



HAL
open science

L'office du juge : un regard renouvelé par la comparaison

Frédérique Ferrand

► **To cite this version:**

Frédérique Ferrand. L'office du juge : un regard renouvelé par la comparaison. Les Cahiers de la justice, 2022, n° 3, pp. 501-515. halshs-03779729

HAL Id: halshs-03779729

<https://shs.hal.science/halshs-03779729v1>

Submitted on 20 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'office du juge : un regard renouvelé par la comparaison

Frédérique Ferrand

Professeure, Lyon/Augsbourg

Introduction

Le cycle de conférences qui s'est tenu à la Cour de cassation entre octobre 2020 et mai 2022 sur le thème de l'office du juge a montré toute la richesse et la variété des questions que ce thème soulève et des aspects sous lesquels il peut être abordé. L'office du juge a ainsi été décliné sous pas moins de quinze facettes, qui n'ont pas pour autant épuisé le sujet.

Ces manifestations scientifiques se sont déroulées dans le contexte d'un constat patent : celui selon lequel la justice française « *a probablement plus changé ces trente dernières années qu'au cours des deux derniers siècles* », comme l'écrivaient dès 2014 Antoine Garapon, Sylvie Perdrille et Boris Bernabé¹, qui définissent l'office du juge comme « *le foyer de sens de la fonction de juger* ». Tout au long des différentes conférences du cycle, on a pu en effet constater que la notion du « *sens* » était constamment au cœur des propos.

Le juge se trouve aujourd'hui encore plus qu'hier placé au cœur de mouvements politiques et sociaux de transformation : il est à la fois au centre – en qualité de régulateur essentiel (le terme de juge « *régulateur* » est revenu souvent dans les propos des différents intervenants)- et en même temps censé être ramené à son « cœur de métier », comme l'ont souhaité divers rapports et comme l'ont voulu moult mesures de déjudiciarisation, de faveur aux modes amiables de résolution des différends (MARD, modes *horizontaux* de solution), lesquels sont promus voire imposés par des gouvernements non dépourvus d'arrière pensées de gestion des flux et d'économies. Il s'agit pourtant de répondre à une demande croissante de justice, de garantir l'accès au juge, tout en s'efforçant d'en maîtriser les coûts budgétaires... autrement dit la quadrature du cercle ! Même si des offres « plurielles » de justice sont apparues, le juge doit donc demeurer un recours accessible, dont l'office peut prendre différentes facettes et revêtir des intensités diverses². On sait, et Loïc Cadiet l'a très bien formulé, qu'« au-delà de cette fonction *technique*, qui correspond à la finalité courte du jugement, l'acte de juger

¹ A. Garapon, S. Perdrille et B. Bernabé, *La Prudence et l'Autorité, Juges et procureurs du XXIème siècle*, 2014, Odile Jacob éd.

² V. A. Garapon, S. Perdrille et B. Bernabé, *La Prudence et l'Autorité, Juges et procureurs du XXIème siècle*, *op. cit.*, qui distinguent le juge absent (dont l'intervention est par exemple remplacée par un mode amiable), le juge qui autorise ou qui homologue, en enfin le juge qui exerce son plein office.

remplit une fonction *éthique*, qui est sa finalité longue, œuvrer à la paix sociale en reconstituant le lien rompu par le litige, en faisant reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société »³. La justice est bien une « *nouvelle scène de notre démocratie* »⁴. Le jugement est un acte sous tension, le juge est au cœur d'interactions sociales⁵.

