dans leur degré de protection. Cet acte complexe par sa dimension interétatique ne saurait pour autant s'abstraire du contrôle du juge national, lequel, en France, pour être soumis à des règles spécifiques, n'en est pas moins effectif.

2. Le contrôle des actes effectués sur commission rogatoire internationale

Avant d'aborder le contrôle portant sur l'exécution des actes proprement dits, il convient d'indiquer tout de suite que les modalités de transmission d'une commission rogatoire internationale et des pièces d'exécution d'une commission rogatoire internationale sont des actes d'administration judiciaire qui n'intéressent pas les droits des parties et que leur irrégularité n'est pas cause de nullité des actes d'exécution (Crim., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 04-84.785, *Bull. crim.* 2005, n° 35 ; Crim., 9 juillet 2003, pourvoi n° 03-82.163, *Bull. crim.* 2003, n° 134 ; Crim., 4 novembre 1997, pourvoi n° 97-82.274, *Bull. crim.* 1997, n° 365). Cette solution est retenue, quel que soit le mode de transmission applicable (voies diplomatique, ministérielle ou directe).

S'agissant du contrôle de la légalité interne des actes accomplis, la chambre criminelle de la Cour de cassation distingue selon qu'ils sont effectués en France sur demande de l'autorité judiciaire étrangère (a) ou à l'étranger sur demande de l'autorité judiciaire française (b).

a. Les actes exécutés en France sur demande d'une autorité étrangère

En ce qui concerne les actes exécutés en France sur demande des autorités étrangères, on a pu s'interroger sur la justification du contrôle d'un acte non dépendant d'une procédure interne. Toutefois, la chambre criminelle, depuis un arrêt du 24 juin 1997 (pourvoi n° 96-85.581, *Bull. crim.* 1997, n° 252), retient le principe selon lequel ces actes n'échappent pas au contrôle de la chambre de l'instruction, saisie d'un recours en annulation sur le fondement de l'article 173 du code de procédure pénale, à la condition cependant qu'ils puissent être mis à sa disposition. Tel n'est pas le cas lorsque les pièces d'exécution ont été transmises aux autorités de l'État requérant pour être intégrées dans

le dossier de la procédure suivie à l'étranger et ne sont donc plus à la disposition de la chambre de l'instruction, laquelle ne saurait statuer en l'état des seules copies produites par le requérant (Crim., 3 juin 2003, pourvoi n° 02-87.484, *Bull. crim.* 2003, n° 113).

Un arrêt du 16 février 2010 (pourvoi n° 09-88.273, *Bull. crim.* 2010, n° 29) est venu préciser l'étendue du contrôle de la chambre de l'instruction dans une affaire d'enlèvement et de prise d'otage aux Pays-Bas, cet État ayant adressé, en application de l'article 3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale qui stipule que sont applicables les règles de procédure de l'État requis, une commission rogatoire aux autorités françaises, en exécution de laquelle des policiers subdélégués avaient placé en garde à vue une personne, ultérieurement entendue sans enregistrement audiovisuel. Ces faits ayant été officiellement dénoncés aux autorités françaises et autorisation leur ayant été donnée d'utiliser la copie des pièces d'exécution de la commission rogatoire, une information a été ouverte dans laquelle la même personne, mise en examen, a soulevé l'irrégularité de son audition en garde à vue en l'absence d'enregistrement. L'arrêt de la chambre de l'instruction qui s'était déclarée incompétente au motif qu'elle ne disposait que d'une partie de la procédure a été censuré, la chambre criminelle se fondant sur le fait que la juridiction disposait de la copie conforme de la procédure néerlandaise et des originaux des interrogatoires litigieux qui avaient, de plus, été versés dans la procédure française après dénonciation par les autorités des Pays-Bas.

b. Les actes exécutés à l'étranger sur demande d'une autorité française

En ce qui concerne le contrôle exercé sur les actes accomplis à l'étranger sur demande d'un magistrat français, contrairement aux précédents, ils ont vocation à intégrer une procédure suivie en France. Mais il n'en demeure pas moins qu'ils ont été exécutés par une autorité étrangère, selon ses propres règles de procédure, sauf dispositions conventionnelles contraires. Ils ne sauraient dès lors faire l'objet d'un contrôle de régularité de la part des autorités judiciaires de l'État requérant au regard de son propre droit, ni *a fortiori* de celui de l'État requis. De même, il n'appartient pas au juge étranger requis d'apprécier le bien-fondé d'une mise en examen sollicitée par le juge français en charge de l'information judiciaire (Crim., 7 juin 2017, pourvoi n° 16-87.114). Néanmoins, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne s'est pas prononcée en faveur d'une irrecevabilité de toute contestation portée devant une juridiction française. Elle estime en effet qu'une partie est recevable à invoquer une atteinte aux droits de la défense ou le non-respect d'un principe général du droit (Crim., 4 novembre 1997, pourvoi n° 97-83.463, *Bull. crim.* 1997, n° 366; Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351, *Bull. crim.* 2015, n° 54; Crim., 7 juin 2017, pourvoi n° 16-87.114, publié au *Bulletin*). Il convient de rappeler, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce un contrôle très restreint sur l'entraide pénale non extraditionnelle, a toutefois, dans son arrêt du 27 octobre 2011 (*Stojkovic c/ France et Belgique*, n° 25303/08), fait grief au magistrat français présent lors d'une audition par les autorités belges, accomplie sur sa commission rogatoire, d'une personne ayant le statut de témoin assisté dans le cadre de l'information qu'il menait, de ne pas avoir fait respecter sa propre prescription tendant à l'assistance par un avocat de la personne entendue, assistance également sollicitée par cette personne. Il incombait aux autorités judiciaires françaises, selon la Cour, d'une part, de s'assurer que les actes accomplis en Belgique n'avaient pas été accomplis en violation des droits de la défense et de veiller à l'équité de la procédure

dont elles avaient la charge, d'autre part, d'apprécier *a posteriori* la portée du déroulement de la commission rogatoire sur la validité de la procédure en cours devant elles.

Enfin, on rappellera que le principe de spécialité, cardinal dans le droit extraditionnel, trouve également application, s'agissant de la commission rogatoire internationale, notamment au travers de l'article 694-9 du code de procédure pénale et de l'article 23, § 6, de la Convention du 29 mai 2000 précitée. Dans un arrêt du 9 décembre 2015 (pourvoi n° 15-83.204, *Bull. crim.* 2015, n° 282), la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi estimé qu'était régulier le versement par le juge d'instruction, dans sa propre procédure, de la transcription d'écoutes téléphoniques réalisées sur demande des autorités allemandes, le principe de spécialité, qui figure dans de nombreuses conventions d'entraide, n'étant opposable qu'à l'État requérant afin de l'empêcher d'utiliser les pièces d'exécution de la commission rogatoire à d'autres fins que celles pour lesquelles il a sollicité l'entraide.

Pour rompre avec les lenteurs et blocages, régulièrement dénoncés, affectant trop souvent l'exécution des commissions rogatoires internationales et faisant le jeu des criminels, des avancées significatives sont en permanence réalisées, en particulier dans le droit de l'Union européenne, et ce grâce au principe de reconnaissance mutuelle. Elles se traduisent par des mécanismes d'entraide, obligatoire et simplifiée, plus rapides et performants, reposant notamment sur une relation directe entre autorités judiciaires, tendant vers une compétence partagée, et la mise en place de structures intégrées ou de liaison ayant vocation à optimiser la coordination entre les autorités compétentes des États et à renforcer l'efficacité des enquêtes et des poursuites judiciaires, en particulier dans le domaine de la criminalité organisée transnationale.

Au-delà de la commission rogatoire internationale, d'autres modes de recueil de preuves à l'étranger existent.

§ 2. Les autres modes de recueil de preuves à l'étranger

L'examen de ces autres modes de recueil de preuves se concentrera sur la matière pénale.

En ce domaine, la fluidité des échanges de preuves entre États devrait être l'un des atouts majeurs de la lutte contre une criminalité transfrontière toujours plus agressive. Néanmoins, les réticences étatiques opposées à l'admissibilité des preuves recueillies à l'étranger restent importantes, même à l'échelon européen, en raison de la diversité des règles nationales organisant le système probatoire en matière pénale ainsi que du défaut d'uniformité du niveau des garanties des droits fondamentaux l'assortissant. Si les déclarations d'intention successives manifestent une détermination certaine à dépasser les cadres de la coopération classique et à s'orienter vers plus de partage, voire une mutualisation dans les domaines les plus cruciaux, la mise en œuvre en apparaît toutefois délicate, car elle suppose un degré suffisant de confiance mutuelle, difficile à atteindre.

Il convient toutefois de souligner les progrès réalisés, en particulier dans le domaine de la coopération opérationnelle, notamment par la création de structures intégrées transnationales, la meilleure circulation des informations entre les polices nationales, l'exploitation des renseignements obtenus par des agents nationaux en poste à l'étranger, voire l'association de policiers étrangers à des actes d'enquête accomplis sur le territoire national. Il n'en demeure pas moins que la question de l'obtention des preuves

à l'étranger et de leur admissibilité demeure complexe (A). Elle l'est d'autant plus avec l'interférence des progrès technologiques qui effacent les frontières (B).

A. L'admissibilité des preuves obtenues à l'étranger

En ce qui concerne la légalité des preuves, on distinguera le contrôle portant sur les éléments de preuve qui sont reçus par les policiers français de la part d'une autorité publique étrangère (1) et ceux qui sont directement obtenus par un agent français séjournant dans un autre État, ponctuellement ou en détachement (2).

1. Les preuves transmises par une autorité étrangère

Sur le premier point, on rappellera que, si la liberté de la preuve est de principe, la jurisprudence en a fixé les bornes, imposant aux enquêteurs de se soumettre non seulement au respect des droits fondamentaux, tels la vie privée, la dignité humaine, les droits de la défense, mais également à une exigence de loyauté, interdisant tout procédé tendant à éluder les protections légales, et notamment la provocation à l'infraction. La chambre criminelle de la Cour de cassation a étendu cette prohibition aux éléments obtenus de toute autorité publique, fût-elle étrangère : ainsi, elle a déclaré irrégulière l'enquête menée en France sur un internaute français à partir des renseignements spontanément fournis par un service de police américain qui avait créé un site pédopornographique servant de piège (Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim.* 2007, n° 37).

Mais, en dehors de toute déloyauté, s'est posée également une question relativement complexe au regard des principes de souveraineté nationale et de territorialité de la loi pénale : celle de l'admissibilité des éléments recueillis par un agent de l'autorité publique française en territoire étranger.

2. Les preuves transmises par un agent français opérant à l'étranger

Sauf texte international l'autorisant et en dehors de l'application de l'article 18, alinéa 5, du code de procédure pénale, un policier français ne dispose d'aucune compétence pour accomplir des actes à l'étranger (Crim., 21 septembre 1999, pourvoi n° 99-83.692, *Bull. crim.* 1999, n° 189, voir § 1 *supra* sur la commission rogatoire internationale). Qu'en est-il de l'admissibilité en France des informations collectées à l'étranger puis transmises par un officier de liaison en poste à Madrid sur une organisation de trafiquants important des stupéfiants d'Espagne, ces renseignements ayant déterminé leur arrestation et leur mise en examen en France ? On rappellera que la décision 2003/170/JAI du Conseil du 27 février 2003 relative à l'utilisation commune des officiers de liaison détachés par les autorités répressives des États membres limite la mission de ces fonctionnaires détachés à l'entretien de contacts avec les autorités du pays d'accueil en vue de contribuer à prévenir ou élucider des infractions pénales, à la collecte ou l'échange d'informations utiles à la lutte contre les formes graves de criminalité transfrontière, sans pour autant les autoriser à accomplir un acte de police judiciaire.

Dans une première espèce, l'officier de liaison s'était borné à transmettre à l'office français spécialisé dans la répression du trafic des stupéfiants des renseignements reçus par lui d'une source espagnole confidentielle sur une organisation criminelle. La décision de rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant écarté le moyen d'annulation visant l'ensemble de l'information suivie en France énonce que

lesdits renseignements transmis par l'officier de liaison ne constituaient pas des actes de police judiciaire, étant seulement destinés à guider d'éventuelles investigations de la police judiciaire (Crim., 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-83.100, *Bull. crim.* 2011, n° 178).

Récemment, cette question a été à nouveau posée (Crim., 1^{er} avril 2015, pourvoi n° 14-87.647, *Bull. crim.* 2015, n° 74) : l'officier de liaison français en Espagne, à la différence du cas précédent, avait été destinataire de renseignements émanant des services de police français, s'était transporté en plusieurs lieux, avait procédé à diverses constatations, pris des photographies des véhicules impliqués, avisé les services français du départ des trafiquants, l'ensemble ayant permis d'identifier et d'intercepter les véhicules convoyant les stupéfiants en France. Les actes effectués par l'officier de liaison, notamment la prise de clichés photographiques, n'étaient-ils pas d'exploitation et de recherche, autrement dit des investigations constituant des actes de police judiciaire et comme tels sortant du champ de sa compétence, comme le soutenait le demandeur au pourvoi ? La chambre criminelle, approuvant la chambre de l'instruction, ne valide pas ce point de vue : reprenant la motivation de son précédent arrêt, elle la précise en retenant que les renseignements collectés, lors des déplacements successifs des officiers de liaison, ne constituaient pas des actes de police judiciaire mais des informations utiles pour lutter contre la criminalité transfrontière et destinées seulement à guider d'éventuelles investigations entreprises en France par la police judiciaire. Ce faisant, la Cour de cassation place les constatations opérées – même complétées par la prise de photographies, offerte à quiconque –, exclusives de toute coercition, en amont des investigations de police judiciaire et ne pouvant pas, dès lors, être qualifiées d'actes de police judiciaire : la collecte et l'échange de renseignements en temps réel sur l'activité d'une forme grave de criminalité transfrontière sévissant dans deux pays européens concernés ne constituent-ils pas la raison d'être de l'institution des officiers de liaison dont la mission s'inscrit dans l'obligation de coopération acceptée par les États contractants ?

B. L'incidence des nouvelles technologies

Certaines techniques d'investigation, mises en œuvre sur le territoire national mais permettant aux policiers d'accéder à des données personnelles à caractère, en tout ou partie, extraterritorial, font régulièrement débat devant les juridictions. En effet, si la technologie occupe une place prépondérante dans la mondialisation et l'expansion des organisations criminelles qui, pour prospérer, mettent à profit toutes ses ressources les plus élaborées, notamment en matière de communication, les policiers sont également techniquement à même de s'affranchir des frontières étatiques dans la captation des données utiles à leurs enquêtes. Cette capacité d'intrusion ne saurait cependant permettre d'éviter des règles de procédure et des garanties considérées comme fondamentales. Là encore, des limites ont été posées par la Cour de cassation.

Au préalable, il convient de rappeler que les dispositions des articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale, relatives à l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications, ne sont évidemment pas applicables à l'interception à l'étranger, par des autorités étrangères, de communications téléphoniques et que, en application d'une jurisprudence constante (voir § 1 *supra* sur la commission rogatoire internationale), le juge français n'a pas non plus qualité pour apprécier la régularité de

ces interceptions au regard de la législation étrangère (Crim., 2 décembre 2015, pourvoi n° 14-81.866, *Bull. crim.* 2015, n° 276).

En revanche se pose la question récurrente de la régularité des investigations portant sur l'identification des appels sur des lignes téléphoniques situées à l'étranger ou des interceptions de communications dont l'une est émise ou reçue à l'étranger.

Dans un arrêt du 14 juin 2000 (pourvoi n° 00-81.386, *Bull. crim.* 2000, n° 224), la chambre criminelle de la Cour de cassation a écarté le moyen d'annulation pris de l'atteinte aux principes de souveraineté des États et de territorialité de la loi pénale que constituerait le fait pour un juge d'instruction d'ordonner l'interception de communications émises sur une ligne téléphonique étrangère. Elle a constaté qu'en l'espèce les interceptions critiquées avaient été réalisées dans les formes prévues par les articles 100 et suivants du code de procédure pénale et avaient porté sur des correspondances émises depuis le territoire français. Dans le prolongement de cette décision, elle a précisé les conditions auxquelles étaient soumises les réquisitions visant à l'obtention des listes d'appels émis sur une ligne étrangère ainsi que l'interception et l'enregistrement des conversations tenues sur une telle ligne : pour déclarer régulières ces opérations, elle a retenu que, d'une part, les réquisitions adressées aux opérateurs de téléphonie mobile français ne concernaient, en l'espèce, que des appels émis à partir du territoire national, entrant sur le territoire national ou transitant sur le réseau d'un opérateur de téléphonie français, et que, d'autre part, en exécution des commissions rogatoires portant sur un numéro de téléphone étranger, seules avaient été enregistrées les conversations ayant transité par un opérateur français (Crim., 1^{er} février 2011, n° 10-83.523, *Bull. crim.* 2011, n° 15 ; voir également Crim., 14 janvier 2014, pourvoi n° 13-84.909, *Bull. crim.* 2014, n° 8).

Le développement d'internet, qui vient attaquer frontalement les principes juridiques gouvernant l'entraide internationale, en majorant les risques de violations de la souveraineté des États et du droit international, a fait surgir de nouvelles problématiques conduisant la communauté internationale à réagir en urgence par la négociation de nouveaux instruments, notamment en matière de recueil et d'échange des preuves d'infractions informatiques ou de droit commun commises par la voie informatique, telle la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001, signée et/ou ratifiée par plus d'une cinquantaine de pays, dont la France et les États-Unis d'Amérique.

La généralisation du numérique et les facilités providentiellement offertes à la délinquance par la nébuleuse internet ont ouvert aux enquêteurs un nouveau champ d'investigation, avec comme nouvelle donne une extranéité marquée. Il appartenait, dès lors, au juge d'examiner la compatibilité de certaines nouvelles formes d'accès à des données personnelles avec les principes directeurs de procédure pénale interne et de droit international.

Dans le prolongement de l'arrêt du 1^{er} février 2011 précité, la chambre criminelle, dans un arrêt du 22 novembre 2011 (pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234), a estimé que l'article 77-1-1 du code de procédure pénale, qui autorise l'officier de police judiciaire, sur autorisation du procureur de la République, à requérir de toute personne ou tout organisme susceptible de détenir des informations utiles à l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de remettre ces documents, incluait la communication, sans recourir à un moyen coercitif,

de documents issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, tels ceux détenus par un opérateur de téléphonie, cette mesure n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 5, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le caractère transnational des outils informatiques, ainsi que la détention fréquente hors du territoire national de données utiles à l'enquête, posent un problème quant aux modalités d'accès des enquêteurs à ce type d'élément de preuve. Question : la jurisprudence précitée pouvait-elle être transposée à la réquisition adressée en enquête préliminaire par un officier de police judiciaire à partir du territoire français directement au directeur de la société Google aux fins d'obtenir le nom des titulaires d'adresses de messageries spécifiées ainsi que diverses informations sur le fonctionnement et le contenu de celles-ci ? Il était permis de s'interroger sur le caractère coercitif d'un tel acte, le refus de répondre à une réquisition étant puni d'une peine d'amende. La chambre criminelle a considéré que les officiers de police judiciaire peuvent, sans méconnaître les règles de compétence territoriale et d'entraide judiciaire internationale, recueillir, notamment par un moyen de communication électronique, des renseignements en dehors de leur circonscription, fût-ce en adressant directement une demande à une personne domiciliée à l'étranger, mais, précision importante apportée par l'arrêt, celle-ci restant dans ce cas libre de ne pas y répondre (Crim., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-87.130, *Bull. crim.* 2013, n° 217 ; *Rapport* 2013, p. 610).

En tout état de cause, il demeure impératif pour le juge national de vérifier que l'utilisation de certaines nouvelles technologies offrant la possibilité d'effacer les frontières étatiques, à la disposition des enquêteurs pour recueillir plus aisément que par le passé des éléments de preuve, ne conduit pas à escamoter les règles de l'entraide judiciaire internationale, ce que rappelle la chambre criminelle, notamment dans un arrêt du 9 février 2016 (pourvoi n° 15-85.070, *Bull. crim.* 2016, n° 32), rendu à propos de la poursuite hors du territoire national d'une géolocalisation d'un véhicule régulièrement mise en œuvre en France. À la suite de l'arrêt du 22 octobre 2013 (pourvoi n° 13-81.949, *Bull. crim.* 2013, n° 197) par lequel la Cour de cassation, tirant les leçons de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 septembre 2010 (*Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05), avait jugé que la géolocalisation constituait une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessitait qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge, le législateur, par la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, en a fixé les conditions de mise en œuvre et de contrôle énumérées aux articles 230-32 à 230-44 du code de procédure pénale. Toutefois, ces dispositions légales ne règlent pas le sort d'une géolocalisation d'un véhicule régulièrement mise en œuvre qui se poursuit après que le véhicule surveillé a quitté le territoire français. Dans une information ouverte du chef de trafic de stupéfiants dans laquelle une mesure de géolocalisation d'un véhicule avait été régulièrement ordonnée par le juge d'instruction, les personnes mises en examen contestaient l'exploitation des données établissant leur localisation aux Pays-Bas, en Belgique ou en Espagne, faute d'une demande d'entraide ou, à tout le moins, du consentement des États concernés. La chambre de l'instruction, pour écarter ce grief, avait pris en compte la mise en place de la mesure sous le contrôle du juge, conformément aux dispositions légales de droit interne, l'activation du dispositif permettant de recueillir directement les données en France sans intervention en territoire étranger, aucune atteinte n'étant dès lors portée à la souveraineté des États dans lesquels avait circulé le véhicule impliqué. Ce point de vue n'a pas été partagé par la

chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 février 2016, au terme d'une analyse formulée dans un attendu de principe selon lequel il se déduit de l'article 230-32 du code de procédure pénale que « les données issues d'une géolocalisation mise en œuvre sur le territoire national et s'étant poursuivie sur le territoire d'un autre État ne peuvent, lorsque cette mesure n'a pas fait l'objet d'une acceptation préalable ou concomitante de celui-ci au titre de l'entraide pénale, être exploitées en procédure qu'avec son autorisation ». L'arrêt ajoute que la chambre de l'instruction aurait dû constater que le juge d'instruction avait obtenu une autorisation préalable ou concomitante de l'État étranger concerné, dans le cadre de l'entraide pénale. En l'absence d'une telle autorisation, les juges auraient dû, au besoin par un supplément d'information, rechercher si les autorités compétentes de cet État autorisaient l'exploitation des données résultant de la géolocalisation mise en œuvre sur son territoire. Cette décision, qui vient conforter les préconisations de la chancellerie quant au recours, en pareil cas, aux mécanismes de l'entraide judiciaire dont la prééminence est utilement réaffirmée, prend également en compte la fréquente impossibilité pour les enquêteurs de prévoir le déplacement d'un véhicule à l'étranger, ce qui conduit à admettre la possibilité d'une autorisation *a posteriori* d'exploiter les données recueillies demandée à l'État concerné. Cette dernière possibilité, dictée par des considérations pratiques évidentes, apparaît quelque peu innovante, notamment si on la compare à la jurisprudence précitée relative aux interceptions téléphoniques, en ce qu'elle a trait à un dispositif de surveillance mis en œuvre en France mais fonctionnant à l'étranger.

La conception classique du principe de territorialité est donc bousculée par la nouvelle donne que constituent l'importance et l'opacité des outils largement transnationaux de traitement et de circulation des données personnelles (particulièrement hors Union européenne), par la difficulté à articuler les règles de compétence territoriale auxquelles sont soumis les actes d'enquête et les facilités d'accès extraterritorial à l'obtention des éléments de preuve offertes par les nouvelles technologies. En ce qui concerne l'échange des informations, la question de la réciprocité ne doit pas non plus être sous-estimée, compte tenu du niveau variable de protection assuré par les États aux données personnelles qu'ils abritent, et des obstacles mis à leur communication extraterritoriale, par exemple par des lois de blocage. Ce sont autant de difficultés auxquelles est confronté le juge national dans l'appréciation de la régularité des preuves qui lui sont soumises, lorsque celles-ci présentent un élément d'extranéité, et autant de raisons de faire encore progresser la réflexion sur la coopération internationale en matière pénale.

La collaboration des justices nationales se manifeste également lorsque les parties au litige, ou l'une d'elles, résident à l'étranger.

Section 2. L'entraide judiciaire et les parties

Le juge français contribue à l'entraide judiciaire en ce qu'il vient préciser les règles de notification internationale des actes de procédure (§ 1) ainsi que celles relatives à la remise de la personne poursuivie ou condamnée à l'étranger (§ 2).

§ 1. La notification internationale des actes de procédure

La notification internationale des actes de procédure diffère selon que l'on se situe en matière civile (A) ou en matière pénale (B).

A. En matière civile

L'article 14 du code de procédure civile pose en principe que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue et appelée. Selon l'article 683 du même code, sous réserve de l'application des règlements communautaires et des traités internationaux, la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires à l'étranger est faite par voie de notification ou de signification internationales, dans les conditions prévues par la sous-section relative à la notification des actes à l'étranger. L'article 684, alinéa 1, précise que l'acte destiné à être notifié à une personne ayant sa résidence habituelle à l'étranger est remis au parquet, sauf dans le cas où un règlement communautaire ou un traité international autorise l'huissier de justice ou le greffe à transmettre directement cet acte à son destinataire ou à une autorité compétente de l'État de destination. L'article 688 ajoute : « S'il n'est pas établi que le destinataire d'un acte en a eu connaissance en temps utile, le juge saisi de l'affaire ne peut statuer au fond que si les conditions ci-après sont réunies :

1° L'acte a été transmis selon les modes prévus par les règlements communautaires ou les traités internationaux applicables ou, à défaut de ceux-ci, selon les prescriptions des articles 684 à 687 ;

2° Un délai d'au moins six mois s'est écoulé depuis l'envoi de l'acte ;

3° Aucun justificatif de remise de l'acte n'a pu être obtenu nonobstant les démarches effectuées auprès des autorités compétentes de l'État où l'acte doit être remis.

Le juge peut prescrire d'office toutes diligences complémentaires, notamment donner commission rogatoire à toute autorité compétente aux fins de s'assurer que le destinataire a eu connaissance de l'acte et de l'informer des conséquences d'une abstention de sa part.

Toutefois, le juge peut ordonner immédiatement les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires à la sauvegarde des droits du demandeur. »

L'application de ces textes a donné lieu à une jurisprudence abondante portant sur la régularité de la convocation d'une partie demeurant en Algérie. Le Protocole judiciaire franco-algérien du 28 août 1962 prévoit, dans son article 2, que les actes judiciaires et extrajudiciaires, tant en matière civile et commerciale qu'en matière pénale, destinés à des personnes résidant sur le territoire de l'un des deux pays, seront transmis directement par l'autorité compétente au parquet dans le ressort duquel se trouve le destinataire de l'acte. Les parties contractantes peuvent toutefois se faire remettre directement par leurs représentants ou les délégués de ceux-ci les actes judiciaires et extrajudiciaires destinés à leurs propres ressortissants. Il résulte d'une jurisprudence constante qu'en application de ces dispositions l'acte doit être notifié à une personne qui demeure en Algérie par transmission de l'acte au parquet du lieu où se trouve le destinataire. Il peut l'être aussi, lorsque l'intéressé est de nationalité française, par la remise directe par une autorité consulaire. Il s'ensuit que la notification par voie postale est irrégulière (2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-16.169 ; 2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 09-17.265 ; 2^e Civ., 17 mars 2011 pourvoi n° 09-69.836 ; 2^e Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-70.270 ; 2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-72.887 ; 2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-12.250 ; 2^e Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-70.965 ; 2^e Civ., 7 février 2013, pourvoi n° 12-14.371 ; 2^e Civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-10.555). Les mêmes règles ont été posées concernant la convocation d'une partie résidant au Maroc, en application des articles 1^{er} à 6 de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'*executur* des

jugements et d'extradition franco-marocaine du 5 octobre 1957, publiée par décret n° 60-11 du 12 janvier 1960 (2^e Civ., 4 mai 2016, pourvoi n° 15-13.035). De même est-il fait injonction aux juges du fond de rechercher, conformément aux textes applicables, si des demandes en vue d'obtenir un justificatif de remise de l'acte ont bien été effectuées auprès des autorités compétentes de l'État où cet acte devait être remis (s'agissant d'un assuré résidant en Algérie et non comparant à l'audience d'une juridiction de sécurité sociale, voir 2^e Civ., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-20.592).

Le juge pénal contribue lui aussi à préciser les règles applicables à la notification des actes de procédure.

B. En matière pénale

Comme on l'a déjà dit, l'entraide judiciaire entre les États est conditionnée par la signature de conventions bilatérales ou multilatérales.

Au niveau international, un grand nombre d'accords ont été conclus de nature à garantir une coopération entre les services compétents aux fins de permettre, au-delà des frontières, d'engager les poursuites, de poursuivre les investigations comme d'exécuter les décisions de justice. La France a signé nombre de conventions avec des États africains, puis avec certains pays d'Asie et d'Amérique. À titre d'exemple, le 10 décembre 1998 a été signé un traité d'entraide judiciaire en matière pénale avec les États-Unis d'Amérique, ratifié par la loi n° 2001-339 du 19 avril 2001 (pour approfondir, voir M. Massé, « Actualité française de l'entraide judiciaire internationale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 891).

La France a, également, profité de ce que le Conseil de l'Europe s'est rapidement doté, de son côté, d'un premier outil de coopération, par la signature, dès le 20 avril 1959, de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. La conclusion de Protocoles additionnels à cet acte permet, en outre, à chaque État contractant qui le souhaite, de renforcer la coopération avec un autre État membre sur un domaine particulier (à titre d'exemple, un accord a été signé à Berne, le 28 octobre 1996, entre la République française et le Conseil fédéral suisse en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale). L'Union européenne a, elle-même, introduit des dispositions de nature à renforcer la coopération judiciaire entre les États membres avec, d'une part, la signature, le 29 mai 2000, de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale et, d'autre part, l'introduction de dispositions relatives à cet objectif au sein des traités fondamentaux (articles 67, § 3, et 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13 décembre 2007). La Convention du 29 mai 2000 est entrée en vigueur le 23 août 2005. La mise en œuvre de ses dispositions reste suspendue à l'adoption des mêmes stipulations par l'État à l'origine de la demande ou destinataire de celle-ci selon les termes de l'article 213 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Consécutivement à l'entrée en vigueur de cette convention, le législateur français a introduit, dans le code de procédure pénale, un chapitre consacré à l'entraide entre la France et les autres États de l'Union européenne (articles 694 et suivants).

La collaboration des justices nationales suppose l'instauration d'un dialogue efficient entre les services compétents afin de garantir la prise en considération des décisions judiciaires par-delà les frontières. Seule une circulation fluide de l'information

entre les États, notamment grâce à l'instauration de règles de notification des actes de procédure, rend possible une telle coopération.

La jurisprudence de la Cour de cassation témoigne de l'importance de tels dispositifs au regard de la bonne marche de la justice, en amont des décisions – au stade de la présentation devant le juge – (1), comme en aval – au stade de l'exécution des ordonnances, jugements ou arrêts (2).

1. La notification des actes antérieurs à l'audience

Le respect des règles de notification internationale constitue une garantie de préservation des droits de la personne qui doit être informée de la nécessité pour elle de comparaître devant le juge et des raisons qui motivent une telle convocation, selon un processus fiable – étant précisé qu'en droit international l'envoi direct par voie postale des pièces de procédure est particulièrement rare. Un tel processus permet aussi de sécuriser le cheminement judiciaire d'une affaire, le procès pouvant suivre son cours une fois toutes les précautions prises pour atteindre l'intéressé.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, guidée par de tels impératifs, procède, au gré des décisions rendues en ce domaine, à l'interprétation des conventions qui engagent la France et qui prévoient des règles de notification des actes différentes selon la nature de ces derniers et selon les dispositions propres à chaque accord international.

Au sein de l'Union européenne, la Convention du 29 mai 2000 précitée prévoit une procédure simplifiée en autorisant chaque État membre, sauf exceptions expressément envisagées en son article 5, § 2, à adresser directement par la voie postale, aux personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre, les pièces de procédure qui leur sont destinées (A. Huet, R. Koering-Joulin, *JCl. Droit international*, fasc. 406-40 « Conventions internationales répressives. Conventions régionales d'entraide répressive *lato sensu* », 24 octobre 2014, n° 46).

La jurisprudence développée dans le cadre de la mise en œuvre de cette Convention témoigne, au-delà des exigences relatives aux modalités de notification elles-mêmes, de la nature du contrôle opéré par les autorités judiciaires sur la réalité de l'information délivrée aux intéressés, et des conséquences qui peuvent en être tirées sur le déroulement de la procédure pénale. Un arrêt du 2 juin 2010 de la chambre criminelle est une illustration topique du raisonnement suivi par les juges. La Cour de cassation a jugé, en effet, que la cour d'appel, en statuant par arrêt contradictoire à signifier à l'égard d'un prévenu demeurant en Espagne, absent à l'audience, avait fait une exacte application de l'article 5 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, dès lors qu'elle s'était assurée que le prévenu avait reçu par la voie postale, ainsi que l'attestait la signature de l'avis de réception de la lettre recommandée à lui adressée par le procureur général, la citation à comparaître (Crim., 2 juin 2010, pourvoi n° 09-82.013, *Bull. crim.* 2010, n° 99).

Hors de l'Union européenne, certains accords prévoient également, à titre dérogatoire, une procédure simplifiée de notification des actes.

En particulier, la chambre criminelle a précisé les contours de la notion d'« acte de procédure » au sens des Conventions internationales invoquées devant elle, notion déterminante pour résoudre l'alternative entre application ou non des règles de notification

simplifiées ou nécessité de mise en œuvre de véritables modes de coopération nécessitant l'intermédiaire des autorités étrangères.

Statuant ainsi dans le cadre de l'application de la Convention franco-monégasque d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2005, qui prévoit, en son article 5, le recours à un régime simplifié, la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 6 mai 2015, pourvoi n° 14-87.984, *Bull. crim.* 2015, n° 99) a analysé la lettre recommandée de notification de mise en examen d'un témoin assisté comme une « pièce de procédure » au sens de ce texte, pouvant être envoyée directement par voie postale et ne nécessitant donc pas l'intervention d'une commission rogatoire internationale. Développant l'idée qu'il s'agissait ici d'une simple information à délivrer à la personne résidant à Monaco relativement à un changement de cadre procédural, et non d'une nouvelle accusation à son endroit, la Cour de cassation a énoncé que, « dès lors que, d'une part, lorsqu'ils ont été entendus comme témoins assistés, les demandeurs ont été informés, en présence de leur avocat, qui a eu accès au dossier de la procédure, du contenu du réquisitoire introductif, des droits énoncés par les articles 113-2 et 113-4 du code de procédure pénale et des conséquences attachées à leur déclaration d'adresse à Monaco, d'autre part, [que] la lettre recommandée de notification de mise en examen envoyée à cette adresse, qui les a avisés des faits reprochés et de leur qualification juridique, de leur droit de formuler des demandes d'actes et du délai prévisible d'achèvement de la procédure, constitue, au sens de l'article 9 de la Convention franco-monégasque précitée, qui n'est pas contraire aux dispositions conventionnelles invoquées, une pièce de procédure pouvant être envoyée directement au destinataire », il n'y a pas lieu à annulation des mises en examen.

L'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 illustre également le rôle joué par la Cour de cassation en la matière.

La chambre criminelle a ainsi jugé (Crim., 27 mai 1999, pourvoi n° 99-81.765, *Bull. crim.* 1999, n° 110) que la convocation à l'audience d'une personne mise en examen résidant à l'étranger « constitue un acte de procédure au sens de l'article 7 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 », de sorte que, en application de ce texte, « lorsque la personne poursuivie réside sur le territoire de l'un des États parties à la Convention précitée et qu'en raison des modalités de sa mise en examen elle ne se trouve pas soumise aux exigences prévues par l'article 116, § 5, du code de procédure pénale, lui imposant de déclarer une adresse en France, l'avis d'audience doit lui être remis par l'intermédiaire des autorités compétentes de l'État étranger, le délai de cinq jours prévu par l'article 197 du code de procédure pénale [délai minimum imposé entre la date d'envoi de la lettre et la date de l'audience] devant être calculé à compter de la date à laquelle l'avis lui a été envoyé par ces autorités ».

2. La notification des actes postérieurs à l'audience

Les juges se montrent également très vigilants quant aux modalités de délivrance des actes en aval de la décision judiciaire dans la mesure où, notamment, celles-ci sont déterminantes pour l'exercice par l'intéressé des voies de recours qui lui sont ouvertes.

La chambre criminelle (Crim., 18 juin 1996, pourvoi n° 95-80.668, *Bull. crim.* 1996, n° 256) a ainsi censuré la décision des juges du fond qui, pour déclarer irrecevables

comme tardifs les appels formés par le prévenu et le ministère public, avaient omis de rechercher si la décision frappée d'appel avait été remise dans les conditions prévues par l'article 7 de la Convention européenne d'entraide judiciaire, applicable en l'espèce. L'arrêt a déduit des dispositions combinées des articles 498 et 562 du code de procédure pénale que le délai d'appel d'un jugement signifié à l'étranger ne court qu'à compter de la remise de l'acte effectuée dans les conditions prévues par la Convention internationale applicable. En l'espèce, dans le respect des dispositions de l'article 7 de la Convention européenne d'entraide judiciaire, il appartenait aux juges, avant de statuer sur la recevabilité du recours formé devant eux, de s'assurer que la signification du jugement entrepris avait été effectuée au destinataire par l'autorité du pays de sa résidence (voir également Crim., 4 mai 2004, pourvoi n° 04-80.817, *Bull. crim.* 2004, n° 104).

Pareillement, la chambre criminelle a rappelé (Crim., 15 mai 1990, pourvoi n° 90-80.827, *Bull. crim.* 1990, n° 193) que, lorsqu'un accusé est détenu à l'étranger, dans un État partie à la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, l'arrêt le renvoyant devant une cour d'assises doit, après signification conformément aux prescriptions des articles 268 et 559 du code de procédure pénale, lui être notifié, en application de l'article 7 de ladite Convention, « pour faire courir le délai de pourvoi; qu'en l'absence de justification de l'accomplissement de telles diligences, le pourvoi est recevable ».

L'analyse de la jurisprudence de la chambre criminelle montre à quel point, alors même que les instruments servant de support au raisonnement tenu par la Cour de cassation divergent, l'interprétation des textes applicables est guidée par le souci d'adapter le degré de sécurité dans la délivrance de l'information aux conséquences procédurales de l'acte envisagé (convocation aux fins de mise en examen *ab initio*, notification de mise en examen à une personne déjà placée sous le statut de témoin assisté, convocation à une audience, exercice d'un recours, etc.).

La remise de la personne poursuivie ou condamnée à l'étranger est un autre instrument de l'entraide judiciaire.

§ 2. La remise de la personne poursuivie ou condamnée à l'étranger

La remise de la personne poursuivie ou condamnée à l'étranger a cet effet remarquable que le juge français va prêter la main à la justice pénale étrangère par l'appréhension et la remise des personnes que les autorités étrangères réclament. Si les principes de souveraineté et de territorialité ne sont pas effacés par les instruments d'entraide autorisant cette remise, ceux-ci font que la frontière ne garantit pas l'impunité.

L'extradition est l'instrument classique de cette entraide (A). Le mandat d'arrêt européen s'y est substitué, dans l'espace européen, pour faciliter et accélérer la remise des personnes concernées (B). Une autre figure de remise est celle faite à la demande de la Cour pénale internationale (C).

Ces trois instruments d'entraide sont l'occasion d'observer les différences de place et de rôle donnés au juge judiciaire.

A. L'extradition

L'extradition, relevant des relations internationales, est de la compétence du pouvoir exécutif. Selon l'article 696-18 du code de procédure pénale, en effet, l'extradition est autorisée par décret du Premier ministre. Elle est ainsi un acte diplomatique, et également un acte administratif, qui relève du contrôle du Conseil d'État. Néanmoins, l'extradition ne peut être autorisée qu'après avis favorable donné par la chambre de l'instruction, dont l'intervention est justifiée, du fait de la finalité répressive de l'enquête, par sa compétence en matière pénale.

Depuis l'arrêt de 1984 (Crim., 17 mai 1984, pourvoi n° 83-92.068, *Bull. crim.* 1984, n° 183), qui a ouvert le pourvoi en cassation contre les arrêts des chambres de l'instruction en matière d'extradition, et la reprise de la jurisprudence ultérieure de la chambre criminelle de la Cour de cassation par l'article 696-15, alinéa 5, du code de procédure pénale, selon lequel le pourvoi formé contre un avis de la chambre de l'instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles à son existence légale, la jurisprudence de la chambre criminelle illustre le souci de respecter à la fois la souveraineté de l'État requérant et les compétences internes, du pouvoir politique et du Conseil d'État, tout en affirmant cependant, et de plus en plus, le rôle du juge judiciaire.

La chambre criminelle contrôle tout à la fois, d'une part, les arrêts qui font obstacle à l'extradition en veillant à ce que les chambres de l'instruction vérifient qu'aucun motif de légalité criminelle ne s'oppose à un avis favorable (1) et, d'autre part, les arrêts qui émettent un avis favorable à la remise (2).

1. Le contrôle des arrêts émettant un avis défavorable

Dans la mesure où, aux termes de l'article 696-17 du code de procédure pénale, en cas d'avis défavorable définitif de la chambre de l'instruction, « l'extradition ne peut être accordée », la Cour de cassation exerce son contrôle sur les arrêts émettant un tel avis.

Sous l'empire de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers, elle a jugé que l'article 17 de cette loi signifie seulement que le gouvernement ne peut passer outre à un avis défavorable ; que cet article ne fait pas obstacle à une nouvelle saisine de la chambre d'accusation pour les mêmes faits contre la même personne, lorsque le gouvernement est lui-même saisi d'une nouvelle demande fondée sur des éléments qui, survenus ou révélés depuis la demande précédente, permettent une appréciation différente des conditions légales de l'extradition (Crim., 12 mars 1991, pourvoi n° 90-86.710, *Bull. crim.* 1991, n° 123). Elle a également jugé qu'il résulte des articles 1 et 9 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et des articles 5, 4 et 16 de la loi du 10 mars 1927 que la chambre d'accusation n'est autorisée à refuser l'extradition sur le fondement de la règle *ne bis in idem* que lorsque, pour les faits à raison desquels cette mesure est demandée, la personne réclamée a été définitivement jugée en France ou lorsque les autorités françaises ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées (Crim., 8 juillet 1997, pourvoi n° 96-86.258, *Bull. crim.* 1997, n° 267).

La jurisprudence relative à la recevabilité d'une nouvelle demande d'extradition fondée sur des éléments qui, survenus ou révélés depuis la demande précédente, permettent une appréciation différente des conditions légales de l'extradition n'a pas

été modifiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dont est issu l'article 696-17 du code de procédure pénale (Crim., 13 octobre 2004, pourvoi n° 04-84.470, *Bull. crim.* 2004, n° 241 ; Crim., 5 janvier 2005, pourvoi n° 04-86.071, *Bull. crim.* 2005, n° 7 ; Crim., 21 mars 2007, pourvoi n° 07-80.265, *Bull. crim.* 2007, n° 91 ; Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 11-81.912, *Bull. crim.* 2011, n° 129).

S'agissant des conditions de fond de l'extradition, la chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment jugé que justifie sa décision au regard des dispositions de l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale et du principe de légalité criminelle, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ayant valeur constitutionnelle en droit français, la chambre de l'instruction qui donne un avis défavorable à une demande d'extradition visant les infractions de crime contre l'humanité et de génocide, en l'absence, à la date de commission des faits, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs et de la prévision d'une peine par la loi de l'État requérant, permettant de les considérer comme punis par la loi dudit État au sens de la disposition légale précitée. Il ne suffisait pas en l'espèce que les infractions de génocide et de crimes contre l'humanité aient été visées par des instruments internationaux, en l'occurrence la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 et celle sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, applicables à la date de la commission des faits (Crim., 26 février 2014, pourvoi n° 13-86.631, *Bull. crim.* 2014, n° 59). Mais il convient de rappeler qu'il n'incombe pas aux juges d'apprécier le bien-fondé des poursuites ou de la condamnation (Crim., 13 novembre 1952, *Bull. crim.* 1952, n° 252), car cette appréciation relève de l'exercice de la compétence répressive, lequel appartient à l'État étranger, et il n'appartient pas au juge français de vérifier que les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont été exactement qualifiés par les autorités de l'État requérant au regard de leur loi pénale.

De même, la Cour de cassation contrôle les arrêts qui ont émis un avis défavorable à l'extradition en s'appuyant sur un des cas de refus prévus par la convention ou la loi applicable (s'agissant de la prescription, voir Crim., 27 janvier 1998, pourvoi n° 97-81.988, *Bull. crim.* 1998, n° 33). Enfin, une chambre de l'instruction ne peut émettre un avis défavorable à l'extradition si elle devait, pour se prononcer comme elle l'a fait, ordonner un complément d'information (Crim., 21 octobre 2014, pourvoi n° 14-85.257, *Bull. crim.* 2014, n° 213).

2. Le contrôle des arrêts émettant un avis favorable

Le contrôle par la Cour de cassation des arrêts ayant émis un avis favorable à l'extradition révèle l'office du juge judiciaire en matière d'extradition, centré sur la légalité criminelle, l'extradition mettant en œuvre ou en cause des notions et principes de droit pénal.

La Cour de cassation ne se borne plus à examiner étroitement la régularité de la procédure suivie devant la chambre de l'instruction et la forme de l'avis, c'est-à-dire les conditions essentielles, en la forme, de l'existence légale de l'arrêt de la chambre de l'instruction. Si, selon sa jurisprudence traditionnelle, le demandeur est irrecevable, en application de l'article 696-15 du code de procédure pénale, à discuter les motifs de

l'arrêt se rattachant directement et servant de support à l'avis relatif à la suite à donner à la procédure, la Cour de cassation, par un contrôle plus étendu, d'intensité variable, de la motivation des arrêts qui lui sont soumis, s'assure dorénavant, en énonçant que l'arrêt doit répondre aux conditions essentielles de son existence légale, que la chambre de l'instruction procède aux vérifications auxquelles elle est tenue par la loi et les conventions internationales applicables, ainsi qu'aux recherches qui lui incombent, lorsqu'elle y est invitée par les personnes réclamées, sur les risques d'atteintes à leurs droits fondamentaux auxquels la remise à l'État requérant exposerait celles-ci.

S'agissant de la régularité de sa saisine, la chambre de l'instruction doit non seulement s'assurer qu'une demande d'extradition est parvenue aux autorités françaises (Crim., 7 juin 2016, pourvoi n° 16-81.994, *Bull. crim.* 2016, n° 173), mais encore, s'il y a lieu, vérifier que la demande d'extradition émane bien d'un État souverain dès lors qu'est privé de l'une des conditions essentielles de son existence légale l'avis de la chambre de l'instruction rendu sur une demande d'extradition n'émanant pas d'un tel État (Crim., 14 février 2012, pourvoi n° 11-87.679, *Bull. crim.* 2012, n° 41).

S'agissant des conditions de fond de la demande d'extradition, la chambre criminelle contrôle, en examinant les motifs de l'arrêt, que, en application de l'article 696-4, 5°, du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction a, comme cela lui incombe, effectivement vérifié, au regard du droit étranger, si la prescription de l'action publique était acquise ou si elle avait été régulièrement interrompue antérieurement à la demande d'extradition (Crim., 4 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.258, *Bull. crim.* 2006, n° 6; antérieurement, Crim., 12 mars 1991, pourvoi n° 90-86.710, *Bull. crim.* 1991, n° 123). C'est au besoin d'office que la chambre de l'instruction doit procéder à cette vérification (Crim., 23 septembre 2015, pourvoi n° 15-83.991, *Bull. crim.* 2015, n° 209), et ce par des motifs exempts d'insuffisance (Crim., 18 août 2010, pourvoi n° 10-83.807; Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 13-82.059; Crim., 8 juin 2016, pourvoi n° 16-81.756) et au regard des dispositions de l'article 7 du code de procédure pénale relatives à la prescription de l'action publique (Crim., 18 février 2015, pourvoi n° 14-84.193).

La chambre de l'instruction qui en est requise doit encore rechercher si, dans le cas d'espèce, la personne réclamée bénéficiera des garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense (article 696-4, 7°, du code de procédure pénale), étant souligné qu'il ne s'agit pas pour le juge de porter une appréciation générale et impersonnelle sur la procédure pénale étrangère, mais, dans une démarche spécifiquement judiciaire, de s'interroger sur celle qui sera appliquée concrètement à la personne réclamée en cas de remise, en ordonnant au besoin un complément d'information, pour permettre à l'État requérant de fournir tout renseignement utile au regard de l'argumentation de la personne réclamée (Crim., 21 octobre 2014, pourvoi n° 14-85.257, *Bull. crim.* 2014, n° 213; Crim., 9 juillet 2008, pourvoi n° 08-82.922).

De même, en visant l'article 3, § 2, de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale, l'arrêt qui ne recherche pas si, en cas de remise aux autorités de l'État requérant, la situation de la personne réclamée, originaire d'un État tiers et ayant la qualité de réfugié, ne risquait pas d'être aggravée pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques (Crim., 16 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.267, *Bull. crim.* 2009, n° 156). De même encore, a été cassé un arrêt qui n'avait pas recherché, en application

de l'article 1^{er}, alinéa 2, des réserves du gouvernement de la République française à la Convention européenne d'extradition précitée, si, compte tenu des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires de l'État requérant, la remise de la personne recherchée n'était pas susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur son état de santé (Crim., 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-85.134).

L'existence d'une motivation concrète, démontrant que la chambre de l'instruction a, lorsque est invoquée une atteinte à des droits fondamentaux, procédé aux recherches qui lui incombent, n'est pas seulement contrôlée au regard des règles conventionnelles ou légales propres à l'extradition, mais encore au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi la chambre criminelle a-t-elle censuré, au visa des articles 593 et 696-15 du code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt qui n'avait pas répondu à une articulation essentielle du mémoire du demandeur faisant valoir que l'extradition était de nature à porter une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et familiale (Crim., 5 novembre 2013, pourvoi n° 13-85.712 ; Crim., 6 janvier 2016, pourvoi n° 15-86.299 et, dans le contentieux de la demande de mise en liberté, Crim., 8 juin 2016, pourvoi n° 16-81.912, *Bull. crim.* 2016, n° 175).

Ce dernier arrêt amène, pour finir, à évoquer l'écrou extraditionnel, de nature à garantir l'effectivité de la décision du gouvernement autorisant l'extradition.

D'une façon générale, lorsque les juges statuent sur une demande de mise en liberté présentée par un étranger placé sous écrou extraditionnel, ils ne doivent se référer qu'aux garanties qui sont offertes par l'intéressé en vue de satisfaire à la demande de l'État requérant (Crim., 26 mai 1994, pourvoi n° 94-81.276, *Bull. crim.* 1994, n° 205). De même, les dispositions de l'article 145-1 du code de procédure pénale, relatives à la durée de la détention provisoire et à son éventuel renouvellement, ne s'appliquent pas à l'écrou de l'étranger faisant l'objet d'une demande d'extradition (Crim., 27 mars 2001, pourvoi n° 01-80.332, *Bull. crim.* 2001, n° 79). Cependant, l'arrêt précité du 8 juin 2016 a cassé une décision d'une chambre de l'instruction qui n'avait pas recherché, ainsi qu'elle y était invitée par la personne réclamée dans ses conclusions, si les autorités françaises conduisaient la procédure d'extradition avec une diligence suffisante, de sorte que la durée de la privation de liberté n'excédât pas le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but visé par l'article 5, § 1, f, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; en outre, la Cour de cassation a renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel en retenant que les textes du code de procédure pénale relatifs à l'extradition demandée par un gouvernement étranger n'organisent pas les droits de la défense au stade du placement initial sous écrou extraditionnel décidé par le premier président de la cour d'appel ou son délégué, ne confèrent au contrôle judiciaire et à l'assignation à résidence qu'un caractère subsidiaire par rapport à la détention, n'instituent qu'un recours contre la décision de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence et ne fixent aucune limite à la durée de l'incarcération (Crim., 8 juin 2016, pourvoi n° 16-81.912, précité).

Les mêmes questions et difficultés peuvent se poser pour l'incarcération de la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen.

B. Le mandat d'arrêt européen

Le mandat d'arrêt européen, lié au rapprochement territorial des États membres de l'Union européenne et à la création d'un espace sans frontières intérieures, repose sur le principe de reconnaissance mutuelle et le principe de confiance mutuelle entre les États membres, affirmés par le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 et la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, le principe de confiance mutuelle imposant à chacun des États membres de considérer que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux. Ces principes expliquent que, à la différence de l'extradition, la décision de remise relève directement de la compétence de la chambre de l'instruction.

L'objectif poursuivi avec la création du mandat d'arrêt européen a été de créer un système simplifié de remise des personnes concernées, pour faciliter et accélérer celle-ci, et la jurisprudence de la Cour de cassation manifeste une recherche d'équilibre entre les principes et objectifs d'une collaboration efficace (1) et la garantie des droits fondamentaux des personnes concernées (2).

1. L'efficacité du mandat d'arrêt européen

La Cour de cassation contrôle que les règles assurant l'efficacité du mandat d'arrêt européen sont respectées.