Certaines des vagues de fond qui frappent l'office du juge ont été pressenties, voire anticipées par la doctrine. Ainsi, à propos de la montée en puissance de la Convention européenne des droits de l'homme, et notamment de l'invocation fréquente de son article 6 § 1 tant par les justiciables que par la Cour de cassation dans ses arrêts, mon maître Serge Guinchard parlait dès 1999 de « *démocratie procédurale* »⁶, cette démocratie légitimante, celle qui met la personne en son centre, avec les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et que la Cour de cassation valorise de plus en plus dans sa jurisprudence récente⁷, se voulant alliée zélée de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour de cassation a, elle aussi, pris le temps du constat (à l'aide de la comparaison des droits) pour se projeter ensuite dans la réforme... les réformes, devrais-je dire, tant elles ont été nombreuses, parfois profondes. Elles ne sont d'ailleurs pas terminées. Dès 2017, le rapport annuel de la Haute juridiction portait sur « Le juge et la mondialisation », titre qui aurait pu tout aussi bien être « Le juge *dans* la mondialisation », tant le juge est aux premières loges du phénomène et tant son office est impacté par ce phénomène globalisant qui gomme l'effet frontière pour, parfois, paradoxalement le renforcer. En effet, ce n'est plus l'espace précisément configuré et délimité qui permet de maintenir un certain ordre juridique. Les espaces, les frontières sont devenus poreux, voire liquides. Cela rend la mission du juge particulièrement complexe ; un auteur a pu ainsi évoquer le « *désarroi causé par le sentiment de perte qui trouve lui-même sa source dans une globalisation immaîtrisable* »⁸. Comme

³ Loïc Cadiet, « La justice au défi du nombre et de la complexité », *Cahiers de la Justice* 2010/1, p. 30.

⁴ P. Rosenvall, in : *Libération*, 6 avr. 1995.

⁵ V. S. Travers de Faultrier, « Introduction – Des valeurs en acte : entre neutralisation et affirmation », *Cahiers de la Justice* 2022/1, p. 15 s., qui décrit le juge comme un « *tiers médiateur* » qui « *s'approprie et actualise dans les conditions spécifiques du temps du procès comme dans le champ de tension entre textes et interprétation, des valeurs qui ne sauraient vivre ou perdurer sans mise en pratique* » (p. 16). L'acte de juger est « *acte de pensée à même l'exercice d'une pratique* ». Selon l'auteur (P. 18), « *les valeurs vivent, masquées ou non, à travers des canaux d'expression divers qui tous, en donnant congé à un postulat de neutralité, concourent à la formation/concrétion du tissu troublé et toujours sous tension de l'acte de juger* ».

⁶ S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices* 1999, n° 1, pp. 91 s. V. aussi S. Guinchard, « N'ayez pas peur », *Les Cahiers de la Justice* 2013/3, pp. 99 s. La formule « N'ayez pas peur » fait référence à divers versets de la Bible, V. notamment Ésaïe, 41 :10 (« *N'aie pas peur, car je suis moi-même avec toi. Ne promène pas des regards inquiets, car je suis ton Dieu. Je te fortifie, je viens à ton secours, je te soutiens par ma main droite, la main de la justice* »).

⁷ V. par ex. les nombreux arrêts qui se fondent, pour casser des décisions, sur l'article 6 § 1 CEDH comme garantissant l'accès au juge (ainsi par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 25 mars 2021, n° 19-15.611), notamment au regard de l'instance d'appel (V. à titre d'exemple Cass. civ. 2^{ème}, 9 sept. 2021, n° 20-13.662).

⁸ M. Zavaró, « De la notion de valeur à la pratique – A la croisée de l'universel et du relatif », *Cahiers de la Justice* 2022/1, p. 19 s.

l'écrivait Serge Guinchard dès 2013 dans son article « N'ayez pas peur »⁹, il s'agit de penser le global et de penser globalement tout en agissant localement¹⁰. Nous reviendrons sur la remise en cause courageuse entreprise par la Cour de cassation d'un certain nombre de ses modes de fonctionnement et de traitement des affaires, sur sa prise de conscience de l'importance de conforter sa légitimité, en élargissant le champ de ceux auxquels elle s'adresse : pas seulement une toute petite communauté de juristes, mais la société, dans sa pluralité et sa diversité.

Qu'avons-nous pu retirer comme viatique de ces riches conférences pour notre voyage vers le futur ? Elles nous ont tout d'abord permis de poser un *regard* comparatiste¹¹ sur la place du juge et son office ainsi que les défis qui s'offrent à lui (I). Ce faisant, elles nous permettent d'envisager une *vision* renouvelée de l'office du juge en droit national (II).

I. Un regard comparatiste élargi

Bien sûr, la France présente des spécificités, notamment celle d'avoir pendant plusieurs siècles fait perdurer le légicentrisme, remis en cause aujourd'hui, qui s'accompagnait d'un juge à l'office prétendument limité à l'application de la loi. Nous savons tous qu'il n'en était rien en réalité, mais les représentations ont la vie dure et la Cour de cassation, par la rédaction même de ses arrêts, laissait perdurer le mythe d'une solution juridictionnelle, voire jurisprudentielle, découlant de façon évidente de la disposition législative. Ceci est désormais un temps révolu et il est admis que le juge co-élabore le droit¹². De nombreux autres pays se sont extraits bien plus tôt que la France de ce carcan formel et ont reconnu, parfois expressément, qu'il appartient aux juridictions supérieures de développer le droit¹³.

Au-delà des spécificités nationales, le cycle de conférences nous a permis un regard *panoramique*. Si je tissais la métaphore photographique, je parlerais de grand angle, autrement dit : la vue d'ensemble (A). Il nous a également apporté un regard *spécifique* par l'usage du zoom, en affinant notre perception de certains aspects de l'office du juge, notamment dans certains contentieux (B).

A. Le regard panoramique : le grand angle

L'office du juge face aux normes supranationales. Internationalisation du droit et de la justice – Un premier constat s'impose : partout ou presque, la loi nationale recule dans son autorité, menacée tantôt par des instruments permettant de veiller au respect de la Constitution (c'est le cas en France depuis l'introduction de la QPC en 2010, depuis bien plus longtemps en Allemagne qui admet une saisine de la Cour constitutionnelle fédérale tant par

⁹ Cette formule rappelle divers versets de la Bible, dont celui d'Isaïe (« *N'aie pas peur, car je suis moi-même avec toi. Ne promène pas des regards inquiets, car je suis ton Dieu. Je te fortifie, je viens à ton secours, je te soutiens par ma main droite, la main de la justice* »).

¹⁰ S. Guinchard, « N'ayez pas peur », *Les Cahiers de la Justice* 2013/3, p. 103 s.

¹¹ La comparaison s'est faite avec des droits étrangers, entre pratiques des ordres de juridiction nationaux, entre le droit et d'autres disciplines.

¹² V. la conférence du 28 mars 2022 sur L'office du juge et la co-élaboration du droit.

¹³ V. par ex. § 543, al. 2, 2) du Code allemand de procédure civile, *Zivilprozessordnung*, ZPO.

le juge qui, saisi d'une affaire, a des doutes sur la constitutionnalité d'une norme¹⁴, que par le justiciable une fois les autres recours épuisés¹⁵), tantôt par des sources supranationales devant lesquelles le juge doit s'incliner, quitte parfois à les « nationaliser », comme l'a fait le Royaume Uni de la Convention EDH dans le *Human Rights Act* de 1998. Face à ce phénomène, le juge national n'est pas tenu à la passivité. Il peut au contraire être coacteur (sinon coauteur) de l'interprétation de ces normes, en suggérant, par exemple dans une demande d'avis à la Cour EDH dans le cadre du protocole n° 16 (comme la Cour de cassation a été la première à la former dans le cadre de la gestation pour autrui¹⁶) ou lors d'un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice, une solution de la question juridique avec une motivation soutenue invitant, le cas échéant, la Cour à revoir sa jurisprudence (V. ainsi la tentative récente lors du renvoi préjudiciel du 13 mai 2020 par la première chambre civile à propos de l'art. 7 § 2 du règlement Bruxelles I *bis*¹⁷ en matière de compétence juridictionnelle en cas de cyberdélict)¹⁸. Il m'a

¹⁴ Art. 100 de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*, GG). On parle alors de « contrôle concret de constitutionnalité » (*konkrete Normenkontrolle*). V. S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, 11^{ème} éd. 2021, Dalloz, n° 244 ALL.