En ce qui concerne la forme, la chambre criminelle rappelle que, en application du troisième alinéa de l'article 695-15 du code de procédure pénale, le signalement dans le système d'information Schengen (SIS), accompagné ou complété par tous les renseignements énumérés par l'article 695-13 du même code, vaut mandat d'arrêt européen (Crim., 27 mai 2015, pourvoi n° 15-82.503, *Bull. crim.* 2015, n° 127 ; Crim., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 04-87.787, *Bull. crim.* 2005, n° 36 ; Crim., 5 octobre 2004, pourvoi n° 04-85.385, *Bull. crim.* 2004, n° 232), et elle juge que l'article 8 de la décision-cadre du 13 juin 2002 précitée et l'article 695-13 du code de procédure pénale n'exigent pas la production par l'autorité judiciaire requérante de l'original ou d'une copie certifiée conforme du jugement de condamnation : il suffit que le mandat d'arrêt contienne l'indication de l'existence d'un jugement exécutoire (Crim., 24 novembre 2004, pourvoi n° 04-86.314, *Bull. crim.* 2004, n° 299).

Satisfait également aux dispositions de l'article 695-13 du code de procédure pénale le mandat d'arrêt européen dont les mentions relatives aux faits sont ultérieurement complétées par les informations demandées par la chambre de l'instruction à l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission, conformément aux dispositions de l'article 695-33 du code de procédure pénale (Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.800, *Bull. crim.* 2005, n° 176 ; Crim., 31 mars 2005, pourvoi n° 05-81.260, *Bull. crim.* 2005, n° 115) ; ou encore, en l'absence de formes imposées par l'article 695-33 du code de procédure pénale, sont régulières les informations complémentaires adressées par l'État d'émission d'un mandat d'arrêt européen au moyen d'un courrier électronique, dans le cas où, le document objet de cet envoi portant l'en-tête de la juridiction ainsi que l'identité, le sceau et la signature du juge, aucun doute ne peut être élevé s'agissant de l'authenticité de son auteur (Crim., 25 juin 2013, pourvoi n° 13-84.149, *Bull. crim.* 2013, n° 158).

D'une façon générale, si la chambre de l'instruction estime que les informations communiquées dans le mandat d'arrêt européen sont insuffisantes pour lui permettre de statuer sur la remise, il lui appartient de demander à l'État d'émission les informations complémentaires qu'elle juge nécessaires au regard des exigences posées par l'article 695-13 du même code (Crim., 22 mars 2016, pourvoi n° 16-81.186, *Bull. crim.* 2016, n° 97 ; Crim., 21 juin 2007, pourvoi n° 07-83.957, *Bull. crim.* 2007, n° 182).

Par ailleurs, si la Cour de cassation contrôle normalement que la chambre de l'instruction a exactement qualifié la mesure pour l'application de laquelle le mandat d'arrêt européen a été émis, vérifiant que ladite mesure constitue, au regard du droit de l'État membre d'émission, une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté, au sens de l'article 695-12 du code de procédure pénale (Crim., 10 février 2016, pourvoi n° 16-80.510, *Bull. crim.* 2016, n° 45), elle élargit le contentieux de tout recours non nécessaire et écarte tout moyen sans conséquence sur la validité même du mandat d'arrêt européen.

Ainsi, n'est pas susceptible de pourvoi en cassation la décision de la chambre de l'instruction qui a constaté le consentement de la personne recherchée à sa remise, donné en connaissance des conséquences juridiques de celui-ci et de son caractère irrévocable (Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 13-83.502, *Bull. crim.* 2013, n° 135). De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation écarte les moyens pris de l'inobservation de délais qui ne sont assortis d'aucune sanction par la loi (pour le délai de l'article 695-26, alinéa 4, du code de procédure pénale, voir Crim., 25 janvier 2006, pourvoi n° 05-87.718, *Bull. crim.* 2006, n° 28 ; pour le délai de soixante jours prévu par l'article 695-43, voir Crim., 14 septembre 2005, pourvoi n° 05-84.551, *Bull. crim.* 2005, n° 228).

Doit encore être mentionnée la jurisprudence selon laquelle, même si, aux termes de l'article 695-27 du code de procédure pénale, la personne appréhendée en exécution d'un mandat d'arrêt européen bénéficie, pendant le délai de rétention qui précède sa conduite devant le procureur général, des droits conférés par les articles 63-1 à 63-7 dudit code, l'éventuelle annulation, pour cause de notification tardive ou incomplète de ces droits, des procès-verbaux établis au cours de la mesure de rétention, qui ne constitue pas une mesure de garde à vue, ne peut affecter la validité de la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen (Crim., 23 septembre 2014, pourvoi n° 14-86.162, *Bull. crim.* 2014, n° 195 ; voir également Crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 10-81.810, *Bull. crim.* 2010, n° 68), ou celle selon laquelle une décision de refus de remise ne fait pas obstacle à une nouvelle saisine de la chambre de l'instruction pour les mêmes faits contre la même personne, fondée sur des éléments, survenus ou révélés depuis une précédente demande, permettant une appréciation différente des conditions légales de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (Crim., 15 mai 2012, pourvoi n° 12-82.775, *Bull. crim.* 2012, n° 121).

Enfin, s'agissant de l'exécution de la décision de remise, il appartient à l'État membre d'exécution de l'assurer, et la chambre criminelle de la Cour de cassation a été conduite à préciser que l'ordre d'incarcération donné par le premier président de la cour d'appel, en vertu duquel la personne recherchée a comparu détenue devant la chambre de l'instruction ayant autorisé sa remise, voit ses effets prolongés, même si la remise est différée, tant que ladite chambre, saisie par l'intéressé, n'a pas ordonné sa mise en liberté, cassant ainsi un arrêt qui avait considéré que les effets de l'ordre d'incarcération provisoire avaient cessé au jour où l'arrêt de la chambre de l'instruction ordonnant la

remise de l'intéressé avait acquis un caractère définitif (Crim., 27 juillet 2016, pourvoi n° 16-82.830, *Bull. crim.* 2016, n° 225).

2. Le respect des droits fondamentaux de la personne recherchée

Au regard encore des objectifs poursuivis avec la création du mandat d'arrêt européen, et spécialement, de l'énoncé limitatif, par la décision-cadre, des motifs de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen, la jurisprudence de la Cour de cassation manifeste son attachement au respect des prévisions des articles 695-22, 695-22-1, 695-23 et 695-24 du code de procédure pénale, qui prévoient les cas où l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée. Néanmoins, elle veille au respect des droits fondamentaux, en accord avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle la décision-cadre du 13 juin 2002 ne saurait exclure l'obligation des États membres de respecter les droits fondamentaux, consacrés notamment par la Charte des droits fondamentaux.

En témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2012 qui a énoncé « que, sous réserve du respect, garanti par l'article 1, § 3, de la Décision-cadre du 13 juin 2002, des droits fondamentaux de la personne recherchée et des principes juridiques fondamentaux consacrés par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être refusée pour des motifs autres que ceux que prévoit la Décision-cadre et les textes pris pour son application » (Crim., 28 février 2012, pourvoi n° 12-80.744, *Bull. crim.* 2012, n° 56).

Au titre du principe, la chambre criminelle rappelle que la chambre de l'instruction n'a pas à apprécier le bien-fondé de la poursuite exercée par les autorités judiciaires de l'État membre d'émission (Crim., 19 avril 2005, pourvoi n° 05-81.677, *Bull. crim.* 2005, n° 136) et elle s'assure que les cas de refus, obligatoires ou facultatifs, ont été exactement appliqués ou écartés (par exemple, pour l'article 695-23 du code de procédure pénale, voir Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.540, *Bull. crim.* 2007, n° 291, énonçant qu'il n'appartient pas à la chambre de l'instruction, sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission; pour l'article 695-22-1, voir Crim., 15 octobre 2013, pourvoi n° 13-86.329, *Bull. crim.* 2013, n° 190, jugeant une décision de remise justifiée dès lors que la chambre de l'instruction retient que la personne condamnée en son absence disposera, dans les trente jours de sa remise, de la faculté d'user d'un recours pour obtenir un nouveau jugement au fond; pour l'article 695-22, 2°, voir Crim., 18 décembre 2013, pourvoi n° 13-87.755, *Bull. crim.* 2013, n° 268; pour l'article 695-24, 2°, voir Crim., 10 août 2016, pourvoi n° 16-84.723, *Bull. crim.* 2016, n° 228).

La question du respect des droits fondamentaux s'est principalement posée avec le statut de réfugié de la personne réclamée, et, parce que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait conduire à un traitement inhumain ou dégradant de la personne réclamée, la chambre criminelle de la Cour de cassation a exigé que la chambre de l'instruction, quand elle en est requise, demande à l'État d'émission les informations complémentaires nécessaires sur le sort qui sera réservé à l'intéressé à l'issue de sa peine au regard notamment des dispositions tant de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés liant la France et l'État d'émission

(Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 07-80.162, *Bull. crim.* 2007, n° 39), tout en précisant que le statut de réfugié politique accordé à la personne réclamée en raison des risques qu'elle pourrait courir dans l'État dont elle est ressortissante ne saurait l'exonérer de poursuites pénales mises en œuvre par un État tiers, membre de l'Union européenne, dès lors qu'aucun fait établi ou même allégué ne laisse supposer le caractère politique de la demande, au sens de l'article 695-22, 5°, du code de procédure pénale (Crim., 26 septembre 2007, pourvoi n° 07-86.099, *Bull. crim.* 2007, n° 229). Ultérieurement, la chambre criminelle a précisé que la chambre de l'instruction devait s'assurer que, dans le respect des articles 33, § 1, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les autorités de l'État d'émission ne remettraient pas la personne recherchée, bénéficiant du statut de réfugié, aux autorités de son pays d'origine (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.499, *Bull. crim.* 2007, n° 292 ; Crim., 9 juin 2015, pourvoi n° 15-82.750, *Bull. crim.* 2015, n° 141). Enfin, la chambre criminelle a eu l'occasion de juger que l'octroi du statut de réfugié au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ainsi que du Protocole relatif au statut des réfugiés, conclu à New York le 31 janvier 1967, par un État membre de l'Union européenne, au bénéfice d'un ressortissant d'un État devenu membre de l'Union européenne entre la date d'octroi dudit statut et la date de délivrance du mandat d'arrêt européen dont l'exécution est sollicitée, ne constitue pas, en tant que tel, un obstacle à l'exécution de ce dernier (Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 16-84.000, *Bull. crim.* 2016, n° 216).

S'agissant des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'exclut pas que l'article 3 puisse être utilement invoqué en d'autres situations, notamment en cas de charges obtenues à l'aide de tortures ou de traitements inhumains ou dégradants (Crim., 20 mai 2014, pourvoi n° 14-83.138, *Bull. crim.* 2014, n° 135), et, par un arrêt récent de cassation, elle a jugé qu'il devait être vérifié que la remise sollicitée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de la personne réclamée, qui, sans viser expressément l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faisait valoir qu'elle souhaitait exécuter sa peine en France, compte tenu de ses attaches familiales et professionnelles dans ce pays (Crim., 12 avril 2016, pourvoi n° 16-82.175, *Bull. crim.* 2016, n° 132).

Reste que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il doit être présumé, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que les États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit. Appliquant ce principe, la CJUE a formulé une démarche en deux temps, en énonçant « que lorsque l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution dispose d'éléments attestant d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes détenues dans l'État membre d'émission, à l'aune du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union et, en particulier, de l'article 4 de la Charte [...], elle est tenue d'apprécier l'existence de ce risque lorsqu'elle doit décider de la remise aux autorités de l'État membre d'émission de la personne concernée par un mandat d'arrêt européen [...] » (§ 88) ; « [qu'à] cette fin, l'autorité judiciaire d'exécution doit, tout d'abord, se fonder sur des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés sur les conditions de détention qui prévalent dans l'État membre d'émission et démontrant la réalité de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de

détention [...]» (§ 89); «[que] toutefois, le constat de l'existence d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions générales de détention dans l'État membre d'émission ne saurait conduire, comme tel, au refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen» (§ 91); «[qu']en effet, une fois constatée l'existence d'un tel risque, encore faut-il, ensuite, que l'autorité judiciaire d'exécution apprécie, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée courra ce risque en raison des conditions de sa détention envisagées dans l'État membre d'émission» (§ 92) (CJUE, gde. ch., arrêt du 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru, affaires jointes C-404/15 et C-659/15).

La chambre criminelle de la Cour de cassation, suite à ces décisions, a approuvé un arrêt ayant « considéré, au vu de l'insuffisance des preuves versées au dossier, que n'était pas démontrée l'existence de défaillances systémiques ou généralisées, touchant soit certains groupes de personnes, soit certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, de nature à faire exception au régime général d'automatisme des remises du mandat d'arrêt européen en raison d'une insuffisance de la protection des droits fondamentaux dans ce dernier, de sorte qu'elle n'avait pas à procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes » (Crim., 12 juillet 2016, précité).

La question de l'atteinte aux droits de l'homme se présente encore différemment au cas particulier d'exécution d'une demande de remise à la Cour pénale internationale.

C. La remise de la personne réclamée par la Cour pénale internationale

Le 18 juillet 1998, à Rome, une conférence diplomatique a adopté le statut de la Cour pénale internationale, compétente en matière de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, et la France a ratifié le Traité de Rome le 9 juin 2000, après qu'eut été introduit dans la Constitution, à la suite de la décision n° 98-408 DC du Conseil constitutionnel du 22 janvier 2010, l'article 53-2 ainsi rédigé : « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 », qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

La France s'est ainsi engagée, en vertu de l'article 86 du statut de la Cour pénale internationale, à coopérer pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence.

Sans doute l'article 689-11, alinéa 1, du code de procédure pénale prévoit-il la compétence des juridictions pénales françaises en matière de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre puisqu'il dispose que « peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont elle a la nationalité est partie à la convention précitée ». Les restrictions ainsi apportées à une compétence voulue universelle – sur laquelle voir la section 2 du chapitre 3 *infra* – ont d'ailleurs conduit un auteur à qualifier celle-ci de « chef de compétence extraterritoriale *sui generis* » (B. de Lamy, « Le droit pénal international à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Rev. sc. crim.* 2011, p. 173 et s., spéc. p. 176).

Mais il convient de souligner que l'alinéa 2 du même article donne priorité à la Cour pénale internationale ou aux juridictions de l'État qui aurait demandé l'extradition de la personne mise en cause. En effet, selon cet alinéa, « la poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. À cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre État n'a demandé son extradition ».

Aux termes de l'article 627-8 du code de procédure pénale, « lorsque la chambre de l'instruction constate qu'il n'y a pas d'erreur évidente, elle ordonne la remise de la personne réclamée et, si celle-ci est libre, son incarcération à cette fin. Toute autre question soumise à la chambre de l'instruction est renvoyée à la Cour pénale internationale qui lui donne les suites utiles ».

Ayant eu à connaître de deux pourvois contre des arrêts ayant statué à l'occasion d'une demande de remise à la Cour pénale internationale, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la remise à la Cour pénale internationale de la personne demandée est subordonnée par l'article 627-8 du code de procédure pénale au seul constat qu'il n'y a pas d'erreur évidente sur celle-ci, et que l'arrêt statuant sur une demande de mise en liberté est motivé par référence aux seules dispositions du § 4 de l'article 59 du Statut de la Cour (Crim., 4 janvier 2011, pourvoi n° 10-87.760, *Bull. crim.* 2011, n° 2 et Crim., 4 janvier 2011, pourvoi n° 10-87.759, *Bull. crim.* 2011, n° 1).

La chambre criminelle de la Cour de cassation s'est référée encore dans ces arrêts aux seules règles régissant la Cour pénale internationale pour apprécier la condition, fixée par la chambre de l'instruction, de non-remise à l'État d'origine de la personne demandée, et pour juger notamment que la Cour statue, en application de l'article 21 de son Statut, dans le respect des droits de l'homme internationalement reconnus.

Si le juge français est un acteur essentiel de l'entraide judiciaire internationale, il contribue en outre à l'émergence d'une justice mondiale.

Chapitre 3. L'émergence d'une justice mondiale

L'émergence d'une justice mondiale, entendue comme détachée des critères classiques de rattachement, résulte largement de l'action du juge. Cette mondialisation se constate tant pour la justice arbitrale (section 1) que pour la justice étatique (section 2).

Section 1. La mondialisation de la justice arbitrale

Le juge français reconnaît l'existence d'un ordre arbitral transnational (§ 1) détaché des ordres juridiques nationaux, dont l'utilité doit être mesurée (§ 2).

§ 1. La reconnaissance d'un ordre arbitral transnational par la jurisprudence

La Cour de cassation a inventé le droit français de l'arbitrage international qui n'aurait, autrement, jamais dû exister. À l'inverse des États-Unis, où les libertés fondamentales ont tôt acquis une protection constitutionnelle (E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000), l'arbitrage n'étant que l'une des expressions du droit de chaque citoyen au «*self-government*» (A.S. Rau, «*The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR*», *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 478), le contrôle des citoyens dans la tradition politique césarienne française et le positivisme juridique qui l'accompagne ont très tôt condamné l'arbitrage en France (B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998). Hors la justice officielle et les lois, il n'y a point de justice, mais de la satire dont la magistrature doit protéger les citoyens qui se seraient montrés irréflectés en succombant à l'arbitrage. Dès lors, tout effet doit être retiré aux clauses compromissaires (Civ., 10 juillet 1843, *D.* 1843, 1, p. 343). Dans le même ordre d'idées, on trouve une ferme jurisprudence du Conseil d'État d'après laquelle, si on a dû soustraire la connaissance des affaires administratives aux juridictions ordinaires, cela ne peut être pour les confier à des arbitres (E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 2^e éd., 1896, p. 152-153).

De la mort juridique de l'arbitrage en France prononcée par la Cour de cassation en 1843, date en revanche la fortune des systèmes juridiques étrangers qui ont su adapter rapidement leur droit aux besoins des entreprises, l'Angleterre ou la Suisse, dont le législateur de Genève pose ce regard sur le droit français : «*Le code de procédure français, dans tout le titre sur l'Arbitrage, est parti des cas les plus rares, pour poser la règle ; c'est dans l'exception qu'il embrasse les plus fréquents. Aussi, sous ce code, un compromis qu'est-il ? Une série de clauses déroatoires, où le rédacteur s'étudie à détruire, article par article, l'œuvre de la loi. Nous avons adopté la démarche inverse. Nous présumons toujours dans les contractants une intention conforme à ce qui se pratique communément. C'est dans cet esprit que toutes nos règles sont tracées*» (*Rép. Dalloz* 1846, tome IV, V^o Arbitrage, chap. 1, n^o 38, p. 377).

La Cour de cassation a dû plier devant les réalités économiques pour changer son point de vue. Les entreprises françaises qui devaient passer des contrats avec des partenaires commerciaux étrangers ne pouvaient sécuriser leurs accords qu'en acceptant des clauses d'arbitrage à l'étranger. Les entreprises françaises, même entre elles, préféreraient arbitrer leurs différends à l'étranger plutôt que de recourir à la protection de la justice officielle. La jurisprudence va graduellement relâcher son étreinte en acceptant de valider les accords d'arbitrage soumis à une loi étrangère permissive et les sentences fondées sur de tels accords (J. Hamel, «*La clause compromissoire dans les rapports de commerce internationaux. À propos de quelques récents projets et propositions de lois*», *Rev. DIP* 1922-1923, p. 721 et 1924, p. 15). Autrement dit, le bannissement de la clause compromissoire n'était plus d'ordre public dans les rapports internationaux, puisque les parties pouvaient choisir une loi validant une clause d'arbitrage, nonobstant son interdiction dans les relations juridiques internes (Civ., 19 février 1930 ; *JDI* 1931, p. 90, note J.-P. Niboyet ; *Rev. DIP* 1930, p. 282 ; *Rev. DIP* 1931, p. 514 (1^{re} espèce) ; *S.* 1933, p. 41 (1^{re} espèce), note J.-P. Niboyet ; Civ., 27 janvier 1931, *Rev. DIP* 1931, p. 514 (2^e espèce) ; *S.* 1933, p. 41 (2^e espèce), note J.-P. Niboyet, *JDI* 1932, p. 93, note J.-P. Niboyet).

La création de l'univers arbitral contemporain remonte aux années soixante du siècle dernier. La Cour de cassation opère alors une révolution copernicienne en détachant l'arbitrage de tout cadre normatif étatique pour le soumettre à un régime juridique autonome et international (J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305). Ce chemin, qui commence avec un arrêt de 1963 (Civ., 7 mai 1963, *Bull.* 1963, n° 246), se poursuit en 1972 (Civ., 4 juillet 1972, pourvoi n° 70-14.163, *Bull.* 1972, I, n° 175), puis 1993 (1^{re} Civ., 20 décembre 1993, pourvoi n° 91-16.828, *Bull.* 1993, I, n° 372) et s'achève en 1999 (1^{re} Civ., 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.430, *Bull.* 1999, I, n° 2). En cassant, dans ce dernier arrêt, au visa d'un « principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité », la Cour de cassation affirme que la clause d'arbitrage ne tire pas sa légitimité de la loi étatique, et surtout pas de la loi française. En ajoutant que « l'article 2061 du code civil est sans application dans l'ordre international », dont la rédaction, à l'époque, fulminait la nullité de toute clause compromissoire sauf s'il en était autrement disposé par la loi, la Cour de cassation prend en tout le contre-pied du législateur interne. L'article 2061, tel qu'il était rédigé, était issu de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, soit le lendemain du prononcé de l'arrêt de 1972 précité, dans lequel la Cour de cassation commandait déjà de donner application à une clause d'arbitrage international en raison de sa complète autonomie, quelles que soient par conséquent les prohibitions édictées par la loi nationale applicable, y compris lorsque cette loi est la loi française.

Comment en est-on arrivé à une situation où la Cour de cassation juge l'inverse de ce que dit le législateur français ? Le droit international a donné à la Cour de cassation un espace de liberté pour développer un régime juridique spécifique à l'arbitrage. Ce qui est inédit est la manière dont la Cour de cassation s'y est prise pour définir un tel régime (J.-F. Poudret, « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *BICC* n° 589, 15 décembre 2003, p. 3). Une fois admis, en effet, qu'il était loisible aux parties d'écarter le droit français en élisant un droit étranger permissif, la jurisprudence aurait pu faire dépendre la validité des clauses d'arbitrage et des sentences de la loi désignée par la règle de conflit. Ce n'est pas la voie qui a été empruntée.

À la place, la Cour de cassation travaille avec un ensemble de propositions que le droit international privé qualifie de règles matérielles, c'est-à-dire de règles qui donnent directement la solution à un problème juridique se posant dans une situation internationale, sans avoir à interroger une règle de conflit pour découvrir la solution de fond apportée par la loi déclarée applicable (B. Goldman, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », séance du 20 novembre 1967, *Trav. Com. fr. DIP*, 1966-1969, Dalloz, p. 119). Juridiction suprême de l'ordre judiciaire français, la Cour de cassation énonce des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international (B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *Trav. Com. fr. DIP*, « Journée du cinquantenaire », CNRS, 1985, p. 121). Quand l'arrêt du 20 décembre 1993 (pourvoi n° 91-16.828) précité mentionne ainsi que la validité d'une clause d'arbitrage doit s'apprécier « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage », l'existence et l'efficacité des clauses d'arbitrage s'appréciant « d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique », la Cour de cassation indique que les normes applicables à la convention d'arbitrage ne sont pas puisées dans le droit national. Une doctrine, qui n'a jamais accepté les fondements donnés à l'arbitrage par la Cour de cassation, dénonce

l'« impérialisme » des solutions jurisprudentielles (Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n^{os} 594 et s.), mais la quelle relève de la logomachie. En comparaison des droits qui continuent à appliquer une réglementation nationale ou la règle de conflit du juge saisi, les règles matérielles ne font pas prévaloir la réglementation française, mais l'ouverture la plus grande afin de donner effet à la volonté des parties.

On peut soutenir que les règles du droit français de l'arbitrage international dégagées par la Cour de cassation sont inspirées de règles communes à l'ensemble des droits nationaux qui forment un droit commun de l'arbitrage. Pour le professeur Gaillard, il vaut mieux parler de la source transnationale de ces règles plutôt que d'une origine anationale qui gomme les tendances convergentes de l'activité normative des États. L'identification de ces règles requiert la mobilisation des ressources du droit comparé (E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, M. Nijhoff, Livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, 2008, p. 63 et s., 83 et s.). La teneur de ces règles matérielles peut aussi être recherchée dans des règles véritablement internationales, non issues d'un ordre juridique national. La Cour de cassation ne ferait alors que transposer dans l'ordre juridique français le contenu d'une règle analogue extraite d'un ordre juridique non national et spécifique à celui-ci (E. Gaillard, *op. cit.*, p. 74 et s.; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 84 et s.).

La Cour de cassation décrit la sentence comme « une décision de justice internationale » dans l'arrêt *Putrabali* (1^{re} Civ., 29 juin 2007, pourvoi n^o 05-18.053, *Bull.* 2007, I, n^o 250). Non rattachée à un ordre juridique étatique quelconque, la sentence est uniquement examinée au regard des règles applicables de l'État où son *exequatur* est demandé : « Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées » (1^{re} Civ., 29 juin 2007, n^o 05-18.053, précité).

L'arrêt *Putrabali* théorise une jurisprudence constante depuis le milieu des années 1980 (1^{re} Civ., 9 octobre 1984, pourvoi n^o 83-11.355, *Bull.* 1984, I, n^o 248; 1^{re} Civ., 10 mars 1993, pourvoi n^o 91-16.041, *Bull.* 1993, I, n^o 99; 1^{re} Civ., 23 mars 1994, pourvoi n^o 92-15.137, *Bull.* 1994, I, n^o 104), qui rend possible l'*exequatur* d'une sentence internationale en France, pour peu qu'elle réunisse les conditions de sa reconnaissance et de son exécution, et ce nonobstant son annulation dans le pays du siège du tribunal arbitral. Décision internationale, la sentence n'est pas intégrée dans l'ordre juridique national (1^{re} Civ., 23 mars 1994, pourvoi n^o 92-15.137, précité : « la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international »). L'annulation de la sentence dans l'État du siège ayant ses effets limités à l'ordre juridique de celui-ci (CA Paris, 29 septembre 2005, Direction générale de l'aviation civile de l'émirat de Dubaï c. Société International Bechtel, *JCP* éd. G n^o 24, 14 juin 2006, doctr. 148, p. 1174, comm. par C. Seraglini), la sentence n'est pas pour autant anéantie dans l'ordre juridique arbitral. Il reste donc loisible à tout autre État de l'accueillir. Le professeur Gaillard explique : « la solution retenue par la jurisprudence française s'inspire directement de la vision de l'arbitrage proposée par Berthold Goldman, à qui la formule de sentence non intégrée dans l'ordre juridique du siège a été empruntée.

Elle manifeste, sinon la reconnaissance directe de l'existence d'un ordre juridique arbitral, du moins la condamnation sans équivoque de la conception inverse selon laquelle, en matière internationale, la sentence arbitrale puiserait la source de sa juridicité dans l'ordre juridique du siège» (E. Gaillard, *op. cit.*, p. 95-96). La possibilité donnée aux parties par l'article 1522 du code de procédure civile depuis la réforme du droit de l'arbitrage du 13 janvier 2011 de renoncer expressément au recours en annulation complète la jurisprudence *Putrabali*. La sentence ne relève pas de l'ordre juridique du siège arbitral dont le contrôle ne s'impose par conséquent pas. Dans cette conception, où les juridictions du siège ne pèsent plus sur le sort universel de la sentence, il devient également possible de choisir par une clause attributive de compétence le for du recours en annulation, ce qui est reconnaître une concurrence entre ordres juridiques pour l'arbitrage (CA Paris, 1^{re} chambre civile, 17 juin 2004, X... et Association internationale des concours de beauté pour les pays francophones c. Sté Miss France e.a).

La jurisprudence de la Cour de cassation ne trouve d'autre explication que dans l'existence d'un autre ordre juridique, distinct des ordres juridiques étatiques, qui a été expressément reconnue par la Cour de cassation dans l'arrêt *Ryanair* (1^{re} Civ., 8 juillet 2015, pourvoi n° 13-25.846, 8 juillet 2015, pourvoi n° 13-25.846, *Bull.* 2015, I, n° 168; *Rapport* 2015, p. 228).

La Cour de cassation donne à la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères le statut de texte constitutif de l'ordre arbitral international :

«Vu les articles III, V et VII de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ensemble l'article 1516 du code de procédure civile ;

Attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées ; qu'il résulte des textes susvisés que l'*exequatur* des sentences arbitrales rendues à l'étranger est exclusif de tout jugement sur le fond et relève de la compétence des juridictions judiciaires ; [...]

Attendu que, pour décliner la compétence des juridictions judiciaires et infirmer la décision qui accorde l'*exequatur*, l'arrêt retient que l'article 1516 du code de procédure civile, édicté pour régler les compétences au sein de l'ordre judiciaire, est sans influence sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et qu'il n'appartient pas à la cour d'appel de se prononcer sur les voies par lesquelles les juridictions de l'ordre administratif sont susceptibles d'être saisies d'une demande d'*exequatur* d'une sentence rendue à l'étranger ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la Convention de New York du 10 juin 1958, applicable à l'*exequatur* en France d'une sentence rendue à Londres, interdit toute discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales ainsi que toute révision au fond, la cour d'appel a violé les textes susvisés constitutifs de l'ordre arbitral international.»

§ 2. L'utilité de l'ordre arbitral transnational

Les tribunaux arbitraux, même s'il n'existe aucune hiérarchie entre eux, contribuent au développement d'une jurisprudence qui invoque les droits fondamentaux (*Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, edited by P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann & F. Francioni, 2009) et les principes du droit international ou les traditions juridiques nationales (1^{re} Civ., 22 octobre 1991, pourvoi n° 89-21.528, *Bull.* 1991, I, n° 275 ; J.-M. Jacquet, « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.* 2010, p. 445). Ils contribuent à la formation d'un espace juridique global en mettant ainsi en réseau différents ordonnancements juridiques (S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global » (conférence à la Cour de cassation du 11 juin 2007), *BICC* n° 693, 15 décembre 2008, p. 6 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002).

On s'est interrogé sur l'ordre juridique dont devrait relever l'arbitrage commercial international ; ordre juridique international, ordre juridique étatique, ordre juridique transnational : « la vision qui s'accorde sans doute le mieux à la position complexe (car au point de convergence de règles de différent niveau et de multiple provenance) de l'arbitrage commercial international est celle qui dépasse l'opposition classique monisme/dualisme : partant du constat de la pluralité des ordres juridiques (international et nationaux, étatiques et infra-étatiques, corporatifs et associatifs), même si tous ne sont pas des ordres juridiques institutionnels, on doit admettre non la subordination des uns aux autres [...], mais plutôt leur harmonie dans la complémentarité ou la répartition des tâches, et donc l'unité de l'ordre juridique, ce qui n'interdit nullement de reconnaître la prééminence de certaines normes ou principes » (B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 125).

La doctrine a soulevé la question de l'articulation entre l'ordre juridique arbitral et le droit international : « L'existence d'acteurs communs (spécialement les États) et de territoires communs (le droit des investissements fondé sur les traités de protection des investissements) ne fait nullement obstacle à ce que chacune de ces constructions théoriques développe ses effets dans un domaine d'application propre. Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l'État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d'un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d'être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international devraient pouvoir s'articuler dans une logique de complémentarité » (E. Gaillard, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité » (conférence commémorative John E.C. Brierley), *Revue de droit de McGill*, vol. 55, n° 4, 2010, p. 907).

Ordre juridique arbitral, ordre juridique transnational ou *lex mercatoria* (1^{re} Civ., 22 octobre 1991, pourvoi n° 89-21.528, *Bull.* 1991, I, n° 275), ordre juridique international interétatique, tous n'ont été créés que pour neutraliser l'ordre juridique interne. Ils trouvent le soutien de l'article 55 de la Constitution qui règle les rapports entre l'ordre juridique français et les ordres juridiques supranationaux.

La jurisprudence *Norsolor* (1^{re} Civ., 9 octobre 1984, pourvoi n° 83-11.355, *Bull.* 1984, I, n° 248) et *Hilmarton* (1^{re} Civ., 23 mars 1994, pourvoi n° 92-15.137, *Bull.* 1994, I, n° 104) ayant démontré que le droit français de l'arbitrage international permettait l'exécution des sentences plus facilement qu'avec la Convention de New York, cette dernière présente donc peu d'intérêt pratique (1^{re} Civ., 24 mars 1998, pourvoi n° 95-17.285, *Bull.* 1998, I, n° 121). D'une manière générale, la Cour de cassation n'utilise de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères que le seul article VII qui permet d'exécuter les sentences d'après le droit commun, si celui-ci est plus favorable que les conditions conventionnelles (F.-X. Train, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York », *RID comp.* 2014, p. 249). Ce traité à vocation mondiale, ratifié par presque 160 États, jette les bases d'un droit commun universel de l'arbitrage dont il convient de faire application, dès lors que le droit français péjore les conditions d'accueil des sentences en deçà du minimum toléré par la Convention de New York. La Cour de cassation évalue dans l'arrêt *Ryanair* précité les conditions promises dans la jurisprudence du Conseil d'État à l'accueil des sentences administratives internationales, catégorie française, mais inexistante en droit international, au regard des principes essentiels de la Convention de New York.

L'un de ces principes est l'accès à l'arbitre que la Cour de cassation a mis en exergue dans l'arrêt *NIOC* (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 02-15.237, *Bull.* 2005, I, n° 53). La politique de priorité développée par la Cour de cassation pour permettre à l'arbitre de statuer prioritairement sur tout incident relatif à sa compétence (1^{re} Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 03-12.034, *Bull.* 2006, I, n° 288) est une faveur à l'égard de l'arbitrage, elle n'est pas un droit d'accès à l'arbitre. Cet accès est conféré par la clause d'arbitrage, mais cela n'implique pas que l'arbitre doive statuer en premier, ce que la Convention de New York n'impose pas.

Les principes de sécurité juridique, de prévisibilité de la règle de droit et de non-discrimination inscrits dans la Convention de New York condamnent la distinction entre sentence judiciaire et administrative internationale instaurée par la jurisprudence du Tribunal des conflits (Tribunal des conflits, 17 mai 2010, n° 10-03.754, *Bull.* 2010, T. conflits, n° 11). La Convention de New York fournit au juge national des règles d'évaluation (W.M. Reisman, « Canute Confronts the Tide: State versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law », *ICSID Review*, vol. 30, n° 3, automne 2015, p. 616-634), au crible desquelles doit être appréciée la conformité du droit national. C'est en ce sens que doit être comprise la remarque de la jurisprudence *Ryanair* sur le caractère de texte structurant de l'ordre juridique arbitral pour la Convention de New York. L'application de ce traité par de multiples juridictions appartenant à tous les régimes juridiques représentatifs donne à son interprétation une autorité particulière qui se reflète dans les principes qui sous-tendent les actions de la Convention de New York : droit à l'arbitre et circulation internationale des sentences. On voit que l'ordre juridique arbitral, dont l'arbitre, juge de droit commun des relations internationales, est l'organe juridictionnel d'après la jurisprudence *Putrabali* (E. Gaillard, *op. cit.*, p. 898), ne peut tolérer un droit de l'arbitrage dans lequel l'arbitre est une juridiction subordonnée dont la sentence doit être révisée afin de s'assurer de la correcte application des règles administratives impératives (Tribunal des conflits, 11 avril 2016, n° 16-04.043, *Bull.* 2016, T. conflits, n° 4); « Votre solution doit [...] conduire à l'exercice d'un véritable contrôle au fond de la sentence arbitrale.

[...] Par exception au régime de principe, la sentence arbitrale perd sa complète autonomie pour se trouver rattachée à l'ordre juridique français, au moins en partie, c'est-à-dire en tant qu'elle doit être rendue sur le fondement de ces règles impératives de droit public français mais sans préjudice de l'application de toute autre règle librement choisie par les parties ou l'arbitre qui ne serait pas incompatible avec celles-ci. Et c'est en raison de cette aimantation de la sentence arbitrale au droit public français que le juge administratif retrouve sa compétence d'attribution. C'est en effet en application du principe de liaison de la compétence et du fond que, dans un tel cas, le recours dirigé contre la sentence arbitrale relève de la compétence du juge administratif [...]. Dans le cadre du recours en appel ouvert devant lui qui lui permet de juger le fond du droit, le Conseil d'État sera en effet à même d'exercer un entier contrôle du respect de ces règles impératives» (conclusions de M. Guyomar, commissaire du gouvernement, Tribunal des conflits, 17 mai 2010, n° 10-03.754, précité). Le principe de sécurité juridique, qui fonde le droit à une solution définitive par l'arbitre, condamne les thèses révisionnistes sur l'arbitrage (1^{re} Civ., 12 février 2014, pourvoi n° 10-17.076, *Bull.* 2014, I, n° 22 : « Mais attendu que le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage ; qu'ayant exactement retenu, par des motifs qui échappent aux griefs du moyen, que le recours en annulation tendait, en réalité, à une nouvelle instruction au fond de l'affaire, la cour d'appel l'a à bon droit rejeté. » *Contra*, voir Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien 2013, n° 982). L'ordre arbitral transnational est ainsi pour le juge national un facteur d'adaptation et de réforme du droit interne.

La Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États crée un cadre international interétatique pour l'arbitrage d'investissements qui retire la connaissance des arbitrages et des sentences aux ordres juridiques nationaux. Les États parties sont dans l'obligation de faire exécuter la sentence, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif de leurs propres juridictions, sans pouvoir discuter de sa validité d'après leur droit national (1^{re} Civ., 11 juin 1991, pourvoi n° 90-11.282, *Bull.* 1991, I, n° 193, à comparer avec l'article 299 TFUE). Le système juridique de la Banque mondiale dans lequel se déroule l'arbitrage CIRDI ne nécessite pas le support pour son fonctionnement de règles matérielles, la Convention de Washington y suffit. Les conditions posées dans la Convention à la compétence du CIRDI soumettent l'accord d'arbitrage aux principes du droit international, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au droit national : « [une convention d'arbitrage] doit être interprétée d'une manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties : une telle méthode d'interprétation n'est autre que l'application du principe fondamental *pacta sunt servanda*, commun à tous les systèmes de droit interne et au droit international » (E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, décision du 25 septembre 1983, n° ARB/81/1, *Amco Asia Corp. c. Indonésie*, p. 17).

En l'absence même de toute clause d'arbitrage et de toute relation contractuelle entre l'État hôte et l'investisseur, la compétence des tribunaux arbitraux est admise sur le fondement d'un traité international sur la protection des investissements signé entre l'État hôte de l'investissement et l'État dont l'investisseur a la nationalité (W. Ben Hamida, *L'Arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Bruylant, thèse, université Panthéon-Assas,

2003). Les dispositions sur l'arbitrage du traité sont considérées comme une offre permanente d'arbitrer adressée par les États parties aux investisseurs concernés qui y répondent en déposant une demande d'arbitrage. Ces arbitrages sur le fondement d'un consentement dissocié ont ouvert la voie à la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État à l'égard d'un investisseur étranger pour violation des engagements contenus dans le traité de protection des investissements (E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 457). Le CIRDI n'a toutefois pas le monopole de l'arbitrage des investissements. Dès que ceux-ci sont organisés en dehors de la Convention de Washington, par exemple quand ils prennent place sous le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'ordre juridique arbitral prend le relais (CA Paris, 25 septembre 2008, République tchèque c/ Nreka, RG n° 07/04675).

Section 2. La mondialisation de la justice étatique

Il est des hypothèses dans lesquelles tout juge national peut être compétent pour trancher un litige, et ce indépendamment des critères classiques de rattachement.

Il en va ainsi, d'une part, en matière pénale lorsque sont perpétrés des crimes particulièrement graves. On tend alors vers une compétence universelle (§ 1).

Il en va de même, d'autre part, lorsque les parties au litige l'ont voulu. Les clauses attributives de juridiction (§ 2) permettent ainsi de choisir le juge compétent.

§ 1. Vers une compétence universelle en matière pénale ?

La compétence dite « universelle » des États en matière pénale est l'une des manifestations les plus saillantes de la mondialisation. En effet, tous les États ont le droit de poursuivre les auteurs de certains crimes particulièrement graves, même si ceux-ci n'ont pas été commis sur leur territoire ou par leurs nationaux ou encore à l'égard de leurs nationaux, dès lors que l'intérêt commun de l'humanité le justifie.

La Cour de cassation a déjà examiné, dans son *Rapport annuel* 2013, le mécanisme de la compétence universelle :

- d'une part dans la partie I, titre 1, chapitre 1, section 1, § 3, « Ordre public international s'agissant de la compétence universelle », p. 119 ;
- d'autre part dans la partie I, titre 1, chapitre 2, section 2, « Conception française de l'ordre public international devant la chambre criminelle », p. 142.

Il conviendra dès lors de s'y reporter, aucune évolution significative n'étant repérable depuis deux ans.

Si demeure le principe selon lequel la loi pénale n'a pas vocation à assurer une répression universelle et s'applique pour l'essentiel aux infractions commises sur le territoire de la République (article 113-2 du code pénal), la compétence universelle reste un instrument national de première importance dans la lutte contre les crimes les plus graves mettant en cause l'ordre public international. Sont ainsi visées les infractions citées aux articles 689-2 à 689-13 du code précité.

L'article 689-1 du code de procédure pénale autorise les juridictions françaises à poursuivre et juger « toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de

la République de l'une des infractions énumérées par [les articles 689-2 à 689-13 du code de procédure pénale] » mais à la condition qu'elle « se trouve en France » au jour de l'engagement des poursuites.

S'agissant du génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, le droit interne, par la création, aux termes de l'article 8 de la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, de l'article 689-11 du code de procédure pénale, a veillé à articuler le bénéfice accordé à la juridiction française de la compétence universelle avec la compétence de la Cour pénale internationale qui est principale, la compétence interne n'étant que subsidiaire (contrairement aux stipulations du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998) et de surcroît soumise à des conditions si strictes qu'on s'éloigne d'une véritable compétence universelle.

Pour leur part, les lois n° 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 et n° 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'États voisins, ont également créé une compétence universelle des juridictions et lois françaises (pour une application à des faits commis lors du génocide rwandais, voir *Crim.*, 7 janvier 2015, pourvoi n° 14-86.850).

Parfois ce n'est pas la gravité d'un crime qui justifie la compétence de tout juge national mais la volonté des parties.

§ 2. Les clauses attributives de juridiction

L'intérêt est grand pour les parties à un contrat comportant des éléments d'extranéité ou mettant en cause les intérêts du commerce international de désigner, dans un souci de sécurité juridique, avant tout litige, la juridiction compétente pour en connaître s'il vient à naître, et d'échapper ainsi, pour la détermination de la juridiction compétente, aux contraintes et aléas des ordres juridiques nationaux. Toutefois, pour qu'une telle clause atteigne son objectif et produise les effets qui en ont été attendus par les parties, l'attitude du juge appelé à se prononcer sur la régularité de sa saisine sur le fondement d'une telle clause est déterminante.

L'accueil du juge national, lorsqu'il s'agira pour lui de fixer les limites de sa compétence juridictionnelle, sera, selon qu'il est plus ou moins bienveillant, un facteur ou un frein à la mondialisation. L'analyse de la jurisprudence témoigne d'un accueil favorable aux clauses d'élection de for qu'il s'agisse de leur validité (A), de leur opposabilité (B) ou de leur portée (C).

A. La validité des clauses attributives de juridiction

La Cour de cassation, participant au mouvement d'émergence d'une justice mondiale, a affirmé, dès 1985, la licéité de principe des clauses de prorogation de compétence internationale lorsqu'il s'agit d'un litige international (1^{re} Civ., 17 décembre 1985, pourvoi n° 84-16.338, *Bull.* 1985, I, n° 354).

Une limite a, toutefois, été apportée lorsque la compétence territoriale est déterminée par des dispositions impératives du droit français. Ainsi, les parties à un contrat de travail international ne peuvent déroger, par une clause d'élection de for, aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail dès lors que le contrat est exécuté en France (Com., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-40.688, *Bull.* 2010, V, n° 204).

Elle a également admis la validité de la clause attributive de compétence insérée dans un contrat de travail international lorsque celui-ci est exécuté à l'étranger, refusant de faire application de l'article R. 517-1 du code du travail (1^{re} Civ., 18 octobre 1988, pourvoi n° 87-40.444).

Cette tendance s'est encore renforcée lorsqu'elle a énoncé « qu'une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte », faisant ainsi de l'autonomie de la clause d'élection de for une règle matérielle, à l'instar de la clause compromissoire (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 07-17.788, *Bull.* 2010, I, n° 161 ; 1^{re} Civ., 15 avril 2015, pourvoi n° 14-11.572).

Toujours dans ce souci de primauté de la clause élective de juridiction, la Cour de cassation a rappelé que seules les règles de conflit de juridiction doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétente, et que l'effet d'une clause attributive de juridiction stipulée dans un contrat international ne peut être paralysé du seul fait que des dispositions impératives constitutives de lois de police, au sens du droit du for, seraient applicables au fond du litige (1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.823, *Bull.* 2008, I, n° 233 ; Com., 24 novembre 2015, pourvoi n° 14-14.924, *Bull.* 2015, IV, n° 161).

La question de la validité des clauses dites « dissymétriques » parce que ouvrant à l'une des parties une compétence optionnelle, le plus souvent par adhésion à des conditions générales auxquelles renvoie le contrat, a été discutée.

Si la Cour de cassation, statuant au regard de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du règlement Bruxelles I, a écarté, à raison de son caractère potestatif, l'application d'une clause attributive de compétence réservant à une partie la faculté de saisir tout tribunal compétent de son choix (1^{re} Civ., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-26.022, *Bull.* 2012, I, n° 176), elle n'a pas, contrairement à l'opinion exprimée par certains auteurs, condamné pour autant le principe des clauses dites « unilatérales ».

En effet, dans un arrêt du 25 mars 2015, statuant cette fois au regard des dispositions similaires de l'article 23 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 qui consacrent également la faculté pour les parties de proroger la compétence des juridictions auxquelles elles sont soumises, elle a précisé, faisant écho cette fois à l'arrêt de la Cour de justice du 9 novembre 2000 (CJCE, arrêt du 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, § 17), que, pour répondre à l'objectif

de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par ces dispositions, il suffisait que les tribunaux visés par la clause conventionnelle d'élection de for soient identifiables à partir d'éléments objectifs (1^{re} Civ., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-27.264, *Bull.* 2015, I, n° 72).

Il n'est donc pas nécessaire qu'une clause attributive de juridiction soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé. Il suffit que la compétence alternative optionnelle soit déterminable objectivement.

Ainsi, le moyen tiré du caractère potestatif d'une clause attributive de juridiction figurant dans une convention d'ouverture de crédit conclue entre un client, personne morale de droit luxembourgeois, et une banque, également de droit luxembourgeois, laquelle donnait « compétence exclusive aux tribunaux de la ville de Luxembourg, à moins que la banque ne préfère choisir ceux du siège social » de l'emprunteur a-t-il été écarté, dès lors que cette clause avait été stipulée, en l'espèce, dans un contrat dont le caractère international résultait de l'affectation au profit de la banque, en garantie du prêt consenti, d'un compte d'instruments financiers ouvert dans un établissement bancaire français, entre deux sociétés de droit luxembourgeois (l'emprunteur et la banque) toutes deux domiciliées au Luxembourg et relevant du même tribunal d'arrondissement (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-10.163).

Il ne pouvait donc être soutenu, dans ce cas, que la banque s'était vu offrir une faculté discrétionnaire de saisir une juridiction quelconque et que le caractère potestatif de la clause résultait de ce que la faculté de choix qui lui était réservée avait pour effet de faire dépendre la désignation de la juridiction compétente de sa seule volonté, tandis que l'emprunteur était, seul, tenu de saisir les tribunaux luxembourgeois, dont la banque pouvait soulever, à sa guise, l'incompétence.

Néanmoins, nonobstant le principe de sa licéité, la clause attributive n'en nourrit pas moins un contentieux abondant lorsqu'il s'agit d'en faire application. La question des conditions de son opposabilité est alors récurrente.

B. L'opposabilité des clauses attributives de juridiction

Une clause attributive de juridiction n'est opposable à une partie qu'à la condition d'établir avec certitude qu'elle l'a connue et acceptée. Il a été admis que le fait pour une société d'apposer sa signature sous la mention selon laquelle le contrat renvoie à des conditions générales de vente, lesquelles prévoyaient une clause attributive de juridiction, suffit à induire que cette société en a pris connaissance (1^{re} Civ., 27 février 2013, pourvoi n° 11-23.520) ou encore que les parties puissent être liées par une clause dont l'acceptation résulte d'un échange de messages électroniques (1^{re} Civ., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-21.011).

Lorsque la clause attributive de juridiction ne figure pas dans un contrat, la jurisprudence se réfère fréquemment aux relations d'affaires habituelles entre les parties pour admettre son application, en présence d'autres éléments tels qu'un affichage de la clause sur place, sa reproduction sur l'ensemble des documents commerciaux échangés entre les parties, son insertion sur les factures acquittées, tout au long de la relation, sans qu'elle ait jamais donné lieu à protestation (Com., 20 mars 2012, pourvoi n° 11-11570; 1^{re} Civ., 17 février 2010, pourvoi n° 08-15.024, *Bull.* 2010, I, n° 38). L'existence de relations d'affaires suivies s'avère néanmoins inopérante à établir, à elle seule, le consentement du cocontractant à qui la clause est opposée (en présence d'une

attestation d'assurance versée aux débats ne faisant pas mention de la clause attributive de compétence, mais visant seulement les conditions générales de l'affrètement turc : Com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-19.447, *Bull.* 2009, IV, n° 33 ; en l'absence de tout document contractuel versé aux débats à l'exception d'un tarif comportant les conditions générales de vente incluant une clause attributive de juridiction : 1^{re} Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-14.960, *Bull.* 2006, I, n° 286).

Il est également nécessaire que la clause présente un caractère apparent, permettant de retenir qu'elle a été portée préalablement à la connaissance de celui auquel on l'oppose, et réponde, lorsqu'elle s'insère dans des échanges internationaux, aux conditions posées par les textes régissant les rapports des pays en cause. Ainsi a-t-il été jugé, dans une hypothèse où il n'était pas démontré que le partenaire avait eu connaissance de la clause lors de l'émission des bons de commande, ou l'avait approuvée au moment de l'accord sur les prestations, qu'une mention au caractère peu apparent (insérée ici au bas des factures) et qui ne définissait pas le rapport de droit déterminé pouvant donner lieu à la prorogation de compétence prévue par l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », ne constituait pas une convention attributive de juridiction au sens de ce texte (Com., 24 novembre 2015, n° 14-14.924, précité). Selon la même logique, il a été jugé qu'une clause ne pouvait être écartée au motif, inopérant, que la partie à laquelle elle était opposée l'avait contestée en assignant son partenaire devant une autre juridiction, sans vérifier que la clause répondait aux exigences de l'article 23 du règlement précité, dans une affaire où elle avait été stipulée dans les conditions générales de vente des contrats et figurait en termes lisibles au dos des factures, dont certaines n'avaient pas été contestées (1^{re} Civ., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-20.338, *Bull.* 2008, I, n° 60).

Sous les mêmes réserves, l'opposabilité aux tiers est également admise, en principe, nonobstant le principe de l'effet relatif des contrats. Ainsi, une société tierce à un contrat, assignée par son propre cocontractant sur le fondement de ce contrat, peut lui opposer la clause attributive de compétence y figurant si, au moment de la formation dudit contrat, elle connaissait ladite clause et l'avait acceptée dans ses relations avec ce cocontractant, partie audit contrat (Com., 4 mars 2014, pourvoi n° 13-15.846, *Bull.* 2014, IV, n° 41). Dans cette affaire, la société Creno Impex (« la société Creno ») avait souscrit en 2004, auprès de la société Microsoft Business Solutions aux droits de laquelle est venue la société Microsoft France un contrat portant sur l'achat d'un certain nombre de licences. Des difficultés étant survenues dans la réalisation du projet, la société Creno avait conclu, en 2008, avec la société Microsoft Ireland Operations Limited (« la société Microsoft Ireland »), filiale du même groupe basée en Irlande, un nouveau contrat portant sur de nouvelles licences. Les difficultés persistant, la société Creno avait assigné la société Microsoft devant le tribunal de commerce de Paris pour obtenir, notamment, la nullité de ces contrats, à titre subsidiaire leur résolution. La société Microsoft France s'était prévalu de la clause attributive mentionnée dans le second contrat de 2008 auquel elle n'était pas partie, qui donnait compétence aux juridictions irlandaises. L'arrêt, pour rejeter le contredit, avait retenu « que la clause portant attribution de compétence aux juridictions irlandaises [était] incluse dans le contrat signé par la société Microsoft Ireland qui n'[était] pas partie au litige, et non par la société Microsoft France », et « qu'elle ne [pouvait] donc être opposée à la société Creno ». La Cour de cassation le censure, pour un manque de base légale, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, « cependant que la société Creno fondait ses

demandes à l'encontre de la société Microsoft France sur le contrat du 23 juillet 2008 auquel celle-ci n'était pas partie, si, au moment de la formation de ce contrat, la clause litigieuse n'était pas connue de la société Microsoft France et n'avait pas été acceptée par elle dans ses relations avec la société Creno».

On constate néanmoins, à l'occasion d'un examen rétrospectif de la jurisprudence, que l'affirmation qui précède doit être tempérée en fonction des secteurs d'activité en cause et qu'elle a également connu certaines évolutions.