¹⁵ Recours constitutionnel, *Verfassungsbeschwerde*, V. art. 93, al. 1, 4a) de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*, GG).

¹⁶ Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19053 et Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30138. Pour le Conseil d'État, V. CE, 6^{ème} et 5^{ème} ch. réunies, 15 avr. 2021, n° 439036.

¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2020, n° 18-24.850 : la chambre, après avoir fait référence à plusieurs arrêts de la Cour de Justice à propos de l'art. 7 § 2 du règlement n° 1215/2012, Bruxelles I *bis* (compétence en matière délictuelle) indique : « 14. La question, qui est déterminante pour la solution du litige que doit trancher la Cour de cassation, pose une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne *dès lors que l'intérêt d'une bonne administration de la justice pourrait justifier que la juridiction compétente pour connaître de la demande tendant à la rectification de données et à la suppression de commentaires ait compétence exclusive pour connaître de la demande tendant à l'allocation de dommages-intérêts, qui présente avec la première un lien de dépendance nécessaire*. », suggérant ainsi une solution à la Cour de Justice, laquelle a toutefois maintenu sa jurisprudence « *tantôt incomplète, tantôt confuse* » et en tout cas « *byzantine* » (jugement critique de Y. El Hage, « Compétence en matière de cyberdélict : le méli-mélo de la jurisprudence européenne », *D.* 2022. 1083) dans son arrêt CJUE, GC, 21 déc. 2021, C-251/20, *Gtflix Tv*. La Cour de cassation en a pris acte, et énonçant dans son arrêt le « dit pour droit » de la Cour de Justice, a appliqué les principes de solution formulés par cette dernière (Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 2022, n° 18-24.850).

¹⁸ La Cour de cassation n'hésite pas à saisir la Cour de Justice de questions préjudicielles. Il semble même que le nombre de renvois augmente ces dernières années, V. par ex. récemment, Cass. com., 25 mai 2022, n° 19-23.516. – Cass. civ. 2^{ème}, 2 déc. 2021, n° 19-23.674 et, le même jour, n° 19-14.929. – Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-13.317, en matière de coemploi et d'application du règlement n° 1215/2012, Bruxelles I *bis* : la chambre sociale expose sa jurisprudence sous l'empire du règlement n° 44/2001, Bruxelles I, et s'interroge sur la portée des nouvelles dispositions dans le règlement de refonte Bruxelles I *bis* - Cass. civ. 1, 17 novembre 2021, n° 19-23.298, FS-B à propos de l'étendue de l'autorité de chose jugée en droit de l'Union (« Sont renvoyées à la Cour de justice de l'Union européenne, les questions suivantes :

« 1°/ L'article 33, paragraphe 1, 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 « Bruxelles I », doit-il être interprété en ce sens que la définition autonome de l'autorité de la chose jugée concerne l'ensemble des conditions et des effets de celle-ci ou qu'une part peut être réservée à la loi de la juridiction saisie et/ou à la loi de la juridiction qui a rendu la décision ?

2°/ Dans la première hypothèse, les demandes portées devant les juridictions de deux États membres doivent-elles être considérées, au regard de la définition autonome de l'autorité de chose jugée, comme ayant la même cause lorsque le demandeur allègue des faits identiques, mais invoque des moyens de droit différents ?

semblé d'ailleurs – en consultant le site Judilibre de la Cour de cassation – que cette dernière procède plus souvent à des renvois préjudiciels. Elle se place ainsi dans la mouvance des juridictions allemandes qui sont les plus nombreuses à saisir la Cour de Justice (en 2020, 139 renvois préjudiciels sur les 556 de l'année émanaient de juridictions allemandes, 50 de juridictions autrichiennes, 21 de juridictions françaises !)¹⁹. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a construit une jurisprudence ferme selon laquelle une juridiction supérieure, tenue de procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice en cas de nécessité d'interprétation du droit de l'Union, viole le droit constitutionnel au juge légal (*gesetzlicher Richter*) si elle s'abstient de renvoyer²⁰, dès lors que l'absence de renvoi n'est pas due à une simple erreur, mais constitue véritablement une mesure arbitraire (*Willkür*)²¹. Comment mieux ancrer dans les mœurs et les esprits la nécessaire coopération du juge national à l'interprétation du droit de l'Union par la Cour de Justice ?