Ainsi, en matière de transport maritime international, la chambre commerciale de la Cour de cassation, à laquelle s'associait la doctrine française sensible aux risques de fuite du contentieux maritime international vers des juridictions étrangères, a défendu un consensualisme exigeant jusqu'en 2008, considérant qu'une clause attributive de compétence n'était opposable qu'à la partie qui en avait eu connaissance et qui l'avait acceptée au moment de la formation du contrat. Par suite, la chambre commerciale de la Cour de cassation retenait qu'un transporteur maritime ne pouvait opposer au destinataire une clause d'élection de for à laquelle il n'avait pas consenti, tandis que la première chambre civile jugeait que l'insertion d'une telle clause de juridiction étrangère dans un contrat international faisait partie de l'économie de celui-ci, que les clauses incluses dans les connaissements litigieux sont conformes aux usages des transports maritimes internationaux (1^{re} Civ., 25 novembre 1986, pourvoi n° 84-17.745, *Bull.* 1986, I, n° 277), de sorte qu'elles s'imposent à l'assureur subrogé dans les droits du destinataire (1^{re} Civ., 12 juillet 2001, pourvoi n° 98-21.591, *Bull.* 2001, I, n° 224; 1^{re} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-27.967).

Par deux arrêts rendus le même jour et publiés au *Rapport* (1^{re} Civ., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.834, *Bull.* 2008, I, n° 283; Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.460, *Bull.* 2008, IV, n° 215; *Rapport* 2008, p. 307), la première chambre civile et la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation ont rapproché leur jurisprudence en s'inspirant d'arrêts alors rendus, sur questions préjudicielles, par la Cour de justice des Communautés européennes, qui précisait les solutions applicables sous l'empire de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile, étant rappelé que la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 et le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant tous deux la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit «Bruxelles I» sont rédigés en termes équivalents à ceux utilisés dans la Convention de Bruxelles de 1968 (CJCE, arrêt du 19 juin 1984, Tilly Russ/Nova, C-71/83; CJCE, arrêt du 16 mars 1999, Castelletti, C-159/97; CJCE, arrêt du 9 novembre 2000, Coreck Maritime, précité). Dans le sillage de l'arrêt *Coreck Maritime*, notamment, qui indiquait qu'une «clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable», et qui précisait que, «si tel n'est pas le cas, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17, premier alinéa, de ladite Convention modifiée», la première chambre civile et la chambre commerciale ont ainsi jugé qu'une cour d'appel ne pouvait écarter l'application d'une telle clause, insérée dans un connaissement, dans un litige opposant le transporteur émetteur du connaissement et le tiers porteur de

celui-ci aux motifs qu'elle était inopposable à ce dernier qui ne l'avait pas spécialement acceptée, sans rechercher préalablement si, selon le droit national applicable, le tiers porteur avait succédé aux droits et obligations du chargeur.

On voit donc qu'en ce qui concerne l'assujettissement des tiers à une clause attributive de compétence stipulée dans un contrat auquel ils n'ont pas participé, la jurisprudence de la Cour de cassation est marquée par un souci d'équilibre.

La clause attributive de juridiction affecte non les droits substantiels contenus au contrat, ce qui lui permet, comme il a été rappelé précédemment, de survivre à l'anéantissement de ceux-ci, mais les seuls droits d'action qui en sont l'accessoire. Tirant les conséquences de ce principe, la Cour de cassation a admis que, dès lors que le tiers exerce non un droit qui lui est propre mais un droit d'action dérivé, il se trouve lié par la clause dans la mesure où il est considéré comme ayant succédé aux droits et obligations du titulaire initial du droit.

Cette faveur pour les clauses d'élection de for, dans le domaine international, se retrouve également dans la détermination du champ d'application de la clause.

C. La portée des clauses attributives de juridiction

Dès lors que la clause confie, en termes généraux, au tribunal élu tout litige découlant de l'interprétation et/ou de l'exécution du contrat, la circonstance que l'action tend à obtenir la nullité du contrat n'est pas suffisante à l'écartier (1^{re} Civ., 24 février 2016, pourvoi n° 15-10.639).

Toutefois, la Cour de cassation, tirant les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 21 mai 2015, CDC Hydrogen Peroxyde, C-352/13), a apporté une limite à ce principe, en présence d'une action en dommages-intérêts fondée sur une infraction à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la généralité des termes de la clause d'élection de for étant alors insuffisante, dès lors que celle-ci ne se réfère pas expressément à des pratiques anticoncurrentielles (1^{re} Civ., 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-16.898).

Si la mondialisation se caractérise par un dépassement des frontières – auquel le juge contribue largement en favorisant la circulation des règles et des décisions – elle n'a pas, pour autant, emporté leur suppression. Les frontières demeurent et avec elles les territoires. La mondialisation doit ainsi s'accommoder de la persistance des territoires.

PARTIE 2. LA PERSISTANCE DES TERRITOIRES

La mondialisation n'a pas fait disparaître les territoires ni les ordres juridiques nationaux. Tout litige, même mondialisé, est ainsi confronté à la persistance des territoires. Ce faisant, il est soumis à un juge et à un droit donnés.

À quelles conditions le juge français est-il compétent pour appréhender un litige mondialisé ? Dans quels cas la loi française s'applique-t-elle ?

Répondre à ces deux questions conduit à envisager, d'une part, la mondialisation et la compétence du juge français (titre 1), d'autre part, la mondialisation et l'application du droit français (titre 2).

TITRE 1. LA MONDIALISATION ET LA COMPÉTENCE DU JUGE FRANÇAIS

En présence de litiges nouveaux qui transcendent les frontières, la compétence du juge français peut être retenue (chapitre 1). Plusieurs conséquences, témoignant de la persistance des territoires, sont attachées au maintien de la compétence du juge français (chapitre 2).

Chapitre 1. Le maintien de la compétence du juge français

Avant d'envisager le maintien de la compétence du juge français en présence d'un litige mondialisé, les critères principaux conduisant à la désignation des juridictions françaises seront brièvement évoqués.

En matière civile, tant le droit national que le droit de l'Union européenne font du domicile du défendeur sur le territoire français le critère premier de compétence des juridictions françaises.

Ainsi, aux termes de l'article 42, alinéa 1, du code de procédure civile, « [l]a juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ». L'alinéa 2 du même article précise que, « [s]'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux ». Cette disposition, qui a en premier lieu vocation à répartir la compétence entre les juridictions françaises, a été étendue par la Cour de cassation à l'ordre international, en l'absence de dispositions contraires applicables (Soc., 16 mars 1989, pourvoi n° 86-43.548, *Bull.* 1989, V, n° 227 ; 1^{re} Civ., 14 mars 2006, pourvoi n° 05-13.820, *Bull.* 2006, I, n° 149). Cette extension a notamment pour conséquence qu'un défendeur domicilié à l'étranger peut être assigné devant les juridictions françaises, si son codéfendeur est domicilié en

France (2^e Civ., 7 novembre 1994, pourvoi n° 92-20.776, *Bull.* 1994, II, n° 222 ; Soc., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-46.222).

Il a toutefois été précisé, d'une part, que la prorogation de compétence prévue par l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile suppose que les diverses demandes dirigées contre des défendeurs différents soient dans un lien étroit de connexité (1^{re} Civ., 24 février 1998, pourvoi n° 95-20.627, *Bull.* 1998, I, n° 70) et, d'autre part, que cette prorogation ne permet pas d'attirer devant une juridiction française un défendeur demeurant à l'étranger lorsque la demande formée contre lui et un codéfendeur domicilié en France ne présente pas, à l'égard de ce dernier, un caractère sérieux, fût-elle connexe à une autre demande dirigée contre les mêmes défendeurs (Com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-11.885, *Bull.* 2010, IV, n° 77).

Lorsque l'une des parties est domiciliée dans un État membre autre que la France, l'application de l'article 42 du code de procédure civile, qu'il soit ou non étendu à l'ordre international, est écartée au profit de celle du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui a refondu et remplacé le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Les dispositions de ce règlement font également du domicile du défendeur dans un État membre le principal critère de compétence des juridictions de cet État.

À l'instar de l'article 42, alinéa 1, du code de procédure civile, l'article 4, 1, du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 précité (qui a remplacé l'article 2 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 précité) dispose que, «[s]ous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre». De même, à l'instar de l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile, l'article 8, 1^o, du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (qui a remplacé l'article 6 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000) prévoit qu'«[u]ne personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attirée [...] s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément».

Interprétant cet article, la Cour de justice de l'Union européenne a dit qu'il y a lieu de vérifier «s'il existe entre les différentes demandes, introduites par le même requérant contre différents défendeurs, un lien de connexité, tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément» (§ 42), et que, «s'agissant dudit lien de connexité [...], pour que des décisions puissent être considérées comme contradictoires, il ne suffit pas qu'il existe une divergence dans la solution du litige, mais il faut encore que cette divergence s'inscrive dans le cadre d'une même situation de fait et de droit (§ 43) (CJUE, arrêt du 11 avril 2013, Sapir e.a., C-645/11).

Faisant application de cette jurisprudence, la Cour de cassation a jugé que le fait que les demandes s'inscrivent dans une même situation de fait et de droit caractérise un risque de solutions inconciliables si elles étaient jugées séparément (Com., 5 avril 2016, pourvoi n° 13-22.491, *Bull.* 2016, IV, n° 62).

Ainsi, lorsqu'un litige entre dans le champ d'application du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, les juridictions françaises sont en principe pareillement compétentes pour connaître des recours formés contre un défendeur domicilié en France.

La compétence des juridictions françaises peut aussi découler, quoique plus rarement, de la localisation du domicile du demandeur sur le territoire français.

En droit de la consommation, l'article R. 631-3 du code de la consommation (ancien article L. 141-5) autorise le consommateur à saisir la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable.

De même, l'article 18 du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 précise qu'en matière de contrats conclus par les consommateurs, l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié. Toutefois, aux termes de l'article 17 du même règlement, ce critère de rattachement n'est en général opposable qu'au cocontractant qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

En vertu de ces dispositions, un consommateur domicilié en France a donc la liberté d'assigner devant les juridictions françaises le professionnel domicilié dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers.

En droit des assurances, il découle de l'article R. 114-1 du code des assurances, que, dans toutes les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités, le défendeur, fût-il l'assureur, est assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré, de quelque espèce d'assurance qu'il s'agisse, sauf en matière d'immeubles ou de meubles par nature. De même, en application de l'article 11, 1^o, b), du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, l'assureur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré dans un autre État membre, « en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire, devant la juridiction du lieu où le demandeur a son domicile ». En application de ces dispositions, l'assuré domicilié en France peut attirer devant les juridictions françaises son assureur domicilié à l'étranger.

Enfin, aux termes de l'article 42, alinéa 3, du code de procédure civile – disposition sans équivalent en droit de l'Union –, « [s]i le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure » (voir 2^e Civ., 29 janvier 1992, pourvoi n° 90-18.258, *Bull.* 1992, II, n° 35).

On le voit, il résulte des textes applicables en matière civile que le critère du domicile du défendeur sur le territoire français et, plus rarement, le critère de celui du demandeur sur le territoire français restent dans bien des cas pertinents pour retenir la compétence des juridictions françaises.

En matière pénale, les critères permettant de retenir la compétence des juridictions françaises sont différents. En ce domaine, il est traditionnellement admis que la compétence judiciaire et la compétence législative sont indissociables : le juge pénal, contrairement à son collègue civiliste *lato sensu*, applique la seule loi pénale française à une infraction présentant un élément d'extranéité. Il n'en est pas moins intéressant de noter que, si, avant l'avènement du nouveau code pénal (entré en vigueur le 1^{er} mars 1994),

les textes attribuaient généralement compétence aux tribunaux français et, plus exceptionnellement, aux lois françaises, il n'en va plus de même aujourd'hui. En effet, le code pénal aborde désormais la question en termes d'application de la loi (voir en ce sens l'intitulé du chapitre III du titre premier du livre premier : « De l'application de la loi pénale dans l'espace ») et la plupart des articles qui le constituent commencent par les mots « la loi pénale française s'applique [...] » ou « est applicable [...] » (voir les articles 113-2 et suivants). En revanche, la compétence du juge y est passée sous silence ; elle n'est traitée que dans le code de procédure pénale (articles 689 et suivants) et encore en partie seulement, dans la seule hypothèse où les infractions sont commises « hors du territoire de la République ».

C'est pourquoi, dans les développements qui suivent, en matière pénale, rien d'étonnant à ce que le mot « loi » soit fréquemment employé en lieu et place du mot « juge ». Pour autant, le constat reste identique : le juge répressif français continue à n'appliquer que la loi pénale française (sur cette question voir notamment F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 374 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *JurisClasseur (droit international)* fasc. 403-10 et *JurisClasseur (procédure pénale)* fasc. 20, n° 4).

C'est donc l'article 113-2 du code pénal qui pose le principe de la territorialité de la loi pénale : « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. »

Ainsi, si certaines infractions commises à l'étranger peuvent relever de la loi pénale française, notamment lorsque l'auteur (article 113-6 du code pénal) ou la victime (article 113-7 du même code) sont français, tel n'est pas le cas lorsqu'une infraction a été commise à l'étranger et que l'auteur comme la victime sont de nationalité étrangère.

Le second alinéa de l'article 113-2 du code pénal précise cependant que « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

Après ces brèves remarques, il n'est évidemment pas question de revenir sur tous les critères issus du droit international privé conduisant à retenir la compétence du juge français. Seules seront envisagées quelques illustrations topiques attestant le maintien de la compétence du juge français en présence d'un litige qui dépasse – si ce n'est ignore – les frontières.

Ces exemples démontrent que le juge français a su adapter les critères fondant sa compétence afin de se saisir de litiges mondialisés. Ce faisant, ces litiges sont en quelque sorte reterritorialisés.

Tel est le cas en présence d'une atteinte commise par le biais du réseau internet (section 1) ou encore en matière de faillites internationales (section 2). La volonté d'assurer la protection des salariés (section 3), du justiciable à travers le for de nécessité (section 4) et de l'environnement (section 5) ainsi que celle de sanctionner efficacement des infractions indivisibles ou connexes (section 6) conduisent également à une extension de la compétence du juge français.

Section 1. L'internet et la compétence du juge français

S'il est un lieu emblématique de la mondialisation, qui semble transcender tous les territoires et se jouer de toutes les frontières, c'est le réseau internet. Il est devenu un outil privilégié de l'accès à l'information, de la diffusion des opinions, du dialogue et du débat. Il a également acquis une place majeure dans l'échange commercial des biens et des services.

Il est, corrélativement, le lieu de commission de très nombreuses infractions et de très nombreuses atteintes aux droits des tiers, dont la poursuite et le jugement soulèvent de difficiles questions de droit applicable et de compétence juridictionnelle, l'un déterminant l'autre en matière pénale. Cette spécificité du droit pénal explique sans doute que les critères retenus pour déterminer la juridiction compétente soient distincts en matière civile (§ 1) et en matière pénale (§ 1).

§ 1. En matière civile

L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont les dispositions ont été reprises par l'article 7, point 2, du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, applicable depuis le 10 janvier 2015, prévoit, tout comme l'article 46 du code de procédure civile, que, en matière délictuelle, le demandeur peut saisir, outre la juridiction du lieu où le défendeur est domicilié, celle « du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». La Cour de justice est néanmoins venue préciser que le tribunal saisi sur ce fondement ne pouvait connaître que des seuls dommages causés sur le territoire de l'État membre dont il relevait (CJCE, arrêt du 7 mars 1995, *Shevill e.a./Press Alliance*, C-68/93).

Dès le début des années 2000, marquées par le développement du commerce électronique, ce chef de compétence a été invoqué par les titulaires de droits de propriété intellectuelle devant les juridictions françaises pour obtenir la condamnation de tiers domiciliés à l'étranger ayant commis des actes de contrefaçon par le biais d'internet. Les défendeurs ont cependant objecté que l'accessibilité du site litigieux sur le territoire national ne pouvait constituer un critère suffisant pour établir qu'un fait dommageable s'était produit ou risquait de se produire en France et, par suite, retenir la compétence des tribunaux français.

Saisie de cette question en 2003, la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans son arrêt dit « Cristal » (1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.225, *Bull.* 2003, I, n° 245), admis la compétence des tribunaux français pour connaître de l'action en contrefaçon de marque engagée contre une société espagnole ayant fait usage, sur son site internet espagnol, d'un signe déposé en France à titre de marque. Elle a, ainsi, consacré l'accessibilité comme critère de compétence.

Cette position a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, qui y a vu la reconnaissance d'une compétence universelle au profit des juridictions françaises.

Elle a progressivement été abandonnée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, amenée, à son tour, à se prononcer sur cette problématique. Dans un

arrêt du 13 juillet 2010 (Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 06-20.230, *Bull.* 2010, IV, n° 124), celle-ci a finalement opté pour un autre critère, celui de la destination, en décidant que les juridictions françaises n'étaient compétentes pour connaître des actes de contrefaçon ou de concurrence déloyale commis à l'étranger par une société étrangère que pour autant que le contenu mis en ligne soit « destiné au public de France ». Une telle solution a, ensuite, été réaffirmée à maintes reprises (voir, notamment, Com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-12.272 ; Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-16.569 ; Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.507 ; Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.508, *Bull.* 2012, IV, n° 89 ; Com., 12 février 2013, pourvoi n° 11-25.914), y compris après l'arrêt *Wintersteiger* rendu le 19 avril 2012 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 19 avril 2012, *Wintersteiger*, C-523/10), lequel, pourtant, donne compétence, en cas d'atteinte à une marque du fait de l'utilisation, par un annonceur, d'un mot-clef identique à cette marque sur le site internet d'un moteur de recherche opérant sous un domaine national de premier niveau d'un autre État membre, aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel la marque est enregistrée. Ainsi, selon la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, très largement suivie par les juridictions du fond, la compétence des juridictions françaises en matière d'actes de contrefaçon commis sur internet ne peut être admise que si un certain nombre d'indices sont réunis : le site litigieux est rédigé en français ou dans une langue aisément compréhensible par le public français, les produits argués de contrefaçon peuvent être livrés sur le territoire national, leur paiement peut être effectué en euros.

La première chambre civile de la Cour de cassation, qui n'avait pas été saisie de cette question de compétence depuis son arrêt *Cristal*, a eu à nouveau à en connaître à l'occasion d'une affaire mettant en cause non plus des droits de propriété industrielle, mais des droits d'auteur, lesquels présentent la spécificité de comprendre à la fois des prérogatives d'ordre patrimonial et des prérogatives d'ordre moral, attachées à la personne même de l'auteur. Or elle a constaté que, si la Cour de justice de l'Union européenne avait semblé admettre, en droit des marques, la pertinence du critère de la destination (CJUE, arrêt du 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.*, C-324/09), elle avait, à l'inverse, retenu le critère de l'accessibilité du contenu mis en ligne en matière d'atteinte aux droits de la personnalité (CJUE, arrêt gde ch. du 25 octobre 2011, *eDate Advertising e.a.*, C-509/09 et C-161/10). Estimant que le litige qui lui était soumis, dans lequel l'atteinte alléguée résultait de l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant illicitement l'œuvre sur laquelle le demandeur à l'action revendiquait des droits d'auteur, ne correspondait à aucune de ces hypothèses, elle a jugé que celui-ci posait une question d'interprétation de l'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 précité et qu'il lui appartenait, dès lors, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne par voie de question préjudicielle (1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 10-15.890, *Bull.* 2012, I, n° 88).

Par arrêt du 3 octobre 2013 (CJUE, arrêt du 3 octobre 2013, *Pinckney*, C-170/12), la Cour de justice a dit pour droit que « l'article 5, point 3, du règlement [(CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale], doit être interprété en ce sens que, en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur d'une œuvre à l'encontre d'une société établie dans un autre État membre et ayant, dans celui-ci, reproduit ladite œuvre sur un support matériel qui est ensuite vendu par des sociétés établies dans un troisième

État membre, par l'intermédiaire d'un site Internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie», tout en précisant que «cette juridiction n'est compétente que pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève» (§ 47).

La première chambre civile de la Cour de cassation a tiré toutes les conséquences de cette décision et retenu que «l'accessibilité, dans le ressort de la juridiction saisie, d'un site internet commercialisant le CD argué de contrefaçon est de nature à justifier la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué» (1^{re} Civ., 22 janvier 2014, pourvoi n° 10-15.890, *Bull.* 2014, I, n° 9). Par un autre arrêt du même jour, elle a étendu cette solution, cette fois sur le fondement de l'article 46 du code de procédure civile, au cas d'atteinte aux droits moraux d'auteur (1^{re} Civ., 22 janvier 2014, pourvoi n° 11-26.822).

Ainsi suffit-il que le site internet, vecteur des actes de contrefaçon de droits d'auteur allégués, soit accessible sur le territoire national pour que le juge français se reconnaisse compétent pour connaître d'un tel litige ; il ne pourra, cependant, ordonner la réparation que du seul dommage causé sur ce territoire, ce qui limite, voire exclut, le risque de *forum shopping*.

La Cour de justice de l'Union européenne a, depuis, confirmé le recours au critère de l'accessibilité pour déterminer la compétence juridictionnelle en cas d'atteinte alléguée aux droits d'auteur comme aux droits voisins du droit d'auteur (CJUE, arrêt du 22 janvier 2015, Hejduk, C-441/13).

Par arrêt du 18 octobre 2017, la première chambre civile confirme, une fois encore, cette solution : la seule accessibilité en France d'un site internet diffusant un spot publicitaire argué de contrefaçon suffit à fonder la compétence de la juridiction française prise en tant que lieu de la matérialisation du dommage allégué, pour connaître de l'atteinte prétendument portée aux droits d'auteur revendiqués (1^{re} Civ., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-10.428, publié au *Bulletin*).

Dans ce contexte jurisprudentiel, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est interrogée sur la possibilité de maintenir le critère de la destination retenu, ainsi qu'il a été dit plus haut, depuis 2010, en droit des marques et en matière de concurrence déloyale. Saisie d'un pourvoi relatif à une action visant à mettre fin aux préjudices allégués par un distributeur agréé, établi en France et exploitant un site de vente en ligne, résultant de la violation de l'interdiction de revente de produits hors du réseau de distribution sélective auquel il appartient et du recours à des offres de vente mises en ligne via une place de marché sur différents sites internet exploités en France et dans d'autres États membres, elle a décidé de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne la question de savoir si une telle action pouvait être portée devant la juridiction sur le territoire duquel les contenus mis en ligne sont accessibles ou l'ont été, ou si un autre lien de rattachement devait être caractérisé (Com., 10 novembre 2015, pourvoi n° 14-16.737).

Par arrêt du 21 décembre 2016 (CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, Concurrence SARL/Samsung Electronics e.a., C-618/15), la Cour de justice a dit pour droit que «l'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété, aux fins d'attribuer la compétence

judiciaire conférée par cette disposition pour connaître d'une action en responsabilité pour violation de l'interdiction de vente en dehors d'un réseau de distribution sélective résultant de l'offre, sur des sites Internet opérant dans différents États membres, de produits faisant l'objet dudit réseau, en ce sens que le lieu où le dommage s'est produit doit être considéré comme étant le territoire de l'État membre qui protège ladite interdiction de vente au moyen de l'action en question, territoire sur lequel le demandeur prétend avoir subi une réduction de ses ventes».

Prenant acte de cette décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi dont elle était saisie, a jugé qu'en déclinant la compétence des juridictions françaises, au motif que «le juge français n'est compétent pour connaître des litiges liés à la vente sur Internet que si le site sur lequel la distribution est assurée vise le public de France», la cour d'appel avait violé l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, précité (Com., 5 juillet 2017, pourvoi n° 14-16.737, publié au *Bulletin*).

Le critère de la destination paraît, ainsi, avoir été abandonné.

En présence d'une atteinte réalisée par le biais du réseau internet, la seule accessibilité en France du site en cause suffit donc à fonder la compétence du juge français. En matière pénale, les critères permettant de retenir la compétence du juge français sont plus restrictifs probablement en raison du principe de solidarité des compétences législative et juridictionnelle.

§ 2. En matière pénale

Pour trancher la question de la compétence du juge français, l'enjeu est d'abord de déterminer de quelle façon le réseau internet a concouru à la commission de l'infraction (A), puis de définir des critères permettant de limiter les risques de la concurrence de compétences qui pourrait découler de l'accessibilité universelle au réseau (B).

A. La compétence du juge français et les faits constitutifs de l'infraction sur internet

Si la compétence du chef des incriminations spéciales impliquant par leur définition même le réseau n'a pas donné lieu à débat (1), il n'en est pas de même d'infractions de droit commun, commises ou relayées sur internet (2).

1. Les incriminations spéciales

On mentionnera seulement pour mémoire les infractions pour lesquelles le recours à internet n'est prévu que comme un acte préparatoire caractérisant une circonstance aggravante (ainsi, pour le crime de viol, ou le délit d'atteinte sexuelle sur mineur, le fait que la victime a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique, article 222-24, 8° et article 227-26, 4°, du code pénal), ou comme une circonstance aggravante (ainsi pour le délit de proxénétisme, lorsqu'il est commis grâce à l'utilisation d'un tel réseau, de article 225-7, 10°, du même code), dès lors que la compétence est déterminée par le fait principal lui-même.

La diffusion par un réseau de communication électronique d'image ou représentation d'un mineur présentant un caractère pornographique et la consultation habituelle

d'un service de communication en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, prévues par l'article 227-23 du code pénal, constituent en revanche des délits autonomes, mais aucun des arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation en la matière ne concerne la question de la compétence (voir Crim., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-81.249, le prévenu s'étant visiblement connecté au réseau depuis un poste situé sur le territoire national).

D'autres infractions n'ont encore fait l'objet d'aucune décision de la chambre criminelle (par exemple, l'usurpation d'identité sur un réseau de communication au public en ligne, prévue à l'article 226-4-1, alinéa 2, du code pénal, les propositions sexuelles à un mineur par un moyen de communication électronique, prévues à l'article 227-22-1 du même code, l'offre en ligne de paris ou de jeux d'argent et de hasard sans agrément, prévue par l'article 56, I, de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne).

Enfin, s'il est abusif de ranger dans cette catégorie les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (articles 323-1 et suivants du code pénal), celles-ci sont, cependant, le plus souvent commises au moyen du réseau internet (voir, par exemple, pour le délit d'accès ou de maintien frauduleux de l'article 323-1, Crim., 26 janvier 2016, pourvoi n° 13-83.127; Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-81.336, *Bull. crim.* 2015, n° 119; pour le délit d'introduction frauduleuse de données de l'article 323-3 du code pénal, Crim., 30 octobre 2013, pourvoi n° 12-85.618). Pour autant, la question de la compétence n'a pas été débattue, victimes, auteurs et systèmes de traitement automatisé concernés étant situés en France.

Le silence de la jurisprudence sur la compétence territoriale pour juger ces infractions spéciales est moins paradoxal qu'il n'y paraît, dès lors que les poursuites ont, pour l'essentiel, été engagées contre des personnes qui avaient accédé à internet depuis la France. La compétence du chef du lieu de l'action elle-même, et non pas de sa réception ou de son résultat, n'a suscité aucun débat.

2. Les infractions non spécifiques à l'internet : le cas des menaces

Plus délicates sont les questions de compétence rencontrées dans la répression des infractions qui ne sont pas spécifiques au réseau, lorsqu'elles sont commises ou relayées sur celui-ci, dès lors précisément qu'elles mettent en jeu une possible compétence du chef du lieu du résultat de l'infraction poursuivie.

Dans une poursuite engagée par la victime, des chefs de menaces de mort et d'actes d'intimidation envers un avocat, en raison de propos tenus, dans son pays, par le président de la république de Croatie, lors d'une conférence de presse, à l'encontre d'un avocat de nationalité française au sujet de l'assistance qu'il apportait à une partie devant une juridiction parisienne, propos qui avaient été ensuite rapportés par la télévision et la presse écrite et électronique, ce qui avait permis à la victime d'en prendre connaissance, la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 8 décembre 2009, pourvoi n° 09-82.135, *Bull. crim.* 2009, n° 206; *Dr. pénal* n° 4, avril 2010, comm. 42 par M. Véron; *Dr. pénal* 2010, étude 16 par T. Garé; *Dr. pénal* 2010, chron. 10 par A. Lepage, n° 21) a ainsi approuvé une chambre de l'instruction d'avoir jugé que le lieu de commission de l'infraction était celui de la tenue des propos, et non pas celui où ceux-ci avaient été accessibles.

Ce faisant, la chambre criminelle de la Cour de cassation, relevant qu'aucun support matériel des menaces n'avait été reçu en France, où elles avaient été seulement captées, mais aux conclusions contraires de l'avocat général, estime qu'aucun fait constitutif de l'infraction, au sens de l'article 113-2, alinéa 2, du code pénal, n'a eu lieu sur le territoire de la République. Elle retient donc que la publicité donnée aux infractions, par différents supports de presse, incluant internet, n'est pas un élément constitutif desdites infractions, les articles 222-17 et 434-8 du code pénal visant l'émission des menaces ou actes d'intimidation. Cette publicité est postérieure aux infractions, elle est seconde, et ne saurait donc emporter la compétence du juge français. Si les menaces, dont la doctrine souligne qu'il s'agit d'une infraction formelle, ne sont punissables que lorsque l'intention de leur auteur qu'elles soient portées à la connaissance de leur destinataire est caractérisée, les moyens par lesquels elles parviennent à celui-ci ne sont pas un élément constitutif de l'infraction elle-même.

C'est donc de façon abusive, dans cette affaire, qu'on qualifiait les menaces de comises «sur» internet.

B. Les limites posées au critère de l'accessibilité du réseau internet depuis le territoire de la République

Il est, en revanche, des infractions dont un des éléments constitutifs, voire l'élément constitutif, peut être perpétré sur le réseau internet, qui devient alors le lieu de l'offre ou de la diffusion d'un contenu illicite. Cette offre ou ce contenu illicites sont, dans ces conditions et par définition, toujours accessibles sur le territoire de la République.

Si l'on s'en tient à une conception classique de l'accessibilité, les juridictions françaises acquièrent alors une compétence territoriale universelle. Pour remédier aux inconvénients d'une telle situation, la chambre criminelle de la Cour de cassation a été conduite à dégager une jurisprudence spécifique à l'internet, d'abord en matière de contrefaçon (1), puis, récemment, dans le domaine des infractions de presse (2).

1. La contrefaçon et le principe de territorialité

La matière de la contrefaçon est dominée par le principe de territorialité, déterminant de l'application de la loi française. La jurisprudence en déduit que la perpétration de la contrefaçon sur le territoire français est un élément constitutif de l'infraction. Lorsque le support de cette contrefaçon est un site internet, doit-on considérer que la loi française est systématiquement applicable, du seul fait de l'accessibilité du site internet depuis le territoire français ?

En matière civile, où loi applicable et compétence juridictionnelle peuvent être dissociées, le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale, tel qu'interprété par la Cour de Luxembourg (CJUE, arrêt du 3 octobre 2013, P. Pinckney, C-170/12, § 47), conduit à apporter une réponse positive à cette question : les juridictions de n'importe quel État où le site internet est accessible sont compétentes, mais pour connaître du seul dommage commis sur le territoire de cet État (1^{re} Civ., 22 janvier 2014, pourvoi n° 10-15.890, *Bull.* 2014, I, n° 9). Il convient de noter que le règlement (CE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, qui porte refonte

du règlement (CE) n° 44/2001 précité, est entré en vigueur le 10 janvier 2015. Le nouvel article 7, 2, reprend les dispositions de l'article 5, 3, du règlement n° 44/2001.

Une telle solution a cependant été écartée en matière pénale.

Un journal italien avait reproduit, dans son édition papier et sur son site internet, un article que venait de publier un auteur dans un journal français, sans l'autorisation des deux intéressés. Sur la plainte de ceux-ci, le directeur du journal italien a été condamné par le juge français pour contrefaçon.

Saisie par le prévenu, la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 9 septembre 2008, pourvoi n° 07-87.281 ; *D.* 2009, p. 1992, observations de P. Tréfigny ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 126, par. Ch. Caron et *Comm. com. électr.* janvier 2009, chron. 1, 2., A., 7° par M.-E. Ancel), après avoir rappelé que « la perpétration de la contrefaçon sur le territoire français est un élément constitutif de cette infraction », a cassé l'arrêt de la cour d'appel, au motif que les juges n'avaient pas répondu aux conclusions d'incompétence du prévenu qui faisait valoir que son journal n'était pas diffusé en France, que le site internet était rédigé en langue italienne et qu'il n'était pas destiné au public situé en France, lequel ne pouvait pas commander le quotidien.

Sur renvoi de cassation, le directeur du journal italien a été cependant à nouveau condamné, et il a formé un nouveau pourvoi. Écartant la motivation des juges de renvoi, qui revenait à retenir à tort la loi de l'État du pays où le dommage a été subi, au détriment de celle du territoire où se sont produits les agissements délictueux, la chambre criminelle de la Cour de cassation, [au motif que « l'atteinte portée aux droits d'auteur a eu lieu hors du territoire national »], a prononcé une nouvelle cassation, sans renvoi (Crim., 29 novembre 2011, pourvoi n° 09-88.250, *Bull. crim.* 2011, n° 240 ; *JCP éd. G* n° 9, 27 février 2012, 248, note E. Dreyer ; *Rev. sc. crim.* 2012, p. 167, note J. Francillon ; *Aj pénal* 2012, p. 164, obs. J. Lasserre Capdeville ; *D.* 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Comm. com. électr.* n° 1, janvier 2013, chron. 1, 3., B., 3°, 15 par M.-E. Ancel).

Saisie d'un pourvoi visant un arrêt qui, pour retenir la compétence française et condamner, toujours pour contrefaçon, le dirigeant d'un site internet allemand, énonce que les titres des chansons de l'artiste-interprète français disponibles sur ledit site sous forme d'extraits ne sont pas traduits en allemand et que les icônes permettant de faire fonctionner le site ne nécessitent pas la connaissance de cette langue, la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-80.088 ; *D.* 2011, p. 1055, note E. Dreyer ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 638, obs. J. Francillon ; *RTD com.* 2011, p. 356, obs. F. Pollaud-Dulian) a également prononcé une cassation, relevant qu'il ne résultait pas de ces seuls motifs que ce site « était orienté vers le public français ».

C'est donc ce critère de l'orientation vers le public français du site internet sur lequel est commise l'infraction de contrefaçon qui conditionne la poursuite de celle-ci en France.

2. Les infractions de presse commises sur internet

Dans son commentaire du dernier arrêt cité, le professeur Dreyer appelait de ses vœux une solution similaire concernant les infractions de presse sur internet.

On sait, en effet, que la Cour de cassation juge régulièrement, depuis le xix^e siècle, « qu'en matière de presse, la publication de l'écrit coupable constitue le délit et que

la poursuite peut donc être portée devant tout tribunal dans le ressort duquel l'écrit a été publié [...]» (Crim., 5 janvier 1894, *Bull. crim.* 1894, n° 5 ; voir aussi Crim., 10 novembre 1883, *S.* 1884, 1, p. 91), que cette règle s'applique également aux émissions de télévision : « Qu'en effet, le délit de diffamation perpétré par la voie de la presse écrite est réputé commis partout où l'écrit a été publié, distribué, ou mis en vente ; que la diffamation réalisée par la voie de la télévision est accomplie en tous lieux où les émissions télévisées ont pu être reçues » (Crim., 5 décembre 2000, pourvoi n° 99-85.361), et qu'importe peu, pour l'application de cette règle, qu'il soit soutenu que le choix de la juridiction saisie par la partie poursuivante serait « arbitraire, artificiel et de nature à nuire aux intérêts de la défense » (Crim., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-85.085, *Bull. crim.* 2006, n° 298).

L'application de ces principes à une infraction de presse dont le support n'est pas la presse écrite, la radio ou la télévision, mais le réseau internet, conduit à une compétence territoriale universelle des juridictions françaises et à une application tout aussi universelle de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le tout dans des conditions dont on peut supposer qu'elles n'auront pas toujours été anticipées par les intéressés.

C'est dans cette voie que se sont engagées certaines juridictions du fond (CA Limoges, 8 juin 2000, *BICC* n° 529 ; 15 février 2001, n° 210 ; CA Paris, 17 mars 2004, *Comm. com. électr.* 2005, comm. 72 par A. Lepage ; CA Paris, pôle 1, ch. 2, 30 septembre 2009, RG n° 09/09773, cité in *Comm. com. électr.* n° 3, mars 2010, chron. 3 par Ch. Bigot).

D'autres, au contraire, ont tenté de limiter la compétence du juge français, soit pour la retenir, mais en relevant que le site s'adressait au public français et que l'article, rédigé dans cette langue, avait été consulté plusieurs centaines de fois en France (CA Paris, ch. 2-7, 6 septembre 2012, *JurisData* : 2012-021933), soit pour l'écarter.

Saisie d'un pourvoi formé contre un arrêt entrant dans cette seconde catégorie (CA Poitiers, 29 octobre 2015, n° 15/00746) qui avait écarté la compétence des juridictions françaises, dans une poursuite engagée, du chef de diffamation publique envers des particuliers, par deux parties civiles domiciliées au Japon et de nationalités japonaise et américaine, contre une personne de nationalité sud-africaine, devant le tribunal correctionnel de Niort, dans le ressort duquel, ayant déménagé au Royaume-Uni, le prévenu ne résidait plus, en raison de deux textes en langue anglaise mis en ligne sur un site internet américain et évoquant les relations professionnelles entretenues au Japon par les intéressés, la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-86.645, *Bull. crim.* 2016, n° 218) a jugé « qu'en l'absence de tout critère rattachant au territoire de la République les propos incriminés, la circonstance que ceux-ci, du fait de leur diffusion sur le réseau internet, aient été accessibles depuis ledit territoire ne caractérisait pas, à elle seule, un acte de publication sur ce territoire rendant le juge français compétent pour en connaître » et a rejeté le pourvoi.

L'accessibilité des propos incriminés suffit donc encore à caractériser l'acte de publication et à emporter l'application de la loi sur la liberté de la presse lorsque ces propos sont par exemple diffusés par la voie de la presse écrite, ou par un moyen de communication audiovisuelle. En revanche, elle devient insuffisante s'ils sont mis en ligne sur le réseau internet, et les juridictions françaises ne peuvent être compétentes pour en connaître que s'il existe un critère rattachant ces propos au territoire national.

La Cour de cassation sera, à n'en pas douter, conduite à enrichir cette jurisprudence, qui renvoie en l'état à des notions souples (orientation vers le public français, critère de rattachement au territoire de la République), notamment pour tirer les conséquences du nouvel article 113-2-1 introduit dans le code pénal par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, qui place au nombre des infractions réputées commises sur le territoire de la République celles perpétrées au préjudice d'une personne résidant sur ledit territoire, lorsque le crime ou le délit a été « réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique ».

Si le réseau internet est emblématique de la mondialisation, les faillites internationales le sont tout autant. Leur dimension internationale n'exclut toutefois pas la compétence du juge français.

Section 2. La compétence du juge français et les faillites internationales

Les faillites internationales, pour reprendre le vocabulaire des internationalistes, sont l'expression de la mondialisation soit en raison de difficultés rencontrées par un groupe transnational de sociétés, soit en raison de l'éparpillement du patrimoine du débiteur sur le territoire de plusieurs États. Ces faillites constituent une forme collective de saisie des actifs du débiteur et se concrétisent par des voies d'exécution collectives inexorablement liées à la compétence régaliennne des États. Elles sont donc inévitablement prisonnières de la compétence territoriale de la justice nationale. Mondiales par leur dimension patrimoniale internationale, les faillites internationales sont inéluctablement territoriales par leur dimension « liquidative ». Ce simple constat explique qu'elles ont été et restent encore un îlot de résistance à l'internationalisation (J. Béguin, « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, éditions Dalloz, 1994, p. 31) en dépit des progrès du droit européen.

Le traitement local des procédures collectives internationales explique la reconnaissance de la compétence du juge français alors que le débiteur est étranger ou a des actifs dispersés dans différents États. Le paradoxe est évident. Le juge français s'impose pour traiter utilement une faillite intéressant également des juridictions étrangères. Il le fait par souci de cohérence afin de prendre la mesure internationale de la faillite. Dans cette logique, il doit même donner une portée universelle à sa décision d'ouverture de la procédure collective, pour tenter de saisir le patrimoine du débiteur en difficulté dans sa globalité. Cependant, inévitablement, il se heurte aux frontières françaises, périmètre de son autorité. Tout en connaissant les limites de ses décisions, le juge français soucieux de prendre en compte la dimension mondiale de certaines faillites revendiquées (§ 1) et impose (§ 2) sa compétence.

§ 1. La compétence française revendiquée

La revendication par le juge français de sa compétence en présence d'une faillite internationale repose sur des chefs de compétence assurant un rattachement plus ou moins étroit avec la France. La création de tribunaux de commerce spécialisés (article L. 721-8 du code de commerce créé par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) dotés, entre autres, d'une compétence

particulière pour les procédures européennes ou internationales, renforce la légitimité de la compétence française par l'acquisition d'un savoir-faire accru.

La compétence du juge français est posée par l'article R. 600-1 du code de commerce. Le critère de rattachement principal est, pour une personne physique, l'adresse de son entreprise ou de son activité, et pour une personne morale le lieu de situation de son siège social. Il s'agit là du critère de compétence principal. Pour situer le siège social d'une société, il est fait référence au siège social réel, «le lieu où se trouve la direction juridique, financière, administrative et technique de la société» (Com., 24 novembre 1982, pourvoi n° 79-15.399, *Bull.* 1982, IV, n° 370).

L'article R 600-1 du code de commerce prévoit un chef de compétence secondaire : le centre principal des intérêts du débiteur. Si ce dernier est situé en France, le juge français est compétent. Dans son arrêt du 21 mars 2006 (Com., 21 mars 2006, pourvoi n° 04-17.869, *Bull.* 2006, IV, n° 74), la chambre commerciale, financière et économique, s'inscrivant dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation (Com., 19 janvier 1988, pourvoi n° 86-11.080, *Bull.* 1988, IV, n° 47 ; Com., 11 avril 1995, pourvoi n° 92-20.032, *Bull.* 1995, IV, n° 126), affirme la compétence du juge français pour ouvrir la liquidation judiciaire de la compagnie algérienne Khalifa Airways, dont le siège se situe en Algérie, mais qui dispose de plusieurs établissements en France, immatriculés à Nanterre. La confirmation de la compétence des juridictions françaises est d'autant plus révélatrice du traitement d'une faillite internationale que le tribunal algérien avait contesté la compétence du tribunal de commerce de Nanterre. S'appuyant sur l'article 1, alinéa 1, du décret du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, la Cour de cassation énonce : «le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France...». La teneur de cet article R. 600-1 du code de commerce, alinéa 1, n'a pas changé au gré des réformes législatives. La solution vaut donc toujours. Ainsi, dès lors que l'entreprise étrangère a une présence commerciale effective en France, la compétence des juridictions françaises peut être revendiquée. Elle est facilitée par une interprétation jurisprudentielle extensive de la notion de centre principal des intérêts. Il suffit que le commerce local français soit intéressé par l'ouverture de la procédure pour que la compétence du juge français soit reconnue. L'implication économique de la France est une clef pour comprendre la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle explique que le constat de simples obligations contractuelles démontre une activité économique dans l'Hexagone, qu'il s'agisse de crédit-bail (Com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 96-12.946) ou de remboursement de prêts immobiliers contractés en France (Com., 1^{er} octobre 2002, pourvoi n° 99-11.858), et suffit pour donner compétence au juge français.

Une telle souplesse dans l'interprétation du critère de compétence juridictionnelle ne se retrouve pas au sein de l'Union européenne. Le centre des intérêts principaux y est précisément défini, il est le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers (règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, considérant 13, puis le règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, article 3-1). La reconnaissance de la compétence du juge français est encadrée par les règlements de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de

l'Union européenne (CJCE, gde ch., arrêt du 2 mai 2006, Eurofood IFSC, C-341/04), mais le traitement local d'une faillite européenne subsiste dans ce cadre, et surtout il est d'autant plus efficace que la procédure ouverte en France a une portée universelle, s'imposant à toutes les juridictions des États membres sans aucune procédure de reconnaissance et d'exécution (CJUE, arrêt du 21 janvier 2010, MG probud Gdynia, C-444/07). En cas de compétence des juridictions françaises, les effets de la décision d'ouverture de la procédure s'étendent à tous les actifs du débiteur situés dans l'Union européenne, donnant une portée européenne à la décision française.

Dans un contexte international et non plus européen, la chambre commerciale de la Cour de cassation pose aussi un principe d'universalité. La jurisprudence *Khalifa Airways* précitée est l'illustration même du traitement national et potentiellement extraterritorial d'une faillite internationale. En effet, alors que le siège de la compagnie est situé en Algérie et que le juge français se reconnaît compétent en visant le centre principal des intérêts de la société, la Cour de cassation applique le principe de l'universalité de la faillite affirmant « que le redressement ou la liquidation judiciaire prononcés en France produisent leurs effets partout où le débiteur a des biens, sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers ». Cette décision est novatrice en ce qu'elle confirme le souci de traiter à travers le prisme national une faillite internationale. Toutefois la Cour de cassation fait opportunément réserve des traités internationaux, des actes européens et des ordres juridiques étrangers.

Le principe d'universalité peut être compris au sens européen du terme et offrir une portée extraterritoriale au sens plein à la décision d'ouverture de la procédure française. Il peut être compris comme respectant l'accueil fait par les juridictions étrangères de la décision française. Comme il a été analysé (G. Khairallah, note sous l'arrêt *Khalifa Airways*, Com., 21 mars 2006, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 105), le principe d'universalité présente une sorte d'effet à rebours. En posant le principe de l'universalité de la faillite ouverte en France, la Cour de cassation entend préserver l'effet plein et entier de la procédure dans l'Hexagone en exigeant du créancier qui a agi sur les biens du débiteur situés à l'étranger de restituer les sommes obtenues à la procédure, respectant ainsi dans le cadre de la procédure française l'égalité des créanciers. Le principe de l'universalité dessine un périmètre de territorialité renforcé qui prend appui non pas sur l'effet réel de la procédure, mais sur sa dimension personnelle, permettant d'imposer ses effets aux créanciers du débiteur où qu'ils soient, l'objectif étant d'imposer le respect de la discipline collective aux créanciers même à l'étranger (J.-P. Rémy, « L'effet à l'étranger des solutions des procédures collectives », in *L'Effet international de la faillite : une réalité?*, Dalloz, 2004, p. 109). Il reste difficile de contraindre le créancier ayant diligencé des poursuites sur les biens situés hors de France de restituer les sommes obtenues à l'étranger s'il décide de ne pas déclarer sa créance et de rester en marge de la procédure française, échappant ainsi à la discipline collective.

Si le juge français revendique sa compétence en lui associant le principe de l'universalité, il impose également sa compétence en soumettant à la condition de l'obtention de l'*exequatur* tout effet de la faillite internationale en France.

§ 2. La compétence française imposée

Le juge français impose sa compétence dans deux cas de figure. Le premier relève de la compétence indirecte : à défaut d'*exequatur*, la faillite étrangère ne produit que des effets très limités en France ce qui conduit à la persistance des territoires en dépit du caractère international de la faillite. Le second s'explique par la nature du contentieux : les faillites contiennent le plus souvent des voies d'exécution collectives, or ces dernières sont par essence territoriales même en présence d'un jugement doté d'*exequatur*.

Sans *exequatur*, le jugement étranger ouvrant une faillite impliquant un débiteur français, des actifs situés en France, ne produit aucun effet dans l'Hexagone. Il ne peut pas empêcher l'ouverture d'une procédure collective française concurrente à la faillite étrangère. La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, dans une décision antérieure à l'entrée en vigueur des règlements relatifs aux procédures d'insolvabilité dans l'Union européenne, rappelle que l'ouverture antérieure en république fédérale d'Allemagne (RFA) d'une procédure de concours n'est pas de nature à faire obstacle à l'ouverture de la procédure en France, car la procédure allemande n'a pas donné lieu à *exequatur* (Com., 19 janvier 1988, pourvoi n° 86-11.080 précité). En dehors du champ d'application des règlements européens, le principe vaut toujours tant pour les mesures d'exécution sur les biens situés en France que pour la suspension des poursuites individuelles des créanciers sur le territoire français (1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-10.639, *Bull.* 2012, I, n° 74).

L'absence d'*exequatur* prive donc largement de ses effets la procédure étrangère. Toutefois, même de manière restreinte, elle n'est pas totalement ignorée. Ainsi la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 28 juin 2016 (Com., 28 juin 2016, pourvoi n° 14-10.415), a rappelé que, à défaut d'*exequatur* du jugement d'ouverture d'une procédure collective danoise (les règlements relatifs aux procédures d'insolvabilité européennes ne sont pas applicables au Danemark), la société débitrice non dessaisie peut agir en justice en France ainsi que les syndics de la procédure nommés au Danemark. Ils sont bénéficiaires de l'effet de titre attaché aux décisions danoises les désignant. La désignation régulière du syndic étranger est prise en compte tout comme le fait que la société est toujours *in bonis* en France empêchant le dessaisissement du débiteur, ce débiteur peut donc agir concurremment avec son syndic. Déjà, il avait été affirmé que, même en l'absence d'*exequatur* les liquidateurs désignés par un jugement étranger ont le pouvoir de représenter les créanciers qui ont produit entre leurs mains ou auprès de la juridiction étrangère et à ce titre ils ont qualité pour adresser au représentant des créanciers nommé dans la procédure ouverte en France une déclaration de créance en leur nom (Com., 14 mai 1996, pourvoi n° 94-16.186; *Bull.* 1996, IV, n° 131). En l'espèce, la déclaration n'avait pas été efficace.

L'*exequatur* est indispensable, car une procédure collective reste avant tout une voie d'exécution collective. La compétence du juge français s'impose aux organes de la procédure étrangère pour accorder l'*exequatur*. Par suite, le syndic étranger peut et a intérêt à demander reconnaissance et exécution de la faillite dont il est l'organe. S'il l'obtient, et la jurisprudence fait preuve de libéralisme (une période suspecte de droit espagnol de vingt-trois mois avant le jugement d'ouverture n'est pas contraire à l'ordre public, Com., 5 février 2002, pourvoi n° 98-22.683, *Bull.* 2002, IV, n° 24; Com., 5 février 2002, pourvoi n° 98-22.682, *Bull.* 2002, IV, n° 25), le jugement étranger produit tous ses effets

en France dès son prononcé. En particulier, il rend impossible l'ouverture d'une procédure concurrente par le juge français.

La compétence du juge français ressurgit en raison de la nature du contentieux, des actions s'inscrivant dans le déroulement de la procédure. Même si l'*exequatur* est octroyé, l'intervention du juge français – par exemple le juge des ordres (aujourd'hui le juge de l'exécution) en cas d'adjudication d'un bien immobilier situé en France et appartenant à un débiteur soumis à une procédure collective étrangère – est indispensable pour assurer concrètement les saisies, l'exécution sur les actifs situés en France (Com., 12 mars 2013, pourvoi n° 11-27.748, *Bull.* 2013, IV, n° 37). De manière irréductible, l'exécution forcée des jugements étrangers même revêtus d'*exequatur* suppose l'intervention du juge français (D. Foussard, « Entre *exequatur* et exécution forcée (de quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers) », in *Travaux du Comité français de droit international public*, Pedone, 1999, p. 174).

Les mesures d'exécution forcée ne sont pas seules à imposer la compétence du juge du lieu de situation des actifs. Les grandes différences caractérisant le droit des sûretés dans les différents États expliquent également la persistance des territoires. Ainsi, même dans le cadre des règlements européens d'insolvabilité, les créanciers titulaires de sûretés réelles sur les biens du débiteur situés sur le territoire d'un autre État membre que l'État membre d'ouverture échappent à l'effet universel de la procédure ouverte dans le pays du centre des intérêts principaux du débiteur. Le titulaire du droit réel peut faire valoir sa garantie en ignorant l'ouverture de la procédure collective dans un autre État membre afin de préserver le droit du crédit (règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 précité, article 5, puis règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 précité, considérant 68 et article 8). Le créancier d'un débiteur en liquidation judiciaire en Allemagne, titulaire d'une hypothèque sur un immeuble appartenant au débiteur et situé en France, peut diligenter des poursuites pour réaliser ce bien en ignorant la procédure allemande. La persistance des territoires s'impose sans affecter la compétence du juge et de la loi française.

Les difficultés suscitées par la dimension mondiale des entreprises ne résultent pas seulement des procédures collectives dont ces entreprises peuvent bénéficier. Elles se manifestent également en droit du travail. À cet égard, la question de la protection des salariés constitue à n'en pas douter un autre enjeu de la mondialisation.

Section 3. La protection des salariés et la compétence du juge français

Les règles qui déterminent la compétence juridictionnelle dans les litiges du travail sont une des manifestations remarquables d'une évolution du droit du travail consistant à s'affranchir du droit civil.

La prise en compte de la spécificité du contrat de travail, caractérisé par l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur et le salarié, a conduit à l'édiction de règles impératives de compétence, que la volonté des parties contractantes ne peut suppléer.

Ces normes, par lesquelles se manifeste la volonté d'aménager les principes régissant la compétence du juge civil afin de confier le contentieux de la relation de travail soit à son juge « naturel », soit à un juge accessible au salarié, procèdent de conventions et instruments internationaux ou du droit interne. L'application par les juridictions, et

notamment par la Cour de cassation, des textes de droit européen concernant la compétence judiciaire rend compte de cette volonté de rattacher le litige auquel donne lieu le contrat de travail à un territoire, même en présence de nombreux éléments d'extranéité (§ 1). Un tel rattachement s'opère également, pour les litiges non soumis au droit de l'Union européenne ou à une Convention internationale, par l'effet des dispositions impératives du code du travail déterminant la juridiction compétente, dont la Cour de cassation affirme qu'elles sont applicables dans l'ordre international, ou par les effets attachés à l'ordre public international (§ 2).

§ 1. L'interprétation par le juge des règles de compétence au sein de l'espace judiciaire européen : une volonté de rattacher les litiges en matière de contrats de travail au lieu habituel du travail

En présence d'un litige relatif à un contrat de travail, la compétence du juge est fixée par application de la règle européenne relative au lieu d'exécution habituelle du travail (A). L'examen de la jurisprudence témoigne d'une volonté de protection du salarié et de la prise en compte des conditions d'accomplissement du travail (B).

A. L'application de la règle européenne de compétence relative au lieu d'exécution habituelle du travail

La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale constitue une des étapes majeures de la création d'un espace judiciaire européen où chaque citoyen peut s'adresser aux tribunaux et aux autorités de tous les États membres aussi facilement qu'il le ferait dans son propre pays. Selon les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice est la pierre angulaire de cet édifice. Or, la simplification des mesures intermédiaires requises pour permettre la reconnaissance et l'exécution d'une décision de justice rendue dans un État membre suppose l'élaboration de règles de compétence communes à l'ensemble des États membres de l'Union européenne.

Tel est l'objet de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 précitée, remplacée par le règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement « Bruxelles I », lui-même objet d'une refonte ayant abouti au règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I bis »). Cette refonte n'a pas eu d'incidence sur les règles de compétence en matière de contrats individuels de travail.

L'article 19 du règlement « Bruxelles I », devenu l'article 21 du règlement « Bruxelles I bis », prévoit que l'employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré non seulement devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, mais aussi dans un autre État membre, devant le tribunal du lieu d'exécution habituelle du travail ou, lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu de l'embauche.

La Cour de justice des Communautés européennes a affirmé : « les contrats de travail [...] présentent, par rapport aux autres contrats, même lorsque ces derniers sont relatifs

à des prestations de services, certaines particularités en ce qu'ils créent un lien durable qui insère le travailleur dans le cadre d'une certaine organisation des affaires de l'entreprise ou de l'employeur et en ce qu'ils se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératif et de conventions collectives. C'est en raison de ces particularités que le juge du lieu où doit s'exécuter l'obligation qui caractérise de tels contrats apparaît comme le plus apte à trancher les litiges auxquels une ou plusieurs obligations découlant de ces contrats peuvent donner lieu» (CJCE, arrêt du 15 janvier 1987, Shenavai/Kreischer, C-266/85, § 16).

La Cour de Luxembourg a en outre précisé, s'agissant de la disposition de la Convention de Bruxelles précitée, reprise par l'article 19 du règlement «Bruxelles I», qu'elle devait «être interprétée en tenant compte du souci d'assurer une protection adéquate à la partie contractante qui est la plus faible du point de vue social, en l'occurrence le travailleur. Or, une telle protection adéquate est mieux assurée si les litiges relatifs à un contrat de travail relèvent de la compétence des juridictions du lieu où le travailleur s'acquitte de ses obligations à l'égard de son employeur. En effet, c'est à cet endroit que le travailleur peut, à moindres frais, s'adresser aux tribunaux ou s'y défendre» (CJCE, arrêt du 13 juillet 1993, Mulox IBC/Geels, C-125/92, § 18 et § 19).

La Cour de cassation affirme que le règlement «Bruxelles I» instaure des règles de compétence spéciales qui interdisent au juge national, saisi par un salarié d'une demande dirigée contre son employeur domicilié dans un autre État membre, de se référer aux règles de compétence de droit interne pour déterminer la juridiction compétente (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-45.717, *Bull.* 2006, V, n° 268). Il en résulte que la loi applicable au contrat de travail n'a pas d'influence sur la détermination de la juridiction compétente pour connaître du litige. Le juge doit, pour ce faire, rechercher le lieu où le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail. En cas de périodes stables de travail dans des lieux successifs différents, le dernier lieu d'activité doit être retenu dès lors que, selon la volonté claire des parties, il a été décidé que le travailleur y exercerait de façon stable et durable ses activités (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-40.367, *Bull.* 2009, V, n° 93). Ainsi, un salarié dont l'emploi est localisé à Londres et qui bénéficie d'une simple tolérance de son employeur pour exécuter une partie de son travail depuis son domicile en France ne peut saisir la juridiction prud'homale d'un litige l'opposant à son employeur (Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-24.880, *Bull.* 2013, V, n° 294).

Cette détermination du lieu habituel de l'exécution du travail est également nécessaire lorsque la prestation de travail s'exécute dans plusieurs États membres. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, il importe en effet dans une telle hypothèse d'éviter une multiplication des juridictions compétentes, afin de prévenir le risque de contrariété de décisions et de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en dehors de l'État dans lequel elles ont été rendues. Dès lors, la disposition de la Convention de Bruxelles précitée reprise par l'article 19 du règlement «Bruxelles I» ne peut pas être interprétée en ce sens qu'elle conférerait une compétence concurrente aux juridictions de chaque État contractant sur le territoire duquel le travailleur exerce une partie de ses activités professionnelles (arrêt Mulox IBC précité, § 21 et 23). Faisant application de ces principes, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré la juridiction française compétente pour connaître du litige entre des commandants de bord et une société de fret international ayant son siège

social en Grande-Bretagne mais implantée en France, les juges du fond ayant constaté que les salariés s'acquittaient en France de l'essentiel de leurs obligations à l'égard de leur employeur (Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-17.096, *Bull.* 2012, V, n° 119).

Il convient toutefois de relever que les règles de compétence spéciales prévues dans la section II du règlement «Bruxelles I», devenue sections 2 et suivantes du règlement «Bruxelles I bis», notamment celles en matière de contrat de travail, sont des compétences additionnelles qui s'ajoutent à la règle générale de compétence des juridictions de l'État membre où le défendeur a son domicile prévue par l'article 2 de ce règlement, devenu l'article 4 du règlement «Bruxelles I bis». Ainsi, la juridiction française est compétente pour statuer sur la demande introduite par des salariés domiciliés au Gabon à l'encontre de sociétés ayant leur siège social en France, et ce même si les contrats de travail ont été exécutés au Gabon (Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-23.006, *Bull.* 2015, V, n° 17).

B. Une jurisprudence relative aux règles européennes de compétence protectrice du salarié et prenant en compte les conditions d'accomplissement du travail

La règle de droit européen selon laquelle le litige doit en principe être soumis au juge du lieu habituel du travail trouve trois prolongements remarquables.

Le premier tient à la limitation de la possibilité pour les parties au contrat de travail de déroger aux règles de compétence fixées par le règlement «Bruxelles I». Une clause attributive de compétence insérée dans un contrat de travail n'est conforme à l'article 21 de ce règlement, devenu l'article 23 du règlement «Bruxelles I bis», que si elle offre la possibilité au travailleur de saisir, en sus des juridictions normalement compétentes, d'autres juridictions, y compris, le cas échéant, des juridictions situées en dehors de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 19 juillet 2012, Mahamdia, C-154/11).

Le deuxième tient à la possibilité, lorsque les critères du coemploi sont remplis, de rendre le juge national compétent pour connaître de litiges à l'encontre de sociétés tiers aux contrats de travail conclus par les salariés et ayant leur siège social dans un État étranger. La Cour de cassation retient que l'employeur, au sens du droit de l'Union européenne, est la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations, en contrepartie desquelles elle verse une rémunération. Ainsi, les juges du fond qui constatent qu'une société mère établie en Allemagne assurait la gestion des ressources humaines de sa filiale française, à laquelle elle avait imposé de cesser son activité, et que le dirigeant de cette filiale ne disposait plus d'aucun pouvoir effectif étant entièrement soumis aux instructions et directives de la direction du groupe, peuvent en déduire l'existence d'un contrat de travail, au sens du règlement «Bruxelles I», entre cette société mère et les salariés de cette filiale pour fonder la compétence de la juridiction française pour connaître du litige (Soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 10-22.971, *Bull.* 2011, V, n° 284, *Rapport* 2011, p. 455). Le coemploi suppose une situation anormale, caractérisée par l'existence, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de l'employeur déclaré, lui faisant ainsi perdre son autonomie (Soc., 18 décembre 2013,

pourvoi n° 12-25.693, *Bull.* 2013, V, n° 312 et Soc., 6 juillet 2016, pourvoi n° 14-27.288, publié au *Bulletin*).

En troisième lieu, il convient de relever que, en application de l'article R. 1412-5 du code du travail, les salariés temporairement détachés en France par une entreprise établie dans un autre État membre de l'Union européenne peuvent faire attirer leur employeur devant le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel la prestation est ou a été exécutée. Le juge français est compétent pour constater qu'un salarié exécutant son travail en France ne relève pas de la catégorie des travailleurs détachés au sens du droit européen. À cet égard, la Cour de cassation a affirmé, s'agissant de pilotes de ligne, salariés d'une société de droit anglais et affectés sur les bases dont cette société dispose sur les aéroports de Paris-Orly et de Roissy-Charles-de-Gaulle, que leur affiliation au régime britannique de sécurité sociale, sur la base de déclarations unilatérales de l'employeur auprès de l'organisme compétent, ne pouvait faire échec à la compétence du juge prud'homal français déterminée en application du règlement « Bruxelles I » (Soc., 10 juin 2015, pourvoi n° 13-27.813, *Bull.* 2015, V, n° 123).

Dans les hypothèses où les règles issues de conventions internationales ou du droit de l'Union européenne ne sont pas applicables, le juge français peut également connaître du litige auquel donne lieu la relation de travail.

§ 2. L'affirmation de la compétence des juridictions françaises en application du droit interne et de l'ordre public international

Le juge français peut être compétent par l'effet des règles de compétence impératives prévues par le droit interne (A) ou en cas d'atteinte à des droits fondamentaux relevant de l'ordre public international (B).

A. L'extension à l'ordre international des règles de compétence prévues par le code du travail

En droit français, la compétence internationale est régie par les règles internes de compétence territoriale, quelles que soient la loi applicable au fond et la nationalité des parties. Ainsi, le conseil des prud'hommes est compétent pour statuer sur le litige opposant une compagnie de transport aérien étrangère à un salarié étranger, engagé dans son pays d'origine, dès lors que ce salarié est employé dans les conditions du droit privé dans un établissement français de cette compagnie, peu important qu'elle soit soumise par sa loi nationale à un statut d'entreprise publique (Soc., 26 janvier 1989, pourvoi n° 86-40.766, *Bull.* 1989, V, n° 76).

Ces règles présentent un caractère impératif auquel le contrat de travail ne peut déroger.

Une clause attributive de compétence incluse dans un contrat international ne peut faire échec aux dispositions du code du travail déterminant la juridiction compétente, dont la Cour de cassation affirme qu'elles sont applicables dans l'ordre international. Ainsi, la juridiction prud'homale est compétente pour connaître du contentieux entre une salariée travaillant à l'ambassade du Maroc à Paris et son employeur, nonobstant la clause du contrat de travail prévoyant que tous les litiges nés de l'exécution du contrat sont du ressort exclusif des juridictions marocaines (Soc., 29 septembre 2010, pourvoi

n° 09-40.688, *Bull.* 2010, V, n° 204). De même, un salarié engagé par une société de droit américain selon un contrat de travail régi par les lois applicables dans l'État du Connecticut, et détaché auprès d'une filiale française, peut, en application de l'article R. 1412-4 du code du travail, applicable dans l'ordre international, saisir la juridiction française du ressort dans laquelle s'exécutait la prestation de travail de demandes à l'encontre de son employeur, la clause de la convention de détachement dérogeant à cette règle ne pouvant lui être opposée (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-15.966).

La Cour de cassation affirme que la clause compromissaire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente, peu important la loi régissant le contrat de travail. Ainsi, un salarié, engagé en qualité de capitaine d'un yacht immatriculé à Guernesey par une société de droit de Guernesey, et qui a exercé une activité salariale en dehors de tout établissement, peut-il valablement saisir le conseil de prud'hommes du lieu de son domicile, sans que puisse lui être opposée la clause compromissaire contenue dans son contrat (Soc., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-45.042, *Bull.* 2005, V, n° 216).

B. La compétence du juge national fondée sur le respect de l'ordre public international

L'ordre public international est un ensemble de principes reconnus comme fondamentaux en présence desquels, s'il existe un rattachement avec la France, le juge français est tenu de se déclarer compétent pour connaître du litige et appliquer la loi nationale sans que puissent être invoquées devant lui les règles de conflit de juridictions et de lois. La Cour de cassation s'est référée à cette notion dans des arrêts dans lesquels étaient en cause le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial et le respect des principes fondamentaux conduisant à la prohibition de la servitude.

À la différence de l'immunité de juridiction dont bénéficient les États, laquelle n'interdit pas aux individus de porter leurs réclamations devant les juridictions de l'État que son immunité ne protège qu'hors de son territoire, l'immunité de juridiction d'une organisation internationale exclut toute possibilité d'action devant les juridictions de ses États membres. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France. En conséquence, une organisation internationale ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans le litige l'opposant à un salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué, pour le règlement des conflits du travail, un mécanisme de recours de nature juridictionnelle comportant des garanties d'impartialité et d'équité (Soc., 13 mai 2014, pourvoi n° 12-23.805, *Bull.* 2014, V, n° 117). À défaut d'une possibilité effective d'accès à un juge, la juridiction prud'homale est ainsi compétente pour connaître de l'action introduite par un salarié français engagé par une organisation internationale et affecté au siège de celle-ci à Abidjan (Côte d'Ivoire), le critère de rattachement étant la nationalité du salarié. En l'espèce, en l'absence de toute juridiction du travail instituée au sein de la Banque africaine de développement, l'immunité de juridiction édictée au bénéfice de cette banque par l'article 52 de l'accord signé à Khartoum le 4 août 1963, publié en vertu du décret n° 86-1039 du 12 septembre 1986, mettait le salarié dans l'impossibilité d'exercer son droit à un tribunal pour connaître de

sa cause (Soc., 25 janvier 2005, pourvoi n° 04-41.012, *Bull.* 2005, V, n° 16, *Rapport* 2005, p. 275, *D.* 2005, p. 1540, note F. Viangalli; *JDI* 2005, p. 1142, note L. Corbion; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 477, note I. Pingel).

Lorsqu'un salarié a été placé au service d'un employeur sans manifestation personnelle de sa volonté et a travaillé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle, la Cour de cassation affirme que l'ordre public international s'oppose à ce que cet employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend élevé par le salarié et qui présente un rattachement avec la France. Ainsi, la juridiction française est compétente pour connaître des demandes de rappel de salaire et d'indemnités formées par une jeune femme, de nationalité nigériane, placée par des membres de sa famille au service d'un employeur, de nationalité britannique, qui était tenue de suivre celui-ci à l'étranger et percevait une rémunération dérisoire. Le lien de rattachement avec la France tenait à la circonstance que, lors de sa fuite de son lieu de travail, la salariée se trouvait sur le sol français où son employeur résidait (Soc., 10 mai 2006, pourvoi n° 03-46.593, *Bull.* 2006, V, n° 168, *Rapport* 2006, p. 307).

Ces décisions, rendues en matière de contrat de travail, démontrent déjà que la compétence du juge français peut être retenue en tant que for de nécessité.

Section 4. La compétence du juge français en tant que for de nécessité

Le droit d'accès à la justice fait partie des exigences du procès équitable. Cependant, l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas aux juges de chaque État d'« exercer inconditionnellement leur compétence » (D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, Partie générale, 3^e éd. mise à jour, PUF, 2014, n° 64), de sorte que, si un juge étranger internationalement compétent refuse de connaître l'affaire que lui soumet un justiciable en vertu de ces règles traditionnelles de compétence internationale, ces dernières ne peuvent plus jouer leur fonction de règlement des conflits de juridictions. Cette situation peut entraîner un déni de justice.

Le risque d'un tel déni peut conduire une juridiction française à se reconnaître internationalement compétente en l'absence de lien étroit entre la France et le litige, afin de tenter de résoudre les conflits négatifs entre juridictions d'États différents (H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int.*, Dalloz, V^o Compétence internationale : matière civile et commerciale, avril 2014 (actualisation juin 2015), n^{os} 511 et 85). Il s'agit, cependant, d'une compétence dérogatoire qui ne vise pas à donner une compétence universelle au juge français. La compétence française est fondée, alors, sur un for de nécessité (E. Pataut, « Déni de justice et compétence internationale dans les litiges internationaux du travail », *D.* 2016, p. 1175). À cet égard, les règles de compétence française fondées sur les articles 14 et 15 du code civil, souvent critiquées par la doctrine, permettent d'épargner aux justiciables français le risque de déni de justice.

En l'absence de disposition législative applicable, la jurisprudence a énoncé trois conditions pour que le juge français se reconnaisse compétent : en premier lieu un risque d'atteinte au droit d'accès au juge, en deuxième lieu l'absence de toute juridiction étrangère compétente, en troisième lieu l'existence d'un lien ténu entre la France et le litige.

La mise en œuvre du for de nécessité est subordonnée au fait que le demandeur établisse qu'aucune juridiction étrangère ne puisse être saisie (B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 7^e éd. refondue, 2013, n° 417 et n° 396). Certains auteurs considèrent qu'est exigée (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^e éd., 2010, n° 288, p. 212) la seule « circonstance qu'aucun tribunal étranger n'est pratiquement saisissable ». Le moyen soulevant le déni de justice doit avoir été soutenu devant les juges du fond ; à défaut, la Cour de cassation (1^{re} Civ., 13 janvier 1981, pourvoi n° 79-10.693, *Bull.* 1981, I, n° 11 ; H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 331) le déclare irrecevable.

Il ne suffit pas qu'un justiciable allègue qu'il ne peut obtenir la reconnaissance du droit qu'il prétend être le sien, il faut encore qu'aucune juridiction étrangère ne soit compétente. Même s'il est invoqué un déni de justice de la part de la juridiction étrangère du lieu de situation des immeubles, en l'occurrence les juridictions vietnamiennes, dès lors que la juridiction française constate son incompétence pour statuer sur le partage successoral d'immeubles situés à l'étranger, elle n'a pas à rechercher si la saisine du juge étranger était ou non possible (1^{re} Civ., 7 janvier 1982, pourvoi n° 80-11.870, *Bull.* 1982, I, n° 6 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 87, note B. Ancel). La Cour de cassation (1^{re} Civ., 3 février 1987 ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 617, note P.-Y. Gautier ; *JDI* 1988, p. 135, note A. Huet) a rejeté le pourvoi contre un arrêt déclarant qu'une décision d'incompétence d'un tribunal français pour statuer sur une demande en divorce d'un Irlandais contre son conjoint de même nationalité n'aboutit pas à un déni de justice alors que la loi irlandaise prohibant le divorce ne peut être regardée comme contraire à la conception française de l'ordre public international.

Enfin, le déni de justice ne peut fonder la compétence des juridictions françaises qu'à la condition que le litige présente un lien avec la France. Comme le souligne la doctrine (B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 417), cette condition est destinée à éviter de voir les tribunaux français devenir l'objet d'un *forum shopping* international.

Le risque de priver un justiciable de l'accès au juge a justifié (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 02-15.237, *Bull.* 2005, I, n° 53 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140, note T. Clay) la compétence internationale du juge d'appui français : un différend étant né entre l'État d'Israël et la société iranienne NIOC, le premier avait refusé de désigner un arbitre. La société NIOC, qui avait notifié à l'autre partie son choix, avait saisi le président du tribunal de grande instance de Paris pour lui demander de désigner un arbitre en lieu et place du défendeur défaillant. La convention d'arbitrage ne stipulait ni le siège de l'arbitrage en France ni l'application de la loi de procédure française, qui étaient les deux conditions d'application alternatives de l'article 1493 du code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 pour saisir le juge d'appui. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que le déni de justice était constitué, car l'impossibilité de saisir le juge était générale et durable. Cette décision étend le droit au juge au droit à l'arbitre, ce qui s'inscrit dans l'analyse jurisprudentielle française selon laquelle l'arbitre est un juge. Par ailleurs, la Cour de cassation a soumis la compétence du juge d'appui français à l'existence d'un rattachement avec la France. Certes, ce lien était ténu, mais les parties avaient donné compétence au « président de la [chambre de commerce internationale] » dont le siège est en France.

Dans une affaire où l'une des parties avait fait valoir que l'arbitre avait laissé entendre qu'il refuserait sa mission, la cour d'appel a énoncé que le risque de déni de justice auquel une partie serait exposée en cas d'impossibilité d'accéder au tribunal arbitral fondait la compétence du président du tribunal de grande instance de Paris, en application de l'article 1505 du code de procédure civile, pour régler la difficulté inhérente à la désignation des arbitres, et en a déduit que la clause d'arbitrage n'était pas manifestement nulle ou inapplicable, en ce sens, approuvée par la Cour de cassation (1^{re} Civ., 21 octobre 2015, pourvoi n° 14-17.056).

La mondialisation conduit à augmenter mathématiquement le nombre des situations dans lesquelles un justiciable pourra être confronté à un risque de déni de justice. Autre effet pervers de la mondialisation : l'intensification des échanges contribue inéluctablement à la dégradation de l'environnement. Les atteintes environnementales présentent elles-mêmes une dimension mondiale puisqu'elles ignorent les frontières. En ce domaine, la nécessité de protéger l'environnement a conduit le juge français à élargir sa compétence.

Section 5. La protection de l'environnement et la compétence du juge français

Les atteintes portées à l'environnement ignorant les frontières, le juge français est appelé à connaître, entre autres, des conséquences subies en France de faits commis à l'étranger. Tel est le cas en présence de pollutions aérienne, fluviale, ou encore maritime.

Le naufrage du navire *Erika*, survenu le 12 décembre 1999, a donné l'occasion à la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 septembre 2012 (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198; *Rev. sociétés* 2013, p. 110, note de J.-H. Robert, p. 47; *Dr. pénal*, n° 1, janvier 2013, comm. 10, par J.-H. Robert; *D.* 2012, p. 2673, obs. G. Roujou de Boubée; *D.* 2012, p. 2673, obs. L. Neyret; *D.* 2012, p. 2675, obs. V. Ravit et O. Sutterlin; *D.* 2012, p. 2711, note P. Delebecque; *JCP* éd. G n° 47, 19 novembre 2012, 1243, note K. Le Couviour; *DMF* 2012, p. 985, obs. P. Bonassies, P. Delebecque, B. Bouloc, F. Berlingieri, M. Rémond-Gouilloud; *Rev. dr. transports*, n° 4, octobre 2012, comm. 52, par M. Ndende, *Environn. et dév. durable*, janvier 2013, étude 2 par M. Boutonnet – sur l'arrêt, CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle, *RSC* 2013, p. 363, note J.-H. Robert; *D.* 2010, p. 2468, note F.-G. Trébulle; *RTD* com. 2010, p. 622, note P. Delebecque; *JCP* éd. G, n° 16, 19 avril 2010, 432, obs. K. Le Couviour. – *Dr. environn.* n° 178, p. 168, obs. S. Mabile; *Dr. environn.* n° 179, p. 196, note B. Steinmetz; M. Boutonnet, « L'arrêt *Erika*, vers la réparation intégrale des préjudices résultant des atteintes à l'environnement ? », *Environnement* n° 7, juillet 2010, étude 14, p. 13), d'imposer la compétence du juge français, de manière sans doute novatrice, tant pour connaître de l'action publique et englober dans la répression des comportements d'imprudence en apparence délaissés par les instruments internationaux (§ 1), que pour indemniser les victimes, y compris au titre du préjudice écologique, création prétorienne en gestation depuis quelques années (§ 2).

§ 1. La compétence du juge français pour connaître de l'action publique

Un rappel des règles applicables (A) précédera l'examen de leur application dans l'affaire *Erika* (B).

A. Le rappel des règles applicables

S'agissant de l'action publique, l'article 228 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982 (dite « de Montego Bay » ou « CNUDM ») prévoit que les poursuites exercées par l'État côtier pour une infraction en matière de pollution commise par un navire étranger au-delà de sa mer territoriale sont suspendues dès lors que l'État du pavillon a lui-même engagé des poursuites du chef de la même infraction dans les six mois de la première action. Lorsque les tribunaux de l'État du pavillon ont rendu leur jugement, il est mis fin aux poursuites dans l'État côtier, auquel sont transmis le dossier de l'affaire et les minutes du procès. Après règlement des frais de procédure, toute caution ou garantie financière est restituée par l'État côtier. Mais la suspension peut être refusée par l'État côtier si celui-ci a subi un dommage grave ou si l'État du pavillon a manqué à plusieurs reprises à son obligation d'assurer l'application effective des règles internationales en cas d'infractions commises par ses navires.

Deux arrêts de principe rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2009 ont reconnu que les juridictions françaises ne pouvaient qu'entériner les décisions de l'exécutif sur les revendications de compétence de l'État du pavillon, sans pouvoir vérifier les conditions d'application de la clause de sauvegarde prévue par la CNUDM, ni procéder à un quelconque contrôle du jugement étranger emportant extinction des poursuites (Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-87.362, *Bull. crim.* 2009, n° 85 [navire norvégien *Trans Arctic*] et Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-87.931, *Bull. crim.* 2009, n° 85 [navire maltais *Fast Independence*]).

L'article 211, § 5, de cette même Convention de Montego Bay permet aux États côtiers d'« adopter pour leur zone économique exclusive (ZEE) des lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires, qui soient conformes et donnent effet aux règles et normes internationales généralement acceptées établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale ». L'instrument pertinent est la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires adoptée à l'Organisation maritime internationale le 2 novembre 1973, telle que modifiée par le Protocole fait à Londres le 17 février 1978 (dite « convention MARPOL »), qui prévoit la compétence de la loi pénale de l'État côtier pour rejets commis par un navire étranger dans une zone soumise à sa juridiction (article 4, § 2). Il semble donc que soit exclue la compétence de l'État côtier lorsque le rejet a lieu en haute mer, quelle que soit l'extension de la pollution subséquente, ce qui est sans doute plus restrictif que la loi française.

Mais les institutions européennes ont beaucoup œuvré en faveur de l'élargissement de la compétence de l'État du port. La directive 95/21/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté, ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port) a repris en grande

partie les engagements pris au sein d'un mémorandum d'entente sur le contrôle des navires par l'État du port (*Memorandum of Understanding* ou MOU de Paris, signé en 1982, en leur donnant valeur contraignante, avec l'objectif d'éradiquer les navires sous normes des eaux communautaires. La directive 2001/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil précitée adoptée dans le cadre du «paquet *Erika I*», et refondue par la directive 2009/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port (modifiée par la directive 2013/38/UE), a renforcé les obligations des États membres.

La loi française s'est alignée sur la directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, qui impose l'incrimination par les États membres des rejets par les navires de substances polluantes dans les eaux intérieures, les eaux territoriales, les détroits, la zone économique exclusive et la haute mer (article 4, qui renvoie à l'article 3, § 1, pour les zones visées). Il est vrai que les dispositions doivent être interprétées en conformité avec le droit international, notamment avec la partie XII [Protection et préservation du milieu marin], section 7 [Garanties] de la Convention de Montego Bay de 1982 précitée, ainsi que le rappelle l'article 9 de la directive.

Il est certain que la Convention MARPOL s'applique à tous les déversements provenant d'un navire, quel qu'en soit le lieu et quelle qu'en soit la cause (article 2, § 3). Contrairement à ce qui avait été soutenu lors de l'adoption de la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires, cette Convention ne concerne pas seulement les rejets délibérés. Par conséquent, le législateur national n'est pas libre d'incriminer à sa guise les pollutions involontaires dont l'origine se situe au-delà de la mer territoriale, même si le territoire national en subit les effets (M. Lauriol, *Rapport n° 912, fait au nom de la commission des lois*, déposé le 2 juin 1982 ; A. Huet, « L'infraction de rejet d'hydrocarbures en mer (Convention MARPOL du 2 novembre 1973 et loi n° 83-583 du 5 juillet 1983) », *Rev. jur. env.* 1983, p. 295). Le Parlement l'a d'ailleurs admis lorsqu'il a procédé à la transposition de la directive 2005/35/CE du 7 septembre 2005 précitée (loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement ; voir A. Gest, *Rapport n° 973 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat relatif à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 juin 2008). Cela ne l'a d'ailleurs pas conduit à modifier l'élément moral du délit, mais seulement à intégrer, lorsque le rejet a lieu au-delà de la mer territoriale, la cause d'exonération prévue par la convention MARPOL.

B. L'application des règles dans l'affaire Erika

Dans l'affaire du naufrage de l'*Erika*, la chambre criminelle de la Cour de cassation a été saisie du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 113-12 du code pénal par l'article 8 de la loi du 5 juillet 1983 précitée (codifié à l'article L. 218-22 du code de l'environnement, et devenu l'actuel article L. 218-19, après réécriture par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 précitée), cet article ayant, d'une part, assorti de sanctions pénales les stipulations des annexes I, II, III et V de la Convention MARPOL, d'autre part, créé

un délit consistant à provoquer, par imprudence ou négligence, un accident de mer à l'origine d'une pollution par les hydrocarbures. Il était soutenu que ce texte, qui incriminait la pollution involontaire par la seule référence à un dommage subi par les eaux intérieures ou territoriales, ne pouvait s'appliquer à un rejet qui avait eu lieu dans la ZEE, faute de le prévoir expressément. Le moyen a été écarté par la Cour de cassation.

La question de la conventionnalité du texte d'incrimination se posait d'abord, à moins de considérer que les stipulations de la CNUDM et de la convention MARPOL n'étaient pas directement invocables. Cette hypothèse a été implicitement écartée par la chambre criminelle (pour un précédent dans le même sens, voir Crim., 15 novembre 2005, pourvoi n° 05-80.320, *Bull. crim.* 2005, n° 296). On observera que, si la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a, dans l'affaire *Intertanko*, jugé que la Convention de Montego Bay n'était pas directement invocable, l'avocat général avait développé le point de vue inverse (CJCE, gde ch., arrêt du 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, conclusions de l'avocat général J. Kokott présentées le 20 novembre 2007). Elle avait fait valoir qu'au-delà des eaux territoriales, il ne pouvait être porté atteinte au principe de la liberté de navigation consacré par les articles 58 et 87 de la CNUDM précitée sans que soient lésés les droits des particuliers, ainsi que la Cour elle-même l'avait précédemment jugé par un arrêt du 24 novembre 1992 (CJCE, arrêt du 24 novembre 1992, *Anklagemindigheden/Poulsen et Diva Navigation*, C-286/90, concl. J. Kokott précité, n° 67).

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère, en substance, que la convention MARPOL déclare illicite un acte purement matériel – tout rejet non conforme aux conditions de la règle 9 – sans exiger la démonstration d'une faute, quelle qu'elle soit. C'est à tort que les prévenus prétendent tirer les éléments constitutifs de l'infraction de stipulations qui ont pour objet non pas de décrire le comportement illicite, mais de définir un fait justificatif. Le texte d'incrimination ne pêche donc qu'en ce qu'il s'abstient de reproduire ce dispositif d'exonération. Néanmoins, en l'espèce, un tel mécanisme ne pouvait bénéficier aux prévenus qui, comme l'ont souverainement apprécié les juges du fond, n'avaient accompli aucune diligence pour réduire le rejet (condition de l'exonération, cumulative avec l'absence de faute intentionnelle ou de témérité), de sorte que la question de la faute qualifiée était sans objet et que des condamnations pour de simples imprudences pouvaient être prononcées sans froisser le droit international.

§ 2. La compétence du juge français pour connaître de l'action civile

S'agissant de l'action civile, l'interprétation donnée par ce même arrêt de la CJCE du 24 novembre 1992 avait pour objet la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (dite « CLC ») adoptée par l'Organisation maritime internationale (OMI) le 29 novembre 1969.

L'indemnisation des dommages par pollution provoqués par le transport d'hydrocarbures s'inscrit dans un cadre international contraignant qui pouvait faire douter de la compétence des juridictions pénales, de la responsabilité des prévenus et, indépendamment de toute considération de droit interne, du caractère réparable en l'espèce du préjudice écologique (les parties civiles, déboutées en appel de leurs demandes dirigées contre Total SA, avaient d'ailleurs formé, contre les lois autorisant la ratification de la CLC précitée et de son Protocole, une question prioritaire de constitutionnalité qui a été déclarée irrecevable : Crim., 17 mai 2011, QPC n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2011,

n° 98; *Dr. pénal* n° 11, novembre 2011, comm. 136 par J.-H. Robert; « Question prioritaire sur la constitutionnalité des lois de 1967 et 1994 portant ratification par la France de conventions pétrolières », *Rev. dr. transports* n° 11, novembre 2011, comm. 183 par M. Ndende).

À la suite du naufrage du *Torrey Canyon* en 1967, ont, en effet, été signés, sous l'égide de l'Organisation maritime internationale (OMI), deux traités complémentaires : la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, faite à Bruxelles le 29 novembre 1969 (dite « CLC », pour *Civil Liability for Oil Pollution Damage*) et la Convention internationale portant création d'un Fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures faite à Bruxelles le 18 décembre 1971 (Convention FIPOL). Ces conventions ont été modifiées par deux Protocoles faits à Londres le 27 novembre 1992 (publiés respectivement par le décret n° 96-718 du 7 août 1996 portant publication du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et le décret n° 96-719 du 7 août 1996 portant publication du Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures), entrés en vigueur le 30 mai 1996.

La Convention CLC institue, pour les dommages qu'elle définit, un régime de responsabilité objective du propriétaire du navire, assortie d'une obligation d'assurance et d'un plafonnement de l'indemnisation. Ce plafonnement (dont le bénéfice est refusé au propriétaire en cas de faute lourde) s'opère par la constitution d'un fonds dont les conditions d'évaluation, fixées par l'article 5, § 1, sont fonction de la jauge du navire. Le FIPOL, qui est une organisation intergouvernementale dotée de la personnalité juridique, intervient en substitution ou en complément de la contribution du propriétaire lorsque celui-ci est insolvable ou non assuré, ou lorsque le plafonnement ne permet pas d'indemniser l'intégralité des préjudices éligibles (les sommes dont dispose le FIPOL étant elles-mêmes limitées pour chaque sinistre, les créances admises peuvent se voir appliquer un pourcentage uniforme de réduction).

Le propriétaire du navire est en principe seul responsable des dommages. Cette « canalisation » et son exception sont exprimées dans les termes suivants par l'article III, § 4, de la Convention CLC précitée : « Aucune demande de réparation de dommage par pollution ne peut être formée contre le propriétaire autrement que sur la base de la présente Convention. Sous réserve du paragraphe 5 du présent article, aucune demande de réparation de dommage par pollution, qu'elle soit ou non fondée sur la présente Convention, ne peut être introduite contre :

- a) Les préposés ou mandataires du propriétaire, ou les membres de l'équipage;
- b) Le pilote ou toute autre personne qui, sans être membre de l'équipage, s'acquitte de services pour le navire;
- c) Tout affréteur (sous quelque appellation que ce soit, y compris un affréteur coque nue), armateur ou armateur-gérant du navire;
- d) Toute personne accomplissant des opérations de sauvegarde avec l'accord du propriétaire ou sur les instructions d'une autorité publique compétente;
- e) Toute personne prenant des mesures de sauvegarde;
- f) Tous préposés ou mandataires des personnes mentionnées aux alinéas c, d et e,

à moins que le dommage ne résulte de leur fait ou de leur omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement.»

Par le passé, en présence de conventions internationales qui organisaient des régimes spéciaux d'indemnisation, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait décliné la compétence des juridictions pénales (Crim., 9 janvier 1975, pourvoi n° 92-375.73, *Bull. crim.* 1975, n° 11, s'agissant de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie le 12 octobre 1929). Elle avait considéré, en particulier, que cette compétence n'était pas compatible avec des systèmes de plafonnement de responsabilité, et que le dol ou la faute équivalente au dol, qui permettaient d'écarter de tels plafonnements, ne se confondaient pas avec la faute pénale (Crim., 7 avril 1987, pourvoi n° 85-90.736, *Bull. crim.* 1987, n° 160, à propos de la Convention internationale sur les transports internationaux de marchandises par route, faite à Genève le 19 mai 1956 [CMR]).

La chambre criminelle adopte, dans son arrêt du 25 septembre 2012 précité relatif au naufrage de l'*Erika*, un autre raisonnement, qui se fonde sans doute sur l'identité des termes par lesquels la Convention CLC – sur le plan civil –, et la Convention MARPOL – sur le terrain pénal – définissent la faute lourde. L'arrêt énonce que lorsque sont démontrées à la charge des bénéficiaires de la canalisation les fautes qualifiées visées par la Convention – ce qu'il appartient au juge pénal d'apprécier –, celui-ci, saisi de poursuites pour pollution involontaire, est compétent pour réparer les dommages qui en résultent.

La Cour ne tient pas non plus pour déterminantes les spécificités procédurales de ce contentieux. Alors que, devant les juridictions répressives statuant en matière civile, l'intervention ne peut résulter que d'un texte exprès, aucune disposition en ce sens n'a été prise en droit interne à l'intention du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), quoique celui-ci, suivant l'article 7, § 4, de la Convention du 18 décembre 1971 l'instituant, soit censé bénéficier de cette voie de droit devant les juridictions compétentes des États parties. La Cour de cassation répond, sur ce point, que l'absence du Fonds devant le juge pénal a pour seule conséquence de lui rendre la décision inopposable en application de l'article 7, § 5, de la même Convention.

Le juge répressif peut donc connaître – en présence de fautes qualifiées – de la réparation des dommages causés par les rejets d'hydrocarbures des navires. Cela n'est pas anodin, car la justice pénale, plus que la justice civile, incline à rechercher les responsabilités réelles au-delà des écrans – dont l'interposition est la règle dans le transport maritime –, et elle bénéficie de moyens d'investigation incomparablement plus contraignants.

Les griefs relatifs à la compétence étant écartés, la chambre criminelle vérifie que l'arrêt attaqué a correctement appliqué les stipulations de la Convention CLC. Rappelons que la cour d'appel avait jugé que le dirigeant de la société propriétaire du navire devait être condamné civilement en raison de sa faute de témérité, et que le mandataire du gestionnaire technique ainsi que la société de classification devaient l'être parce qu'ils n'étaient pas au nombre des bénéficiaires de la canalisation. La Cour de cassation considère que tous les prévenus entrent dans l'une ou l'autre catégorie de ces bénéficiaires. Néanmoins l'erreur de qualification commise par la cour d'appel à l'égard du

gestionnaire technique et de la société RINA n'emporte pas censure de l'arrêt, « dès lors que la faute retenue au titre de l'action publique [...] caractérise une faute de témérité, au sens de ladite Convention [la Convention CLC], qui les prive nécessairement de la possibilité d'invoquer un tel bénéfice ».

Restait le cas de la SA Total. La cour d'appel avait jugé que, sous couvert d'une filiale dépourvue d'autonomie, de personnel et de locaux, cette société était le véritable affréteur, et qu'elle exerçait un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire, au sens de l'article 8 de la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires. Sur le plan pénal, la SA Total avait été déclarée coupable du délit de pollution pour une faute d'imprudenc simple (elle ne bénéficiait pas, en effet, de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, dite « loi Fauchon », loi plus douce immédiatement applicable aux procédures en cours, qui exige une faute non intentionnelle d'une certaine intensité pour condamner l'auteur indirect d'un dommage, mais seulement lorsque cet auteur est une personne physique : article 121-3 du code pénal). Sur le plan civil, la cour d'appel avait estimé que la SA Total, bénéficiaire de la canalisation, dont les défaillances ne relevaient pas de la qualification de témérité, devait être exonérée.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, au visa des articles III, § 4, et V, § 2, de la Convention CLC ainsi que de la règle 11b devenue 4, § 2, de l'annexe 1 de la Convention MARPOL, casse sans renvoi cette disposition de l'arrêt attaqué. Les sommes dont Total SA est déclarée débitrice sont les mêmes que celles qui ont été mises à la charge des autres prévenus. Cette censure partielle sans renvoi était l'un des principaux enjeux du dossier (et, sur le plan de la technique de cassation, le plus délicat). L'autre, naturellement, étant la reconnaissance du préjudice environnemental.

Sur ce point encore, la Convention CLC pouvait apparaître comme un obstacle. Dans son article 1, § 6, elle énonce que le « dommage par pollution » auquel elle s'applique signifie :

« a) le préjudice ou le dommage causé à l'extérieur du navire par une contamination survenue à la suite d'une fuite ou d'un rejet d'hydrocarbures du navire, où que cette fuite ou ce rejet se produise, étant entendu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront ;

b) le coût des mesures de sauvegarde et les autres préjudices ou dommages causés par ces mesures ».

Aucun moyen, pourtant, n'a soutenu que, dans son champ d'application, la Convention CLC excluait la réparation par équivalent des atteintes à l'environnement, indépendamment des pertes économiques subséquentes et des frais effectivement exposés de prévention et de réparation des dommages. La chambre criminelle ne se prononce donc pas explicitement sur ce point. On peut seulement conjecturer que la démonstration de fautes qualifiées, de même qu'elle neutralise le plafonnement et la canalisation, affranchit les parties civiles des restrictions apportées par la Convention à la définition des dommages indemnifiables.

La question du préjudice écologique se posait donc exclusivement au regard du droit interne. Il était reproché à la cour d'appel d'avoir alloué aux parties civiles des sommes

de ce chef, alors que les éléments indemnisés se confondaient, soit avec ceux qui étaient réparés au titre du préjudice moral, soit avec les dommages subis individuellement par les habitants des territoires concernés, soit avec la défense de l'intérêt général dont la protection n'appartient qu'au ministère public. C'est donc la méconnaissance du principe de réparation intégrale qu'invoquaient les prévenus, à travers les griefs de manque de base légale et de défaut de réponse aux conclusions. La chambre criminelle rejette les moyens en retenant que « les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et a ainsi justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction ».

Rejetterait-elle le pourvoi, la Haute juridiction ne reprend à son compte aucun des fondements hasardeux sur lesquels la cour d'appel avait cherché à étayer son audacieuse décision. Elle se garde ainsi de faire référence, contrairement aux juges d'appel, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, au principe « pollueur-payeur », à l'article L. 110-1 du code de l'environnement (qui qualifie de patrimoine commun de la nation les éléments non marchands de la nature), ou aux dispositions de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, précitée. Sa consécration du préjudice écologique est un pur acte de volonté. Elle ne s'en cache pas et il ne pouvait en aller autrement.

Au demeurant, la fermentation doctrinale et les initiatives du législateur (Proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le code civil, n° 546, enregistrée à la présidence du Sénat, le 23 mai 2012) laissaient penser que cette reconnaissance était inéluctable. La décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation n'en est pas moins courageuse, et riche d'enseignements en dépit de son laconisme. Car si un consensus se dégage sur le principe de l'appréhension du dommage écologique par le droit, y compris par les mécanismes de la responsabilité civile (voir P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006 p. 173 ; Le Club des juristes, *Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012), il n'en va sans doute pas de même sur les modalités de la réparation.

De l'arrêt *Erika*, il se déduit, en premier lieu, que peuvent réclamer une indemnisation toutes les personnes qui sont habilitées à exercer les droits appartenant à la partie civile pour des infractions environnementales portant atteinte aux intérêts collectifs qu'elles défendent. Il en va notamment ainsi des associations, sous réserve qu'elles satisfassent aux conditions de l'article L. 142-2 du code de l'environnement. Il en va de même des collectivités locales et de leurs groupements pour les atteintes à leur territoire, en application de l'article L. 142-4 du même code, issu de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 précitée et applicable aux instances en cours (sur la qualification de règles de procédure d'application immédiate des dispositions de cette nature, voir Crim., 16 avril 1991, pourvoi n° 90-87.508, *Bull. crim.* 1991, n° 182). Il n'est pas douteux qu'il en irait encore ainsi des établissements publics, tels que le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, énumérés par l'article L. 132-1 du code de l'environnement.

En deuxième lieu, le dommage écologique est indemnisable par équivalent et non pas seulement en nature, alors que cette dernière solution est souvent préconisée comme un remède aux difficultés d'évaluation des dégradations de l'environnement (et

qu'elle est la seule que la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux retienne dans son champ d'application), lequel exclut les dommages couverts par la Convention CLC (sur la possibilité d'articuler cette police administrative, instituée par la loi de transposition du 1^{er} août 2008, avec la responsabilité civile, voir F. Nési et D. Guihal, «Le nouveau dispositif de responsabilité environnementale et le droit commun», *Dr. de l'environnement*, 2007, p. 230).

Enfin, en définissant très sobrement le préjudice écologique, la chambre criminelle de la Cour de cassation signifie aux juges du fond qu'elle abandonne à leur pouvoir souverain non seulement son évaluation, mais aussi l'appréciation de sa consistance. Sans doute les tribunaux pourront-ils trouver dans des études doctrinales – telles que la *Nomenclature des préjudices environnementaux* récemment publiée – des éléments de réflexion et des catégories communes (L. Neyret, G.-J. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012).

Au-delà de l'impératif de protection de l'environnement, l'extension de la compétence du juge français en présence d'une infraction commise à l'étranger se justifie plus largement par la volonté de réprimer efficacement la criminalité internationale. L'existence d'infractions connexes ou indivisibles permet ainsi de retenir la compétence du juge pénal français.

Section 6. Les infractions connexes ou indivisibles et la compétence du juge pénal français

Ainsi que cela a été expliqué précédemment, en matière pénale, la compétence judiciaire et la compétence législative sont indissociables. Si, avant l'avènement du nouveau code pénal, les textes attribuaient généralement compétence aux tribunaux français et, plus exceptionnellement, aux lois françaises, il n'en va plus de même aujourd'hui. En effet, le code pénal aborde désormais la question en termes d'application de la loi. En revanche, la compétence du juge y est passée sous silence ; elle n'est traitée que dans le code de procédure pénale (articles 689 et suivants) et encore en partie seulement, dans la seule hypothèse où les infractions sont commises « hors du territoire de la République ». Dès lors, dans les développements qui suivent, il est logique que la question de la compétence du juge français soit traitée à travers celle de l'application de la loi française.

Il faut ici rappeler que c'est l'article 113-2 du code pénal qui pose le principe de la territorialité de la loi pénale : « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. »

Ainsi, si certaines infractions commises à l'étranger peuvent relever de la loi pénale française, notamment lorsque l'auteur (article 113-6 du code pénal) ou la victime (article 113-7 du même code) sont français, tel n'est pas le cas lorsqu'une infraction a été commise à l'étranger et que l'auteur comme la victime sont de nationalité étrangère.

Le second alinéa de l'article 113-2 du code pénal précise cependant que « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

Depuis longtemps, la chambre criminelle de la Cour de cassation interprète cette disposition comme permettant l'application de la loi pénale française à des infractions totalement commises à l'étranger, lorsqu'elles sont indivisibles de faits commis sur le territoire national.

Parmi de nombreux exemples, l'on peut citer l'assassinat en Chine d'une jeune fille, jugé indivisible de son enlèvement en Indochine, le second crime ayant « pour but de faire disparaître la preuve de la première infraction » (Crim., 5 août 1920, *Bull. crim.* 1920, n° 355), les recels commis au Royaume-Uni et une escroquerie commise en France, « dont ils ne sont qu'une résultante et dont il est impossible de les détacher » (Crim., 9 décembre 1933, *Bull. crim.* 1933, n° 237), des infractions commises à l'étranger, par un étranger, formant un tout indivisible avec des faits d'association de malfaiteurs commis en France (Crim., 23 avril 1981, pourvoi n° 79-90.346, *Bull. crim.* 1981, n° 116 ; Crim., 27 octobre 2004, pourvoi n° 04-85.187, *Bull. crim.* 2004, n° 263), le délit d'association de malfaiteurs commis à l'étranger, par un étranger, indivisiblement lié à des faits d'infractions à la législation sur les stupéfiants, notamment d'importation, commis en France (Crim., 11 juin 2008, pourvoi n° 07-83.024, *Bull. crim.* 2008, n° 147), ou encore le délit de fourniture frauduleuse habituelle de visas autorisant l'entrée et le séjour d'étrangers en France commis sur le territoire bulgare, indivisible des faits de recel de visa indûment obtenu et usage dudit visa, commis en France par une tierce personne (Crim., 15 mars 2006, pourvoi n° 05-83.556, *Bull. crim.* 2006, n° 78).

Dans une affaire récente, la chambre criminelle était invitée à s'interroger sur la possibilité d'étendre encore la compétence des juridictions françaises, en présence uniquement d'un lien de connexité. Cette question avait été fréquemment abordée par la doctrine commentant certains arrêts rendus par la chambre criminelle.

Dans des cas rares et pour la plupart anciens, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait en effet admis l'application de la loi française dans des hypothèses de simple connexité (Crim., 14 décembre 1865, *Bull. crim.* 1865, n° 225 ; Crim., 11 janvier 1866, *Bull. crim.* 1866, n° 12 ; Crim., 12 mars 1909, *Bull. crim.* 1909, n° 162). En outre, un arrêt plus récent pouvait être analysé en ce sens par une interprétation *a contrario* (Crim., 9 novembre 2004, pourvoi n° 04-81.742, *Bull. crim.* 2004, n° 274 : « la demanderesse ne saurait se faire un grief de ce que l'arrêt ait refusé sa compétence malgré la connexité existant entre l'extorsion commise en France et le recel dénoncé dès lors que, l'action publique s'étant trouvée éteinte du premier chef avant le dépôt de la plainte pour recel, la partie civile ne pouvait invoquer une quelconque prorogation de compétence »).

L'arrêt de la chambre criminelle du 31 mai 2016 (Crim., 31 mai 2016, pourvoi n° 15-85.920, *Bull. crim.* 2016, n° 165) clarifie les choses : seul un lien d'indivisibilité – et non un lien de connexité – peut justifier que la loi française s'applique à des faits commis à l'étranger lorsque l'auteur et la victime sont de nationalité étrangère.

De façon très nette, la Cour de cassation affirme ainsi qu'il convient de faire une distinction entre deux notions qu'elle semblait pourtant, dans certains arrêts, employer indifféremment (Crim., 29 novembre 1983, pourvoi n° 83-90.349, *Bull. crim.* 1983, n° 321 ; Crim., 9 septembre 2014, pourvoi n° 13-86.493).

Mais, dans ces précédents, l'effet attaché à ces termes n'était pas celui ici envisagé. Or la distinction n'a guère d'intérêt sur le plan interne : les effets de l'indivisibilité et de la connexité sont identiques, notamment en termes de prorogation de compétence

matérielle et territoriale ainsi que d'interruption de la prescription, la seule différence de régime résidant dans le caractère obligatoire ou facultatif de la jonction des poursuites en matière correctionnelle (article 382 du code de procédure pénale).

Lorsqu'il s'agit d'étendre la compétence des juridictions françaises à des faits commis en dehors du territoire national par un ressortissant étranger, la distinction prend toute son importance. L'article 113-2 du code pénal ne l'autorise que si les faits ne peuvent se concevoir et s'analyser les uns sans les autres, seule situation dans laquelle il est permis de déroger au principe de territorialité en appliquant la loi pénale française à des infractions commises sur le territoire d'un autre État, sans qu'il en résulte pour celui-ci une atteinte à sa souveraineté, d'où le recours à la notion d'indivisibilité, que la chambre criminelle s'est attachée à redéfinir.

En effet, l'article 382 du code de procédure pénale, qui étend la compétence du tribunal correctionnel aux délits et contraventions formant avec l'infraction poursuivie un « ensemble indivisible », ne définit pas cette notion. C'est la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a précisé qu'il y avait indivisibilité « lorsque les faits sont de nature à se succéder nécessairement » (Crim., 8 février 1895, *Bull. crim.* 1895, n° 54) ou encore « lorsque les faits [...] [ont été] commis dans un seul trait de temps et [sont] la suite nécessaire les uns des autres » (Crim., 15 novembre 1928, D. 1932, 1, p. 56) et, plus récemment, lorsque les actes « sont rattachés entre eux par un lien si intime que l'existence des uns ne peut se concevoir sans l'existence des autres » (Crim., 18 novembre 1964, pourvoi n° 64-91.184, *Bull. crim.* 1964, n° 305 ; Crim., 13 juin 1968, pourvoi n° 68-90.382, *Bull. crim.* 1968, n° 196, « Qu'en effet, seule la constatation par les juges de l'existence des faits rattachés entre eux par un lien tel que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres, et formant un tout indivisible, pouvait faire obstacle à des poursuites séparées » ; voir aussi Crim., 20 février 1980, pourvoi n° 79-90.347, *Bull. crim.* 1980, n° 068). Depuis ce dernier arrêt, la Cour de cassation se contentait de vérifier si de telles infractions formaient ou non entre elles un « lien indivisible » (Crim., 29 novembre 1983, pourvoi n° 83-90.349, *Bull. crim.* 1983, n° 321) ou un « tout indivisible » (Crim., 15 septembre 2015, pourvoi n° 14-83.740, *Bull. crim.* 2015, n° 199).

Par l'arrêt précité du 31 mai 2016 (pourvoi n° 15-85.920, précité), elle énonce de nouveau la définition donnée en dernier lieu en 1980 et dont il résulte que l'indivisibilité est un lien plus évident et plus étroit que celui de connexité. La chambre criminelle précise en outre que « le lien de connexité existant entre plusieurs infractions ne peut avoir pour effet de rendre la loi pénale française applicable à celles commises à l'étranger par une personne de nationalité étrangère sur une victime étrangère ».

La reconnaissance de la compétence du juge français en présence d'un litige mondialisé emporte certaines conséquences qui témoignent de la persistance des territoires.

Chapitre 2. Les conséquences attachées au maintien de la compétence du juge français

La désignation du juge français emporte certaines conséquences : d'une part, le français sera la langue officielle du procès (section 1), d'autre part, l'exécution des décisions sera marquée par le principe de territorialité (section 2).