De même, il a été souligné -notamment par Mme la Première Présidente de la Cour de cassation – combien la comparaison des droits devenait utile, voire nécessaire, pour relever des défis similaires, pour trancher des questions juridiques semblables d'un pays à l'autre. Les contentieux se globalisent eux aussi.

L'office des Hautes juridictions – L'office des Hautes juridictions est nécessairement impacté par ces évolutions. Un regard comparatif panoramique confirme le renforcement de leur rôle comme « *gardien démocratique des libertés fondamentales* », qui s'est notamment illustré dans le cadre du contrôle des mesures prises pendant la crise sanitaire... mais aussi de gardien de l'État de droit comme l'ont démontré les divers renvois préjudiciels des Cours suprêmes de Pologne²² à la Cour de Justice en matière d'indépendance de la justice nationale. Directement

3°/ Deux demandes fondées l'une sur la responsabilité contractuelle et l'autre sur la responsabilité délictuelle, mais basées sur le même rapport de droit, tel que l'exécution d'un mandat d'administrateur, doivent-elles être considérées comme ayant la même cause ?

4°/ Dans la seconde hypothèse, l'article 33, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 44/2001 en application duquel il a été jugé qu'une décision de justice doit circuler dans les États membres avec la même portée et les mêmes effets que ceux qu'elle a dans l'État membre où elle a été rendue impose-t-il de se référer à la loi de la juridiction d'origine ou autorise-t-il, s'agissant des conséquences procédurales qui y sont attachées, l'application de la loi du juge requis ? ». La CJUE devra donc définir les conditions et les effets de l'autorité de la chose jugée des décisions rendues par les États membres.

¹⁹ V. *Rapport annuel 2020 de la Cour de Justice*, p. 219. Derrière l'Allemagne, l'Autriche (50 renvois préjudiciels en 2020), l'Italie (44), la Pologne (41), la Belgique (36), l'Espagne (31), la Bulgarie (28) ... puis la France.

²⁰ V. par ex. C. const. féd. (BVerfG), 1^{er} sénat, 26 févr. 1954, *BVerfGE* 3. 363 ; 2^e sénat, 11 mai 1965, *BVerfGE* 19. 43. C. const. féd. (BVerfG), 19 déc. 2017, 2 BvR 424/17, *NJW* 2018. 686. V. aussi V. E. Schneider, « Verletzung der Vorlagepflicht », *MDR* 2000. 10.

²¹ C. const. féd., 2^e sénat, 30 juin 1970, *BVerfGE* 29. 49. V. aussi C. const. féd., 2^e ch. du 1^{er} sénat, 3 mars 2014, 1 BvR 2534/10, *NJW* 2014. 1796 ; 1^{er} ch. du 2^e sénat, 29 avril 2014, 2 BvR 1572/10 ; *NJW* 2014. 2489 : en vertu de ce dernier arrêt, la jurisprudence des deux sénats de la Cour constitutionnelle fédérale n'exige pas un contrôle plus sévère que celui de l'arbitraire (*Willkür*) lorsqu'une juridiction viole son obligation de saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

²² V. par ex. CJUE, GC, 19 novembre 2019, *A.K./Krajowa Rada Sadownictwa*, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, Indépendance de la nouvelle chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise (renvoi par la chambre du travail et des assurances sociales de Cour suprême). - CJUE, GC, 2 mars 2021, *A.B. et autres c. Krajowa Rada Sadownictwa*, C-824/18, Nomination des juges à la Cour suprême (renvoi par la Cour suprême

confrontées à des questions nouvelles essentielles, les Hautes juridictions sont toutes des acteurs démocratiques qui doivent parler à tous, expliciter leurs décisions pour une meilleure compréhension. Il ne s'agit plus de rester dans sa tour d'ivoire mais de traverser le pont pour aller à la rencontre de chaque justiciable et de la société dans une démarche horizontale de communication. Communiqués de presse, porte-parole, journées portes ouvertes, réseaux numériques, les outils se multiplient pour ancrer les Hautes juridictions dans la société. Certaines les utilisent depuis longtemps.