Section 1. Le français, langue du procès

L'article 111 de l'ordonnance sur le fait de la justice prise par François I^{er} à Villers-Cotterêts le 25 août 1539 dispose :

« Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus *esdits arrests*, nous voulons d'oresnavant que tous, *arrests*, ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soient de registres, *enquestes*, contrats, commissions, sentences testaments, et autres quelconques, actes et *exploicts* de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel français et non autrement. »

La loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 complétant la Constitution du 4 octobre 1958 d'un titre intitulé : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne » a ajouté à l'article 2 de la Constitution un alinéa aux termes duquel « la langue de la République est le français ».

Le Conseil constitutionnel a interprété cette disposition comme imposant le français notamment aux usagers dans leurs relations avec les administrations et les services publics : « Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du premier alinéa de l'article 2 de la Constitution : “La langue de la République est le français” ; qu'en vertu de ces dispositions, l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ; que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage ; que l'article 2 de la Constitution n'interdit pas l'utilisation de traductions » (Cons. const., 6 décembre 2001, décision n° 2001-452 DC : Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, considérant 16) .

En application de ces textes, la langue du procès demeure le français tant à l'écrit (§ 1) qu'à l'oral (§ 2).

§ 1. L'écrit

La question de la langue concerne aussi bien les actes de procédure (A) que les écrits soumis au juge par les parties (B).

A. La langue des actes de procédure

Les actes intéressant les parties doivent-ils être traduits si l'une d'elles parle une langue étrangère ? La question soulève des difficultés différentes selon que l'on se situe en matière civile (1) ou en matière pénale (2).

1. En matière civile

Si la primauté et l'exclusivité de la langue française devant les juridictions nationales sont posées par la Cour de cassation en ce qui concerne les seuls actes de procédure (voir, par exemple, 2^e Civ., 23 juin 2016, pourvoi n° 15-12.410), cela ne signifie pas pour autant que des actes de procédure ne vont pas devoir être traduits dans une langue étrangère.

La question se pose ainsi de la traduction de ces actes (a), étant souligné que l'existence de sources de droit de niveaux différents, issues du droit interne, du droit conventionnel international et du droit communautaire est l'un des particularismes de la matière (b).

a. Sur une éventuelle obligation de recours à la traduction

La circulaire du ministère de la justice CIV/20/05 du 1^{er} février 2006 (NOR : JUS C0520961C) relative aux notifications internationales des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, dans sa partie consacrée au traitement des demandes de notifications internationales d'actes en France, précise, s'agissant des formalités préalables à la transmission de l'acte, que, « de façon générale, il y a lieu, dès lors qu'un acte est destiné à une personne qui ne comprend pas le français, de le faire traduire ainsi que les pièces essentielles qui y sont annexées. Une traduction n'est généralement pas directement imposée par les engagements internationaux, mais peut être nécessaire dans la mesure où le destinataire peut refuser l'acte lorsqu'il lui est notifié dans une langue qu'il ne comprend pas. Plus particulièrement, une exigence de traduction peut avoir été formalisée par l'État de destination de l'acte indépendamment des connaissances linguistiques du destinataire ».

Au regard de dispositions de procédure civile, aujourd'hui abrogées par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, qui a mis fin à la signification à parquet des actes devant être notifiés aux personnes se trouvant à l'étranger, il a été jugé dans un arrêt de 1990 « qu'hormis le cas où elle est prévue par une convention internationale, la nécessité d'assortir d'une traduction la signification à parquet prévue par l'article 684 du nouveau code de procédure civile ne résulte d'aucun texte » (2^e Civ., 14 novembre 1990, pourvoi n° 89-13.378, *Bull.* 1990, II, n° 236).

Le 29 mai 2000, l'Union européenne adoptait le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, qui établissait des règles de procédure facilitant la transmission des actes entre les États membres. Il a été abrogé par le règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Si le droit de l'Union européenne pose un cadre juridique autonome dans lequel prime l'information du destinataire de l'acte, l'objectif poursuivi étant d'accélérer la transmission des actes notamment judiciaires tout en renforçant la sécurité juridique, la traduction n'apparaît toutefois pas comme une obligation systématique. Néanmoins, le recours à celle-ci, outre le fait qu'il assure la connaissance pleine et éclairée du destinataire, peut éviter la mise en œuvre d'exceptions dilatoires et ainsi favoriser une issue procédurale plus rapide.

À cet égard, le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 précité pose un certain nombre de règles.

Il prévoit différents modes de transmission entre les ressortissants des États membres, notamment par l'intermédiaire d'entités d'origine et d'entités requises, par le courrier postal, par voie consulaire ou diplomatique, mais aussi directement.

Le règlement prévoit, en son article 8, des règles communes à tous les modes de transmission ou de notification et de signification des actes qui tendent à éviter que ne soient exposés inutilement des frais de traduction, tout en garantissant le droit du destinataire à refuser dans certains cas la réception de l'acte et à obtenir une traduction.

Selon l'article 8, § 1, du règlement, l'entité requise informe le destinataire de son droit de refuser de recevoir l'acte à signifier ou à notifier si celui-ci n'est pas rédigé ou accompagné d'une traduction dans une langue comprise par lui ou dans la langue officielle de l'État membre requis ou, si celui-ci compte plusieurs langues officielles, dans l'une des langues du lieu où l'acte doit être signifié ou notifié. Ce refus doit être manifesté au moment de la signification ou de la notification ou en retournant l'acte à l'entité requise dans un délai d'une semaine. À cette fin, l'adresse de l'entité requise doit être indiquée dans le formulaire précité. Selon son article 8, § 3, lorsque le destinataire a valablement refusé l'acte, le requérant peut y remédier, en le faisant de nouveau notifier, accompagné d'une traduction, l'acte de transmission initial demeurant toujours valable à l'égard du requérant.

En procédure civile interne, dans le cas où le greffe qui a diligencé une notification a été avisé du refus ou s'est vu retourner l'acte refusé par le destinataire en application de l'article 8 du règlement, il revient au greffier en chef ou au responsable du secrétariat de la juridiction de faire procéder à une traduction, conformément à l'article 670-3 du code de procédure civile, sauf s'il existe des éléments incontestables de nature à établir que le destinataire était à même d'en comprendre effectivement la teneur. Le cas échéant, le greffe réitère la notification de l'acte, accompagné de la traduction. Ces frais de traduction et de notification d'un acte à l'étranger sont intégrés dans les dépens, conformément aux 2° et 8° de l'article 695 du code de procédure civile.

En cas de refus de l'acte non traduit par le destinataire, la date de notification à prendre en considération est, à l'égard du requérant, la date de la première demande de notification de l'acte lorsqu'il doit être notifié dans un délai déterminé selon les règles de l'État d'origine, à l'égard du destinataire, la date à laquelle l'acte accompagné de la traduction a été délivré conformément à la législation de l'État requis. On voit là toute l'importance que revêt la question de la traduction de l'acte quant aux effets juridiques qu'elle induit, l'impact éventuel sur la durée des procédures apparaissant en outre ici.

Sur le champ d'application de l'obligation de traduction, on citera l'arrêt de la CJCE du 8 mai 2008 (CJCE, arrêt du 8 mai 2008, Weissund Partner, C-14/07) par lequel la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'un destinataire n'a pas le droit de refuser la signification ou la notification d'un acte lorsque seules ses annexes ne sont pas traduites dans la langue officielle de l'État membre où a lieu cette signification ou notification, et que ces annexes sont constituées de pièces justificatives qui ont uniquement une fonction de preuve et ne sont pas indispensables pour comprendre l'objet et la cause de la demande. En outre, dans ce même arrêt, la CJCE indique que l'argument consistant à faire valoir que le destinataire connaît et est capable de comprendre

la langue des actes qui doivent lui être signifiés ou notifiés peut être confirmé par l'indice qu'il est contractuellement tenu de rédiger toute correspondance relative au contrat litigieux dans la langue de l'État membre d'origine, et que les actes en question concernent cette correspondance et sont rédigés dans la langue ainsi convenue.

La Cour de cassation (2^e Civ., 18 octobre 2012, pourvoi n° 11-22.673, *Bull.* 2012, II, n° 179) s'est directement prononcée sur le respect des exigences du règlement précité en statuant sur un pourvoi formé dans les circonstances suivantes : par jugement rendu par défaut le 2 avril 2009, un tribunal régional allemand avait condamné une société de droit français à payer des dommages-intérêts à une autre société pour fourniture de marchandises défectueuses. La contestation de ce jugement par la société française avait été rejetée comme tardive par la juridiction allemande et le recours en cassation formé par la même société avait également été rejeté. Sur la requête présentée par la société allemande, le greffier en chef d'un tribunal de grande instance avait déclaré exécutoire en France le jugement du 2 avril 2009, en application des dispositions de l'article 509-2 du code de procédure civile dans sa version applicable à l'espèce. L'arrêt attaqué avait rejeté la demande de révocation de cette décision présentée par la société française qui soutenait que l'acte introductif d'instance ne lui avait pas été régulièrement notifié et que les modalités de signification du jugement ne lui avaient pas permis de faire opposition en temps utile. La Cour de cassation a jugé que méconnaît les dispositions de l'article 8, § 1, du règlement n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 précité, la cour d'appel qui dit régulière la notification à une société française d'un jugement rendu par une juridiction allemande en retenant que la notification émanait du tribunal lui-même dont le jugement joint mentionnait l'adresse dans son en-tête de sorte que la société, en ne réclamant pas une traduction et en laissant s'écouler le délai d'opposition sans accomplir aucune diligence, s'était exposée par sa propre négligence à la décision d'irrecevabilité qui a sanctionné la tardiveté de son opposition, alors que le formulaire destiné à informer la société de la possibilité de refuser l'acte en le retournant à l'entité requise n'avait pas été rempli et ne comportait pas l'indication de l'adresse à laquelle l'acte devait être renvoyé. Elle a ainsi tiré les conséquences du non-respect des prescriptions de l'article 8, § 1, précité.

On citera un autre arrêt de la Cour de cassation (2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-12.134) qui fait apparaître l'importance de la traduction au regard des droits du destinataire de l'acte, en particulier au regard du droit au recours, et qui porte sur la mise en œuvre du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement « Bruxelles I », aujourd'hui refondu.

En application de l'article 34, 2), du règlement « Bruxelles I », une décision n'est pas reconnue si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire.

Au cas d'espèce, les documents reçus par lettre recommandée avec demande d'avis de réception comportaient une erreur de traduction, dans la mesure où il était fait sommation de payer à la société débitrice, alors que le document avertissait la société créancière uniquement qu'elle pouvait faire opposition dans un délai de quarante jours courant depuis la date de la notification.

La Cour de cassation a relevé que l'arrêt de la cour d'appel énonçait qu'il ressort clairement de la traduction de l'acte de signification que le recours ne pouvait être exercé que par le débiteur, alors que l'acte de signification indiquait que «le tribunal [...] avertit la société créancière qu'elle peut proposer une opposition envers le présent décret dans un délai de 40 jours de la notification»; elle en a déduit une violation de la loi : la Cour de cassation, pour casser l'arrêt frappé de pourvoi, a rapporté l'application de la règle posée par l'article 34, 2), du règlement à sa jurisprudence constante selon laquelle l'absence de mention ou la mention erronée dans l'acte de signification de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités, a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours.

b. La mise en œuvre des règles supranationales et l'application des règles de procédure civile internes de droit commun

Le rôle du juge national est ainsi défini par la Cour de justice des Communautés européennes dans le célèbre et fondateur arrêt *Simmmenthal* précité (CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello stato/Simmmenthal*, affaire 1/06/77) : «Tout juge saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire» (§ 16). Dans la matière qui nous occupe, ce juge ne fait toutefois pas abstraction des principes qui régissent les actes de procédure dans la réglementation nationale et que la Cour de cassation a précisés par sa jurisprudence, dans une matière où, au demeurant, le degré d'intégration n'est pas aussi poussé que dans d'autres domaines.

Cette application des règles nationales résulte par exemple du règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, lui-même dans la mesure où il prévoit que la signification ou la notification est effectuée conformément à la législation de l'État membre requis ou selon un mode particulier si l'entité d'origine en fait la demande et s'il est conforme à la législation nationale.

Dans un pourvoi ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation (2^e Civ., 31 janvier 2013, pourvoi n° 11-160.25), l'un des moyens soulevés posait la question de la nécessité de la traduction en langue allemande d'un prérapport d'un expert au regard des dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 16 du code de procédure civile. Pour répondre au moyen qui invoquait les prétendues irrégularités qui auraient affecté l'expertise, la Cour de cassation a retenu l'inopérance de ce dernier, les irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise étant sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoie aux règles régissant les nullités des actes de procédure, alors que la société demanderesse au pourvoi n'avait pas sollicité la nullité de l'expertise, ce, donc, sans faire référence aux normes supérieures.

Un autre arrêt (2^e Civ., 25 septembre 2014, pourvoi n° 13-20.994) peut être mentionné dans la mesure où la question de la traduction d'un acte de procédure était au cœur du débat, à savoir celle de l'acte de notification d'une ordonnance rendue par un juge des référés. Il était soutenu en particulier, dans l'un des moyens du pourvoi, que les règlements communautaires ayant une autorité supérieure à celle des lois internes,

la cour d'appel aurait violé le principe de primauté du droit communautaire, ensemble l'article 55 de la Constitution, en considérant que les dispositions du règlement européen n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 précité ne primaient pas celles des articles 683 et suivants du code de procédure civile. L'une des branches de ce même moyen faisait valoir que la cour d'appel avait violé l'article 4 du code de procédure civile.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt frappé de pourvoi au regard de l'obligation qui pèse sur le juge de ne pas dénaturer les éléments de la cause, sans référence aux règles spécifiques du droit de l'Union.

Une autre décision (2^e Civ., 19 mars 2015, pourvoi n° 14-11.792) établit clairement cette application combinée des règles internes et des règles posées par le droit de l'Union, dans une matière particulièrement sensible, celle des saisies immobilières. Agissant en vertu d'un acte notarié contenant une vente et un prêt, une banque avait fait délivrer à un débiteur un commandement valant saisie immobilière portant sur une résidence secondaire située en France, l'intéressé étant domicilié en Irlande. L'acte avait fait l'objet d'un procès-verbal de remise à l'étude de l'huissier de justice instrumentaire; puis une assignation à comparaître à l'audience d'orientation devant le juge de l'exécution avait été adressée, sans traduction, aux autorités irlandaises, qui ne l'avait pas transmise.

Le débiteur soutenait que tant le commandement que l'assignation étaient irréguliers au regard du règlement CE n° 1393/2007 précité, des articles 114 et 693 du code de procédure civile, et que c'était à tort que la cour d'appel avait considéré qu'il ne prouvait pas l'existence d'un grief résultant des irrégularités de forme alléguées, alors par ailleurs que celles-ci l'avaient privé de son droit à un procès équitable. Selon lui, les irrégularités résultant de la non-mise en œuvre des dispositions du règlement lui avaient nécessairement causé grief, dès lors qu'il avait été privé du droit de recevoir un acte traduit, le commandement, dont, partant, il n'avait pu comprendre la portée, et de celui de refuser de recevoir une assignation non traduite. Le grief de la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tenant à la privation du droit à un procès équitable était tiré de ce que, d'une part, le commandement lui avait été délivré à une résidence secondaire où la banque savait qu'il ne serait pas en mesure de le recevoir et de ce que, d'autre part, l'assignation n'était pas accompagnée d'une traduction et ne lui avait pas été transmise par les autorités irlandaises.

Conformément à l'article 114 du code de procédure civile, la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public, l'appréciation de l'existence d'un grief relevant du pouvoir souverain des juges du fond selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui exige par ailleurs la preuve concrète d'un grief et ne permet pas de se borner à un raisonnement abstrait sur les conséquences de l'irrégularité.

Dans son arrêt, la Cour de cassation a considéré que le moyen n'était pas fondé et que c'était dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et sans porter atteinte au droit du débiteur à un procès équitable que la cour d'appel avait rejeté les exceptions de nullité. On notera que le débiteur avait comparu devant le juge de l'exécution.

On relèvera que la Commission européenne, dans un rapport à la Commission, au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen du 4 décembre 2013 sur l'application du règlement (CE) n° 1393/2007, a manifesté le souhait d'une « intégration plus poussée au sein de l'Union, par exemple au moyen de normes minimales pour la signification et la notification », cela même si le règlement « a été appliqué de façon satisfaisante par les autorités des États membres » (§ 5).

Enfin, dans un registre qui reste celui du droit de l'Union, la question de la langue utilisée est présente dans d'autres textes ; il en est ainsi notamment du règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer puisque le requérant, pour obtenir la délivrance de ladite injonction, doit s'adresser à la juridiction dans une langue acceptée par elle ; pour la France, les formulaires devront être remplis en langue française mais les juridictions peuvent admettre un formulaire standard rédigé dans une langue étrangère, à condition qu'il soit complété en français. De la même façon, le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges exige que les prétentions des parties soient formulées dans une langue également acceptée par la juridiction, les pièces pouvant être produites en langue étrangère, sauf si la juridiction en estime nécessaire la traduction ou si une partie en formule la demande.

2. En matière pénale

Seuls sont recevables les actes de procédure rédigés en langue française en application de l'ordonnance de Villers-Cotterêts. Ainsi, pour déclarer un demandeur déchu de son pourvoi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé, au visa de ladite ordonnance, qu'un « document signé par le demandeur qui [n'est] pas rédigé en langue française [...] ne saurait [...] être considéré comme un mémoire au sens de l'article 584 du code de procédure pénale » (Crim., 27 octobre 1987, pourvoi n° 87-84.647, *Bull. crim.* 1987, n° 371 ; voir aussi Crim., 4 mars 1986, pourvoi n° 85-96.523, *Bull. crim.* 1986, n° 85).

L'usage de la seule langue française dans le procès pénal en application de l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, de l'article 1^{er} de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française et, de façon plus ancienne, de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, a cette conséquence que « la présence d'un justiciable s'exprimant dans une langue étrangère paralyse l'exercice de la contradiction » et constitue plus fondamentalement encore « une barrière à l'accès à la justice », en sorte que « le respect du contradictoire, l'information réciproque des acteurs impose la prise en compte de la langue étrangère » (C. Robin, *La Langue du procès*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2000, p. 233).

Cette préoccupation explique que l'article 6, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que « tout accusé a droit notamment à [...] être informé dans une langue qu'il comprend [...] de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui » et de « se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ». La Cour européenne des droits de l'homme a interprété ce droit comme ne valant pas pour les seules déclarations orales à l'audience, mais aussi pour les pièces écrites, le § 3 de l'article 6 signifiant « que l'accusé ne comprenant ou ne parlant pas la langue employée dans le prétoire a droit aux services gratuits d'un interprète afin que lui soit

traduit ou interprété tout acte de la procédure engagée contre lui dont il lui faut, pour bénéficier d'un procès équitable, saisir le sens ou le faire rendre dans la langue du tribunal» (CEDH, arrêt du 19 décembre 1989, *Kamasinsky c. Autriche*, n° 9783/82, § 74).

Plus récemment, l'article 3 de la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales a énoncé que «les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies qui ne comprennent pas la langue de la procédure pénale concernée bénéficient, dans un délai raisonnable, de la traduction écrite de tous les documents essentiels pour leur permettre d'exercer leurs droits de défense et pour garantir le caractère équitable de la procédure». Le texte distingue ainsi entre la traduction impérative des documents essentiels que constituent les décisions privatives de liberté, les charges ou actes d'accusation et les jugements, tandis que, pour le surplus, il revient aux autorités compétentes la charge de décider au cas par cas si tout autre document est essentiel, les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur conseil juridique, pouvant présenter une demande motivée à cet effet. Sur la forme, si, en principe, la traduction de ces pièces est écrite, une traduction orale ou un résumé oral de ces documents peut être fourni à la place d'une traduction écrite, à condition que cette traduction ne porte pas atteinte au caractère équitable de la procédure.

Cette directive a été transposée en droit interne par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, complétée par le décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction, qui a modifié l'article préliminaire du code de procédure pénale, disposant dorénavant que, si la personne suspectée ou poursuivie «ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, [...] sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code», et a ajouté dans le code de procédure pénale un nouvel article 803-5. Ce dernier texte impose à l'autorité qui procède à l'audition de la personne suspectée ou poursuivie, ou devant laquelle cette personne comparait, s'il existe un doute sur sa capacité à comprendre la langue française, de vérifier qu'elle comprend cette langue. Il dispose ensuite qu'il peut à titre exceptionnel être effectué une traduction orale ou un résumé oral des pièces essentielles qui doivent être remises ou notifiées en application du code de procédure pénale et, enfin, il renvoie à l'autorité réglementaire la charge notamment de définir les pièces essentielles devant faire l'objet d'une traduction. Les modalités d'application des dispositions concernant la traduction des pièces essentielles à l'exercice de la défense sont ainsi prévues par les articles D. 594-6 à D. 594-10 du code de procédure pénale, issus du décret du 25 octobre 2013 précité. L'article D. 594-6 distingue entre les documents essentiels par nature et devant comme tels être obligatoirement traduits (décisions relatives à la détention provisoire et ordres d'incarcération prononcés dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, décisions de saisine de la juridiction de jugement, décisions statuant sur l'action publique et portant condamnation, prononcées ou homologuées par une juridiction, procès-verbal de première comparution ou de mise en examen supplétive lorsque la copie en a été demandée en application de l'article 114 du code de procédure pénale)

et ceux dont la traduction sera ordonnée par le procureur de la République ou la juridiction d'instruction ou de jugement, d'office ou à la demande de la personne, seulement lorsque le document sera considéré comme essentiel à l'exercice des droits de la défense et à la garantie du caractère équitable du procès. La traduction peut porter sur les seuls passages pertinents pour permettre à la personne d'avoir connaissance des faits qui lui sont reprochés (article D. 594-7 du code de procédure pénale) ou encore, à titre d'exception, être orale ou résumée (article D. 594-9 du même code), mais elle doit en tout état de cause intervenir dans un délai raisonnable permettant l'exercice des droits de la défense en tenant compte du nombre et de la complexité des documents à traduire et de la langue dans laquelle ils doivent être traduits (article D. 594-8 du code de procédure pénale).

D'une part, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée sur le régime de la demande de traduction des pièces essentielles à l'exercice des droits de la défense. Ainsi, le principe a été posé que «le juge d'instruction qui, n'en n'ayant pas pris l'initiative, n'entend pas faire droit à une demande de traduction de pièces de la procédure doit, conformément à l'article 82-1 du code susvisé, rendre une ordonnance motivée au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande» et «que cette décision est susceptible d'appel» (Crim., 4 novembre 2015, pourvoi n° 15-84.012, *Bull. crim.* 2015, n° 242). La demande de traduction constitue donc une demande d'acte au sens de l'article 82-1 du code de procédure pénale, ce dont il résulte que le juge d'instruction qui est saisi de celle-ci doit, s'il n'entend pas y faire droit, rendre une ordonnance motivée au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, et que, faute pour le juge d'instruction d'avoir statué dans ce délai, la partie peut saisir directement le président de la chambre de l'instruction en application du dernier alinéa de l'article 81 du code de procédure pénale. Conformément au droit commun, l'ordonnance du juge d'instruction refusant la traduction d'une pièce jugée essentielle est susceptible de faire l'objet d'un appel devant la chambre de l'instruction mais, en application de l'article 186-1 du code de procédure pénale, le président de la chambre peut exercer son pouvoir de filtrage, sauf excès de pouvoir (Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-85.839; Crim., 16 décembre 2014, pourvoi n° 14-85.838).

D'autre part, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fixé le régime de la sanction du défaut de traduction de pièces essentielles pour permettre l'exercice des droits de la défense et garantir le caractère équitable de la procédure. Elle a ainsi affirmé que «l'omission par le juge d'instruction de faire procéder, de sa propre initiative, à la traduction écrite d'une pièce essentielle du dossier, au sens de [l'article D. 594-6 du code de procédure pénale], qui est une formalité non prévue à peine de nullité, ne saurait avoir d'incidence sur la validité d'un acte régulièrement accompli, dès lors que n'ont pas été compromis les droits de la défense et la faculté d'exercer une voie de recours de la personne mise en examen, qui conserve, tout au long de la procédure suivie contre elle, le droit d'en demander la traduction écrite dans les conditions et formes prévues par la loi» (Crim., 7 janvier 2015, pourvoi n° 14-86.226, *Bull. crim.* 2015, n° 12; voir aussi Crim., 26 janvier 2016, pourvoi n° 15-80.299, *Bull. crim.* 2016, n° 16). Il résulte de ce principe qu'il appartient aux juridictions saisies de la demande d'annulation d'un acte de procédure fondée sur le défaut de traduction d'un document essentiel de vérifier si cette absence de traduction n'a pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense de l'intéressé à l'occasion de l'acte en cause (Crim., 4 novembre 2015,

pourvoi n° 15-83.696). Au contraire, aucune nullité n'est encourue lorsque l'intéressé s'est abstenu de demander la traduction des pièces de la procédure, au besoin en sollicitant le renvoi de l'affaire (Crim., 26 janvier 2016, précité).

Depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts, la langue de la procédure est le français et les actes de procédure sont rédigés dans cette langue (voir *supra*). Qu'en est-il des pièces de procédure autrement dit des écrits soumis au juge ?

B. La langue des écrits soumis au juge

Sur ce point, la matière civile et la matière pénale convergent. Le principe de liberté d'appréciation des preuves reconnu au juge (1) lui permet de refuser ou d'admettre une pièce qui ne serait pas traduite en français. Cette liberté d'appréciation ne heurte pas les principes directeurs du procès (2).

1. La liberté d'appréciation des preuves reconnue au juge

Cette liberté se retrouve tant en matière civile (a) qu'en matière pénale (b).

a. En matière civile

En matière civile, le juge dispose d'une liberté d'appréciation des preuves qui lui sont soumises.

La Cour de cassation distingue clairement les actes de procédure, nécessairement en langue française en application de l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 précitée, des documents produits devant le juge du fond, qui apprécie souverainement leur force probante (Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.696 ; 2^e Civ., 23 juin 2016, pourvoi n° 15-12.410). Elle en déduit que le juge est fondé tant à écarter qu'à retenir un document écrit en langue étrangère.

Il peut ainsi écarter un document en langue étrangère, faute d'une traduction en langue française (1^{re} Civ., 12 juillet 2001, pourvoi n° 99-15.285 ; Soc., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 06-46.027 ; Soc., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-40.961 ; Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.690) et il ne lui appartient pas de solliciter la traduction du document rédigé en langue étrangère (Com., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.389).

Mais le juge peut aussi le retenir, c'est le cas notamment de l'autorisation donnée à des agents de l'administration des impôts de procéder, en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, à des opérations de visite et de saisie dans des locaux commerciaux, même en l'absence de traduction des documents fiscaux et comptables rédigés en langue étrangère et produits à l'appui de la demande d'autorisation par l'administration (Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.696 précité ; Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-18.608 ; Com., 14 juin 2000, pourvoi n° 98-30.206).

S'il retient un document en langue étrangère, le juge est tenu d'en préciser la signification en français. Il ne saurait reproduire, dans sa motivation, un texte en langue étrangère. Il lui appartient, dans des motifs en langue française, d'énoncer la signification matérielle et intellectuelle qu'il entend donner au document (2^e Civ., 11 janvier 1989, pourvoi n° 87-13.860, *Bull.* 1989, II, n° 11).

S'il procède de la sorte, sa décision n'encourt pas la censure (1^{re} Civ., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-21.011). En revanche, s'il reproduit, dans sa motivation, le texte en langue étrangère sans en indiquer la signification en français, sa décision méconnaît les exigences de l'ordonnance de Villers-Cotterêts (1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-11.226).

Le juge étant souverain dans l'appréciation du document produit en langue étrangère, la doctrine a dénoncé l'incertitude, voire l'imprévisibilité, de sa décision. Il convient à ce titre de souligner que cette liberté du juge conduit les juridictions du fond à adopter des pratiques diverses au regard de la même catégorie de documents. Certaines juridictions, en matière familiale notamment, en raison du coût des traductions certifiées (Luc Briand, « Faut-il traduire toutes les pièces justificatives en matière familiale ? », *AJ Famille*, 2012, p. 275), peuvent ainsi accepter la production de bulletins de salaire, d'avis d'imposition ou de pièces bancaires non traduites.

b. En matière pénale

En matière pénale, le principe de la liberté de la preuve est affirmé notamment par l'article 427 du code de procédure pénale qui dispose que, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve », sauf à ce que le juge répressif ne puisse fonder sa décision « que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

Ce principe devrait avoir pour conséquence que soit reconnu aux parties le droit de produire toute pièce utile à l'exercice des droits de la défense, quand bien même cette pièce serait rédigée en langue étrangère, en imposant le cas échéant à la juridiction de la faire traduire pour la soumettre au débat contradictoire.

Mais le principe de la liberté de la preuve ne s'oppose-t-il pas, alors, au principe de l'emploi de la langue française dans les services publics tel qu'il est affirmé par l'article 1^{er} de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ?

Appliquant concurremment ces deux principes, la chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré une distinction entre le régime juridique applicable aux pièces produites par les parties et celui dont relèvent les actes de procédure, évoqués en *A supra*.

Ainsi, la chambre criminelle a reconnu au juge répressif la liberté souveraine d'accepter, d'examiner, ou bien au contraire d'écarter des débats, les pièces en langue étrangère produites. En effet, la chambre criminelle a fait prévaloir le principe de l'emploi de la langue française sur celui de la liberté de la preuve en approuvant une cour d'appel d'avoir écarté des débats des pièces en langue étrangère produites par le prévenu au motif que ces pièces n'étaient pas rédigées en français, dès lors « qu'en application de la loi du 4 août 1994 sur l'emploi de la langue française, celle-ci est la langue des services publics » (Crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-88.013, *Bull. crim.* 2009, n° 113 ; Crim., 2 décembre 2008, pourvoi n° 08-82.827). Mais la chambre criminelle a aussi affirmé que rien n'interdit au contraire au juge pénal, qui apprécie souverainement la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis, de se fonder, pour accomplir son office, sur des pièces rédigées en langue étrangère, sans les traduire. Ainsi a été rejeté le pourvoi interjeté à l'encontre de l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris qui avait autorisé les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers (AMF) à effectuer la visite de locaux professionnels en se fondant notamment sur des documents établis en langue étrangère et non préalablement traduits produits par

l'AMF, dès lors qu'il appartient « au président du tribunal, dans l'exercice de son pouvoir souverain, d'apprécier la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis » (Crim., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-88.978). De même, alors qu'il était reproché à des juges des libertés et de la détention ayant autorisé l'administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (Crim., 11 janvier 2006, pourvoi n° 04-85.230 et Crim., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-87.350) ou bien l'administration des impôts (Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-84.034) à effectuer des opérations de visite et de saisies de documents en se fondant sur des documents en langue étrangère ou bien traduits par l'administration elle-même, il a à nouveau été rappelé « qu'il appartient au juge, dans l'exercice de son pouvoir souverain, d'apprécier la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis » (voir aussi Crim., 5 novembre 2003, pourvoi n° 02-86.060 ; Crim., 5 novembre 2003, pourvoi n° 02-86.061 ; Crim., 14 juin 2001, pourvoi n° 99-30.207), l'ordonnance de Villers-Cotterêts, qui était invoquée par l'un des pourvois, ne concernant que les actes de procédure (Crim., 11 janvier 2006, pourvoi n° 04-85.230 ; Crim., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-87.350, précité).

2. La liberté d'appréciation des preuves et les principes directeurs du procès

La liberté d'appréciation des preuves a été confrontée tant aux règles de procédure nationales (a) qu'aux règles issues de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (b).

a. La liberté d'appréciation des preuves et les règles de procédure nationales

La valeur probante du document en langue étrangère relevant de l'appréciation souveraine du juge du fond, la question s'est posée de savoir si, avant de retenir ou d'écarter un document en langue étrangère, le juge était tenu, en application de l'article 16 du code de procédure civile et du principe de la contradiction, de rouvrir les débats.

La Cour a considéré qu'il ne revient pas au juge de prendre l'initiative d'ouvrir à nouveau les débats afin d'inviter les parties, qui ne peuvent ignorer qu'elles doivent s'exprimer dans la langue du procès, à s'expliquer sur les pièces non traduites (Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.690, précité ; Com., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.389). Le juge peut, en revanche, relever d'office l'irrecevabilité de pièces rédigées en langue étrangère sans inviter les parties à produire une traduction (Soc., 29 novembre 2006, pourvoi n° 05-42.021 ; Soc., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 06-46.027). Quand bien même la pièce rédigée en langue étrangère a fait l'objet d'une communication régulière, en temps utile et n'a suscité aucun incident, le juge « est fondé à écarter comme élément de preuve un document écrit en langue étrangère, faute de production d'une traduction en langue française » (Com., 18 mai 2005, pourvoi n° 03-13.769), sans avoir à ordonner une mesure d'instruction ou à inviter la partie à présenter une traduction.

La Cour de cassation ayant répondu au regard des règles de procédure nationales, la question lui a été posée de savoir si le fait d'écarter des débats le document écrit en langue étrangère n'était pas contraire aux articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

b. La liberté d'appréciation des preuves et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales elle-même ne fournit aucune précision sur la langue du procès civil. Dans un arrêt publié, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a retenu que le juge pouvait, dans l'exercice de son pouvoir souverain et sans violer l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, écarter un document en langue étrangère non traduit (Com., 27 novembre 2012, pourvoi n° 11-17.185, *Bull.* 2012, IV, n° 213). Dans un arrêt du 2 juillet 2013, elle a confirmé cette position (Com., 2 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.501).

Pour conclure, il convient de relever que le juge administratif, s'agissant des pièces produites en langue étrangère, adopte la même position que le juge judiciaire et retient qu'« aucun texte ni aucune règle générale de procédure n'interdit au juge de tenir compte, alors même qu'il est rédigé en langue anglaise », d'un contrat de travail produit au cours de l'instruction (CE, 17 décembre 2010, n° 306174, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*). Le Conseil d'État avait déjà affirmé que la production d'un contrat rédigé en anglais ne constituait pas un obstacle à son examen, dès lors que les parties s'accordaient sur le sens à donner aux principales clauses et que le juge n'éprouvait pas le besoin de le faire traduire (CE, 15 décembre 2000, n° 194696, publié au *Recueil Lebon*, et les conclusions de M. Goulard).

En définitive, le juge judiciaire dispose d'une totale liberté d'appréciation du document en langue étrangère qui lui est soumis, sa seule contrainte étant de n'user, dans sa décision, que de la langue française.

Si le français demeure la langue du procès à l'écrit, il le reste également à l'oral.

§ 2. L'oral

Si le français est, depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts déjà citée, la langue officielle du procès, les langues étrangères ne sont pas absentes de nos prétoires. C'est le cas devant le juge civil qui peut entendre les parties en langue étrangère et s'exprimer lui-même dans une telle langue, l'article 23 du code de procédure civile le dispensant de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties.

Toutefois, l'internationalisation des litiges a conduit le législateur à garantir, en particulier lorsque des droits fondamentaux sont en jeu, le droit à un interprète afin qu'aucun justiciable ne reste dans l'ignorance de ses droits. La préoccupation de clarté du langage reste, en effet, plus que jamais d'actualité face à la circulation des personnes et à la complexité grandissante du droit.

Bien que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne contienne pas de précision relative à la langue utilisée dans le procès civil, à la différence du procès pénal (articles 5, § 2, et 6, § 3, a et e), la capacité, pour les personnes ne maîtrisant pas le français, de s'exprimer et de comprendre le déroulement de l'audience ainsi que ses enjeux apparaît, en particulier dans les procédures orales, comme une garantie essentielle du procès équitable : l'égalité des armes entre les parties mais aussi, spécialement en matière pénale, les droits de la défense, impliquent donc naturellement le droit pour l'intéressé d'être assisté gratuitement par un interprète.

Ce droit est ainsi consacré par la loi à tous les stades de la procédure pénale, notamment au cours d'une audition libre (article 61-1 du code de procédure pénale), d'une garde à vue (article 63-1 du même code), des interrogatoires par le juge d'instruction (articles 116 et 121 du même code), du défèrement devant le procureur de la République (article 393 du même code), des débats devant les juridictions répressives (articles 272, 344, 406, 407, 695-19, 695-30) ou encore, au stade de l'exécution des peines (article D. 49-17 du code de procédure pénale devant le juge de l'application des peines; article R. 57-7-25 devant la commission de discipline).

Dans le cadre de cette étude, l'on se bornera à examiner la manière dont la Cour de cassation veille à son respect avant l'audience (A) comme lors du déroulement de cette dernière (B).

A. Avant l'audience

Si, dès les débuts de l'enquête (policière ou administrative) ou encore lors de l'instruction préparatoire, la personne mise en cause doit comprendre clairement les griefs formulés à son encontre, au besoin avec le concours d'un interprète (2), ce concours s'impose avec une acuité particulière lorsque la personne concernée se voit privée de liberté (1).

1. En cas de privation de liberté avant jugement (garde à vue et rétention)

Expressément prévu par les textes en matière de garde à vue (article 63-1 du code de procédure pénale), de retenue (article L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) ou de rétention des étrangers (article L. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), le droit à un interprète est mis en œuvre avec vigilance tant par la première chambre civile de la Cour de cassation que, dans son champ de compétence, par la chambre criminelle.

a. Lors du placement en garde à vue

Cette mesure de contrainte visant « une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement » (article 62-2, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale), il est évidemment essentiel que cette personne puisse discerner le sens des droits qui lui sont notifiés, étant rappelé que tout retard dans la mise en œuvre de l'obligation de notification immédiate, non justifié par une circonstance insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée (Crim., 30 avril 1996, pourvoi n° 95-82.217, *Bull. crim.* 1996, n° 182; Crim., 18 juin 1998, pourvoi n° 98-81.369, *Bull. crim.* 1998, n° 200).

La nécessité d'avoir recours à un interprète ne saurait dès lors constituer une telle circonstance, et ce même si le placement en garde à vue a lieu à une heure tardive (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-50.057, *Bull.* 2005, I, n° 215). En effet, seules des difficultés particulières rencontrées par les enquêteurs dans la recherche d'un interprète ont pu être admises pour justifier un retard dans la notification des droits (2^e Civ., 4 juillet 2002, pourvoi n° 01-50.005, *Bull.* 2002, II, n° 154; 2^e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-50.042, *Bull.* 2004, II, n° 443; 1^{re} Civ., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-19.153).

La jurisprudence des chambres civiles rejoint celle de la chambre criminelle en exigeant à son tour que, dans l'hypothèse d'une connaissance insuffisante de la langue française, seules des « circonstances insurmontables » puissent justifier qu'il ne soit pas fait appel immédiatement à un interprète (2^e Civ., 24 février 2000, pourvoi n° 98-50.044, *Bull.* 2000, II, n° 34; 2^e Civ., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-50.087, *Bull.* 2002, II, n° 75; 1^{re} Civ., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-19.153).

Les juges du fond doivent donc caractériser ces circonstances insurmontables, qui doivent être constatées par procès-verbal. À défaut, tout retard dans la mise en œuvre de l'obligation de recourir à un interprète porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée (2^e Civ., 24 février 2000, précité; 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-50.057, *Bull.* 2005, I, n° 215).

Ont pu être admises, au titre des circonstances insurmontables, des difficultés liées à la détermination de la langue effectivement parlée par l'intéressé, en présence d'une fausse identité, ou l'impossibilité pour tous les interprètes sollicités de se déplacer immédiatement au service, alors que les policiers avaient mis en œuvre « tous les moyens pour y parvenir » (2^e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-50.042, *Bull.* 2004, II, n° 443; 2^e Civ., 4 juillet 2002, pourvoi n° 01-50.005, *Bull.* 2002, II, n° 154).

En revanche, ne constituent pas des circonstances insurmontables l'interpellation de l'intéressé au milieu de la nuit, la nécessité de le transporter à l'hôpital et les difficultés de joindre un interprète à cinq heures du matin (1^{re} Civ., 11 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.013).

Toutefois, faisant preuve de pragmatisme, la Cour de cassation admet, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 706-71 du code de procédure pénale, qu'en cas de « nécessité, résultant de l'impossibilité pour un interprète de se déplacer » – qui doit être constatée par procès-verbal –, l'assistance de l'interprète pour la notification des droits du gardé à vue peut se faire par des moyens de télécommunications, et plus spécialement par téléphone (2^e Civ., 8 juillet 2004, n° 02-50.070, *Bull.* 2004, II, n° 364; 1^{re} Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-12.923, *Bull.* 2010, I, n° 114; 1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 12-12.132; 1^{re} Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-29.399).

Dans un arrêt du 14 octobre 2014 (CEDH, arrêt du 14 octobre 2014, *Baytar c. Turquie*, n° 45440/04), la Cour de Strasbourg rappelle que « la personne gardée à vue dispose d'un certain nombre de droits comme celui de garder le silence ou de bénéficier de l'assistance d'un avocat. Or, la décision de faire usage ou de renoncer à ces droits ne peut être prise que si leur titulaire comprend de manière claire les faits qui lui sont reprochés pour pouvoir mesurer les enjeux de la procédure et apprécier l'opportunité d'une éventuelle renonciation » (CEDH, arrêt du 14 octobre 2014, *Baytar c. Turquie*, n° 45440/04, § 53).

Pour autant, ce droit à l'assistance d'un interprète est appliqué par la Cour de cassation avec une certaine souplesse, afin de concilier les intérêts des parties et l'intérêt public lié notamment à l'exigence de célérité de la justice pénale. Pour que s'impose l'obligation de désigner un interprète, encore faut-il qu'il soit constaté que l'intéressé n'a pas une connaissance suffisante de la langue française pour se dispenser de cette assistance. Une telle appréciation relève du pouvoir souverain des juges (Crim., 30 juin 1981, pourvoi n° 80-94.053, *Bull. crim.* 1981, n° 225; Crim., 16 novembre 2005,

pourvoi n° 04-87.763), sous réserve d'éventuelles insuffisances ou contradictions qui résulteraient de leurs motifs.

C'est pourquoi, lorsqu'il ressort des pièces de la procédure, signées par l'intéressé, d'une part, que la lecture du procès-verbal de notification de placement en garde à vue lui a été faite par l'officier de police judiciaire, d'autre part, qu'il a lui-même lu le procès-verbal de notification de fin de garde à vue, le juge des libertés et de la détention n'a pas à rechercher si l'intéressé a une connaissance suffisante de la langue française (1^{re} Civ., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.603).

De même, dans le domaine voisin du placement en retenue douanière (article 323-5 du code des douanes), la chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour faire droit à une requête en annulation de la procédure tirée de ce que le placement aurait été notifié dans une langue que l'intéressée ne comprenait pas, avait retenu « qu'ayant recours à un tiers parlant portugais pour s'assurer que Rosana X... comprenait l'espagnol, les fonctionnaires des Douanes ont révélé leur incapacité à communiquer avec celle-ci en langue espagnole », a censuré cette décision, au motif « que d'une part, il [ressortait] du procès-verbal établi par les fonctionnaires des Douanes que la langue espagnole était "parlée, comprise et acceptée par l'intéressée", et [...] que, d'autre part, la présence de l'interprète en langue portugaise pendant le déroulement de la procédure ultérieure ne saurait, à elle seule, établir que celle-ci ne comprenait pas la langue espagnole » (Crim., 22 octobre 2002, pourvoi n° 02-84.727, *Bull. crim.* 2002, n° 191).

Cette dernière espèce illustre bien, par ailleurs, l'objectif poursuivi par les dispositions sur le droit à l'assistance d'un interprète, à savoir permettre à l'intéressé d'obtenir la traduction des propos dans une langue comprise par lui, sans pour autant qu'il s'agisse nécessairement de sa langue maternelle (voir aussi Crim., 13 février 1990, pourvoi n° 89-86.532, *Bull. crim.* 1990, n° 73).

b. Lors du placement en rétention administrative

En cette matière, la Cour de cassation a jugé qu'il résultait de l'article L. 551-2, alinéa 2, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, tel qu'issu de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, et de l'article R. 551-4 du même code, que c'est seulement à compter de son arrivée au lieu de rétention qu'un étranger pouvait demander l'assistance d'un interprète (1^{re} Civ., 15 mai 2013, pourvoi n° 12-14.566, *Bull.* 2013, I, n° 91). Par cet arrêt, la Cour de cassation a tiré les conséquences de la modification législative opérée par la loi du 16 juin 2011 précitée à l'article L. 551-2, le législateur ayant voulu mettre fin aux difficultés que posait l'exercice des droits attachés à la rétention administrative pendant la durée du transfèrement.

Il est toujours possible aux juges du fond d'estimer, et cela relève alors de leur pouvoir souverain, que l'étranger a, en fait, une connaissance suffisante de la langue française. Est ainsi approuvée l'ordonnance d'un premier président qui a rejeté l'exception de nullité, prise du défaut d'interprète, d'une décision de maintien en zone d'attente d'un ressortissant malien, après avoir constaté que celui-ci n'avait pas sollicité l'assistance d'un interprète lors de la procédure et qu'il avait suffisamment compris les différentes mesures prises à son encontre : « par ces constatations et énonciations procédant de

l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la connaissance de la langue française par l'intéressé, le premier président a légalement justifié sa décision» (2^e Civ., 13 mars 2003, pourvoi n° 01-50.080, *Bull.* 2003, II, n° 60).

Il incombe donc aux juges de vérifier, en analysant les pièces de la procédure, que l'étranger n'a pas une connaissance suffisante de la langue française. Ainsi, par exemple, il a pu être reproché à un premier président d'avoir annulé une procédure et donné mainlevée d'une mesure de rétention prise à l'encontre d'une ressortissante albanaise, sans analyser les pièces de la procédure, et notamment le procès-verbal de placement en garde à vue, qui mentionnait que l'information de l'intéressée concernant ses droits lui avait été faite dans une langue qu'elle comprenait, ainsi que le procès-verbal d'audition, dans lequel celle-ci avait indiqué parler et comprendre le français et avoir été scolarisée en Albanie dans une école française, et avait donné des détails aux policiers que ces derniers ne pouvaient connaître que par elle (2^e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.051 ; voir également 2^e Civ., 10 octobre 2002, pourvoi n° 01-50.060, *Bull.* 2002, II, n° 214).

Enfin, on rappellera que, aux termes de l'article L. 111-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, si l'étranger qui fait l'objet d'une mesure de non-admission en France, de maintien en zone d'attente, de placement en rétention ou de retenue refuse d'indiquer, au début de la procédure, une langue qu'il comprend, la langue utilisée est le français.

2. Lors de l'enquête pénale lato sensu, y compris la phase d'instruction préparatoire

Au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle a affirmé un droit de se faire assister gratuitement d'un interprète pour s'entretenir, dans une langue qu'il comprend, avec l'avocat commis pour préparer sa défense et a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter l'exception de nullité prise de ce que l'avocat, ne parlant ni ne comprenant la langue de son client, n'avait pas pu s'entretenir avec lui,

n'exigeait la désignation d'un interprète en dehors de l'audience ou à l'immédiate approche de celle-ci (Crim., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-86.110, *Bull. crim.* 2005, n° 199 ; voir aussi, concernant le stade de l'instruction, Crim., 6 décembre 1994, pourvoi n° 94-84.235, *Bull. crim.* 1994, n° 394 : « en vertu du principe de la libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, résultant des articles 116 et 145-3 du Code de procédure pénale, et de l'article 6, § 3, e) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la demande d'une personne poursuivie, bénéficiant de l'aide juridictionnelle et qui sollicite la désignation d'un interprète chargé de l'assister dans ses entretiens avec son avocat ainsi que la prise en charge par l'État des frais en résultant, ne saurait être déclarée irrecevable ; [...] si le juge d'instruction, régulièrement saisi d'une requête à cette fin, conformément à l'article 81, alinéa 10 du code de procédure pénale, n'y fait pas droit, il lui appartient de la rejeter par une ordonnance motivée, susceptible d'appel dans les conditions prévues par l'article 186-1 du code précité » et, dans le même sens, Crim., 25 mai 2005, pourvoi n° 05-81.628, *Bull. crim.* 2005, n° 157).

La Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, une conception extensive de ce droit à l'assistance gratuite d'un interprète, alors que la lettre de l'article 6, § 3, e,

de la Convention ne le prévoit que lorsque l'intéressé «ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience».

Ainsi, dans un arrêt du 14 octobre 2014 (CEDH, arrêt du 14 octobre 2014, Baytar c. Turquie, n° 45440/04), la Cour de Strasbourg rappelle que : «Ce droit ne vaut pas pour les seules déclarations orales à l'audience, mais aussi pour les pièces écrites et pour l'instruction préparatoire. La disposition en question [§ 3, e, de l'article 6] signifie que l'accusé ne comprenant ou ne parlant pas la langue employée dans le prétoire a droit aux services gratuits d'un interprète afin que lui soit traduit ou interprété tout acte de la procédure engagée contre lui dont il lui faut, pour bénéficier d'un procès équitable, saisir ou restituer le sens dans la langue employée à l'audience (*Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, 28 novembre 1978, § 48, série A, n° 29). En outre, l'assistance prêtée en matière d'interprétation doit permettre à l'accusé de savoir ce qu'on lui reproche et de se défendre, notamment en livrant au tribunal sa version des événements (*Güngör c. Allemagne* (déc.), n° 31540/96, 17 mai 2001)» (§ 49).

La Cour ajoute que, «tout comme l'assistance d'un avocat, celle d'un interprète doit être garantie dès le stade de l'enquête, sauf à démontrer qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit (voir, en ce sens, *Diallo c. Suède* (déc.), n° 13205/07, § 25, 5 janvier 2010)» (§ 50).

Cette vision large du droit à l'assistance d'un interprète a été concrétisée, au plan national, par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, qui a transposé la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales.

Ainsi l'article préliminaire du code de procédure pénale prévoit-il désormais que, «si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code». L'article 803-5 dudit code précise que, «s'il existe un doute sur la capacité de la personne suspectée ou poursuivie à comprendre la langue française, l'autorité qui procède à son audition ou devant laquelle cette personne comparaît vérifie que la personne parle et comprend cette langue» et que, «à titre exceptionnel, il peut être effectué une traduction orale ou un résumé oral des pièces essentielles qui doivent lui être remises ou notifiées» (les modalités d'application de ce texte sont prévues par les articles D. 594 et suivants du code de procédure pénale, créés par le décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction).

Depuis l'entrée en vigueur de ces textes, la chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment jugé que «tout mis en examen ne comprenant pas la langue française a le droit, s'il en fait la demande, de se faire assister gratuitement d'un interprète pour s'entretenir, dans une langue qu'il comprend, avec l'avocat commis ou choisi pour préparer, en temps utile, sa défense» et a censuré, en conséquence, l'arrêt d'une chambre

de l'instruction qui, pour rejeter l'exception de nullité prise de ce que, ne parlant ni ne comprenant la langue de son client, un avocat n'avait pu s'entretenir avec lui à la maison d'arrêt, faute d'avoir obtenu que lui soit adjoind un interprète en vue de l'élaboration du mémoire destiné à la juridiction, énonce, notamment, qu'avant l'ouverture des débats, la personne mise en examen a pu s'entretenir confidentiellement avec son avocat en présence de l'interprète régulièrement convoqué à l'audience de la chambre de l'instruction et constate qu'il a été ainsi satisfait aux exigences précitées (Crim., 14 juin 2016, pourvoi n° 16-81.833, *Bull. crim.* 2016, n° 179).

Il convient en outre de relever que le droit à l'assistance d'un interprète a aussi été consacré, de manière générale, au profit des victimes et des parties civiles (articles 10-2 et 10-3 du code de procédure pénale, créés par la loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne).

Néanmoins, il importe de noter que, au stade de l'enquête préliminaire, les dispositions de l'article 102 du code de procédure pénale prévoyant le recours à un interprète assermenté ne sont pas applicables. Il suffit que la personne interrogée l'ait été dans une langue qu'elle comprend, parlée le cas échéant par un enquêteur (Crim., 3 février 1992, pourvoi n° 91-80.211, *Bull. crim.* 1992, n° 45 ; Crim., 27 novembre 2001, pourvoi n° 00-88.078, *Bull. crim.* 2001, n° 245, *Rapport* 2001, p. 561).

Au total, en application de ces dispositions protectrices, la personne de nationalité étrangère qui se trouve impliquée, à un titre quelconque, dans une procédure pénale, ne devrait jamais, en principe, se heurter à la barrière de la langue officielle qui demeure le français. Et ce qui est vrai de la phase antérieure à l'audience l'est évidemment de la phase d'audience.

B. Pendant l'audience

Au cours des différentes phases de la procédure pénale, le français doit être employé dans les actes accomplis, que ceux-ci soient écrits ou oraux. Si le code de procédure pénale ne comporte pas de disposition reprenant expressément ce principe, il ne prévoit pas davantage d'exception, contrairement au code de procédure civile, qui en son article 23, autorise le juge qui connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties à se dispenser d'avoir recours à un interprète.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rarement eu à se prononcer sur des pourvois reprochant aux juges de n'avoir pas admis l'usage d'une autre langue. Cela s'explique sans doute par le fait que, comme nous le verrons, celui qui ne comprend ni ne parle la langue française bénéficie de l'assistance d'un interprète.

Deux arrêts, qui concernent la langue de la plaidoirie, méritent cependant d'être cités. Alors que désormais nombre de contentieux, y compris pénaux, s'internationalisent, l'on pourrait se demander s'il convient encore d'imposer aux avocats, quelle que soit leur nationalité, de défendre la cause de leurs clients, par ailleurs assistés d'un interprète, en langue française. Telle était la question qui était soumise à la chambre criminelle de la Cour de cassation dans une affaire où la chambre de l'instruction avait statué sur le placement en détention de la personne mise en examen, cette dernière étant assistée d'un interprète en langue allemande et de trois avocats, dont deux de nationalité allemande. La chambre de l'instruction avait dénié aux avocats concernés la possibilité de plaider en allemand, au motif que la langue officielle de la procédure est le

français. La chambre criminelle a rejeté le moyen relatif à ce refus, au motif que « le demandeur ne saurait se faire un grief de ce que l'un de ses conseils n'ait pas été autorisé à plaider en allemand, dès lors qu'il est établi par les mentions de l'arrêt que celui-ci a été entendu » (Crim., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-88.234). Interprétée *a contrario*, cette décision pouvait laisser penser qu'un avocat ne parlant pas le français devait être autorisé à effectuer sa plaidoirie dans une langue étrangère et à la faire traduire par l'interprète présent.

La chambre criminelle a cependant clarifié sa jurisprudence dans un arrêt postérieur, en jugeant que « tout avocat, même de nationalité étrangère, plaçant devant les juridictions répressives françaises, est tenu de le faire en français, seule langue de procédure admise » et en approuvant, en conséquence, la décision d'une chambre de l'instruction refusant à un avocat polonais, intervenant aux côtés d'un avocat français lors de l'audience de la chambre de l'instruction où était présent un interprète en langue polonaise, la possibilité de présenter, en cette langue, des observations (Crim., 8 février 2012, pourvoi n° 11-88.044, *Bull. crim.* 2012, n° 39).

Mais si le français s'impose comme la langue du procès pénal, son usage ne peut évidemment être exigé de celui qui ne le connaît ni ne le comprend, en particulier lorsqu'il s'agit de la personne poursuivie ou même seulement mise en cause. Le droit au procès équitable, déjà cité, l'impose.

La Cour de cassation applique rigoureusement ces dispositions, dans la mesure où le défaut d'assistance d'un interprète a nécessairement des répercussions sur d'autres droits fondamentaux dont bénéficient les individus au cours de la procédure pénale, et bien sûr lors du moment crucial de l'audience.

Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation censure-t-elle l'arrêt d'une cour d'appel qui fait état de la désignation d'un interprète et de sa prestation de serment lors de la première audience mais ne mentionne ni sa présence ni son intervention lors de l'audience de renvoi, dès lors qu'« il n'est pas établi que l'interprète ait assisté le prévenu pour tous les actes substantiels des débats » (Crim., 18 juillet 1991, pourvoi n° 90-86.926, *Bull. crim.* 1991, n° 302).

En outre, à plusieurs reprises, la Cour de cassation est allée au-delà de ce qui était prévu par les dispositions de droit interne en la matière et s'est fondée sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour reconnaître un droit à l'assistance d'un interprète dépassant le seul cadre des auditions et interrogatoires.

Par exemple, au visa de l'article 6 de la Convention, elle a jugé « qu'il s'induit des dispositions de ce texte, selon lesquelles tout accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience a droit à se faire assister gratuitement d'un interprète, que ce droit doit bénéficier également à la personne mise en examen lorsque l'expert reçoit ses déclarations » et a censuré la décision d'une chambre de l'instruction qui, pour refuser à une personne mise en examen une telle assistance alors qu'elle en avait bénéficié durant la garde à vue et lors des interrogatoires menés par le juge d'instruction, avait énoncé, d'une part, que les articles 102 et 121 du code de procédure pénale relatifs à l'intervention d'un interprète au cours de l'information ne visaient pas l'expertise et, d'autre part, que, le rapport d'expertise étant une pièce de procédure soumise au débat contradictoire, les droits de la défense étaient sauvegardés (Crim., 21 mars 2007, pourvoi n° 06-89.554, *Bull. crim.* 2007, n° 90).

Pour autant, le droit à l'assistance d'un interprète n'implique pas celui de voir traduire, au cours des débats devant les juridictions de jugement, l'intégralité des propos qui y ont été tenus, mais seulement, selon les termes employés par la chambre criminelle, « les actes substantiels » (Crim., 18 juillet 1991, pourvoi n° 90-86.926, précité). La chambre criminelle de la Cour de cassation exerce sur ce point un contrôle léger, en jugeant, en matière d'assises, que la seule constatation, dans le procès-verbal des débats, que, l'accusé ne parlant pas suffisamment le français, un interprète a été commis, « en l'absence de toute autre mention contraire ou résultant d'un donné acte qu'il appartenait à l'accusé ou à son avocat de solliciter, suffisent à établir que l'interprète a régulièrement rempli sa mission en prêtant son concours chaque fois que cela a été nécessaire durant les débats » (Crim., 20 octobre 1999, pourvoi n° 98-88.078, *Bull. crim.* 1999, n° 226; Crim., 2 septembre 2010, pourvoi n° 09-83.328; Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-83.238, *Bull. crim.* 2015, n° 308; voir aussi Crim., 30 octobre 1996, pourvoi n° 96-81.573, *Bull. crim.* 1996, n° 382).

La notion d'« acte substantiel » n'est pas expressément définie par la Cour de cassation. Elle a cependant jugé, dans une situation où la défense avait donné acte de l'absence de traduction de certains éléments, « qu'en dehors des interrogatoires, la traduction par l'interprète de tout ou partie des débats et, notamment, du réquisitoire [...], n'aurait pu être jugée nécessaire que si les accusés ou leurs défenseurs l'avaient expressément demandée » et qu'une telle traduction ne s'imposait pas davantage pour des incidents soulevés au nom des accusés par leur conseil (Crim., 30 avril 1960, pourvoi n° 4172/Mil., *Bull. crim.* 1960, n° 229).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a également précisé que, « dans le cas où l'accusé, les témoins ou l'un d'eux ne parlent pas suffisamment la langue française, le président nomme d'office un interprète et, lorsque plusieurs accusés ou témoins parlent des langues étrangères différentes, autant d'interprètes qu'il y a de langues à traduire; qu'il doit être constaté, non seulement que les déclarations de chacun d'eux ont été traduites en français mais aussi qu'elles l'ont été dans les langues que comprennent les autres » (Crim., 20 juin 1990, pourvoi n° 89-86.557, *Bull. crim.* 1990, n° 253). Même si, pour ce qui concerne les constatations nécessaires, cette solution semble avoir été remise en cause par des arrêts postérieurs précités, il peut néanmoins se déduire de cette décision que les déclarations des accusés et des témoins doivent être traduites à chacun d'entre eux.

En conclusion, on voit, à travers ces quelques exemples, que la langue de Molière reste la référence et l'ultime recours. L'ordonnance de Villers-Cotterêts avait entendu chasser des tribunaux le latin au profit du « langage maternel français » (pour reprendre les termes de l'article 111 de l'ordonnance précitée), afin d'éviter les incompréhensions et confusions qui résultaient de l'usage du latin. Si ce dernier a effectivement disparu des audiences, la préoccupation de clarté du langage, qui présidait à l'adoption de ce texte, reste plus que jamais d'actualité face à la circulation des personnes et à la complexification du droit.

La compétence du juge français, si elle fait du français la langue officielle du procès, conduit en outre, le cas échéant, à limiter la portée territoriale de la décision.

Section 2. La portée territoriale des décisions

Le droit de l'exécution fournit une illustration éclairante de la portée territoriale des décisions de justice.

La portée territoriale limitée des décisions de justice n'interdit évidemment pas la coopération entre États, laquelle est d'ailleurs organisée par nombre de conventions internationales et de règlements communautaires, en particulier en vue de permettre l'accomplissement de notifications ou de mesures d'instruction, ces dernières prenant principalement la forme de commissions rogatoires, évoquées également *supra* (partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1). Dans de telles hypothèses, ces textes déterminent en particulier les domaines d'intervention respectifs des autorités de chaque État impliqué dans cette coopération (sur ce point, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2).

Le droit de l'exécution est plus fortement marqué par le principe de territorialité. Ainsi un arrêt ancien, demeurant essentiel, a-t-il jugé que, s'il résultait de l'article 8 de la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile que, conformément au droit commun, les commissions rogatoires données à une autorité judiciaire étrangère pouvaient avoir pour objet de demander à cette autorité de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires, en étaient exclus les actes d'exécution, de sorte que devait être censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir confié à un père la garde de son enfant actuellement chez sa mère en Espagne, avait donné commission rogatoire aux autorités judiciaires espagnoles compétentes aux fins d'exécution de son arrêt et pour assurer la remise du mineur à son père, cette exclusion étant d'ordre public (2^e Civ., 29 novembre 1973, pourvoi n° 73-10.712, *Bull.* 1973, II, n° 314).

C'est qu'en effet, conformément au droit international, la contrainte exercée sur le territoire d'un État est un monopole de cet État (voir R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2013, 3^e éd., § 34 et s.; S. Guinchard et T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 2015, § 1711.04 et les références citées par ces auteurs). Si une décision de justice rendue dans un État peut être mise à exécution dans un autre État, c'est après y avoir été rendue exécutoire par les autorités de cet État (sur la réception des décisions étrangères, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1). L'exécution forcée sera alors accomplie conformément au droit de l'État d'exécution.

Il en découle en particulier qu'un juge ne saurait ordonner l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée sur le territoire d'un autre État. Ce principe de territorialité du droit de l'exécution, dégagé de longue date par la Cour de cassation (Civ., 12 mai 1931, Cour de cassation : S. 1932, I, p. 137), est réaffirmé par un arrêt du 21 janvier 2016 (2^e Civ., 21 janvier 2016, pourvoi n° 15-10.193, *Bull.* 2016, II, n° 20), énonçant que, en vertu du principe de l'indépendance et de la souveraineté respective des États, le juge français ne peut ordonner une mesure d'exécution, forcée ou conservatoire, devant être accomplie dans un État étranger. L'arrêt réserve toutefois l'hypothèse, découlant en particulier de l'essor du droit communautaire, de l'existence d'une convention internationale ou d'une législation communautaire autorisant une telle décision. On sait en particulier que tel est le cas du règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à

faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, entrant en application le 18 janvier 2017.

Dans le cas d'espèce, l'administration fiscale française se prévalait de la directive n° 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, organisant une assistance réciproque des administrations fiscales des États membres de l'Union européenne et transposée en droit français, pour être autorisée par un juge de l'exécution (JEX) français à pratiquer la saisie conservatoire du compte bancaire d'un redevable de l'impôt, détenu par une banque espagnole. Le JEX est certes compétent pour autoriser l'accomplissement d'une mesure conservatoire sur les biens du débiteur d'une créance paraissant fondée en son principe, lorsqu'il est justifié de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement (code des procédures civiles d'exécution, article L. 511-1). Dans ce cas l'ordonnance du JEX autorise une mesure, dont elle définit précisément les contours, qui sera accomplie conformément au droit français et qui pourra faire l'objet de contestations, alors tranchées par ce juge. On observera que ce régime – qui lie étroitement autorisation, exécution et contestation de la mesure d'exécution – exclut à plus forte raison que le juge puisse ordonner une mesure devant être accomplie sur un territoire étranger.

Quand dira-t-on qu'une mesure d'exécution est accomplie sur un territoire étranger ? Dans le cas de la saisie, conservatoire ou attributive, d'un compte bancaire, la délimitation territoriale est fonction du lieu d'établissement du tiers saisi, entre les mains duquel a lieu cette saisie : en effet, la saisie d'un compte bancaire n'est pas celle d'un bien corporel, pouvant être situé sur le territoire d'un État, mais celle d'une créance de somme d'argent, dont la banque est débitrice à l'égard de son client ; ainsi la saisie d'un compte sera-t-elle pratiquée suivant le droit français et sous l'égide du JEX dès lors que la banque aura son siège en France, peu important alors que le compte en banque soit géré depuis une succursale implantée à l'étranger mais dénuée de la personnalité juridique (2^e Civ., 14 février 2008, pourvoi n° 05-16.167, *Bull.* 2008, II, n° 36).

Dans l'espèce considérée, les comptes visés étaient détenus par une banque espagnole et la directive du 16 mars 2010 précitée, en permettant simplement à l'administration d'un État de requérir les autorités d'un autre État pour prendre des mesures conservatoires à l'encontre d'un redevable de l'impôt sur ses biens situés dans cet État, ne dérogeait nullement au principe de territorialité. Le rejet de la demande du fisc français est par conséquent approuvé par cet arrêt, qui rappelle ainsi un aspect essentiel du droit de l'exécution.

Parce que la mondialisation n'a pas supprimé les territoires, les litiges mondialisés peuvent être appréhendés par le juge français. Ils peuvent en outre être soumis à la loi française.

TITRE 2. LA MONDIALISATION ET L'APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS

La mondialisation ne faisant pas disparaître les territoires et les ordres juridiques nationaux, l'existence d'un litige dépassant les frontières françaises n'exclut pas l'application du droit français. Cette application peut résulter positivement de la désignation de la loi française (chapitre 1); elle peut aussi procéder, négativement, de l'éviction de la loi étrangère (chapitre 2).

Chapitre 1. La désignation de la loi française

La loi française s'applique le plus souvent parce qu'elle est désignée par la règle de conflit (section 1). Il est toutefois des hypothèses dans lesquelles il est dérogé à la règle de conflit : la désignation de la loi française s'impose alors par nécessité (section 2).

Section 1. La désignation de la loi française par la règle de conflit

L'étude n'a pas pour but d'envisager l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le jeu de la règle de conflit conduit à désigner la loi française. Seules seront examinées quelques situations spécialement concernées par la mondialisation. Il en est ainsi de la propriété intellectuelle (§ 1), des faillites internationales (§ 2) et des travailleurs détachés ou expatriés (§ 3).

§ 1. La désignation de la loi française et la propriété intellectuelle

Les œuvres de l'esprit ignorent les frontières; certaines d'entre elles ont d'ailleurs, dès leur conception, vocation à être diffusées dans le monde entier. Les litiges en matière de propriété littéraire et artistique comportent donc fréquemment un ou des éléments d'extranéité, de sorte que se pose, immanquablement, la question de la loi applicable.

En droit d'auteur, l'arrêt fondateur est l'arrêt dit *Le Chant du monde* ou *Rideau de fer* du 22 décembre 1959 (1^{re} Civ., 22 décembre 1959, *RCDIP* 1960, p. 361, note F. Terré). Dans cette affaire, la société Le Chant du monde, cessionnaire des droits de plusieurs compositeurs russes, reprochait aux sociétés Fox d'avoir incorporé au film intitulé *Rideau de fer*, représenté à Paris, des extraits d'œuvres musicales dont ces compositeurs étaient les auteurs, sans leur autorisation. La Cour de cassation a jugé que « la Cour d'appel qui énonce que les compositeurs ci-dessus nommés ainsi que la société "Le Chant du Monde", leur cessionnaire, puisaient dans la législation de l'Union soviétique, pays d'origine des œuvres litigieuses, un droit privatif sur celles-ci, a décidé, à juste raison, que la protection civile contre les atteintes portées en France au droit dont ils avaient la jouissance devait être exercée par application de la loi française, qui ne distingue pas suivant le lieu de première publication ou représentation de l'œuvre, et spécialement de l'article 3 de la loi des 19-24 juillet 1793 ». Elle a ainsi opéré une distinction entre, d'une part, la jouissance ou l'existence du droit, soumise à la loi du pays d'origine – ou

lex loci originis –, d'autre part, son exercice, soumis, quant à lui, à la loi du pays pour lequel la protection est demandée – ou *lex loci protectionis*.

La Cour de cassation a affirmé, dans le prolongement de cette décision, qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits d'auteur le juge français devait appliquer la loi « du ou des États sur le territoire desquels se sont produits les agissements délictueux » (1^{re} Civ., 5 mars 2002, pourvoi n° 99-20.755, *Bull.* 2002, I, n° 75 ; 1^{re} Civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 03-12.354, *Bull.* 2007, I, n° 44), ce qui, dans de nombreuses hypothèses, le conduit à faire application de la loi française pour apprécier la matérialité de cette atteinte et le préjudice en résultant.

En revanche, la question de la détermination du titulaire initial des droits sur une œuvre de l'esprit constitue une question préalable relevant, conformément à l'approche mixte consacrée par la jurisprudence « Le Chant du monde », de la loi du pays d'origine. Il s'ensuit que le juge français doit, en présence d'une création ayant une origine étrangère, faire application de la loi étrangère pour statuer sur la titularité, lorsque celle-ci est contestée.

Cette solution, dont le principe n'a pas, jusqu'à présent, été remis en cause, est, toutefois, de plus en plus marginale, la première chambre civile de la Cour de cassation en ayant progressivement réduit la portée.

En premier lieu, elle a décidé que le juge devait faire directement application de la loi française pour se prononcer sur la titularité du droit moral d'auteur, sans qu'il y ait lieu de mettre en œuvre la règle de conflit ci-dessus énoncée (1^{re} Civ., 28 mai 1991, pourvoi n° 89-19.725, *Bull.* 1991, I, n° 172 ; sur la mise à l'écart de la règle de conflit, voir *infra*, section 2). Dans l'affaire dont elle était alors saisie, il s'agissait de savoir si les héritiers du réalisateur américain John Huston pouvaient, sur le fondement du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, s'opposer à la diffusion, en France, d'une version colorisée du film intitulé *The Asphalt Jungle*, tourné en noir et blanc. La chaîne de télévision française et le producteur américain soutenaient que ces héritiers n'étaient titulaires d'aucun droit, ni patrimonial ni moral, la loi des États-Unis désignant le producteur cinématographique comme « l'auteur » de l'œuvre audiovisuelle en cause. Mais la Cour de cassation a jugé, au visa de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 sur l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur et de l'article 6 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, que, « selon le premier de ces textes, [...] en France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'État sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ; que la personne qui en est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice par le second des textes susvisés ; que ces règles sont des lois d'application impérative ». Les textes accordant aux auteurs des prérogatives de droit moral sont ainsi érigés en règles de police, faisant obstacle à l'application de la loi étrangère.

En deuxième lieu, elle a, plus récemment, été amenée à préciser la portée de la règle de conflit édictée par la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, ratifiée, à ce jour, par 172 États, et qui a vocation à s'appliquer dès lors qu'un litige présente un élément d'extranéité (voir, en ce sens, 1^{re} Civ., 10 février 1998, pourvoi n° 95-19.030, *Bull.* 1998, I, n° 51). Son article 5, § 2, énonce que : « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection

dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.» Or la doctrine était divisée sur le point de savoir si cette règle de conflit avait une portée générale, s'appliquant ainsi aussi bien aux conditions de protection, et donc à la détermination du titulaire initial des droits d'auteur, qu'à l'exercice de ces droits, ou si elle était limitée à «l'étendue de la protection» et aux «moyens de recours», c'est-à-dire à la seule mise en œuvre de la protection, la détermination du titulaire initial étant, quant à elle, soumise aux règles de droit international privé de droit commun, autrement dit à la loi du pays d'origine. Tranchant nettement en faveur de la première de ces deux thèses, la première chambre civile a affirmé que «la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5, § 2, de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée» (1^{re} Civ., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-12.508, *Bull.* 2013, I, n° 68). Ainsi, lorsque le litige qui lui est soumis entre dans le champ de la Convention de Berne, le juge français doit faire application de la *lex loci protectionis*, c'est-à-dire, le plus souvent, de la loi française, pour statuer sur la question de l'existence des droits de l'auteur comme sur celle de leur exercice.

En troisième lieu, enfin, la Cour de cassation a retenu, en matière de droits voisins, non pas l'approche mixte consacrée par l'arrêt *Le Chant du monde* en droit d'auteur, mais, au contraire, une conception unitaire de ces droits. En effet, saisie de la question de la loi applicable à la détermination de leur titulaire initial, elle a, dans le prolongement d'un précédent arrêt qui, déjà, avait fait application de la loi française en tant que loi du pays de protection (1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-10.264, *Bull.* 2003, I, n° 248), décidé que «la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits d'artiste-interprète désigne la loi du pays où la protection est réclamée» (1^{re} Civ., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-18.032, *Bull.* 2013, I, n° 128). Elle a, très récemment, étendu cette solution à la titularité initiale des droits du producteur de phonogrammes (1^{re} Civ., 18 février 2015, pourvoi n° 11-11.054, *Bull.* 2015, I, n° 43). Dans ces deux affaires, la règle de conflit ainsi consacrée l'a conduite à approuver, par substitution de motifs, les juges du fond d'avoir fait application de la loi française.

Un mouvement jurisprudentiel en faveur d'une application étendue de la loi française, dans les litiges mondialisés relatifs au droit de la propriété littéraire et artistique, semble donc se dessiner et contribue, en cette matière, au maintien d'un droit «territorial», fortement marqué par une conception personaliste héritée du siècle des Lumières.

§ 2. La désignation de la loi française et les faillites internationales

En matière de faillites internationales, il existe une étroite corrélation entre la compétence du juge français et la désignation de la loi française. La règle de conflit presque universellement édictée est la *lex fori concursus*. Choisir le juge revient à désigner la loi applicable. Reconnaître la compétence du juge français implique la désignation de la loi française. L'enjeu consisterait donc dans la détermination du juge compétent, ensuite la désignation de la loi applicable à la procédure collective serait de principe sans soulever d'hésitations. Pourtant la réalité est plus complexe. Si la désignation de la loi française est conditionnée par la compétence du juge français (A), elle est également mesurée à l'aune de l'emprise internationale de la procédure ouverte en France (B).

A. La désignation conditionnée de la loi française

La loi française est désignée dès lors que le juge français est reconnu compétent pour ouvrir la procédure collective en vertu de la règle *lex fori concursus*. Cette règle est générale, elle est d'ailleurs consacrée par les deux règlements européens sur les procédures d'insolvabilité (REI) : règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000, article 4 et règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatifs aux procédures d'insolvabilité (article 7 applicable à compter du 26 juin 2017).

En principe, l'emprise de la loi du concours s'étend de l'ouverture à la clôture de la procédure collective. C'est elle qui détermine les conditions d'ouverture de la faillite (conditions propres à chaque procédure) et qui définit les qualités d'élection du débiteur au droit des procédures collectives. La chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion d'appliquer souvent ces principes pourtant acquis. Toutefois, au gré de certaines décisions, ils sont appliqués implicitement. Par exemple, un arrêt du 11 avril 2012 (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 09-12.431) fixe la date de cessation des paiements de la filiale d'une société suédoise en ne se référant qu'au seul droit français, sans même invoquer l'appartenance de la société en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire à un groupe international. La procédure ouverte par le tribunal français dépend de la seule loi française et toute autre considération est sans intérêt; l'emprise de la loi française se fait sans même que la question soit posée. Moins récemment, dans une décision du 19 janvier 1988 (Com., 19 janvier 1988, pourvoi n° 86-11.080, *Bull.* 1988, IV, n° 47), la Cour a appliqué la loi française à la déclaration de la cessation des paiements de la succursale d'une société allemande (avant l'entrée en vigueur du REI n° 1346/2000, précité) par son représentant en France alors même qu'une procédure collective était ouverte en Allemagne (sans avoir obtenu l'*exequatur* en France). La désignation et l'application de la loi française l'emportent à un double titre : celui de la loi du concours et celui du droit des sociétés qui détermine le représentant de la succursale française.

La qualité pour demander l'ouverture d'une procédure collective dépend également de la loi du concours, donc de la loi française en cas de compétence du juge français. Ce principe est également affirmé par le règlement relatif aux procédures européennes d'insolvabilité précité (REI n° 1346/2000) à propos de l'ouverture d'une procédure secondaire. Cette dernière suppose qu'une procédure principale ait été ouverte dans un autre État membre. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, elle était ouverte en Italie. La procédure secondaire dont la portée n'est que territoriale peut être ouverte dans un autre État membre à la demande de toute personne habilitée à demander son ouverture en vertu de la loi de cet État (REI n° 1346/2000 précité, article 29, b, disposition reprise par le règlement à venir, REI n° 2015/848, article 37, b). Par sa décision du 2 décembre 2014 (Com., 2 décembre 2014, pourvoi n° 13-20.203, *Bull.* 2014, IV, n° 176), la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que l'article L. 640-5, alinéa 2, du code de commerce exige, en droit français, que le créancier demandeur justifie d'une créance certaine, liquide et exigible pour approuver la cour d'appel d'avoir refusé la demande d'ouverture d'un créancier dont la créance ne présentait pas ces caractères. Le sort des créanciers du débiteur et de leurs garants soumis à une procédure ouverte par le juge français dépend également du droit français.

La déclaration de créance en présence d'une faillite internationale ouverte en France est soumise aux exigences du droit français. La désignation de la loi française

pour assurer la régularité de la déclaration de créances en dépit de l'ouverture de procédures collectives à l'étranger est particulièrement significative. Dans l'affaire *BCCI* (Com., 14 mai 1996, pourvoi n° 94-16.186, *Bull.* 1996, IV, n° 131), il a été jugé que le syndic désigné dans une faillite concurrente ouverte à l'étranger peut déclarer en France les créances qui ont été produites entre ses mains à condition qu'il respecte les formes et les délais du droit français. L'application du droit français se révèle sévère pour le créancier étranger qui ignore qu'il doit disposer de la délégation d'un pouvoir spécial pour agir en justice et déclarer sa créance. Par une décision du 4 mars 2014 (Com., 4 mars 2014, pourvoi n° 12-29.580), la chambre commerciale de la Cour de cassation impose le respect de cette exigence au représentant d'une société de droit belge qui déclare sa créance au redressement judiciaire d'une société française en vertu d'un mandat délivré par l'administrateur délégué de la société étrangère. L'application du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité européenne n'empêche pas la sévérité de la jurisprudence de la Cour de cassation : « le pouvoir délégué à l'administrateur [d'une société] ne lui confère pas le droit d'effectuer une déclaration de créance, laquelle implique le pouvoir d'agir en justice, de sorte qu'il ne peut user de la faculté de subdélégation à cette fin ». La réforme introduite par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives modifie les formalités de déclaration des créances en précisant que, « lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au premier alinéa (article L. 622-24 du code de commerce). Les créanciers étrangers confrontés à la loi française du concours auront moins de pièges à déjouer.

Pour permettre aux créanciers étrangers connus de déclarer utilement leur créance dans le respect du droit français, les articles 41 et 42 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité précité imposent une information individuelle rappelant la nécessité de déclarer à la procédure française dans le respect des prescriptions de la loi française. La Cour de cassation, à défaut de sanction prévue par le règlement en cas d'omission du document dénommé *Invitation à produire une créance, délai à respecter*, désigne la loi française de la procédure pour définir ces sanctions. Elle désigne la loi française en application de l'article 4 du règlement précité qui consacre le principe de la *lex fori concursus*, ce qui permet, en l'espèce, au créancier néerlandais de bénéficier d'un relevé de forclusion (Com., 17 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.411, *Bull.* 2013, IV, n° 188). Les créanciers domiciliés hors de France profitent de l'aménagement du droit français en disposant d'un délai plus long pour déclarer leur créance (quatre mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, en application de l'article R. 622-24, alinéa 2, du code de commerce). Tout en appliquant la loi française, la Cour de cassation l'interprète strictement pour ménager les droits des créanciers. Elle précise dans un arrêt du 19 février 2002 que la clause d'élection de domicile du créancier en France prévue dans le contrat le liant au débiteur doit être interprétée strictement. Cette clause a été jugée inopposable au créancier tenu de déclarer sa créance, et donc ce dernier a pu bénéficier de la prorogation de deux mois prévue par la loi française (Com., 19 février 2002, pourvoi n° 99-15.579, *Bull.* 2002, IV, n° 36).

Le respect du principe d'égalité entre les créanciers chirographaires du débiteur peut être imposé en droit français par le biais de la répétition de l'indu en cas de perception

de sommes excessives en tenant compte des droits d'un autre créancier dans les répartitions (voir P. Le Cannu, « Effet international de la faillite et principe d'égalité entre les créanciers », in *L'Effet international de la faillite : une réalité ?*, éditions Dalloz-Sirey, 2004, p. 95). La Cour de cassation rappelle qu'« un créancier, admis à titre chirographaire, ne peut conserver les sommes à lui payées en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires, le paiement eût-il été fait en connaissance de cette violation » (Com., 17 novembre 1992, pourvoi n° 90-19.013, *Bull.* 1992, IV, n° 361). Ce principe vaut pour les créanciers étrangers et il est confirmé à plusieurs reprises, y compris pour caractériser la situation du créancier privilégié et constater que son paiement intervient sans « atteinte au principe d'égalité des créanciers, inapplicable aux créanciers privilégiés » (Com., 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-10.688, *Bull.* 2000, IV, n° 169). Le paiement des créanciers dépend nécessairement de la loi du concours française en cas d'ouverture de la procédure en France. L'exigence du respect de la discipline collective, suspension des poursuites individuelles notamment, s'impose avec l'affirmation du principe de l'effet universel de la procédure collective (Com., 21 mars 2006, pourvoi n° 04-17.869, *Bull.* 2006, IV, n° 74, *Rapport* 2006, p. 346).

Le sort des garants est également étroitement lié à la *lex fori concursus*. La clause de réserve de propriété est mise en œuvre dans le respect de la loi française si elle est la loi du concours. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 janvier 2002, confirme les décisions antérieures par une décision riche et complexe en énonçant que l'action en revendication à l'encontre d'une société, soumise à une procédure collective ayant été portée devant un juge français, dépend de la loi française du concours et non de la loi applicable au contrat (Com., 8 janvier 2002, pourvoi n° 98-20.181). L'arrêt n'est pas publié au *Bulletin* et semble viser une loi de police puisqu'il fait référence à l'ancien article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (remplacée par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I »). La référence à la loi de police s'explique par l'affirmation du caractère d'ordre public de l'article 65 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, à propos d'une revendication sur le fondement d'une clause de réserve de propriété dans une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 mars 1988 (Com., 8 mars 1988, pourvoi n° 86-17.410). Il reste que l'application de la loi française est revendiquée pour traiter d'une faillite de dimension internationale.

B. La désignation mesurée de la loi française

Si la désignation du droit français s'impose en raison de l'ouverture en France d'une procédure collective de dimension internationale, son emprise est mesurée pour tenir compte d'autres lois applicables concurremment.

La qualité de créancier dépend nécessairement de la loi d'origine de la créance et échappe à l'emprise de la loi française du concours qui ne s'impose que pour fixer les modalités de la déclaration des créances. Ainsi, s'il est acquis que le syndic d'une procédure ouverte à l'étranger concurremment à la procédure française peut déclarer, à condition de respecter le droit français, les créances produites entre ses mains, son pouvoir de déclarer doit être apprécié au regard du droit de la procédure étrangère

(Com., 14 mai 1996, pourvoi n° 94-16.186 précité). De même, dans le cadre de l'application du règlement (CE) n° 1346/2000 précité et d'une faillite européenne, la déclaration de créance assurée par une société néerlandaise est régulière si elle respecte la loi française applicable à la procédure collective. Cependant cette déclaration doit émaner d'un représentant légal de la société néerlandaise créancière en application de la *lex societatis*, c'est-à-dire de la loi des Pays-Bas puisque le siège de la société est situé dans ce pays. Cette combinaison entre la loi de la société et la loi française du concours témoigne de la nécessaire articulation des lois applicables concurremment (Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-14.949, *Bull.* 2009, IV, n° 164; Com., 22 juin 2010, pourvoi n° 09-65.481, *Bull.* 2010, IV, n° 113).

Cette solution a été confirmée dans une affaire particulièrement complexe, par un arrêt du 13 septembre 2011 (Com., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-25.731, *Bull.* 2011, IV, n° 131). À propos d'une des questions soulevées parmi de nombreuses autres, toujours en application du REI n° 1346/2000 précité, la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé : « Mais attendu [...] que, si, aux termes de l'article 4, § 2, h, du règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la loi de l'État d'ouverture de la procédure collective détermine les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances, il appartient à la loi de la source de celles-ci de définir la qualité de créancier ; que la cour d'appel en a exactement déduit que l'article L. 622-24 du code de commerce français imposait à tout créancier antérieur de déclarer sa créance lui-même ou par l'intermédiaire de tout préposé ou mandataire de son choix, tandis que le droit de l'État de New York, d'où résultaient les créances déclarées, devait être consulté pour apprécier si le trustee et les agents des sûretés avaient la qualité de créancier ».

L'emprise de la loi du concours française est inévitablement limitée en présence de garanties obtenues par les créanciers étrangers. En présence de créances garanties par des sûretés réelles (hypothèques légales, conventionnelles ou tout autre privilège) une application qualifiée de cumulative de la loi du concours et de la *lex rei sitae* s'impose de longue date (Chambre des requêtes, 19 mars 1872, S. 1872, 1, p. 238). En réalité, il s'agit plutôt d'une application combinée des lois concurremment applicables. Une illustration en est fournie par l'arrêt du 12 mars 2013 (Com., 12 mars 2013, pourvoi n° 11-27.748, *Bull.* 2013, IV, n° 37). Le principe rappelé vaut toujours en dépit de l'abrogation de la convention franco-italienne visée par l'attendu : « il résulte des règles de conflit de lois énoncées à l'article 24 de la Convention franco-italienne [...] que, si l'actif de faillite est réparti entre créanciers conformément à la loi du pays où la faillite a été déclarée et si cette loi fixe également les règles relatives à l'admission des créances, c'est à la loi du lieu de situation des immeubles qu'il appartient de régir les privilèges et droits de préférence dont ceux-ci sont grevés ». La solution est d'autant plus intéressante que les jugements italiens relatifs à la faillite des débiteurs concernés étaient revêtus de l'*exequatur*. Dès lors que les biens sont situés en dehors de la France, il convient de concilier la loi française du concours et la loi étrangère des sûretés réelles.

Ce principe est même reconnu par le droit de l'Union européenne. L'article 5 du règlement (CE) n° 1346/2000 précité, pour préserver le crédit, prévoit que le créancier titulaire d'une garantie réelle sur un actif situé dans un autre État membre que l'État d'ouverture de la procédure n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective. Il échappe à la discipline collective et peut agir pour recouvrer ses créances en

marque de la procédure. Cette disposition est reprise par l'article 8 du règlement (UE) n° 2015/848 précité, applicable à compter du 26 juin 2017.

Les garanties personnelles, particulièrement le cautionnement, en présence d'une faillite internationale ouverte en application de la loi française, imposent une combinaison similaire de la loi du concours et de la loi du contrat de cautionnement. La chambre commerciale de la Cour de cassation reconnaît la place qu'il faut réserver à la loi du concours polonaise en précisant que le juge français qui est saisi d'une poursuite en paiement contre la caution française du débiteur polonais ne peut pas, en application du droit français (ancien), considérer que l'arrêt du cours des intérêts ne profite pas à la caution, il doit rechercher la teneur de la loi du concours polonaise (Com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.102). L'arrêt mérite une lecture *a contrario* : si la loi du concours est la loi française, c'est elle qu'il conviendra d'appliquer pour décider si l'arrêt du cours des intérêts profite à la caution polonaise. Une lecture attentive de la décision montre que la validité du cautionnement dépend de la loi qui lui est applicable, car il est fait réserve de cette question par le constat que la caution ne conteste plus cette dernière.

La désignation de la loi française comme loi du concours se mesure inévitablement à l'aune de la portée territoriale ou non de la procédure ouverte. Si le principe de l'universalité de la procédure est posé (Com., 21 mars 2006, pourvoi n° 04-17.869, précité), la portée extraterritoriale des décisions prises dans le cadre de la procédure collective française se mesure à l'aune de l'acceptation des ordres juridiques étrangers concernés. L'effet réel de la procédure française traitant une faillite internationale est limité, il dépend de l'obtention de l'*exequatur* dans l'État étranger requis, ce dernier autorisant ainsi la saisie des actifs du débiteur situés sur son territoire. Toute voie d'exécution collective ou non impose l'application de la loi de l'État du lieu de situation du bien. Ainsi le régime de l'hypothèque provisoire comme celui de son inscription définitive ne peuvent dépendre que de la loi du lieu de situation de l'immeuble. La chambre commerciale de la Cour de cassation a appliqué ce principe dans sa décision du 12 mars 2013 (Com., 12 mars 2013, pourvoi n° 11-27.748, précité) en précisant que, indépendamment de la loi du concours, en l'espèce la loi italienne, c'est la loi du lieu de situation de l'immeuble, la loi française, qui règle les difficultés propres au concours et au classement dans la procédure d'ordre des créanciers.

En revanche, l'effet personnel de la procédure affectant les créanciers du débiteur permet de leur imposer le respect de la discipline collective au-delà des frontières nationales. Les créanciers ayant déclaré leurs créances à la procédure française se voient interdire toutes poursuites personnelles, toute saisie sur les actifs compris dans le périmètre de la procédure. Cette interdiction s'impose indépendamment de la localisation des biens grâce à l'injonction *in personam*. Le recours à l'injonction *in personam* est un moyen de dépasser les limites de l'indispensable *exequatur* de l'État d'accueil en négligeant la dimension réelle de la procédure collective pour lui préférer sa dimension personnelle (H. Muir Watt, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 27).

En ce qui concerne les limites de l'emprise de la *lex fori concursus*, l'arrêt *NOB* rendu par la Cour de cassation le 22 janvier 2013 (Com., 22 janvier 2013, pourvoi n° 11-17.968, *Bull.* 2013, IV, n° 17) est particulièrement instructif. Une liquidation judiciaire secondaire avait été ouverte en France tandis que la société débitrice était soumise à une

procédure principale en Belgique en raison de la localisation de son centre des intérêts principaux à Liège. La question se posait de savoir si une interdiction de gérer à l'encontre du dirigeant pouvait être prononcée en application de la loi française, loi du concours de la procédure secondaire ouverte en France. La chambre commerciale de la Cour de cassation, à juste titre, estime que la sanction qu'est l'interdiction de gérer se rattache étroitement à la procédure principale initialement ouverte et qu'elle ne peut pas être prononcée dans le cadre de la procédure secondaire qui n'a qu'un effet territorial. La solution s'impose, car l'interdiction de gérer suppose de prendre en considération la situation d'ensemble de la société débitrice et seule la procédure principale le permet en raison de son effet universel. Ce raisonnement vaudrait réciproquement si la procédure principale était ouverte en France. D'ailleurs, dès lors que la loi française du concours s'applique, en dehors de l'hypothèse particulière de l'arrêt *NOB*, les sanctions éventuellement infligées aux dirigeants dépendent de la loi française. La même solution vaut pour les actions révocatoires, actions en nullité de la période suspecte. Si la procédure collective n'est pas ouverte par une juridiction française, elle échappe à la désignation de la loi française et la Cour de cassation le reconnaît. Réciproquement, dès lors que la procédure est ouverte en France, la loi française s'impose pour mettre en œuvre les nullités de la période suspecte (voir, *a contrario*, Com., 2 octobre 2012, pourvoi n° 10-18.005, *Bull.* 2012, IV, n° 175 et Com., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-14.406, *Bull.* 2012, IV, n° 176; voir déjà, en application de la loi espagnole du concours, Com., 5 février 2002, pourvoi n° 98-22.682, *Bull.* 2002, IV, n° 25).

L'hégémonie que la règle de conflit *lex fori concursus* suggère est trompeuse. Indéniablement, dès lors que le juge français est compétent, la loi française s'applique indiscutablement à la procédure collective. L'enjeu tient donc davantage à la compétence du juge français pour traiter « localement » des faillites internationales intéressant la France que dans la désignation de la loi française. Pourtant, alors que son application semble *a priori* hégémonique, en réalité, l'emprise de la loi française se mesure tant au regard des droits en cause que des procédures d'exécution nécessaires à la réalisation des actifs du débiteur, elle doit donc se combiner avec les autres lois applicables aux actions et droits intéressant la faillite internationale. D'arrêt en arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation veille à une désignation utile de la loi française pour assurer la cohérence de la procédure collective ouverte en France mais d'ampleur internationale.

§ 3. La désignation de la loi française et les travailleurs détachés ou expatriés

La Cour de cassation, spécialement la chambre sociale, est confrontée depuis de nombreuses années à la situation de salariés exerçant leurs fonctions partiellement ou totalement à l'étranger, que ce soit sous le régime du détachement ou sous celui de l'expatriation. La question de l'application de la loi française se pose à la fois en droit du travail (A) et en droit de la sécurité sociale (B).

A. En droit du travail

L'application de la loi française peut résulter de la mise en œuvre de différentes règles juridiques, pour l'essentiel mais pas exclusivement, issues de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, remplacée par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008

sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « Rome I »), entré en vigueur le 17 décembre 2009.

Pour la période antérieure à l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 1991, de cette Convention de Rome de 1980, la chambre sociale jugeait que, à défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat de travail est régi, sauf s'il présente des liens plus étroits avec un autre pays, par la loi du pays où le salarié en exécution du contrat accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays (Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-41.452, *Bull.* 2001, V, n° 303). Le choix par les parties de la loi applicable peut toutefois être implicite. S'agissant d'un salarié d'une entreprise de restauration collective affecté sur des plates-formes pétrolières dans différents points du globe, la chambre sociale, dans une décision plus récente, a ainsi approuvé une cour d'appel qui a retenu que les parties avaient l'intention implicite de soumettre la relation de travail à la loi française, après avoir constaté que, si les contrats de travail étaient conclus, pour l'essentiel, par des sociétés de droit étranger, il n'était pas contesté que c'est la société mère du groupe, établie en France, qui organisait l'affectation du salarié auprès de ses filiales étrangères, exerçant de la sorte un pouvoir de direction, que la direction générale et la base arrière de la division Afrique se trouvaient au siège du groupe en France, que tous les contrats de travail étaient rédigés en français et fixaient pour la plupart d'entre eux une rémunération en francs, incluant la rémunération des conditions particulières de travail liée à l'expatriation du salarié, qu'ils tenaient tous compte de la domiciliation en France du salarié en stipulant que les frais de déplacement entre le lieu de sa résidence principale et son lieu d'emploi seraient à la charge de l'employeur, que le lieu de travail fixé dans le contrat de travail a toujours été conçu comme une affectation provisoire, le salarié étant appelé à revenir en France à la fin de chaque mission (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.374, *Bull.* 2012, V, n° 19).

Pour la période postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome précitée, l'on sait que, selon son article 6, § 2 (article 8, §§ 2 à 4 du règlement « Rome I »), à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

« a.) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ;

ou

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur ;

à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable. »

L'application de la loi française sur le terrain de la Convention de Rome peut donc résulter, en premier lieu, de la détermination du lieu d'accomplissement habituel du travail par le salarié, même si celui-ci exerce son activité dans plusieurs États, dès lors que le juge peut discerner un rattachement significatif au territoire français, en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 15 mars 2011, Koelzsch, C-29/10) selon laquelle, compte tenu de l'objectif poursuivi par l'article 6 de la Convention de Rome, il y a lieu de constater que le critère du pays où le travailleur « accomplit habituellement son travail », édicté au § 2, a, de celui-ci, doit être interprété de façon large, alors que le critère du siège de « l'établissement

qui a embauché le travailleur», prévu au § 2, b, du même article, devrait s'appliquer lorsque le juge saisi n'est pas en mesure de déterminer le pays d'accomplissement habituel du travail, et qu'il découle de ce qui précède que le critère contenu à l'article 6, § 2, a, de la Convention de Rome a vocation à s'appliquer également dans une hypothèse où le travailleur exerce ses activités dans plus d'un État contractant, lorsqu'il est possible, pour la juridiction saisie, de déterminer l'État avec lequel le travail présente un rattachement significatif.

C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu l'application de la loi française s'agissant du personnel des compagnies d'aviation exploitant des lignes aériennes à partir d'un aéroport situé sur le territoire national (Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-17.096, *Bull.* 2012, V, n° 119) dès lors que les salariés affectés à l'activité de transport aérien avaient le centre effectif de leur activité professionnelle dans un aéroport international situé en France, lequel était la base à partir de laquelle les salariés commençaient et terminaient toutes leurs prestations de travail et où ils assuraient les tâches administratives et les jours d'astreinte, peu important que des cycles de rotations les aient conduits dans différents pays du globe et même si les plannings de vols adressés aux pilotes étaient établis en Grande-Bretagne où était aussi situé le lieu d'entraînement sur simulateur.

Indépendamment de la conception particulière aux salariés exerçant une activité mondialisée du lieu d'accomplissement habituel du travail, l'application de la loi française peut résulter également, et en deuxième lieu, de l'existence de liens plus étroits avec la France au sens de l'article 6, § 2, de la Convention précitée, malgré un lieu habituel d'exercice des fonctions à l'étranger.

Dans l'arrêt précité du 25 janvier 2012 relatif à un salarié exerçant ses fonctions sur des plates-formes pétrolières, la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi, pour la période postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, approuvé la cour d'appel qui, ayant constaté que le salarié n'accomplissait pas habituellement son travail dans un même pays et qu'il était demeuré sous la subordination de la société mère du groupe, que le pouvoir de direction émanait de façon constante de cette société qui l'exerçait soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales françaises, que la majorité des lettres adressées au salarié émanait de sociétés immatriculées en France, lesquelles lui notifiaient notamment ses détachements et mutations, et retenu qu'il convient d'envisager la relation contractuelle dans son ensemble pour déterminer la loi qui lui est applicable et que la continuité du lien contractuel avec la société mère du groupe fait obstacle à l'application de la loi de chacun des pays où se trouvent les différents établissements qui l'ont embauché, a pu en déduire que les contrats de travail successifs présentaient des liens plus étroits avec la France et a exactement décidé que la loi française était applicable au litige.

Quand bien même la loi française n'est pas applicable au contrat de travail du fait du choix explicite fait par les parties de l'application d'une loi étrangère, l'on rappellera que, aux termes de l'article 6, § 1, de la Convention de Rome précitée, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du § 2 du même article. Il résulte par ailleurs des dispositions de l'article 3, § 3, de la Convention de Rome que les dispositions impératives d'une loi sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par

contrat. L'application de la loi française, en tout cas de ses dispositions impératives qui sont nombreuses en droit du travail, peut alors résulter de l'application de cette règle.

La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé (Soc., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-16.269, *Bull.* 2015, V, n° 203), après avoir décidé qu'il ne peut être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement, qu'une cour d'appel avait violé l'article 6, § 1, de la Convention de Rome précitée en retenant, pour dire la loi belge applicable au contrat de travail, qu'il apparaît de l'appréciation globale des dispositions de la loi belge régissant les contrats de travail que la possibilité pour l'employeur de rompre le contrat aux torts du salarié et sans indemnités de rupture en cas d'abandon de poste est encadrée par des conditions de forme et de fond, en ce que l'employeur supportera la charge de prouver le caractère gravement fautif de l'attitude du salarié excluant la possibilité de poursuivre la relation contractuelle, alors que la cour d'appel avait retenu par ailleurs qu'à défaut de choix de la loi belge le contrat de travail présentait des liens plus étroits avec la France qu'avec la Belgique et qu'il aurait dû ressortir à l'application de la loi française, et qu'en l'absence en droit belge de l'obligation pour l'employeur de procéder à un entretien préalable lors de la « prise d'acte » par ce dernier de la rupture du contrat de travail aux torts du salarié, la loi française était plus favorable (voir aussi, sur l'application des dispositions impératives plus favorables de la loi française qui aurait été applicable à défaut de choix par les parties d'une loi étrangère, Soc., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.497, *Bull.* 2015, V, n° 152 ; Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-18.566 ; Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.019).

L'on relèvera qu'au titre des dispositions impératives de la loi française figurent non seulement certaines dispositions du code du travail, mais aussi les dispositions de certaines conventions de l'Organisation internationale du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de cour d'appel qui, pour débouter un salarié de ses demandes après la rupture de son contrat de travail, a énoncé qu'il n'existait aucune disposition d'ordre public en droit français interdisant, au moment de cette rupture, une période d'essai de un an et qu'ainsi le salarié ne pouvait solliciter l'application d'aucune disposition impérative de la loi française pouvant sur ce point se substituer à la loi irlandaise à laquelle le contrat de travail était soumis, alors que la cour d'appel avait constaté que, pendant l'intégralité de la durée de la relation contractuelle, le contrat de travail avait été exécuté en France et que les dispositions de l'article 2 de la Convention (n° 158) adoptée le 22 juin 1982 de l'Organisation internationale du travail (OIT) constituant des dispositions impératives, est déraisonnable une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an (Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-25.580, *Bull.* 2013, V, n° 82).

Par ailleurs, le choix initial par les parties au contrat de travail d'une loi étrangère ou l'accomplissement habituel du travail à l'étranger n'interdisent pas au juge de considérer que, lors de la rupture du contrat de travail, les parties ont entendu explicitement ou implicitement se soumettre aux dispositions de la loi française. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé (Soc., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-22.166, *Bull.* 2012, V, n° 317) que, l'article 3 de la Convention de Rome précitée prévoyant que le contrat est régi par la loi choisie par les parties et que ce choix, qui peut être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de la cause, peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie seulement et intervenir ou être modifié à tout moment de la vie du

contrat, une cour d'appel, ayant relevé que l'employeur avait engagé la procédure de licenciement économique selon les règles du droit français et avait déterminé les droits du salarié licencié par application de ce même droit, ce que le salarié avait accepté en revendiquant cette même application, a pu décider qu'il résultait de façon certaine des circonstances de la cause que les parties avaient choisi de soumettre la rupture de leur contrat de travail aux règles du droit français, peu important que ce contrat fût en principe régi par le droit allemand en tant que loi du lieu d'accomplissement du travail.

La théorie du coemploi peut également conduire le cas échéant à l'application de la loi française dès lors que le salarié, malgré son détachement auprès d'une filiale étrangère ou son expatriation, est demeuré par ailleurs sous la subordination d'une société française. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi à l'encontre d'un arrêt de cour d'appel qui, ayant constaté que, malgré son détachement auprès d'une société espagnole avec laquelle elle était liée par un contrat de travail, la salariée était restée sous la subordination effective de la société française, qui avait en outre pris en charge sa rémunération, en a déduit à bon droit que la rupture du contrat unissant la salariée à la société de droit français demeurait soumise à la loi française, quelle que soit la loi applicable dans les relations avec la société de droit espagnol (Soc., 25 octobre 2011, pourvoi n° 09-43.536).

L'on précisera toutefois que la question du coemploi est régie par la loi applicable au contrat de travail du salarié avec son employeur direct (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-28.537, *Bull.* 2012, V, n° 63 ; Soc., 21 mai 2014, pourvoi n° 13-11.694), ce qui peut conduire à ce que l'appréciation de la qualité de coemployeur se fasse en application de la loi étrangère si celle-ci connaît cette notion (voir, pour l'exemple du droit de l'État de New York, Soc., 8 février 2012, précité).

B. En droit de la sécurité sociale

Au sein de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des travailleurs implique la mise en œuvre de règles de coordination, qui sont imposées aux États membres conformément à la primauté du droit de l'Union européenne dans la hiérarchie des normes.

Les principes d'unicité de la législation applicable et de rattachement du travailleur à la législation de l'État d'emploi ont été institués par l'article 13, paragraphes 1 et 2, du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, auquel a succédé le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé, les dispositions du titre II « Détermination de la législation applicable » du règlement n° 1408/71 constituent un système complet et uniforme de règles de conflits de loi dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités (CJUE, arrêt du 4 octobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, C-115/11). Ces règles de

coordination ont pour objectif d'éviter une double affiliation tout en s'assurant d'une continuité de la couverture du travailleur par un régime de protection sociale.

En principe, une personne qui travaille sur le territoire d'un État membre est soumise à la loi nationale de cet État. Toutefois, afin d'éviter que des complications administratives n'entravent la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services, une dérogation au principe *lex loci laboris* est prévue dans plusieurs cas, au nombre desquels figure celui du salarié travaillant habituellement dans un État membre et qui est temporairement détaché par son employeur sur le territoire d'un autre État membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celui-ci, dans les conditions définies par l'article 14, point 1, sous a, du règlement (CEE) n° 1408/71 précité.

À la demande du travailleur salarié ou de son employeur, l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation sociale reste applicable délivre un certificat attestant que le salarié demeure soumis à cette législation et indiquant jusqu'à quelle date (article 11, point 1, du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71). Ce document standardisé, dénommé certificat E 101 (devenu l'attestation A 1), a pour finalité l'administration de la preuve et l'évitement des conflits de lois.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que la délivrance du formulaire E 101 crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État d'envoi pour la durée du détachement, et s'impose non seulement à l'État d'emploi (CJCE, arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97 ; CJCE, arrêt du 30 mars 2000, Banks e.a., C-178/97), mais aussi au juge national (CJCE, arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05), aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide. Cette jurisprudence a, depuis, été intégrée à l'article 5 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 précité.

Par deux arrêts du 6 novembre 2015 (Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 14-10.182 et pourvoi n° 14-10.193, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 7 et n° 8, *Rapport* 2015, p. 115 ; *BICC* n° 839, 1^{er} avril 2016, p. 11), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les conséquences de l'absence de production de cette attestation dans un cas de détachement de salariés, et plus précisément sur la question de savoir si la régularité de la situation sociale d'un cocontractant étranger pouvait résulter de tous autres documents pertinents.

Dans ces affaires, en application de la règle de la solidarité financière des donneurs d'ordres, résultant de l'article L. 8222-2 du code du travail, une société immatriculée en France s'était vu réclamer les cotisations sociales non payées par une société sous-traitante, de droit portugais, ayant fait l'objet d'un procès-verbal pour travail dissimulé, pour ne pas s'être fait remettre par celle-ci « un document attestant de la régularité de la situation sociale [du cocontractant] au regard du règlement [(CEE) n°]1408/71 [du 14 juin 1971] », comme l'exigent les dispositions de l'article D. 8222-7, 1^o, b, du code du travail.

La détermination de la situation sociale du cocontractant renvoyait à la législation applicable selon les règles de coordination instituées par le titre II du règlement (CEE) n° 1408/71 précité, applicable aux faits de l'espèce, et impliquait donc que la société de

droit portugais, amenée à faire travailler ses salariés en France, sollicite la délivrance auprès de l'organisme de sécurité sociale portugais compétent d'un certificat attestant que les salariés demeuraient soumis à la législation portugaise.