L'office du juge face aux causes systémiques telles que les enjeux climatiques – Les questions non résolues au niveau politique sont souvent judiciairisées : protection des données, diminution des gaz à effet de serre. Ces causes sont aussi d'importance systémique. Elles sont mondiales. L'action en justice pour inaction climatique bouscule l'office du juge tant sur le plan spatial (extraterritorialité des effets délétères mais aussi de certains aspects du litige) que sur le plan de sa nature (nécessité pour le juge de se projeter dans l'avenir pour apprécier des effets futurs en l'absence de mesures prises ; légitimité du juge à s'engager ainsi dans un domaine qui jusqu'à présent relève essentiellement du politique...). Des intervenants belge et brésilien ont comparé les décisions ayant accueilli une action contre un gouvernement pour inaction face au changement climatique (Pays-Bas, affaire *Urgenda*²³) et celles rejetant au contraire de telles actions²⁴, que ce soit au regard de la recevabilité pour défaut d'intérêt, ou au fond. L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande a également retenti fortement²⁵. Le Conseil d'État s'est lui aussi affirmé comme juge de l'inaction en matière climatique dans l'arrêt Grande Synthe du 19 novembre 2020²⁶. Dans un domaine proche, M.

administrative). - CJUE, GC, 6 octobre 2021, C-487/19, *W.Z.* (renvoi par la Cour suprême, chambre civile statuant en formation élargie à sept juges).

²³ V. Hoge Raad, 20 déc. 2019, association *Urgenda* (organisation non gouvernementale militant pour le développement durable aux Pays-Bas). Pour des détails, V. C. Collin, « Suite et fin de l'affaire *Urgenda* : une victoire pour le climat », *Dalloz actualité*, 29 janv. 2020. La juridiction néerlandaise de première instance avait fondé sa décision sur la Constitution néerlandaise, les objectifs de réduction des émissions fixés par l'Union européenne, les principes établis sur le fondement de la Convention EDH, l'obligation de ne pas nuire établie en droit international, ainsi que les principes d'équité, de précaution et de durabilité formulés dans la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) et l'Accord de Paris. La juridiction suprême (*Hoge Raad*) retient une violation des articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention EDH, qui consacrent un devoir de protection imposant à l'État de respecter un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 25 % d'ici fin 2020 (aff. n° 19/00135).

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral suisse, 5 mai 2020, à propos de l'action engagée par l'association « Ainées pour la protection du climat ».

²⁵ C. const. féd. (BVerfG), 29 avr. 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20 : les dispositions de la loi du 12 décembre 2019 sur la protection du climat (*Klimaschutzgesetz*, KSG) relatives aux objectifs nationaux de protection du climat et aux quantités annuelles d'émissions autorisées jusqu'en 2030 sont incompatibles avec les droits fondamentaux, dans la mesure où il n'existe pas de mesures suffisantes pour la poursuite de la réduction des émissions à partir de 2031. V. U. Becker, *Der Klimaschutz, das BVerfG und die Zukunft des Sozialstaats*, *NJW* 2022. 1222.