Invalidant l'analyse des juges du fond qui avaient jugé suffisante la production de divers documents émanant des autorités portugaises, autres que le formulaire E 101, la Cour de cassation énonce que le certificat E 101 est donc le seul document susceptible d'attester la régularité de la situation sociale du cocontractant établi ou domicilié à l'étranger au regard du règlement (CEE) n° 1408/71, au sens de l'article D. 8222-7, 1°, b, du code du travail.

Ainsi, en cas de détachement de salariés, il ne revient pas au donneur d'ordres établi en France le soin d'apprécier la pertinence ou non des documents qui peuvent lui être remis par son cocontractant établi dans un autre pays de l'Union européenne; seul le certificat E 101 est propre à attester la régularité de la situation sociale de celui-ci. En l'occurrence, l'affiliation au régime de sécurité sociale portugais des salariés détachés en France n'étant pas établie, le régime français trouvait donc à s'appliquer, motivant un redressement de cotisations à l'encontre du donneur d'ordres tenu au titre de la solidarité financière avec le sous-traitant.

En revanche, lorsqu'un certificat E 101 a été délivré, mais qu'il est constaté que les conditions de l'activité du salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires au principe *lex loci laboris*, la force probante attachée à ce document doit-elle continuer à s'imposer aux institutions et au juge de l'État d'emploi quelles que soient les circonstances ?

Tel est le sujet de la question préjudicielle qui a fait l'objet d'un renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 novembre 2015 (Ass. plén., pourvoi n° 13-25.467, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 9, *Rapport* 2015, p. 117; *BICC* n° 839, 1^{er} avril 2016, p. 15).

En l'occurrence, les membres du personnel d'une entreprise de droit allemand, embauchés sous contrats de travail de droit suisse, exerçaient des fonctions hôtelières sur des bateaux de croisière, de façon exclusive, sur le territoire français.

La Cour de justice de l'Union européenne, après avoir rappelé que «le présent arrêt ne préjuge pas du point de savoir si les travailleurs concernés relèvent ou non du champ d'application de l'article 14 du règlement n° 1408/71 ni de la législation applicable auxdits travailleurs», a réaffirmé sa jurisprudence sur la force obligatoire du certificat de détachement en précisant que «le certificat E 101/A1 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel le travailleur salarié se rend pour effectuer un travail, de sorte que ce certificat lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71» (arrêt du 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff/Urssaf d'Alsace venant aux droits de l'Urssaf du Bas-Rhin, C-620/15).

La Cour de justice ayant répondu dans les limites de la question préjudicielle, laquelle, selon les conclusions de l'avocat général, «ne tend pas à obtenir des précisions concernant l'applicabilité de la jurisprudence de la Cour sur l'effet contraignant du certificat E 101 en cas d'abus de droit ou de fraude», la solution ne préjuge pas de

celle qui serait retenue dans l'hypothèse d'un abus de droit ou d'une fraude de la part du travailleur ou de son employeur.

Section 2. La désignation de la loi française par dérogation à la règle de conflit : les lois de police

La loi de police permet d'écarter le jeu normal de la règle de conflit. Saisi d'un litige mettant en cause des parties domiciliées à l'étranger, ou un contrat conclu ou exécuté ou un fait commis à l'étranger, le juge français écartera la mise en œuvre des critères posés par la règle de conflit pour appliquer la loi de police française qui s'impose à lui. Autrement dit, la qualification de loi de police intervient avant l'application des critères de la règle de conflit qu'elle rend sans objet.

L'examen des principes généraux relatifs aux lois de police (§ 1) précédera l'étude particulière de la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les fonds de garantie (§ 2).

§ 1. Les principes

On envisagera tour à tour la notion (A), l'identification (B) et le champ d'application de la loi de police (C).

A. La notion de loi de police

Si l'expression «loi de police» figure à l'article 3 du code civil : «les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire», ce texte n'en donne pas de définition. Il se borne à affirmer le caractère impératif de ces lois sans poser de critère permettant leur identification. Or, il est bien rare qu'une telle qualification soit donnée directement par le législateur.

À ce stade, il faut rappeler que la notion de loi de police est distincte de celle de loi d'ordre public. Elles n'ont ni le même sens ni la même fonction en droit interne et en droit international privé. «En droit interne, les lois d'ordre public sont celles qui ne supportent pas les conventions contraires» (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., 2013, n° 378). Il s'agit de la règle posée à l'article 6 du code civil qui prohibe toute dérogation, par des conventions particulières, aux lois d'ordre public. En droit international privé, dans le domaine des conflits de lois, l'exception d'ordre public est une technique d'éviction de la loi étrangère regardée comme incompatible avec l'ordre juridique du for. «Par exemple, si une union bigamique contractée en France est déclarée valable par la loi étrangère compétente, l'ordre public français s'opposera à ce que cette loi soit appliquée, et le juge prononcera la nullité du second mariage conformément à la loi française» (P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd., 2014, n° 204).

Il n'y a pas de coïncidence nécessaire entre les domaines respectifs des ordres publics interne et international. «Un exemple permet de s'en convaincre. Les dispositions concernant l'état et la capacité des personnes sont presque toujours impératives en droit interne. Et cependant le rattachement du statut personnel à la loi nationale

a pour conséquence d'entraîner très fréquemment l'application en la matière de lois étrangères» (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 378).

«La notion d'ordre public est en réalité toute différente de celle de lois de police» (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 380) et cela à un double titre : en premier lieu, une règle d'ordre public interne n'est pas nécessairement une loi de police, comme le montre de façon claire l'exemple du droit réglant l'état des personnes mentionné ci-dessus. En second lieu, la reconnaissance d'une loi de police «conduit à appliquer [cette] loi de police comme loi normalement compétente, la loi désignée par la règle de conflit ordinaire ne disposant pas de cette compétence du fait que la règle de conflit elle-même est tenue à l'écart, comme non pertinente en l'espèce, par la loi de police qui y déroge» (Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *ibid.*), alors que c'est seulement après désignation d'une loi étrangère que l'exception d'ordre public international est utilisée pour en exclure l'application.

Ce rappel étant fait, l'identification d'une loi de police s'avère très délicate. La doctrine s'est attachée à définir la notion, et notamment Phocion Francescakis qui, à la fin des années 1950, a tenté de dessiner les contours de ce qu'il appelait également une loi d'application immédiate. Il en a donné une définition en se fondant sur leur contenu : «lois dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays» (*Rev. crit. DIP* 1974, 3^o, p. 275). Cette définition, que beaucoup ont jugée trop étroite pour exclure, par sa formulation, les lois protectrices d'une partie présumée faible (le consommateur par exemple), a néanmoins largement inspiré le juge communautaire. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne (alors dénommée Cour de justice des Communautés européennes), saisie sur renvoi préjudiciel d'une juridiction belge, dans le cadre de poursuites pénales engagées contre des sociétés de droit français et leur gérant ayant détaché des travailleurs sur un chantier de construction industrielle en Belgique, pour ne pas avoir respecté certaines dispositions de la législation belge en matière d'emploi et de rémunération des travailleurs, considérées comme relevant de la catégorie des lois de police et de sûreté, en raison de leur caractère protecteur des travailleurs, a été interrogée sur la compatibilité de ces dispositions nationales avec les règles du traité en matière de libre prestation de services; par un arrêt du 23 novembre 1999 elle a précisé comme suit le sens qu'il fallait donner à «lois de police et de sûreté» : «il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci» (CJCE, arrêt du 23 novembre 1999, Arbalde, C-369/96 et C-376/96). On retrouve une approche comparable dans l'arrêt de la Cour de justice du 9 novembre 2000 (CJUE, arrêt du 9 novembre 2000, Ingmar/GB, C-381/98).

S'inscrivant dans la droite ligne de cette jurisprudence communautaire, le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement «Rome I» comme succédant à la Convention de Rome) prend le soin de définir la notion de loi de police avant d'en déterminer les effets sur le juge saisi selon la distinction traditionnelle (entre la loi de police du for et la loi de police étrangère). Ainsi, aux termes de l'article 9, § 1, «une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays

pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le règlement».

La notion reste néanmoins difficile à cerner, au point que Phocion Francescakis lui-même reconnaissait que celle-ci était frappée d'une imprécision « congénitale » (*Rev. crit. DIP* 1966, p. 6). En effet, comme l'a relevé avec justesse Yvon Loussouarn, « il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les États modernes, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux... En réalité, il existe entre les lois de police et les autres une simple différence de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile... S'agissant d'une question de degré, de mesure, la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative » (*Cours général de droit international privé*, Rec. Acad. La Haye, 1973, II, p. 328-329), cité par P. Mayer et V. Heuzé (*Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd., 2014, n° 125) qui qualifient « ces remarques [de] pertinentes ».

B. L'identification de la loi de police par le juge

Cet examen, rendu nécessaire par le fait déjà souligné que, le plus souvent, le législateur ne précise pas si la loi qu'il édicte est une loi de police, appartient au juge, lequel se prononce au cas par cas, disposition par disposition.

Les décisions rendues ne livrent pas toujours les éléments qui ont permis de retenir ou d'écarter la qualification de loi de police.

Certaines décisions se contentent d'affirmer que telle disposition est une loi de police ou ne l'est pas.

C'est ainsi le cas d'un arrêt de la première chambre civile, rendu le 28 mai 1991, qui affirme que les règles protectrices du droit moral de l'auteur au respect de l'intégrité de son œuvre artistique ou littéraire issues des articles 1^{er}, alinéa 2, de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 et 6 de la loi du 11 mars 1957 « sont des lois d'application impérative » (1^{re} Civ., 28 mai 1991, pourvoi n° 89-19.725, *Bull.* 1991, I, n° 172), ou celui du 19 octobre 1999 qui indique : « Mais attendu que [...] la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français » (1^{re} Civ., 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-17.650, *Bull.* 1999, I, n° 281), ou encore l'arrêt de la chambre commerciale du 28 novembre 2000 dans les termes suivants : « Mais attendu que la loi du 25 juin 1991 [relative aux rapports entre les agents commerciaux et leur mandants], codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, [...] n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international » (Com., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-11.335, *Bull.* 2000, IV, n° 183, *Rapport* 2000, p. 367).

D'autres, et notamment dans les affaires soumises au droit communautaire, se réfèrent à la définition reprise dans le règlement dit « Rome I » précité. C'est le cas de la chambre commerciale qui a ainsi écarté dans ces termes l'application de la loi : « Attendu que l'article L. 132-8 du code de commerce conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garants du paiement du prix du transport n'est pas une loi dont l'observation

est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police» (Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 10-12.154, *Bull.* 2010, IV, n° 131), de la chambre mixte: «que s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles» (Ch. mixte, 30 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.006, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 12, *Rapport* 2007, p. 481) et, plus récemment, de la première chambre civile qui a jugé que les exigences formelles fixées aux articles L. 341-1 et L. 341-3 du code de la consommation, dont il est souligné qu'elles sont prescrites afin de protéger la personne qui s'engage en qualité de caution, «[...] ne sont [pas] des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable, et de constituer une loi de police» (1^{re} Civ., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-10.373, *Bull.* 2015, I, n° 209).

D'autres encore se réfèrent à l'objectif du législateur. C'est le cas dans un arrêt du 14 janvier 2004 : «Attendu [...] que constitue une loi de police du for au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 applicable, l'article 10 de la loi française du 3 janvier 1967, qui prescrit, pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés, la rédaction d'un écrit comportant les mentions propres à l'identification des parties et du navire, dès lors que cette exigence a pour fonction le respect d'une réglementation devant assurer, pour des motifs impérieux d'intérêt général, un contrôle de sécurité de navires armés au commerce ou à la plaisance leur conférant le droit de porter le pavillon français avec les avantages qui s'y rattachent et devant donner au cocontractant toutes les informations sur l'individualisation et les caractéristiques du navire» (Com., 14 janvier 2004, pourvoi n° 00-17.978, *Bull.* 2004, IV, n° 9), d'un arrêt du 3 juin 2004 : «Mais attendu que la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) institue un droit à réparation du dommage résultant d'une infraction commise à l'étranger; que cette loi est destinée à assurer une indemnisation fondée sur la solidarité nationale, au moyen d'un système de garantie du risque social de la délinquance, confié à une juridiction civile spécialisée, avec une dérogation à la règle d'application de la loi du lieu du délit; qu'elle a, ainsi, le caractère d'une loi d'application nécessaire excluant toute référence à un droit étranger» (2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-12.989, *Bull.* 2004, II, n° 265; sur cette question, voir *infra*, § 2) et encore d'un arrêt du 10 octobre 2012, statuant dans une affaire où un ressortissant belge, venant à la succession de ses parents décédés en Belgique, a saisi une juridiction française d'une demande d'attribution préférentielle d'un immeuble situé en France : «Mais attendu [...] que la cour d'appel a retenu à bon droit que les règles relatives à l'attribution préférentielle sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble» (1^{re} Civ., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-18.345, *Bull.* 2012, I, n° 194).

Ces décisions témoignent d'une recherche de la finalité de la loi et de l'importance des intérêts en cause, recherche afin de déterminer s'il est exigé, pour assurer l'efficacité de la loi, que celle-ci régisse impérativement la situation.

C. Le champ d'application de la loi de police

L'identification de la loi de police est étroitement liée à celle de la détermination de son champ d'application. Certes, l'exercice de qualification intervient dans le premier temps du raisonnement : ce n'est qu'après avoir examiné si la loi considérée, ou certaines de ses dispositions, répondent aux conditions requises pour sa qualification de loi de police qu'il convient, dans l'hypothèse où tel serait le cas, de rechercher si la situation litigieuse entre dans les prévisions de la loi ou des dispositions ainsi qualifiées. Ce serait inverser le raisonnement que de partir de son champ d'application dans l'espace, quelquefois précisé par le législateur, pour en inférer l'existence d'une loi de police. Mais la caractérisation d'une loi de police s'opère, notamment, au regard du degré d'impérativité que commande la réalisation des objectifs législatifs poursuivis. Sa qualification requiert donc une appréciation de la nécessité de son application « expansionniste ». Réciproquement, le champ d'application dans l'espace d'une loi de police, une fois sa qualification acquise, se déduit de la finalité impérieuse qui lui est assignée : « toute loi de police possède un domaine d'application nécessaire déduit de l'objectif qu'elle poursuit » ; « de telles lois doivent être appliquées par le juge dès que la réalisation du but qu'elles poursuivent le postule, même si la règle de conflit ne les désigne pas : ce sont des règles d'application nécessaire » ; « il faut déterminer les cas dans lesquels son application est nécessaire pour que le but recherché soit atteint » (Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Dalloz, 10^e éd., 2013, p. 89 et p. 91). Cette relation étroite entre la qualification et la détermination du champ d'application géographique d'une loi de police explique que « la pertinence du critère [le critère de rattachement qui déclenche l'application d'une loi de police] est le meilleur test de la justesse de la qualification » dès lors que « ce critère doit être en parfaite adéquation avec le but poursuivi par la loi de police » (M.-L. Niboyet, *Gazette du Palais*, 22 mars 2008, n^o 82, p. 34).

La chambre mixte, dans l'arrêt du 30 novembre 2007 précité, a retenu que les dispositions protectrices du sous-traitant figurant dans la loi du 31 décembre 1975 avaient la nature d'une loi de police dès lors qu'il s'agissait de la construction d'un immeuble situé en France. C'est en appliquant ce raisonnement que la chambre commerciale a censuré une cour d'appel pour avoir fait application de la même loi « sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par le texte précité » (Com., 27 avril 2011, n^o 09-13.524, *Bull.* 2011, IV, n^o 60) et, plus récemment a approuvé une cour d'appel d'avoir déduit « qu'en l'absence de tout autre critère de rattachement à la France qui soit en lien avec l'objectif poursuivi, tels que le lieu d'établissement du sous-traitant, mais également le lieu d'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous traités, lesquels sont tous rattachés à l'Italie, la condition du lien de rattachement à la France, exigée pour faire, conformément à l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, une application immédiate à l'opération litigieuse des dispositions de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975, et, pour les mêmes motifs, de l'article 12 de la même loi, n'est pas remplie » (Com., 20 avril 2017, n^o 15-16.922, publié au *Bulletin*).

Il faut souligner que, dans les affaires présentant un élément d'extranéité situé dans l'Union européenne, la qualification, et surtout l'application de la loi de police, sont subordonnées au respect des exigences du traité relatives aux grandes libertés qui gouvernent le marché intérieur. Il s'ensuit que, lorsque l'application de la loi de police du

for est susceptible de constituer une entrave aux échanges régis par le traité, son application n'est admise que si l'entrave est justifiée par la poursuite d'un objectif d'intérêt général, reconnu par le traité ou dégagé par la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui n'est pas toujours le cas des objectifs poursuivis par les lois de police. Cette entrave doit également être proportionnée, ce qui implique qu'il n'existe pas de mesure moins restrictive pour atteindre cet objectif, étant précisé que celui-ci peut aussi être poursuivi par la législation étrangère concurrente (celle d'un autre État membre, qui peut, elle aussi, constituer, dans ce pays, une loi de police) de sorte que, dans ce cas, l'examen de proportionnalité auquel est soumise la loi de police du for suppose une comparaison du contenu de ces deux lois, dont l'issue peut paralyser le jeu de celle-ci (dans l'hypothèse où la loi étrangère offrirait un niveau suffisant de garantie de l'objectif commun, équivalent ou supérieur à celui assuré par la loi de police du for). L'applicabilité des lois de police connaît donc une limite fonctionnelle « à double détente » : non seulement elles n'ont pas vocation à s'appliquer au-delà du domaine déterminé par la fonction qui leur est assignée, mais, en plus, cette fonction doit être confrontée aux objectifs poursuivis par d'autres ordres juridiques nationaux (ceux des États membres de l'Union européenne), afin de s'assurer que leur application demeure, d'un strict point de vue fonctionnel, justifiée et proportionnée. Il en va de la cohérence dans la mise en œuvre de la politique législative du pays du for. Ce mécanisme impose donc au juge un double mouvement : après s'être centré sur « sa » loi (la loi du for), pour la qualifier de loi de police et en déterminer le champ d'application au regard de sa finalité, il lui appartient de se décentrer en élargissant son regard à des lois étrangères afin d'apprécier les conséquences qui découleraient de l'application extensive de la loi du for dans le litige.

Dans ce processus de qualification et d'identification, et de champ d'application, le juge national peut être tenté de retenir la qualification de loi de police du for. Cette qualification présente l'indéniable avantage de simplifier sa tâche non seulement en rendant, en principe, inutile la recherche de la loi applicable par la consultation de la règle de conflit de lois pertinente, ce qui aboutit à une économie dans le raisonnement, mais aussi en favorisant l'application de la loi du for, qui est bien évidemment plus connue du juge que celle de la loi étrangère. Pourtant, il doit avoir à l'esprit que la loi de police vient déroger à l'application de principe des règles de conflit. Elle ne peut donc intervenir que par exception, ce qui milite en faveur d'une interprétation restrictive de la notion.

On peut citer, en ce sens, H. Gaudemet-Tallon : « Les lois de police traduisent une emprise particulière de l'État sur les rapports de droit privé et il est certain que cette emprise est importante. Le phénomène est légitime : les objectifs poursuivis sont le plus souvent parfaitement justifiés. Simplement, il faut constater que, privilégiant en général l'application de la loi du for, les lois de police ne sont pas toujours favorables à l'harmonie internationale des solutions. Si elles assurent en général correctement la réalisation de la justice matérielle, en revanche, elles sont moins favorables à la réalisation de la justice conflictuelle (sauf les cas d'ouverture aux lois de police étrangères). Il conviendra donc, en droit international privé, de ne pas étendre cette catégorie au-delà de ce qui est vraiment indispensable » (H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *Rec. des cours*, La Haye, tome CCCXII, p. 263 et p. 264), Françoise Monéger : « La catégorie des lois de police doit rester très étroite. Une extension des lois de police aurait pour conséquence une application impérialiste de la loi du for et une remise en cause du système de règlement des conflits de lois »

(*Droit international privé*, Litec, 4^e éd., 2007, p. 70), ou encore Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières : « si elles sont une sécrétion inéluctable de l'intensification de l'idée de souveraineté liée à l'envahissement par l'État des rapports privés, il ne faut pas oublier qu'elles sont aussi un élément perturbateur de la coordination des systèmes juridiques. Elles constituent donc un mal nécessaire dont il convient de ne pas favoriser les ravages » (Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Dalloz, 2007, p. 157), et enfin Wilfried Boyault et Sophie Lemaire : « la méthode des lois de police étant par essence dérogatoire, son utilisation doit demeurer limitée. Concrètement, la qualification ne saurait être employée qu'à titre exceptionnel en considération d'objets spécifiques de la règle examinée » (« Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face », *D.* 2008, p. 753, commentaire de l'arrêt de la chambre mixte du 30 novembre 2007 précité).

Cette conception restrictive des lois de police est à rapprocher de la règle de qualification, dégagée par certains auteurs, selon laquelle « le doute sur l'existence d'une loi de police profite à la règle de conflit, [...] à défaut de pouvoir prouver le rattachement incontestable de la [loi] en cause à des intérêts généraux, pris en charge par l'État, ladite [loi] ne pourrait recevoir le champ d'application spatial privilégié, propre à cette catégorie de dispositions dotées d'une impérativité internationale renforcée » (Dominique Bureau et Louis d'Avout, *JCP*, éd. gén. n° 40, 4 octobre 2010, 972). Cette règle est présentée comme une illustration du mécanisme général d'articulation entre un principe et une exception à celui-ci : dans le doute, le principe prévaut sur l'exception.

Pour conclure, il convient de souligner que l'existence d'une loi de police applicable au fond du litige ne saurait déterminer la compétence du juge français.

Comme l'a rappelé récemment la Cour de cassation en matière de clause attributive de compétence, « seules les règles de conflit de juridictions doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétente, des dispositions impératives constitutives de lois de police seraient-elles applicables au fond du litige » (Com., 24 novembre 2015, pourvoi n° 14-14.924, *Bull.* 2015, IV, n° 161 ; 1^{re} Civ., 18 janvier 2017, pourvoi n° 15-26.105). L'indifférence de l'existence ou l'applicabilité d'une loi de police au fond sur la compétence du juge pourrait conduire à l'introduction, en matière contractuelle, de clauses attributives de juridiction pour échapper à l'application de la loi de police. De telles clauses sont en effet valables dès lors qu'il s'agit d'un litige international et que la clause ne met pas en échec la compétence territoriale impérative d'une juridiction française. Sous ces seules réserves, de telles clauses doivent recevoir application même lorsque, sur le fond, une loi de police impérative est applicable : voir 1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.823, *Bull.* 2008, I, n° 233, dans une affaire où une société française avait assigné devant une juridiction française son cocontractant, une société américaine, en paiement de dommages-intérêts, sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, pour abus de dépendance économique, la Cour a censuré l'arrêt qui avait rejeté l'exception d'incompétence soulevée par la société américaine, sur le fondement d'une clause attributive des compétences prévue au contrat, au motif qu'étaient applicables des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et que les pratiques discriminatoires avaient été commises sur le territoire national : « qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction [...] visait tout litige né du contrat, et devait, en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police, fussent-elles applicables au fond

du litige, la cour d'appel a violé [l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé] ». Cela étant, la portée du recours à de telles clauses apparaît néanmoins limitée au regard du but poursuivi dès lors que, comme le souligne le conseiller rapporteur de cet arrêt du 22 octobre 2008, devant la juridiction étrangère, la loi de police pourrait être invoquée et le juge compétent pourrait l'appliquer. Et dans l'hypothèse où le juge compétent écarterait la loi de police française, la sanction pourra consister dans le refus de reconnaissance de la décision étrangère au nom de l'ordre international public français.

En matière de succession, la première chambre civile a approuvé pour le même motif une cour d'appel d'avoir décliné sa compétence, alors qu'il était allégué que le *de cuius* avait transféré son domicile en Suisse à la seule fin de faire échec à la loi française sur la réserve héréditaire (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-13.103).

§ 2. Le cas particulier de la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les fonds de garantie

Une personne de nationalité française, victime de faits présentant le caractère matériel d'une infraction, peut, sous certaines conditions, obtenir du Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) la réparation intégrale des préjudices qu'elle a subis. Les dispositions des articles 706-3 et suivants du code de procédure pénale organisant cette procédure d'indemnisation sont applicables aux victimes françaises d'infractions, que les faits aient été commis en France ou à l'étranger.

Saisie par le FGTI d'un pourvoi faisant grief aux juges du fond d'avoir accordé des indemnités à un ressortissant français, victime d'une infraction commise à l'occasion d'un accident de la circulation survenu en Italie, la Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi et affirmé que la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions institue un droit à réparation du dommage résultant d'une infraction commise à l'étranger; que cette loi est destinée à assurer une indemnisation fondée sur la solidarité nationale, au moyen d'un système de garantie du risque social de la délinquance, confié à une juridiction civile spécialisée, avec une dérogation à la règle d'application de la loi du lieu du délit; qu'elle a, ainsi, le caractère d'une loi d'application nécessaire excluant toute référence à un droit étranger (2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-12.989, *Bull.* 2004, II, n° 265; 2^e Civ., 25 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.514, *Bull.* 2007, II, n° 18).

Il s'en déduit que la caractérisation de l'infraction dans sa matérialité doit être effectuée au regard de la seule loi française, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les faits reçoivent une qualification pénale dans la législation de l'État où ils se sont produits.

Les ressortissants étrangers, victimes d'une infraction commise sur le territoire national, peuvent également obtenir du FGTI la réparation des dommages subis, par application de la loi française.

Jusqu'à la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, les ressortissants étrangers, non membres de l'Union européenne, devaient justifier être en séjour régulier sur le territoire national au jour des faits ou de la demande.

La Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la compatibilité des dispositions de l'article 706-3 du code de procédure pénale, en ce qu'elles soumettent l'indemnisation des ressortissants étrangers non communautaires à une résidence régulière sur le territoire français et dispensent de cette condition les ressortissants communautaires, avec le principe d'égalité devant la loi tel que protégé par les articles 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, au motif que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit; que la personne lésée ressortissante d'un État membre de l'Union européenne bénéficie, lorsque les faits sont commis sur le territoire national, des mêmes droits que si elle était de nationalité française, sans condition de résidence; que cette égalité, conférée par le droit communautaire, la place dans une situation juridique différente de celle d'un ressortissant d'un État tiers; que la différence de traitement qui en résulte, liée à l'exigence d'un séjour régulier sous réserve des traités et accords internationaux, est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (2^e Civ., 29 juin 2011, QPC n° 11-40.034).

En outre, saisie d'un pourvoi soutenant que l'exigence d'un séjour régulier de l'étranger victime d'une infraction sur le territoire français constituait une discrimination au regard de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales combiné avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à cette Convention, la Cour de cassation a répondu qu'une telle discrimination reposait sur une justification objective, en ce que la loi prévoyait la nécessité d'un titre de séjour pour les ressortissants étrangers d'un État non membre de l'Union européenne, et raisonnable, dès lors qu'elle avait pour but de préserver le système d'indemnisation des victimes d'infractions pénales qui reposait sur la solidarité nationale (2^e Civ., 26 mars 2015, pourvoi n° 13-25.046, *Bull.* 2015, II, n° 78).

La loi n° 2013-711 du 5 août 2013 précitée a supprimé la condition de régularité du séjour pour les ressortissants étrangers non issus d'un État membre de l'Union européenne, afin d'adapter la législation française à la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011 et ratifiée par la France le 4 juillet 2014.

Par ailleurs, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la compatibilité des dispositions de l'article 706-3, 3^o, du code de procédure pénale telles qu'interprétées par la Cour de cassation selon une jurisprudence constante et limitant le bénéfice des dispositions de ce texte aux citoyens titulaires de la nationalité française au jour de l'infraction, avec les droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, à son article 1^{er}, à l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La Cour a en effet considéré que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux en ce que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en

résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit; que l'article 706-3 du code de procédure pénale permet la prise en charge des victimes d'infractions survenues en France quelle que soit leur nationalité, à condition pour les étrangers non issus d'un État membre de l'Union européenne de bénéficier des traités et accords internationaux et de justifier d'un séjour régulier en France au jour des faits ou de la demande, mais réserve l'indemnisation des faits survenus à l'étranger aux seules victimes ayant la nationalité française lors de la commission des infractions; que cette différence de traitement, qui s'explique par le fait que l'État a un devoir de protection à l'égard de ses nationaux, y compris en dehors de ses frontières, est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (2^e Civ., 5 septembre 2013, QPC n° 13-40.037).

Ainsi, les victimes étrangères ne peuvent être indemnisées par le FGTI que si les faits ont été commis sur le territoire français.

Aux termes de l'article L. 126-1 du code des assurances, les victimes d'actes de terrorisme commis sur le territoire national, les personnes de nationalité française victimes à l'étranger de ces mêmes actes ainsi que leurs ayants droit, quelle que soit leur nationalité, sont indemnisés dans les conditions définies aux articles L. 422-1 à L. 422-3.

La Cour de cassation a récemment examiné la notion d'« actes de terrorisme commis sur le territoire national » au sens de ce texte, à l'occasion d'un pourvoi introduit par des ressortissants allemands, victimes directes ou par ricochet d'un attentat commis en Tunisie, pour lequel deux personnes ont été condamnées par la cour d'assises spéciale de Paris pour complicité d'assassinats et complicité de tentatives d'assassinats ainsi que pour participation à un groupe terroriste, faits commis en France s'agissant de l'une d'entre elles.

Il était soutenu que des actes de terrorisme ayant été commis en France, ainsi que cela résultait de la condamnation prononcée, l'article L. 126-1 du code des assurances était applicable à l'espèce et que les victimes allemandes étaient bien fondées à réclamer au FGTI la réparation de leurs préjudices, bien que l'attentat se soit produit en Tunisie. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif qu'au sens des articles L. 126-1, L. 422-1 et R. 422-6 du code des assurances, le lieu de commission d'actes de terrorisme est celui où survient l'atteinte à la personne de la victime (2^e Civ., 24 mars 2016, pourvoi n° 15-13.737, *Bull.* 2016, II, n° 85).

Positivement, la loi française s'applique soit parce qu'elle est désignée par la règle de conflit soit, par dérogation à la règle de conflit, en raison de la finalité qu'elle poursuit. Négativement, la loi française s'appliquera du fait de l'éviction de la loi étrangère normalement compétente.

Chapitre 2. L'éviction de la norme étrangère

L'éviction de la loi étrangère applicable au litige s'impose en présence d'une fraude à la loi (section 1) ou d'une atteinte à l'ordre public international (section 2).

Section 1. La fraude à la loi

On distinguera la fraude en matière civile (§ 1) de la fraude en matière pénale (§ 2).

§ 1. La fraude en matière civile

Le souci d'échapper aux contraintes d'une loi compétente trop contraignante a suscité, dans le domaine international, la mise en œuvre de procédés d'évitement destinés à rendre apparemment compétente une autre loi nationale, plus libérale au regard de l'objectif poursuivi par les parties. Une telle stratégie présente l'avantage d'une régularité formelle puisque l'application de la loi recherchée va être consacrée par une autorité publique étrangère.

Pour contrer de telles manœuvres, la Cour de cassation a refusé dans l'arrêt *Princesse de Bauffremont* (Civ., 18 mars 1878, grands arrêts n° 6) de donner effet en France à un mariage contracté à l'étranger par une femme en conformité de sa loi nationale, compétente en matière de statut personnel, au motif que son changement de nationalité avait été opéré « dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage ». En effet, la première union contractée en France n'était pas dissoute, les époux étant seulement séparés de corps, la loi française ne reconnaissant pas le divorce, qui ne fut rétabli qu'en 1884.

Cette décision a conduit à l'élaboration, en matière de droit international privé, de la théorie de la fraude à la loi (A) afin de permettre la sanction de ces comportements (B).

A. La notion de fraude à la loi

La fraude consiste, pour évincer la loi applicable, à créer, par la manipulation de la règle de conflit, un lien artificiel de rattachement destiné à rendre compétente la loi souhaitée.

On considère qu'il y a « fraude à la loi lorsque le sujet, par le biais d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire générateur d'un conflit, parvient à provoquer l'application, par une autorité étatique, d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente, dans le dessein exclusif d'en revendiquer les effets dans un ressort différent de celui de la loi appliquée » (E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, n° 560).

Elle se trouve caractérisée lorsque les parties ont « volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente », selon la définition qu'en a donnée la Cour de cassation (1^{re} Civ., 17 mai 1983, pourvoi n° 82-11.040, *Bull.* 1983, I, n° 147).

Il s'agissait, dans l'arrêt *Princesse de Bauffremont* précité, de l'adoption de la nationalité d'un État dont la loi, assimilant la séparation de corps au divorce en ce qui concerne ses effets, permettait de contracter une nouvelle union.

Cette manipulation peut également résulter de la modification du statut juridique d'un immeuble situé en France, devenu artificiellement bien meuble par l'apport fait par son propriétaire, établi aux États-Unis, à une SCI spécialement créée, dont les parts ont été constituées en trust, à seule fin d'é luder la loi successorale française et de

priver ses enfants de leur réserve héréditaire, institution inconnue de la loi américaine (1^{re} Civ., 20 mars 1985, pourvoi n° 82-15.033, *Bull.* 1985, I, n° 103).

Il peut s'agir, encore, d'une action sur la localisation, par un changement de domicile.

Si de telles opérations sont licites en elles-mêmes, elles deviennent frauduleuses à raison du but poursuivi. La fraude suppose, en effet, non seulement un élément matériel, mais encore un élément intentionnel qui doit avoir été déterminant.

Ainsi, dans l'arrêt du 20 mars 1985 précité, a-t-il été relevé pour caractériser l'intention frauduleuse « la manipulation d'une règle de conflits comportant deux éléments de rattachement, manipulation consistant, par une série d'opérations harmonisées, à modifier l'élément de rattachement constitué à l'origine par la nature immobilière du bien, situé en France, devenu ensuite bien meuble, afin d'écarter l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve ».

Mais au-delà de manœuvres sur les règles de conflit de lois, la fraude à la loi peut, en matière internationale, revêtir des formes multiples, les unes n'étant, d'ailleurs, pas exclusives des autres.

La fraude pourra, notamment, résulter de la saisine artificielle du juge étranger dont la compétence sera obtenue par une présentation mensongère destinée à tromper sa religion. La reconnaissance en France a été refusée à une décision de divorce obtenue d'une juridiction américaine par une présentation fallacieuse de la situation existante destinée à induire en erreur le juge étranger, en faisant en sorte d'accréditer, à l'occasion d'un déplacement organisé, que la résidence familiale était demeurée établie sur le sol américain (1^{re} Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-21.365, *Bull.* 2014, I, n° 211).

La fraude pourra, également, être constituée en cas d'action engagée à l'étranger dans le dessein de profiter de l'éloignement géographique du défendeur et d'entraver l'exercice des droits de sa défense. Une telle fraude a été retenue lorsque, par application des dispositions de procédure du for étranger, il a été porté une atteinte délibérée aux droits de l'autre partie que le juge n'était pas en mesure de déceler, l'époux ayant été assigné en divorce devant la juridiction canadienne par voie de publication dans un journal qu'il n'avait aucune chance de lire, après que l'épouse avait sollicité et obtenu la permission de l'assigner, selon ces modalités, sur la déclaration mensongère qu'elle ignorait l'adresse de son mari. En effet, la conformité de la citation à la loi procédurale n'était, dans ce cas, qu'apparente, puisqu'elle avait été fondamentalement viciée par la fraude aux droits de la défense (1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.142, *Bull.* 2003, I, n° 190).

La fraude pourra, enfin, se déduire d'une saisine du juge étranger en vue de l'obtention d'une décision qui n'aurait pu l'être du juge du for, en profitant, par exemple, d'une législation autorisant la répudiation unilatérale (1^{re} Civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.344, *Bull.* 2013, I, n° 204).

En revanche, lorsqu'une partie n'a fait que profiter, dans le souci de la défense de ses intérêts, ce qui ne peut être tenu pour illégitime, des options offertes par la règle de conflit applicable, l'exception de fraude aura plus de difficultés à être retenue. Il en est ainsi lorsqu'un époux s'est borné, en application de la règle de conflit réservant des compétences juridictionnelles concurrentes, à saisir la juridiction compétente de son

État de naissance, dont il a conservé la nationalité mais avec lequel il n'entretient plus que des liens très distendus.

La Cour de justice des Communautés européennes, saisie d'une question préjudicielle, a dit pour droit (CJCE, arrêt du 16 juillet 2009, Hadadi, C-168/08), que lorsque les époux possèdent chacun la nationalité de deux États membres, l'article 3, § 1, b, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, s'oppose à ce que la compétence des juridictions de l'un de ces États membres soit écartée au motif que le demandeur ne présente pas d'autre lien de rattachement avec cet État et que, au contraire, les juridictions des États membres dont les époux possèdent la nationalité sont compétentes en vertu de cette disposition, ces derniers pouvant saisir, selon leur choix, la juridiction de l'État membre devant laquelle le litige sera porté. La Cour de cassation, tirant les conséquences de cette décision, a cassé un arrêt de cour d'appel qui, pour déclarer recevable en France la demande en divorce formée par l'épouse et inopposable le jugement de divorce du tribunal hongrois saisi par le mari, avait relevé que la compétence de la juridiction hongroise était en réalité très fragile et que le litige ne présentait pas de lien suffisant avec cette dernière, alors que les deux époux, résidant en France et naturalisés français, avaient conservé la nationalité hongroise (1^{re} Civ., 17 février 2010, pourvoi n° 07-11.648, *Bull.* 2010, I, n° 37).

Néanmoins, la saisine volontaire d'un juge étranger compétent, dans le cadre d'un *forum shopping*, afin que celui-ci, en appliquant sa propre loi, permette aux parties ou à l'une d'elles d'échapper à une autre loi, pourra être sanctionnée, dans certains cas.

La Cour de cassation a refusé de reconnaître les effets en France d'une décision de divorce étrangère dès lors que la chronologie des procédures démontrait que le mari avait délibérément choisi la juridiction algérienne postérieurement à la procédure engagée en France par son épouse pour échapper aux conséquences financières du divorce prononcé en France (1^{re} Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 03-18.934, *Bull.* 2006, I, n° 177).

Il conviendra, toutefois, de tenir compte de l'attitude adoptée, devant le juge étranger, par la partie qui se prévaut de la fraude. Ainsi a été admise l'opposabilité d'une décision d'une juridiction marocaine prononçant le divorce de deux époux, de nationalité marocaine, en relevant que la femme qui prétendait que ce choix avait été frauduleux, le domicile commun des époux étant établi en France, avait comparu, assistée d'un conseil, devant les juridictions marocaines où elle avait conclu au fond (1^{re} Civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 15-12.379, *Bull.* 2016, I, n° 69).

La réalité de l'avantage poursuivi par l'auteur de la saisine sera également un élément à prendre en considération pour conforter ou exclure la fraude. Ainsi a été reconnue une décision de divorce étrangère, obtenue après la saisine du juge français, dès lors qu'il n'était pas prouvé que le juge américain, juge du lieu de résidence, depuis plus de six mois, de l'épouse, de nationalité américaine, et des enfants, aurait été saisi pour tirer un bénéfice supérieur à celui procuré par la saisine du juge français (1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.769, *Bull.* 2009, I, n° 192, *Rapport* 2009, p. 464).

Il convient, toutefois, de souligner qu'en droit international privé communautaire, le contrôle s'exercera dans des conditions différentes.

Cela s'explique par le fait que la coopération judiciaire européenne en matière civile repose sur le principe de reconnaissance mutuelle qui implique la libre circulation des décisions de justice fondée sur la confiance mutuelle entre les juges des États membres (G. Canivet, « Le rôle du droit et du juge dans la construction européenne », Trèves, 28 juin 2006).

En effet, comme l'a relevé un auteur, « lorsque le juge d'origine a fondé sa compétence sur le domicile du défendeur [...], il est normal que le juge de l'État requis fasse confiance au premier juge quant à l'appréciation de sa compétence » (H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n^{os} 379 et s.).

Le règlement (CE) n^o 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires a, d'ailleurs, supprimé le contrôle de la compétence du juge d'origine (article 24, a).

En application de ces principes, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'exception de fraude à la loi tirée de ce que la compétence d'une juridiction anglaise aurait été obtenue à raison de la domiciliation fictive d'un des époux en Angleterre pour bénéficier de la compétence de la loi et des juridictions anglaises et faire échec à la loi française du divorce, en relevant que la juridiction britannique avait tranché la question de la compétence et répondu aux objections de l'autre époux (1^{re} Civ., 25 mai 2016, pourvoi n^o 15-21.407, *Bull.* 2016, I, n^o 114).

La finalité de la fraude étant l'obtention d'un titre de l'autorité publique étrangère (jugement, acte d'état civil) dont la partie qui l'a mise en œuvre entend se prévaloir, la sanction ne pourra intervenir qu'à l'occasion d'un contrôle exercé *a posteriori* par le juge français.

B. La sanction de la fraude à la loi

La question de la nature de la sanction à appliquer à la fraude a été débattue en doctrine. L'acte frauduleux invoqué devait-il être considéré comme nul ou comme inopposable c'est-à-dire privé de tous ses effets ou, au moins, inapte à développer l'effet recherché ?

La jurisprudence a opté pour l'inopposabilité dont la justification tient, en matière internationale, au fait que la fraude a conduit à l'intervention d'une autorité publique étrangère, judiciaire ou administrative.

Le principe de souveraineté des États ne peut admettre, en effet, que l'État requis puisse s'arroger le droit d'apprécier la validité et de prononcer la nullité d'un titre émanant de l'autorité compétente d'un autre État. L'exception de fraude à la loi conduira, donc, à l'éviction des effets en France de l'acte étranger lequel demeurera valide dans le pays d'origine, sauf à la partie intéressée d'en poursuivre l'annulation devant la juridiction étrangère compétente.

Il convient, toutefois, de réserver le cas des droits acquis par un Français, en violation des conditions de fond exigées par sa loi personnelle. En effet, la nullité du mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, pourra être prononcée en France, lorsque les conditions de fond du mariage régi par sa loi personnelle n'ont pas été respectées

(par exemple en cas de mariage célébré en son absence, voir 1^{re} Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 03-10.072, *Bull.* 2006, I, n° 184).

Lorsque le titre obtenu de l'autorité publique étrangère n'est pas une décision juridictionnelle mais un titre (acte de mariage, acte de naissance...) auquel on entend faire produire des effets, l'exception de fraude sera soulevée soit lors de l'accomplissement des formalités exigées par la législation française, soit dans le cadre d'une instance visant à obtenir l'annulation de l'acte soit, enfin, lorsque l'acte sera opposé en justice.

S'agissant, en particulier, des actes dressés par l'autorité compétente étrangère en matière d'état civil, le contrôle interviendra lorsque leur transcription sur les registres de l'état civil français est sollicitée, celle-ci pouvant être refusée, ou lorsque ces actes sont invoqués pour revendiquer un droit (par exemple pour ouvrir droit à la nationalité française), l'acte étranger pouvant être privé d'effet en France.

En effet, si, selon l'article 47 du code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, ce même texte réserve les cas où d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

Il importe peu à cet égard qu'il ait été sollicité de l'autorité étrangère un jugement supplétif de l'acte irrégulier ou une décision rectificative si cette décision a été obtenue afin de couvrir la fraude révélée par l'acte initial (1^{re} Civ., 13 avril 2016 pourvoi n° 15-18.313).

Dans deux arrêts des 13 septembre 2013 (1^{re} Civ., pourvoi n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176; *Rapport* 2013, p. 531) et 21 mars 2014 (1^{re} Civ., pourvoi n° 13-50.005, *Bull.* 2014, I, n° 45), la Cour de cassation a considéré, en présence d'actes d'état civil étrangers dont la régularité formelle et la conformité des énonciations n'étaient pas contestées, que ces actes ne pouvaient, néanmoins, être transcrits, dès lors que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui conclue entre un père français et une mère porteuse indienne. Elle l'a fait, au visa des articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code, en énonçant que, « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ».

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est revenue, toutefois, sur cette jurisprudence, en considérant, dans un arrêt du 3 juillet 2015 (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50.002, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 4, *Rapport* 2015, p. 105, *BICC* n° 831, 15 novembre 2015, p. 12) que, dès lors que l'acte de naissance n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, la convention de gestation pour autrui conclue entre le père français et la mère porteuse étrangère ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français.

La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans quatre arrêts rendus le 5 juillet 2017, complété cette jurisprudence.

Tout en réaffirmant le principe que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas en elle-même obstacle à la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance étranger, dès lors que les conditions d'application de l'article 47 du code civil sont remplies c'est-à-dire lorsque l'acte n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, elle a précisé que la réalité, au sens de ce texte, ne pouvait être que la réalité des faits et donc, s'agissant d'un acte de naissance, pour le père, la réalité du lien biologique et pour la mère, la réalité de l'accouchement (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvois n^{os} 16-16.901 et 16-50.025, publiés au *Bulletin*).

Elle a jugé que la réalité de l'accouchement ne pouvait être retenue lorsque l'acte de naissance a été établi sur présentation de faux documents relatifs à la grossesse et l'accouchement (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n^o 16-16.495, publié au *Bulletin*) et a exclu la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qui concerne ses mentions relatives à la filiation maternelle déclarée, dès lors que le matériel génétique de la mère d'intention n'avait pas été utilisé (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n^o 15-28.597, publié au *Bulletin*).

Elle a considéré, en revanche, dans cette dernière espèce, que la transcription de la filiation à l'égard du père ne saurait être subordonnée à une expertise judiciaire dès lors qu'il résultait de l'effet de fait attaché à une décision de justice étrangère que son patrimoine génétique avait été utilisé. Elle a jugé, enfin, que l'illicéité de la convention de gestation pour autrui dont est issu l'enfant ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, si les conditions en sont remplies (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n^o 16-16.455, publié au *Bulletin*).

§ 2. La fraude en matière pénale

Deux illustrations en seront données : la première, dans sa forme la plus pure, conduit un État à contourner une procédure contraignante d'entraide répressive internationale, l'extradition, en usant de mécanismes moins formalistes (A) ; la seconde est le fait d'un employeur qui profite indûment de la législation européenne relative au détachement des travailleurs aux dépens de la loi sociale française, plus coûteuse pour lui : la fraude ainsi réalisée est constitutive du délit d'exécution de travail dissimulé (B).

A. L'extradition

La fraude à l'extradition est définie comme étant « tout procédé, nommé (refoulement, reconduite à la frontière, expulsion) ou innomé, par lequel un État, afin d'échapper aux contraintes procédurales ou substantielles d'une extradition, remet à un autre État ou se fait remettre par un autre État un individu, *manu militari*, pour le juger ou lui faire exécuter sa peine [...] ; *a fortiori* [...] l'enlèvement par les agents d'un État d'un individu se trouvant sur le territoire d'un autre État au mépris de la souveraineté de celui-ci » (A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 3^e éd., 2005, n^o 279). Semblablement, pour un autre auteur, « la fraude à l'extradition ou "extradition déguisée" intervient, d'une part, quand la remise de la personne recherchée est effectuée dans un autre cadre procédural pour éviter les difficultés de mise en œuvre d'une procédure d'extradition. Elle est souvent décidée conjointement par l'État requérant et l'État requis, lesquels conviennent du recours à une mesure de refoulement ou

d'expulsion depuis l'État requis à destination de l'État requérant [...]. La fraude à l'extradition intervient, d'autre part, en cas d'enlèvement d'une personne à l'étranger [...]. La fraude à l'extradition intervient enfin quand la personne a été incitée à se rendre sur le territoire d'un État dont elle ignore qu'il la poursuit» (D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., 2015, n° 355).

La fraude à l'extradition ou l'extradition déguisée est rarement invoquée expressément, et concerne en jurisprudence presque exclusivement les poursuites qu'elle a permis à l'État français d'exercer sur son territoire, poursuites dont la nullité est, en conséquence de la fraude, sollicitée.

La fraude à la loi a été invoquée dans une situation où une chambre de l'instruction avait autorisé la remise d'une personne en exécution d'un mandat d'arrêt européen, alors que, par un précédent arrêt, elle avait émis, pour les mêmes faits, un avis favorable à son extradition. Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'«aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdit d'accorder aux autorités judiciaires d'un État membre de l'Union européenne la remise d'une personne, réclamée en exécution d'un mandat d'arrêt européen décerné à raison de faits pour lesquels une procédure d'extradition engagée par cet État, avant le 12 mars 2004, date d'entrée en vigueur des textes relatifs au mandat d'arrêt européen, n'a pas encore été menée à son terme» (Crim., 15 mars 2005, pourvoi n° 05-81.107, *Bull. crim.* 2005, n° 88).

La fraude à l'extradition que commettrait un État étranger ne peut à vrai dire être sanctionnée en France que si les autorités françaises sont saisies, à un titre ou à un autre, de la situation d'une personne recherchée par cet État aux fins de poursuites pénales ou d'exécution d'une condamnation, et la fraude trouverait normalement sa sanction dans le refus opposé par les autorités françaises d'ordonner une mesure par laquelle elles livreraient directement ou indirectement la personne concernée à cet État, refus empêchant celui-ci d'appliquer sa loi pénale à cette personne.

Dans la situation inverse, où les poursuites sont exercées en France à l'encontre d'une personne qui se trouvait initialement à l'étranger, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge que «l'exercice de l'action publique et l'application de la loi pénale à l'égard d'une personne se trouvant à l'étranger ne sont nullement subordonnés à son retour volontaire en France ou à la mise en œuvre d'une procédure d'extradition; que, par ailleurs, les juridictions françaises sont incompétentes pour connaître des conditions dans lesquelles sont intervenues, à l'étranger, l'arrestation et l'expulsion d'une personne par les seules autorités locales agissant dans la plénitude de leur souveraineté (Crim., 21 février 1995, pourvoi n° 94-85.626, *Bull. crim.* 1995, n° 74; Crim., 24 septembre 1997, pourvoi n° 97-83.787, *Bull. crim.* 1997, n° 311).

L'affaire Bozano (CEDH, arrêt du 18 décembre 1986, Bozano c. France, n° 9990/82), dans laquelle une demande d'extradition avait été initialement présentée à la France et sur laquelle un avis défavorable avait été rendu, est un cas typique d'extradition déguisée à laquelle se sont prêtées les autorités françaises au moyen d'un arrêté d'expulsion. Cette affaire a donné lieu à condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 5, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme : ni «régulière» au sens de l'article 5 § 1 f) (art. 5-1-f), ni compatible avec «le droit à la sûreté», la privation de liberté subie par le requérant a été considérée comme constituant, de fait, «une mesure d'extradition déguisée» (§ 60).

En dehors des cas d'utilisation de procédures ou procédés contournant la procédure d'extradition, et seuls constitutifs de la fraude à l'extradition *stricto sensu*, il est aussi des hypothèses dans lesquelles c'est la procédure d'extradition elle-même qui dissimule une fraude.

On la trouve en effet dans l'article 696-4, 2°, du code de procédure pénale qui impose de ne pas accorder l'extradition « lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique », dispositions qui se trouvaient antérieurement dans la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers. La Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 contient une stipulation similaire qui prévoit que l'extradition est refusée « si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée pour une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques » (article 3, § 2). De même, en matière de mandat d'arrêt européen, l'article 695-22, 5°, du code de procédure pénale dispose que « l'exécution d'un mandat d'arrêt européen est refusée s'il est établi que ledit mandat d'arrêt a été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation ou identité sexuelle ».

Selon le Conseil d'État, la règle d'après laquelle l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique a la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, 3 juillet 1996, n° 169219, publié au *Recueil Lebon* ; voir aussi, et pour un arrêt ayant reconnu qu'une extradition avait été demandée dans un but politique, CE, 24 juin 1977, n° 01591, publié au *Recueil Lebon*).

En la matière, la chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment jugé que les motifs par lesquels la chambre de l'instruction a écarté les allégations du demandeur selon lesquelles sa condamnation obéirait à des raisons politiques relèvent de son pouvoir souverain d'appréciation (Crim., 12 juin 2014, pourvoi n° 14-81.932) alors qu'antérieurement elle avait énoncé que le moyen qui revient à critiquer les motifs de l'arrêt qui se rattachent directement et servent de support à l'avis de la chambre de l'instruction sur la suite à donner à la demande d'extradition est irrecevable en application de l'article 696-15 du code de procédure pénale (Crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 13-82.669).

Il y a lieu de relever enfin que l'article 113-8-1 du code pénal qui, au cas où une extradition a été refusée, déclare, sous les conditions qu'il pose, la loi française applicable à la personne réclamée, ne vise pas la situation dans laquelle la demande d'extradition a été présentée dans un but politique ou pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques (pour une appréciation critique de ce texte, voir D. Brach-Thiel, « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1 du code pénal », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 523 et J. Le Calvez, « Réflexions sur l'article 113-8-1 du code pénal », in *Les Droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 591).

B. Le travail dissimulé

Par deux arrêts (Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 11-88.420, *Bull. crim.* 2014, n° 74 et Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-81.461, *Bull. crim.* 2014, n° 75), la Cour de cassation a rejeté les pourvois de deux compagnies aériennes, ayant leur siège social à

l'étranger et condamnées pour travail dissimulé, la société britannique easyJet et la société espagnole Vueling Airlines.

La société britannique easyJet Airline, qui exerçait une activité de transport aérien à caractère permanent à partir d'une base située sur l'aéroport d'Orly, employait des salariés majoritairement français, résidant en France, affectés de fait de manière durable à ladite base aéroportuaire malgré les termes de leur contrat de travail les présentant comme des salariés détachés.

La société Vueling Airlines, qui a son siège en Espagne, avait embauché plusieurs dizaines de salariés navigants, commerciaux ou techniques et les avait détachés sur son établissement de l'aéroport Charles-de-Gaulle, à Roissy; ces salariés étaient titulaires d'un certificat E 101 attestant qu'ils étaient maintenus pendant la période de détachement au régime de sécurité sociale de leur pays d'origine, en l'espèce l'Espagne. L'inspection du travail a considéré que la société susvisée, qui employait les salariés sur une base d'exploitation au sens de l'article R. 330-2-1 du code de l'aviation civile, ne pouvait se prévaloir des dispositions relatives au détachement, son activité étant entièrement orientée vers le territoire national et étant réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire à partir desquels elle était exercée de façon habituelle, stable et continue.

Pour déclarer la société Vueling Airlines coupable de travail dissimulé par dissimulation d'activité pour avoir omis de déclarer ses salariés aux organismes de protection sociale français, les juges du second degré ont relevé que :

- la prévenue exerçait son activité en France dans le cadre d'une succursale ou d'un établissement et en tout cas d'une base d'exploitation au sens de l'article R. 330-2-1 du code de l'aviation civile, en employant trois salariés au sol, titulaires d'un contrat à durée indéterminée, et des dizaines de navigants recrutés en Espagne, présentés comme détachés en France, employés par contrats à durée déterminée et immatriculés au régime de protection sociale espagnol;
- la succursale ouverte en France était dirigée par un directeur de pays, ayant le statut de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail, assisté d'un chef de base, et que, dans ces conditions, l'employeur ne pouvait, aux termes de l'article L. 1262-3 dudit code, se prévaloir des dispositions applicables au détachement;
- la délivrance de certificats d'affiliation E 101 par l'autorité de protection sociale espagnole ne saurait valoir présomption de la validité des détachements des salariés en cause et interdire au juge pénal français de constater la violation intentionnelle des dispositions légales applicables en France, la société Vueling Airlines ayant, d'évidence, volontairement méconnu ces règles pour se placer sous un régime social et fiscal moins lourd et plus permissif.

Le texte fondamental applicable au moment des faits était le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ainsi que le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 précité. Ces règlements ont été remplacés, à compter du 1^{er} mai 2010, par les règlements (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et n° 987/2009 du 16 septembre 2009.

Les règles issues de ces textes peuvent être synthétisées de la manière suivante :

- les personnes ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre,
- la personne salariée est soumise à la législation de l'État sur le territoire duquel elle exerce son activité salariée,
- un salarié exerçant son activité sur le territoire d'un État peut être détaché sur le territoire d'un autre État et demeure, dans ce cas, soumis à la législation du premier État membre,
- s'agissant du personnel exerçant son activité salariée sur le territoire de plusieurs États membres, comme tel est le cas du personnel navigant de la compagnie aérienne en cause, celui-ci est soumis à la législation du siège de l'entreprise, sauf si la personne est occupée par une succursale ou une représentation permanente de ladite entreprise sur le territoire d'un autre État ou si la personne est occupée de manière prépondérante sur le territoire de l'État membre où elle réside ; dans ces deux cas, elle est soumise à la législation du second État membre.

L'article 11 du règlement d'application n° 574/72 précité, «Formalités en cas de détachement d'un travailleur salarié en application de l'article 14 paragraphe 1 et de l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement en cas d'accords conclus en application de l'article 17 du règlement», dans sa version applicable à l'espèce, dispose :

« 1. L'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre dont la législation reste applicable délivre un certificat attestant que le travailleur salarié demeure soumis à cette législation et indiquant jusqu'à quelle date :

a) à la demande du travailleur salarié ou de son employeur dans les cas visés à l'article 14 paragraphe 1 et à l'article 14 ter paragraphe 1 du règlement [...];

Le certificat en cause était le certificat E 101 dont la force probante a donné lieu à plusieurs décisions concordantes de la Cour de justice de l'Union européenne :

- du 10 février 2000 (CJCE, arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97);
- du 30 mars 2000 (CJCE, arrêt du 30 mars 2000, Banks e.a., C-178/97);
- du 26 janvier 2006 (CJCE, arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05), cette décision étant la plus explicite.

La Cour y indique : «Le principe de coopération loyale, énoncé à l'article 10 CE, impose à l'institution émettrice de procéder à une appréciation correcte des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale [...]. En ce qui concerne les institutions compétentes de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs, il résulte des obligations de coopération découlant de l'article 10 CE que ces obligations ne seraient pas respectées [...] si les institutions dudit État membre considéraient qu'elles ne sont pas liées par les mentions du certificat et soumettaient ces travailleurs également à leur propre régime de sécurité sociale. Par conséquent, le certificat E 101, dans la mesure où il crée une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs détachés au régime de sécurité sociale de l'État membre où est établie l'entreprise qui a détaché ces travailleurs, s'impose à l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés ces travailleurs. [...] [A]ussi longtemps que le certificat E 101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'État membre dans lequel sont détachés

les travailleurs doit tenir compte du fait que ces derniers sont déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'État où l'entreprise qui les emploie est établie et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre les travailleurs en question à son propre régime de sécurité sociale. Toutefois il incombe à l'institution compétente de l'État qui a délivré le certificat de reconsidérer le bien-fondé de cette délivrance et, le cas échéant, de retirer le certificat, lorsque l'institution compétente de l'État du lieu de détachement émet des doutes quant à l'exactitude des faits qui sont à la base dudit certificat et, partant, des mentions qui y figurent, notamment parce que celles-ci ne correspondent pas aux exigences de l'article 14, paragraphe 1, sous a, du règlement n° 1408/71. Dans l'occurrence où les institutions concernées ne parviendraient pas à se mettre d'accord [...], il leur est loisible d'en appeler à la commission administrative. Si cette dernière ne parvient pas à concilier les points de vue des institutions compétentes au sujet de la législation applicable en l'espèce, il est à tout le moins loisible à l'État sur le territoire duquel sont détachés les travailleurs concernés [...] d'engager une procédure en manquement [...]. Aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide, le certificat E 101 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'État membre dans lequel sont détachés les travailleurs concernés et, partant, lie ses institutions. Il en découle qu'une juridiction de l'État membre d'accueil n'est pas habilitée à vérifier la validité d'un certificat E 101 en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels un tel certificat a été délivré, notamment l'existence d'un lien organique entre l'entreprise qui détache un travailleur et le travailleur détaché.»

Cette jurisprudence a été intégrée dans l'article 5 du règlement (CEE) n° 987/2009 du 16 septembre 2009, ainsi rédigé : « Les documents établis par l'institution d'un État membre qui attestent de la situation d'une personne aux fins de l'application du règlement de base et du règlement d'application, ainsi que les pièces justificatives y afférentes, s'imposent aux institutions des autres États membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'État membre où ils ont été établis. »

Pour rejeter le pourvoi formé contre cet arrêt, sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, la chambre criminelle a jugé que la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors :

- qu'en l'absence de détachement de salariés entrant dans les prévisions de l'article 14, § 1, a, du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971, en vigueur à la date des faits poursuivis, la société Vueling Airlines, dont l'activité, entièrement orientée vers le territoire national, réalisée de façon habituelle, stable et continue dans des locaux ou avec des infrastructures situés sur ce territoire relevait du droit d'établissement au sens des dispositions de l'article L. 1262-3 du code du travail et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ne pouvait se prévaloir des certificats, dits formulaires E 101, qu'elle invoquait ;
- et que se trouvait constituée à son encontre, conformément aux dispositions d'ordre public de l'article L. 8221-3, 2°, du code susvisé, l'infraction de travail dissimulé faute d'avoir procédé en France, pour ses salariés, personnels navigants, techniques et commerciaux occupés à l'établissement de Roissy, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale.

Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant condamné la société easyJet, la chambre criminelle a jugé que la cour d'appel avait caractérisé en tous leurs éléments tant matériels qu'intentionnels les délits de travail dissimulé reprochés, dès lors qu'elle

avait exactement retenu que l'activité de la société easyJet relevait sur le territoire national des règles applicables au droit d'établissement, exclusives des dispositions relatives au détachement transnational, et non de la liberté de prestation de services au sens des articles 52 et suivants du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne.

Il convient de relever que, pour écarter toute notion de détachement, et dire que la société relevait du droit d'établissement, la Cour de cassation s'est fondée essentiellement sur les dispositions de l'article 14, §§ 1 et 2 du règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 précité et a considéré que les conditions de l'activité des salariés en cause n'entraient pas dans les prévisions de ce texte. Elle a également reconnu le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 8221-3 du code du travail incriminant le travail dissimulé.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, que la société en cause ne pouvait se prévaloir de ces certificats pour tenter d'échapper à ses obligations déclaratives résultant des dispositions susvisées du code du travail.

Toutefois, le 6 novembre 2015, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi n° 13-25.467 (Ass. plén., 6 novembre 2015, pourvoi n° 13-25.467, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 9, *Rapport* 2015, p. 117), a, dans une hypothèse voisine, posé une question préjudicielle à la Cour de justice susvisée.

À l'appui de sa question préjudicielle, l'assemblée plénière a précisé que celle-ci, caractérisée par l'existence de différences notables entre les conditions auxquelles est subordonnée l'application d'un régime de conflit de lois de sécurité sociale donné et les mentions inexactes ou incomplètes portées sur les certificats E 101 produits, se pose aujourd'hui « dans de nombreux litiges, en raison de l'internationalisation de l'activité des entreprises et de l'adoption des stratégies d'optimisation fiscale et sociale, de nature à remettre en cause les principes de la libre circulation des travailleurs, de la libre prestation des services et l'existence d'une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur ».

Comme indiqué *supra*, titre 2, chapitre 1, section 2, la CJUE, après avoir rappelé que « le présent arrêt ne préjuge pas du point de savoir si les travailleurs concernés relèvent ou non du champ d'application de l'article 14 du règlement n° 1408/71 ni de la législation applicable auxdits travailleurs », a réaffirmé sa jurisprudence sur la force obligatoire du certificat de détachement (arrêt du 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff/Urssaf d'Alsace venant aux droits de l'Urssaf du Bas-Rhin, C-620/15).

La CJUE précise que, lorsque les mentions du certificat E 101 ne correspondent pas aux exigences de l'article 14 du règlement n° 1408/71, les institutions compétentes doivent se mettre d'accord ou, à défaut, saisir la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants. En cas d'échec de la conciliation menée par cette dernière, l'État membre d'accueil peut engager une procédure en manquement devant la Cour de justice contre l'État membre dont relève l'institution émettrice.

Les difficultés de cette procédure, peu adaptée à la nature et au nombre de cas litigieux, ont été soulignées par la doctrine et peuvent poser la question de la compatibilité de la position de la CJUE sur le défaut d'habilitation des juridictions de l'État membre d'accueil à vérifier la validité d'un certificat E 101 avec le principe du droit à

un recours effectif et à un tribunal impartial, posé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Section 2. L'ordre public international

L'ordre public international «introduit un élément perturbateur dans le jeu des règles de conflit», afin de préserver les valeurs fondamentales de la France et ne pas «donner un blanc-seing à l'ensemble des législateurs de l'univers» (H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 354).

La Cour de cassation a défini l'ordre public international, d'abord, dans un arrêt de 1948 (Civ., 25 mai 1948, *D.* 1948, p. 357, note P. L.-P.) comme étant l'ensemble des «principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue». Dans un arrêt plus récent (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162), la Cour de cassation a fait référence aux «principes essentiels du droit français», sans exclure le recours à la notion d'ordre public international, dans des décisions ultérieures. Ces notions ayant fait l'objet de l'*Étude* 2013 de la Cour de cassation «L'ordre public», les valeurs protégées par l'ordre public international français y ont été longuement développées. Il est renvoyé, sur ce point, à cette étude, la présente section actualisant ces données.

L'ordre public international, qui est un mécanisme de défense de l'ordre juridique français, constitue un frein aux solutions étrangères, et s'oppose donc au phénomène de la mondialisation, entendu comme une approche destinée à favoriser la circulation internationale des décisions de justice et l'accueil des droits étrangers en France. On s'attachera ici aux cas où l'ordre public international français entraîne l'éviction de la loi étrangère, les cas de rejet du jugement étranger pour ce même motif ayant été traités *supra* (partie 1, titre 2 chapitre 1, section 2).

De manière classique ici aussi, l'on distinguera la matière civile (§ 1) de la matière pénale (§ 2).

§ 1. En matière civile

Afin d'illustrer la conception française de l'ordre public international en matière civile, seront envisagés le mariage de personnes de même sexe (A), la dissolution du mariage (B), la filiation (C) et la réserve héréditaire (D).

A. Le mariage de personnes de même sexe

En application de l'article 202-1, alinéa 2, du code civil issu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, «deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet». Cette loi, qui a ouvert largement le mariage entre personnes de même sexe sur le territoire français, devait-elle recevoir application malgré le statut personnel prohibitif de l'un des époux? La doctrine avait fait observer que le choix du législateur risquait de multiplier les mariages «boiteux» (H. Fulchiron, «Le

“mariage pour tous” en droit international privé : le législateur à la peine», *JCP* éd. G n° 49, 3 décembre 2012, 1317).

La Cour de cassation a répondu à cette interrogation à l’occasion d’un pourvoi formé contre un arrêt ayant approuvé le mariage de deux personnes de même sexe, dont l’une était française et l’autre marocaine (1^{re} Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-50.059, *Bull.* 2015, I, n° 20). Elle a rejeté le pourvoi, au motif que, « si, selon l’article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l’un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l’autre État si elle est manifestement incompatible avec l’ordre public » et que « tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s’oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l’une d’elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l’État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

En vertu de la règle de conflit prévue par la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, la loi marocaine de l’un des époux prohibe une telle union. L’article 4 de cette Convention permet d’écarter la loi normalement compétente lorsque celle-ci est « manifestement incompatible avec l’ordre public ». La loi marocaine interdisant le mariage entre personnes de même sexe est donc jugée contraire à l’ordre public international français, ce qui, par application de l’article 4 de la Convention franco-marocaine précitée, justifie son éviction au profit de la loi française permissive dès lors que l’un des époux au moins est français ou a son domicile ou sa résidence en France. Certes, certains (P. Hammje, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 400) font grief à la solution de créer un doute sur le respect de la Convention franco-marocaine. Mais, en l’espèce, l’appréciation *in concreto* développée par l’exception d’ordre public n’emporte pas éviction de la Convention franco-marocaine, mais celle de la loi nationale marocaine désignée par la règle de conflit conventionnelle.

Si l’arrêt a été bien accueilli, certains auteurs font observer que l’article 202-1, alinéa 2, du code civil n’est pas formulé en termes d’exception d’ordre public (B. Haftel, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 400 et s.), tandis que d’autres considèrent que cette loi est d’ordre public en matière internationale (H. Fulchiron, *D.* 2015, p. 464), la volonté du législateur ayant été de donner « au mariage pour tous » le statut de principe essentiel du droit français dans le cadre plus général de la liberté du mariage et qu’au demeurant, la loi belge, dont s’est inspiré le législateur français, a érigé l’éviction de la loi étrangère en exception d’ordre public. La doctrine fait encore grief à cette solution d’être trop radicale (L. Gannagé, *JCP* éd. G n° 12, 23 mars 2015, 318) car « en vigueur en France il y a tout juste quelques mois, la prohibition du mariage homosexuel devient désormais attentatoire aux fondements même de la société française », la solution de la Cour de cassation créant une « “fondamentalisation” instantanée de droits subjectifs qui, il y a très peu de temps encore, étaient non seulement inconnus mais clairement prohibés dans l’ordre juridique français ». Cependant, n’est-ce pas le propre de l’actualité de l’ordre public international ?

B. La dissolution du mariage

L'ordre juridique français accueille les nouveaux cas de divorce introduits par les droits marocain et algérien, en 2004 et 2005.

Ainsi, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait prononcé le divorce pour cause de discord des époux, selon la loi marocaine, sans l'assortir d'une mention l'imputant aux torts exclusifs de l'un ou de l'autre des époux (1^{re} Civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-25.214, voir également 1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-14.760, *Bull.* 2011, I, n° 34). Comme le souligne la doctrine, le respect des législations étrangères reste assuré par le recours à l'ordre public de proximité fondé sur le domicile, qui tempère la portée du principe d'égalité (K. Ducrocq-Pauwels, « Répudiation musulmane : principe d'égalité et ordre public de proximité », *RLDC* n° 110, décembre 2013, p. 5320, n° 395-83).

La Cour de cassation a également jugé qu'il appartenait au juge français, saisi d'une demande de prestation compensatoire, de rechercher, de manière concrète, si, en application de l'article 13 du Protocole, les effets de la loi allemande, loi personnelle du mari, choisie par les époux lors de leur contrat de mariage alors qu'ils résidaient en Allemagne, aux termes duquel ils avaient exclu toute prestation compensatoire en cas de rupture du mariage, étaient manifestement contraires à l'ordre public international (1^{re} Civ., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-17.880, *Bull.* 2015, I, n° 170, P. de Vareilles-Sommières, *JDI* n° 4, octobre 2015, comm. 18 par P. de Vareilles-Sommières).

L'arrêt indique la méthode que doit employer le juge du fond pour procéder à un contrôle pertinent de l'ordre public international : il est engagé à s'assurer du respect de l'ordre public international et à « rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français » (E. Fongaro, « Effets en France d'une loi étrangère autorisant la renonciation à prestation compensatoire et ordre public international français », *JCP* éd. G, n° 40, 28 septembre 2015, 1024).

C. La filiation

La Cour de cassation (1^{re} Civ., 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-14.702, *Bull.* 2015, I, n° 237; *JDI* n° 2, avril 2016, comm. 6 par S. Godechot-Patris) a jugé que la loi allemande, ne soumettant pas l'action en constatation judiciaire de paternité à un délai de prescription, n'était pas contraire à l'ordre public international français. Cette loi était désignée en application de l'article 311-14 du code civil. Selon la jurisprudence française, le délai d'exercice de l'action en recherche de paternité est rattaché à la loi du fond. Or, la loi allemande ne soumet l'action en constatation judiciaire de paternité à aucun délai. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir appliqué, à cette question, la loi allemande désignée par l'article 311-14 du code civil et d'avoir considéré que, « si l'article 1600 d du code civil allemand ne soumettait pas l'exercice de l'action en constatation judiciaire de paternité à un délai de prescription, à la différence du droit français, cette circonstance était à elle seule insuffisante à caractériser une contrariété à l'ordre public international français conduisant à l'éviction de la loi étrangère ». Cette réponse était attendue dans la mesure où le législateur français a réduit le délai d'action de trente à dix ans. À cet égard, la doctrine (E. Fongaro, « Imprescriptibilité d'une action d'état et conformité à l'ordre public international français », *JCP* éd. G

n° 49, 30 novembre 2015, 1317) observe que le contenu de l'ordre public international français, tout particulièrement en matière de filiation, dépend des évolutions du droit interne français, mais également de la « poussée de plus en plus sensible des droits fondamentaux protégés par des instruments internationaux comme la Convention relative aux droits de l'enfant ou la Convention européenne des droits de l'homme » [citant Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., 2013, n° 537].

Plus récemment, la première chambre civile s'est également prononcée sur la conformité à l'ordre public international français de l'article 340 du code civil camerounais relatif aux conditions de déclaration judiciaire et de recevabilité de l'action en reconnaissance de paternité. En l'espèce, le demandeur soutenait que les dispositions critiquées permettaient l'établissement de la filiation, ne posant que des conditions à l'exercice de l'action qui, si elles sont aujourd'hui plus restrictives que celles en vigueur en France, sont les mêmes que celles qui étaient en vigueur dans ce pays avant 1993. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que ces dispositions, qui prévoyaient que l'action en recherche de paternité est irrecevable lorsque, pendant la période légale de conception, la mère a été d'une inconduite notoire ou si elle a eu un commerce avec un autre homme, « privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle » et « étaient contraires à l'ordre public international français » (1^{re} Civ., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.654, publié au *Bulletin*), illustrant le principe selon lequel il y a lieu de confronter la loi étrangère à l'état le plus actuel de l'ordre public international du for (voir également 1^{re} Civ., 12 mai 1987, pourvoi n° 84-14.472, *Bull.* 1987, I, n° 150).

D. La réserve héréditaire

La Cour de cassation s'est prononcée sur la conformité à l'ordre public international français d'une loi étrangère, désignée par la règle de conflit de lois, qui ne connaît pas l'institution de la réserve héréditaire. L'article 912 du code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités définit la réserve héréditaire comme « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

En droit interne, cette institution très ancienne, qui a une double finalité de protection, familiale et individuelle, en ce qu'elle consacre un devoir d'assistance et tend à assurer une égalité minimale entre les héritiers, est d'ordre public.

Elle a toutefois subi, dans un passé récent, un certain nombre d'atteintes résultant notamment du développement de procédés légaux de contournement, comme le contrat d'assurance sur la vie, et de profondes modifications apportées par la réforme de 2006, dont la possibilité donnée à tout héritier réservataire présomptif de renoncer, sous certaines conditions, à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Par ailleurs, certaines des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, qui unifie dans l'Union européenne les règles de conflit de lois et de juridictions en matière de successions, telles l'unité des compétences judiciaire et législative et de la loi applicable aux meubles et aux immeubles, avec pour rattachement commun la dernière résidence habituelle du défunt, et la possibilité donnée à toute personne de choisir comme loi régissant l'ensemble de

sa succession celle de l'État dont il a la nationalité, auront nécessairement une incidence sur la réserve héréditaire.

Dans les espèces soumises à la première chambre civile de la Cour de cassation, le dernier domicile des défunts, tous deux de nationalité française, était situé en Californie, aux États-Unis d'Amérique, où l'un et l'autre vivaient de longue date. En l'absence d'immeubles situés en France, la règle de conflit de lois désignait donc la loi californienne pour régir leurs successions mobilières, comprenant les redevances et droits d'auteur attachés à leurs compositions, en partie détenus par des sociétés de gestion françaises. Les défunts ayant organisé leurs successions respectives au travers de trusts bénéficiant à leurs dernières épouses et la loi californienne ignorant la réserve héréditaire, leurs enfants issus de précédentes unions, français, se trouvaient donc exclus de ces successions. Afin de pouvoir néanmoins prélever leur part de réserve sur la masse successorale située en France, ils soutenaient que, la réserve héréditaire constituant un principe essentiel du droit français, relevant de la conception française de l'ordre public international, l'application de la loi californienne devait être écartée.

Dans ces deux arrêts, la première chambre civile de la Cour de cassation énonce en principe qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français. En d'autres termes, tenant compte notamment de l'évolution de cette institution en droit interne, elle estime que la réserve ne constitue pas un principe essentiel du droit français (1^{re} Civ., 27 septembre 2017, pourvois n^{os} 16-13.151 et 16-17.198, publiés au *Bulletin*).

Pour autant, elle n'exclut pas que la loi étrangère puisse être écartée si son application concrète, au regard des circonstances d'une espèce donnée, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels. Ce qui pourrait être le cas, par exemple, si elle laissait sans ressources des héritiers méritant une protection particulière en raison de leur âge, de leur situation ou de leur état de santé. En effet, certaines législations étrangères qui ne connaissent pas la réserve héréditaire comportent des dispositions tendant, par des moyens différents, à des fins comparables à celles de cette institution. Dans cette approche, la proximité de la situation avec le for doit être prise en considération.

Aux cas d'espèce, elle approuve la cour d'appel qui, ayant constaté dans chacune des affaires que le défunt avait des liens étroits avec l'État de Californie où son installation était ancienne et durable et que les demandeurs ne soutenaient pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin, en a déduit que la loi californienne ne heurtait pas l'ordre public international français et qu'il n'y avait pas lieu d'écarter son application au profit de la loi française.

§ 2. En matière pénale

En droit pénal, le mécanisme de l'extradition connaît lui aussi un frein de ce type. Mais une précision s'impose : l'ordre public dont il s'agit n'est pas celui, considéré du côté de l'État requis, qui permet par exemple de ne pas accorder l'extradition lorsque l'infraction motivant la demande a été commise sur le territoire de la République (article 696-4, 3^o, du code de procédure pénale ou article 7 de la Convention européenne d'extradition), ou lorsque les faits en cause ne sont pas punis par la loi française (article 696-3 du code de procédure pénale ou article 2 de la Convention européenne

d'extradition). L'ordre public concerné désigne, dans l'État requérant, la situation de la personne réclamée qui est prise en considération pour, le cas échéant, faire obstacle à l'effectivité de la répression étrangère, c'est-à-dire à l'application concrète du droit pénal étranger, au motif qu'elle heurterait la conception française de la légalité criminelle, dont la prééminence est affirmée.

On perçoit par là que tous les motifs de non-extradition prévus par les textes, s'ils manifestent la souveraineté de l'État requis, ne relèvent pas tous de l'ordre public, au sens où celui-ci affirme la prééminence des principes du droit national. Ainsi en va-t-il par exemple de la règle de non-extradition des nationaux qui n'a pas valeur constitutionnelle (CE, 24 novembre 1994, avis n° 356641) mais à laquelle la personne réclamée ne peut renoncer (Crim., 17 juin 2003, pourvoi n° 03-81.864, *Bull. crim.* 2003, n° 123).

Si l'ordre public considéré est, à l'évidence, d'importance, on s'aperçoit pourtant que les dispositions du code de procédure pénale issues de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ne font expressément état de la contrariété à l'ordre public français que dans l'article 696-4, 6°, du code de procédure pénale aux termes duquel «l'extradition n'est pas accordée [...] lorsque le fait à raison duquel l'extradition a été demandée est puni par la législation de l'État requérant d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français», et que rares sont les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation reposant expressément sur l'ordre public. Il n'apparaît donc pas toujours nommé comme tel.

Si l'article 696-4, 6°, précité, est l'expression de l'ordre public substantiel, il faut également considérer l'ordre public procédural illustré, lui, par le 7° du même article, disposant que «l'extradition n'est pas accordée [...] lorsque la personne réclamée serait jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense».

Cette division classique entre ordre public substantiel et ordre public procédural fera l'objet des deux paragraphes subséquents.

A. L'ordre public substantiel

En droit extraditionnel, donc, la peine de mort – encourue par la personne réclamée aux fins de poursuites ou *a fortiori* prononcée contre la personne réclamée aux fins d'exécution de peine – constitue l'exemple type de la peine contraire à l'ordre public substantiel français (CE, 15 octobre 1993, n° 78665, et CE, 15 octobre 1993, n° 78665). La France a en effet introduit dans l'ordre juridique interne (loi n° 85-1485 du 31 décembre 1985 autorisant la ratification du Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, fait à Strasbourg le 28 avril 1983, et décret n° 86-282 du 28 février 1986 portant publication de ce Protocole 6) le Protocole n° 6 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de cette peine, et l'article 66-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, créé par la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort, dispose que «nul ne peut être condamné à la peine de mort». Lorsqu'elle est encourue, il appartient traditionnellement à la chambre de l'instruction de n'émettre un avis favorable qu'à la condition qu'elle ne sera pas appliquée par l'État requérant (Crim., 12 mai 1998, pourvoi n° 98-81.017, et Crim., 16 mars 1999, pourvoi

n° 98-88.090, arrêts selon lesquels en émettant un avis favorable « sous réserve que la peine de mort ne soit ni requise ni appliquée » ou « sous réserve que le gouvernement français obtienne [de l'État requérant] l'assurance [qu'elle] ne soit pas exécutée si elle était prononcée », la chambre d'accusation n'a méconnu aucun texte légal ou conventionnel). C'est ce que prévoit l'article 11 de la Convention européenne d'extradition précitée (voir *Crim.*, 9 mai 2012, pourvoi n° 12-81.634), comme d'autres conventions internationales, tandis que, selon la loi du 9 mars 2004 précitée, l'extradition ne doit pas être accordée si la peine de mort est encourue par la personne réclamée.

Mais la peine de mort n'est pas la seule peine susceptible d'être contraire à l'ordre public français. Ainsi, dans une espèce où la personne réclamée faisait valoir, à l'appui de son mémoire, en se fondant sur plusieurs documents, que les juridictions des Émirats arabes unis pratiquant la charia, il y avait un risque qu'elle subisse une peine d'amputation pour les faits ayant motivé sa demande d'extradition, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé, au visa de l'article 696-4, 6°, du code de procédure pénale, l'arrêt ayant émis un avis favorable à l'extradition « sans rechercher si la personne réclamée n'encourt pas le risque de se voir appliquer une peine contraire à l'ordre public français » (*Crim.*, 29 octobre 2008, pourvoi n° 08-85.713, *Bull. crim.* 2008, n° 217).

Par ailleurs, un arrêt a pu émettre un avis favorable à l'extradition, alors que la personne réclamée encourait une peine d'emprisonnement avec travaux forcés, dont il était soutenu qu'elle était contraire à l'article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que la chambre de l'instruction avait relevé que, selon les compléments d'information adressés aux autorités coréennes requérantes, celles-ci avaient assuré que les travaux considérés consistaient en des tâches diverses, accomplies au sein des établissements pénitentiaires, avaient pour but de permettre la réinsertion sociale du condamné et se trouvaient suspendus au consentement de celui-ci; qu'ainsi, l'État requérant avait pris l'engagement qu'en toute hypothèse la personne réclamée ne serait pas obligée de s'y soumettre (*Crim.*, 8 mars 2016, pourvoi n° 15-87.485).

En revanche, ont été rejetés les pourvois ayant invoqué une contrariété à l'ordre public de la peine encourue ou prononcée au motif qu'elle méconnaissait le principe de nécessité et de proportionnalité des peines ou celui de personnalité des peines (peine supérieure au maximum légal applicable en France : *Crim.*, 4 septembre 2012, pourvoi n° 12-84.206; peines cumulées : *Crim.*, 11 mai 2011, pourvoi n° 11-80.943; application d'une peine plancher : *Crim.*, 11 juillet 2007, pourvoi n° 07-82.878), la Cour de cassation ayant jugé les moyens irrecevables comme revenant à critiquer les motifs de l'arrêt qui se rattachent directement et servent de support à l'avis de la chambre de l'instruction sur la suite à donner à la demande d'extradition.

Enfin, s'agissant de l'emprisonnement à perpétuité, le Conseil d'État a jugé que le fait que l'extradition expose la personne réclamée à purger une peine de réclusion à perpétuité n'est pas contraire à l'ordre public français ni à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précitée (CE, 26 juillet 2006, n° 284513, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*; CE, 6 novembre 2000, n° 214777, publié au *Recueil Lebon*; CE, 12 juillet 2001, n° 227747, publié au *Recueil Lebon*). La Cour européenne des droits de l'homme juge effectivement que cet article ne prohibe pas en soi le prononcé d'une peine d'emprisonnement perpétuelle. Elle a toutefois récemment précisé qu'il interdit en revanche qu'une peine perpétuelle soit « *de jure*

et de facto incompressible» (CEDH, arrêt du 4 septembre 2014, Trabelsi c. Belgique, n° 140/10, concluant à la violation de l'article 3 dans un cas d'extradition). Ainsi, une peine d'emprisonnement perpétuelle qui serait, selon la loi de l'État requérant, de droit et de fait incompressible serait, pour la Cour européenne des droits de l'homme, *a priori* contraire à l'interdiction de la torture, et dans un tel cas, l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales justifierait un avis défavorable à l'extradition faute d'obtention à tout le moins de la garantie de l'éviction, concernant la personne réclamée, de la perpétuité incompressible.

Plus généralement, l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants fait partie de l'ordre public pouvant être opposé à une demande d'extradition (Crim., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-87.380, *Bull. crim.* 2015, n° 46; Crim., 8 juin 2016, pourvoi n° 16-81.756), comme relève de l'ordre public la disposition de la Convention européenne d'extradition selon laquelle l'extradition ne sera pas accordée lorsque la situation de la personne réclamée risque d'être aggravée pour des raisons de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques (Crim., 16 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.267, *Bull. crim.* 2009, n° 156).

L'ordre public a par ailleurs un aspect humanitaire qu'exprime la réserve faite par la France lors de la ratification de la Convention européenne d'extradition, selon laquelle «l'extradition pourra être refusée si la remise est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé» (Crim., 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-85.134), le Conseil d'État ayant considéré qu'il s'agit là d'un principe général du droit applicable à l'extradition (CE, 13 octobre 2000, n° 212865, publié au *Recueil Lebon*). Et à ce cas de refus s'ajoute encore celui fondé sur le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 5 novembre 2013, pourvoi n° 13-85.712; Crim., 15 novembre 2016, pourvoi n° 16-85.335, publié au *Bulletin*).

On voit ainsi que, si le code de procédure pénale ne fait état de la contrariété à l'ordre public qu'en son article 696-4, 6°, celle-ci n'a cependant pas pour seul objet la peine encourue ou prononcée dans l'État requérant. À ce titre encore, le Conseil d'État a, par exemple, considéré «qu'il ressort, en outre, des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante que l'extradition d'une personne mineure vers un État dont la loi pénale ne prendrait pas en compte la situation particulière des mineurs, serait contraire aux exigences de l'ordre public français» (CE, 14 février 2001, n° 220271, publié au *Recueil Lebon*) et de cette décision peut être rapproché un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant cassé un arrêt d'une chambre de l'instruction émettant un avis favorable à l'extradition d'une personne mineure «sans répondre à l'ensemble des articulations essentielles du mémoire par lequel l'intéressé soutenait, notamment, que l'extradition serait contraire à l'ordre public français et international», l'une des branches du moyen ayant précisément soutenu qu'un jugement, par une juridiction de majeurs, d'un mineur au moment des faits reprochés heurtait l'ordre public français (Crim., 15 septembre 2010, pourvoi n° 10-84.449; voir aussi, pour un cas de rejet du pourvoi, Crim., 23 juin 2015, pourvoi n° 15-82.072).

On voit aussi, d'une part, que l'ordre public, quand il porte spécialement sur la peine encourue ou prononcée, prend principalement en considération le droit étranger applicable ou appliqué à la personne réclamée, mais qu'il s'attache aussi de façon plus

factuelle aux conséquences de la remise pour celle-ci, et d'autre part, que, dans tous les cas, l'appréciation est uniquement relative à la situation de la personne réclamée elle-même. À ce titre, il appartient toujours à la chambre de l'instruction, lorsqu'elle en est requise, de rechercher en l'espèce et concrètement, en interrogeant s'il y a lieu les autorités de l'État requérant, si la situation de droit et de fait qui sera celle de la personne réclamée en cas d'extradition ne sera pas contraire à un principe d'ordre public.

B. L'ordre public procédural

En droit extraditionnel, l'ordre public procédural, objet de l'article 696-4, 7^o, précité, du code de procédure pénale, a été affirmé par la France, en des termes plus larges, dans la réserve qu'elle a émise à la Convention européenne d'extradition, selon laquelle « l'extradition ne sera pas accordée lorsque la personne réclamée serait jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense ou par un tribunal institué pour son cas particulier [...] ». Il a également pour fondement les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le Conseil d'État a érigé en principe général du droit de l'extradition l'exigence de respect, par le système judiciaire de l'État requérant, des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine (CE, 26 septembre 1984, n^o 62847, publié au *Recueil Lebon*), et il peut être relevé que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, une décision d'extradition prise à la demande d'un État non adhérent à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pourrait « exceptionnellement soulever un problème sur le terrain [de l'article 6] au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant » (CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n^o 14038/88, § 113).

Sur le respect des garanties fondamentales de procédure et des droits de la défense, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans le cadre qui est le sien, opère le même contrôle que celui observé précédemment eu égard à l'ordre public substantiel, en s'assurant que la chambre de l'instruction ayant émis un avis favorable à l'extradition a recherché si, en l'espèce, la procédure de l'État requérant heurtait l'ordre public procédural français : la chambre de l'instruction doit analyser les règles de procédure applicables et appliquées à la personne réclamée, et dire, au besoin par un complément d'information, si, dans les faits, celle-ci n'a pas subi ou ne subira pas d'atteinte à ses droits fondamentaux (Crim., 21 octobre 2014, pourvoi n^o 14-85.257, *Bull. crim.* 2014, n^o 213 ; Crim., 8 avril 2015, pourvoi n^o 15-80.602).

Ces différents exemples tirés du droit de l'extradition démontrent que, dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, l'ordre public, substantiel ou procédural, puise à différentes sources, nationales et internationales. Lorsque l'ordre public est fondé sur les engagements internationaux de la France, qu'ils soient expressément visés, comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou indirectement pris en compte (par exemple la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, ratifiée par la France le 18 février 1986, dont l'article 3, § 1, stipule qu'« aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la

torture»), c'est au nom de principes fondamentaux internationalement reconnus qu'il est apporté une limitation au dépassement des frontières par l'entraide internationale.

Ces exemples révèlent également que l'ordre public opère à l'égard du droit étranger toujours au regard d'une situation personnelle particulière, et que ses effets ne sont pas dans tous les cas identiques. Il peut en effet imposer à la chambre de l'instruction, selon les cas, d'émettre un avis défavorable à l'extradition, ou de ne donner un avis favorable que sous la condition de la non-application à la personne réclamée d'une peine déterminée. Surtout, et de façon remarquable, au cas où l'extradition n'est pas accordée, la loi pénale française pourra, dans certains cas, s'appliquer à la personne réclamée, pour éviter son impunité, les juridictions françaises trouvant alors compétence, hors les critères traditionnels de compétence.

En effet, aux termes de l'article 113-8-1 du code pénal, déjà cité *supra* en section 1, § 2, «sans préjudice de l'application des articles 113-6 à 113-8, la loi pénale française est également applicable à tout crime ou à tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis hors du territoire de la République par un étranger dont l'extradition ou la remise a été refusée à l'État requérant par les autorités françaises aux motifs, soit que le fait à raison duquel l'extradition avait été demandée est puni d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français, soit que la personne réclamée aurait été jugée dans ledit État par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense, soit que le fait considéré revêt le caractère d'infraction politique, soit que l'extradition ou la remise serait susceptible d'avoir, pour la personne réclamée, des conséquences d'une gravité exceptionnelle en raison, notamment, de son âge ou de son état de santé».

Cependant, jusqu'à présent, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'a jamais eu à connaître de l'application de ce texte.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES CONTRIBUTEURS	4
AVANT-PROPOS	5
I. Le juge saisi par la mondialisation	7
II. La mondialisation saisie par le juge.....	10
PARTIE 1. LE DÉPASSEMENT DES FRONTIÈRES	19
TITRE 1. LE JUGE ET LA MONDIALISATION DES RÈGLES	19
Chapitre 1. Le juge et la circulation des règles nationales.....	19
Section 1. L'application de la loi étrangère par le juge civil	19
§ 1. L'office du juge dans l'application de la loi étrangère.....	19
§ 2. La preuve de la loi étrangère	22
<i>A. La charge de la preuve</i>	22
<i>B. Les modes de preuve</i>	24
§ 3. L'interprétation de la loi étrangère	25
<i>A. Une interprétation souveraine</i>	25
<i>B. Le contrôle de la Cour de cassation</i>	26
1. Le contrôle de la démarche du juge	26
2. Le contrôle de la dénaturation.....	27
Section 2. La consultation de la loi étrangère par le juge pénal	27
§ 1. Le contrôle de la base légale de la demande de remise	28
§ 2. La vérification de l'infraction visée.....	29
§ 3. Le contrôle des effets de la remise.....	29
Section 3. La loi étrangère source d'inspiration du juge.....	30
§ 1. Une source d'inspiration pour le juge français.....	30
<i>A. La prise en compte du forum non conveniens</i>	30
<i>B. La consécration de l'estoppel</i>	32
§ 2. Les outils de connaissance du droit étranger	35
Chapitre 2. Le juge et la multiplication des règles supranationales	36
Section 1. Le juge et le droit européen	36
§ 1. Le juge et le droit de l'Union européenne.....	36
<i>A. Les principes</i>	36
1. L'ordre juridique européen selon la jurisprudence de la Cour de justice.....	37
2. L'ordre juridique européen dans la jurisprudence de la Cour de cassation	37
<i>B. Quelques applications particulières</i>	39
1. En droit économique.....	39
2. En droit social.....	43
3. En droit de la sécurité sociale	47

§ 2. Le juge et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	49
<i>A. L'incidence grandissante des décisions de la CEDH dans l'ordre juridique interne</i>	49
<i>B. L'incidence de la CEDH sur les techniques de contrôle de la Cour de cassation : le contrôle de proportionnalité</i>	53
1. Un contrôle en progression constante	55
a. Une ouverture au contrôle	55
b. qui s'opère au regard de normes internes d'origines diverses ..	56
2. Un contrôle en voie d'élaboration	58
a. Les modalités du contrôle de proportionnalité	59
b. L'intensité du contrôle par la Cour de cassation	59
α. Les juges du fond n'ont pas procédé au contrôle de proportionnalité	59
β. Les juges du fond ont procédé au contrôle de proportionnalité ...	60
c. La motivation des arrêts	61
Section 2. Le juge et les conventions internationales	63
§ 1. Le rôle du juge dans l'application des conventions internationales	64
<i>A. La reconnaissance du pouvoir d'interprétation du juge</i>	64
<i>B. Le renouvellement du rôle du juge</i>	66
1. Un rôle renouvelé du juge par le mouvement de mondialisation	66
a. Le contrôle des conditions d'applicabilité prévues par la convention	66
b. Les conflits de conventions	67
c. Le principe et la portée de l'autonomie de la volonté	69
α. L'autonomie de la volonté et l'applicabilité générale d'une convention	69
β. L'autonomie de la volonté et l'application des dispositions de la convention	71
2. La place affirmée du juge dans le mouvement de mondialisation	72
a. La place du juge dans l'interprétation des conventions	72
b. Un rôle affirmé par les solutions retenues	75
α. Des solutions formelles en faveur de la mondialisation	75
β. Des solutions matérielles en faveur de la mondialisation	76
§ 2. De quelques cas particuliers d'application des conventions internationales	77
<i>A. L'application des conventions d'extradition</i>	77
<i>B. L'application des conventions fiscales</i>	80
<i>C. L'application de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer</i>	81
<i>D. L'application des conventions en matière de sécurité sociale</i>	83
<i>E. L'application des conventions de l'Organisation internationale du travail</i>	84
1. La liberté syndicale	85
2. La relation du salarié avec son employeur	89
Section 3. Le juge et les autres normes internationales : l'exemple de la coutume internationale	91
§ 1. La reconnaissance d'un principe d'applicabilité de la coutume internationale	92
§ 2. Les limites de l'applicabilité de la coutume internationale	93
TITRE 2. LE JUGE ET LA MONDIALISATION DE LA JUSTICE	96
Chapitre 1. L'ouverture aux justices étrangères	96

Section 1. L'effacement au profit du procès en cours à l'étranger.....	96
§ 1. L'exception de litispendance.....	96
A. <i>L'identité des instances</i>	97
B. <i>La compétence indirecte du juge étranger</i>	98
C. <i>Une décision susceptible d'être reconnue</i>	99
§ 2. L'exception de connexité	100
Section 2. La réception des jugements étrangers	101
§ 1. La réception des jugements rendus en matière civile	101
A. <i>Les règles générales de réception des jugements civils étrangers</i>	102
1. La réception du jugement étranger dans l'ordre juridique français	102
2. La prohibition de toute révision du jugement étranger.....	105
3. Les conditions de régularité internationale du jugement étranger	106
a. La compétence internationale du juge étranger	108
b. La conformité à l'ordre public international	111
α. <i>L'ordre public international substantiel</i>	111
β. <i>L'ordre public international de procédure</i>	115
c. L'absence de fraude	117
B. <i>Le régime particulier du titre exécutoire européen</i>	120
1. Le champ d'application.....	121
2. Les conditions de la certification d'une décision	124
a. Les normes minimales.....	124
b. La protection des consommateurs.....	126
c. Les «soupapes de sécurité».....	126
3. La procédure de certification.....	128
4. Les effets de la certification : l'exécution du TEE.....	129
a. Le principe	129
b. Les moyens de défense dans l'État d'exécution.....	129
5. Les recours	131
a. Les recours dans l'État d'exécution.....	131
b. Les recours dans l'État d'origine.....	131
α. <i>Les recours contre le certificat de TEE</i>	131
β. <i>Les recours contre la décision dont la certification est demandée.</i>	132
§ 2. La réception des jugements rendus en matière pénale	133
A. <i>La force exécutoire en France d'un jugement répressif étranger</i>	133
1. L'exécution d'une condamnation prononcée par un État membre de l'Union européenne	134
2. L'exécution d'une condamnation privative de liberté prononcée par un État extérieur à l'Union européenne.....	135
3. L'imputation sur la peine prononcée en France de la durée de la privation de liberté subie à l'étranger	137
B. <i>L'autorité négative de chose jugée</i>	138
1. En droit français.....	138
2. En droit conventionnel	141
Chapitre 2. La collaboration des justices nationales	143
Section 1. L'entraide judiciaire et les preuves.....	143
§ 1. La commission rogatoire internationale	143
A. <i>En matière civile</i>	143
B. <i>En matière pénale</i>	146
1. La spécificité de la commission rogatoire internationale : un acte mixte.....	146
a. Le pilier de la collaboration internationale répressive.....	146
b. Une technique marquée par le caractère national de l'autorité qui la délivre.....	147

2. Le contrôle des actes effectués sur commission rogatoire internationale	149
a. Les actes exécutés en France sur demande d'une autorité étrangère.....	149
b. Les actes exécutés à l'étranger sur demande d'une autorité française.....	150
§ 2. Les autres modes de recueil de preuves à l'étranger.....	151
A. <i>L'admissibilité des preuves obtenues à l'étranger</i>	152
1. Les preuves transmises par une autorité étrangère	152
2. Les preuves transmises par un agent français opérant à l'étranger	152
B. <i>L'incidence des nouvelles technologies</i>	153
Section 2. L'entraide judiciaire et les parties	156
§ 1. La notification internationale des actes de procédure	156
A. <i>En matière civile</i>	157
B. <i>En matière pénale</i>	158
1. La notification des actes antérieurs à l'audience	159
2. La notification des actes postérieurs à l'audience	160
§ 2. La remise de la personne poursuivie ou condamnée à l'étranger ..	161
A. <i>L'extradition</i>	162
1. Le contrôle des arrêts émettant un avis défavorable	162
2. Le contrôle des arrêts émettant un avis favorable.....	163
B. <i>Le mandat d'arrêt européen</i>	166
1. L'efficacité du mandat d'arrêt européen.....	166
2. Le respect des droits fondamentaux de la personne recherchée	168
C. <i>La remise de la personne réclamée par la Cour pénale internationale</i>	170
Chapitre 3. L'émergence d'une justice mondiale.....	171
Section 1. La mondialisation de la justice arbitrale.....	171
§ 1. La reconnaissance d'un ordre arbitral transnational par la jurisprudence	172
§ 2. L'utilité de l'ordre arbitral transnational.....	176
Section 2. La mondialisation de la justice étatique	179
§ 1. Vers une compétence universelle en matière pénale?	179
§ 2. Les clauses attributives de juridiction	180
A. <i>La validité des clauses attributives de juridiction</i>	181
B. <i>L'opposabilité des clauses attributives de juridiction</i>	182
C. <i>La portée des clauses attributives de juridiction</i>	185

PARTIE 2. LA PERSISTANCE DES TERRITOIRES..... 187

TITRE 1. LA MONDIALISATION ET LA COMPÉTENCE DU JUGE FRANÇAIS

Chapitre 1. Le maintien de la compétence du juge français..... 187

Section 1. L'internet et la compétence du juge français..... 191

§ 1. En matière civile

§ 2. En matière pénale

A. *La compétence du juge français et les faits constitutifs de l'infraction sur internet*.....

 1. Les incriminations spéciales

 2. Les infractions non spécifiques à l'internet : le cas des menaces

B. *Les limites posées au critère de l'accessibilité du réseau internet depuis le territoire de la République*

1. La contrefaçon et le principe de territorialité.....	196
2. Les infractions de presse commises sur internet.....	197
Section 2. La compétence du juge français et les faillites internationales	199
§ 1. La compétence française revendiquée	199
§ 2. La compétence française imposée.....	202
Section 3. La protection des salariés et la compétence du juge français	203
§ 1. L'interprétation par le juge des règles de compétence au sein de l'espace judiciaire européen : une volonté de rattacher les litiges en matière de contrats de travail au lieu habituel du travail.....	204
<i>A. L'application de la règle européenne de compétence relative au lieu d'exécution habituelle du travail</i>	204
<i>B. Une jurisprudence relative aux règles européennes de compétence protectrice du salarié et prenant en compte les conditions d'accomplissement du travail</i>	206
§ 2. L'affirmation de la compétence des juridictions françaises en application du droit interne et de l'ordre public international	207
<i>A. L'extension à l'ordre international des règles de compétence prévues par le code du travail</i>	207
<i>B. La compétence du juge national fondée sur le respect de l'ordre public international</i>	208
Section 4. La compétence du juge français en tant que for de nécessité	209
Section 5. La protection de l'environnement et la compétence du juge français	211
§ 1. La compétence du juge français pour connaître de l'action publique.....	212
<i>A. Le rappel des règles applicables</i>	212
<i>B. L'application des règles dans l'affaire Erika</i>	213
§ 2. La compétence du juge français pour connaître de l'action civile	214
Section 6. Les infractions connexes ou indivisibles et la compétence du juge pénal français	219
Chapitre 2. Les conséquences attachées au maintien de la compétence du juge français	222
Section 1. Le français, langue du procès	222
§ 1. L'écrit.....	222
<i>A. La langue des actes de procédure</i>	222
1. En matière civile	223
a. Sur une éventuelle obligation de recours à la traduction	223
b. La mise en œuvre des règles supranationales et l'application des règles de procédure civile internes de droit commun	226
2. En matière pénale.....	228
<i>B. La langue des écrits soumis au juge</i>	231
1. La liberté d'appréciation des preuves reconnue au juge	231
a. En matière civile.....	231
b. En matière pénale	232
2. La liberté d'appréciation des preuves et les principes directeurs du procès	233
a. La liberté d'appréciation des preuves et les règles de procédure nationales	233
b. La liberté d'appréciation des preuves et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ..	234
§ 2. L'oral.....	234

<i>A. Avant l'audience</i>	235
1. En cas de privation de liberté avant jugement (garde à vue et rétention).....	235
a. Lors du placement en garde à vue	235
b. Lors du placement en rétention administrative	237
2. Lors de l'enquête pénale lato sensu, y compris la phase d'instruction préparatoire.....	238
<i>B. Pendant l'audience</i>	240
Section 2. La portée territoriale des décisions	243
TITRE 2. LA MONDIALISATION ET L'APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS	245
Chapitre 1. La désignation de la loi française.....	245
Section 1. La désignation de la loi française par la règle de conflit	245
§ 1. La désignation de la loi française et la propriété intellectuelle	245
§ 2. La désignation de la loi française et les faillites internationales....	247
<i>A. La désignation conditionnée de la loi française</i>	248
<i>B. La désignation mesurée de la loi française</i>	250
§ 3. La désignation de la loi française et les travailleurs détachés ou expatriés.....	253
<i>A. En droit du travail</i>	253
<i>B. En droit de la sécurité sociale</i>	257
Section 2. La désignation de la loi française par dérogation à la règle de conflit : les lois de police.....	260
§ 1. Les principes	260
<i>A. La notion de loi de police</i>	260
<i>B. L'identification de la loi de police par le juge</i>	262
<i>C. Le champ d'application de la loi de police</i>	264
§ 2. Le cas particulier de la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les fonds de garantie	267
Chapitre 2. L'éviction de la norme étrangère.....	269
Section 1. La fraude à la loi	270
§ 1. La fraude en matière civile	270
<i>A. La notion de fraude à la loi</i>	270
<i>B. La sanction de la fraude à la loi</i>	273
§ 2. La fraude en matière pénale	275
<i>A. L'extradition</i>	275
<i>B. Le travail dissimulé</i>	277
Section 2. L'ordre public international	282
§ 1. En matière civile	282
<i>A. Le mariage de personnes de même sexe</i>	282
<i>B. La dissolution du mariage</i>	284
<i>C. La filiation</i>	284
<i>D. La réserve héréditaire</i>	285
§ 2. En matière pénale	286
<i>A. L'ordre public substantiel</i>	287
<i>B. L'ordre public procédural</i>	290

L'Étude 2017 de la Cour de cassation envisage la place et le rôle du juge français confronté à la circulation planétaire des personnes, des capitaux, des biens, des services et des informations : comment le juge national, rattaché par sa fonction à un territoire, compose-t-il avec la mondialisation, qui n'en connaît aucun ?

Articulée autour des deux dimensions de la mondialisation, d'une part le dépassement des frontières, caractérisé par la multiplication des règles de droit étrangères ou supranationales et l'application en France de jugements étrangers, d'autre part la persistance des territoires, qui se manifeste par le maintien de la compétence du juge français et l'éviction de la loi étrangère lorsqu'elle heurte les valeurs fondamentales du droit français, l'Étude évoque les solutions données aux contentieux emblématiques de la mondialisation (famille, faillites internationales, atteintes à l'environnement, coopération répressive internationale) comme aux thématiques émergentes (propriété intellectuelle et internet, cybercriminalité, tourisme procréatif, travailleurs détachés ou expatriés).

Sous la direction scientifique de Nathalie Blanc, professeur à l'université Paris 13, des magistrats de la Cour de cassation analysent les réponses qu'apporte sa jurisprudence aux défis suscités par la mondialisation.

Prix 15 euros

Imprimé en France

N° DF 5HC46120

ISBN : 978-2-11-145469-9

ISSN : 0984-5925

Diffusion

Direction de l'information légale et administrative

La Documentation française

Tél. : 01 40 15 70 10

www.ladocumentationfrancaise.fr

© Service communication de la Cour de cassation



COUR DE CASSATION



9 782111 454699