²⁶ CE, 19 nov. 2020, *Commune de Grande Synthe*, n° 427301 : la commune de Grande-Synthe et plusieurs associations ont demandé au Conseil d'État d'annuler le refus du Gouvernement de prendre des mesures supplémentaires pour atteindre l'objectif, issu de l'Accord de Paris, de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici à 2030. Le Conseil d'État fait droit à leur demande et enjoint au Gouvernement de prendre

le président Soulard nous a montré comment la chambre criminelle – dans le sillage d'un arrêt de la Cour EDH - a opéré un revirement de jurisprudence le 25 novembre 2020 pour décider qu'une société absorbante peut être déclarée coupable des infractions antérieures commises par la société absorbée, parce qu'il n'est pas rare que des sociétés ayant causé un préjudice écologique grave se fassent absorber afin d'éviter d'avoir à répondre de leurs actes.

Le regard comparatif peut être *interne*. Celui qui a été porté sur juridictions administratives et juridictions judiciaires françaises nous a montré comment identifier les causes systémiques et les traiter, et comment – en matière civile – se pose la question du point fragile d'équilibre entre le litige qui doit demeurer la chose des parties, et l'enjeu qui dépasse le litige individuel. Contentieux Uber, travailleurs des plateformes numériques, les Hautes juridictions s'observent, étudient leurs arrêts respectifs sur des questions systémiques, et s'influencent parfois... La comparaison des droits permet au juge de mieux exercer son office, en examinant le champ des possibles... et de ce qui a été jugé ailleurs dans des affaires semblables soulevant les mêmes questions. L'ailleurs peut bien entendu être *l'étranger*. On citera deux arrêts tout récents (30 mai 2022) du Tribunal fédéral suisse²⁷ selon lesquels 1° la Cour de justice du canton de Genève n'est pas tombée dans l'arbitraire concernant le service de transport en retenant

des mesures supplémentaires d'ici le 31 mars 2022 pour atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici 2030.

²⁷ T. féd. suisse; 30 mai 2022, 2C 575/2020 et 2C 34/2021, consultables sur www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/2c_0575_2020_yyyy_mm_dd_T_f_14_32_25.pdf. Dans l'arrêt n° 2C 34/2021, le Tribunal fédéral indique : « **9.5.** Le statut des chauffeurs Uber est très discuté à l'étranger également. Rien qu'en Europe, on peut relever que la Cour suprême du Royaume-Uni a, dans une décision du 19 février 2021, confirmé, notamment eu égard au lien de subordination caractérisant la relation, que les chauffeurs Uber devaient être qualifiés de travailleurs (un statut intermédiaire entre employé et indépendant) (Supreme Court, *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)* [2021] UKSC 5 on appeal from: [2018] EWCA Civ 2748). En France, la Chambre sociale de la Cour de cassation a retenu entre Uber et les chauffeurs une relation de travail (Cour de Cassation, Chambre Sociale, arrêt no 374 du 4 mars 2020 [pourvoi no 19-13.316], *Uber France, société par actions simplifiée unipersonnelle et autre (s) v. M. A. X.*). Il convient toutefois de relever que certaines juridictions inférieures ont maintenu, après cet arrêt, une approche différente (cf. CHRISTINA HIESSL, Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions, report prepared for the European Commission, octobre 2021, p. 12 à 14) et que le législateur français s'est saisi de la question du travail pour les plateformes (CF. PAR EXEMPLE ORDONNANCE NO 2021-484 DU 21 AVRIL 2021 RELATIVE AUX MODALITÉS DE REPRÉSENTATION DES TRAVAILLEURS INDÉPENDANTS RECORRANT POUR LEUR ACTIVITÉ AUX PLATEFORMES ET AUX CONDITIONS D'EXERCICE DE CETTE REPRÉSENTATION). Aux Pays-Bas, une Cour civile a également retenu qu'Uber était un employeur (CHRISTINA HIESSL, *op. cit.*, p. 25 s.). En Belgique, une Cour commerciale a en revanche estimé qu'Uber transport n'avait qu'un rôle d'intermédiaire et que les chauffeurs étaient indépendants (cf. CHRISTINA HIESSL, *OP. CIT.*, P. 8). AU NIVEAU DE L'UNION EUROPÉENNE, ON PEUT RELEVER QUE LA COUR DE JUSTICE A RETENU QU'UBER ÉTAIT UNE ENTREPRISE DE SERVICE DANS LE DOMAINE DES TRANSPORTS, POUVANT NOTAMMENT ÊTRE SOUMISE À UN RÉGIME D'AUTORISATION ADMINISTRATIVE NATIONALE PRÉALABLE, ET NON UN SERVICE DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION. ELLE A CONSIDÉRÉ À CET ÉGARD QUE LE SERVICE PROPOSÉ NE SE RÉSUMAIT PAS À LA MISE EN RELATION, AU MOYEN D'UNE APPLICATION POUR TÉLÉPHONE INTELLIGENT, D'UN CHAUFFEUR NON PROFESSIONNEL UTILISANT SON PROPRE VÉHICULE ET UNE PERSONNE QUI SOUHAITAIT EFFECTUER UN DÉPLACEMENT URBAIN ET QU'UBER EXERÇAIT "UNE INFLUENCE DÉCISIVE SUR LES CONDITIONS DE LA PRESTATION DES CHAUFFEURS" (CJUE, ARRÊT C-434/15 DU 20 DÉCEMBRE 2017, ASOCIACIÓN PROFESIONAL ELITE TAXI CONTRE UBER SYSTEMS SPAIN SL, PAR. 33 SS, PAR. 37 À 39; CONFIRMÉ PAR CJUE, ARRÊT C- 320/16 DU 10 AVRIL 2018, UBER FRANCE SAS, PAR. 18 SS, PAR. 24). »

une relation de travail entre les chauffeurs Uber opérant à Genève et la société « Uber B.V. ». S'agissant du service de livraison de repas « Uber Eats », le Tribunal fédéral conclut que les livreurs doivent certes être considérés comme des employés, mais qu'il n'y a en revanche pas de contrat de location de services avec les restaurateurs. Il motive longuement sa décision relative à l'existence d'un contrat de travail en faisant un panorama de jurisprudence comparée (Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni, CJUE).

De même, un regard panoramique a permis de s'interroger sur l'office du juge sous l'angle de la tension entre raison et émotions. Ont ainsi été convoqués l'histoire, la philosophie du droit, la sociologie, les neurosciences établissant que raison et émotion ne s'opposent pas. L'approche interdisciplinaire du courant *Law and Emotion* a été mise en exergue²⁸. Les travaux de Martha Nussbaum²⁹ ont démontré non seulement que le juge ne peut être un robot sans émotion³⁰, mais également que le bon juge doit savoir écouter, dans une certaine mesure, ses émotions qui peuvent venir enrichir une approche rationnelle du litige. Économie comportementale et rationalisme juridique peuvent ainsi se rencontrer pour valoriser la composante « humanité » dans le processus de jugement³¹.

Changeons maintenant la focale de notre objectif. Adoptons un angle plus étroit, plus spécifique pour aborder, en resserrant le cadre, l'intérêt de notre regard comparatiste.

B. Un regard plus spécifique : le zoom

On le sait bien, le droit ne peut être une construction « *coupée du réel qui l'environne. Il est fait d'arbitrages entre des intérêts divers* »³². Lorsque l'on zoome par exemple sur le domaine du droit des contrats, qui a donné lieu à d'intéressants échanges lors de la conférence du 14 juin 2021, on le constate. La réforme française de droit des contrats de 2016-2018 a largement été commentée. Ses objectifs ont pu être perçus comme apparemment contradictoires (efficacité économique versus justice sociale). En effet, tout comme cela existait déjà depuis

²⁸ V. S.A. Bandes et alii, *Research Handbook on Law and Emotion*, Edward Elgar éd., 2021.

²⁹ V. par ex. Martha C. Nussbaum, *Emotion in the Language of Judging*, 70 *St. John's L. Rev.* 23 (1996) : « *emotions are not just mindless ; they embody thoughts. Therefore, we cannot dismiss them from judicial reasoning* » (p. 25) ; « *we want emotion that is tethered to the evidence, that has been carefully filtered for bias, that's informed by legal reasoning of the best sort. But if we do get that, there is absolutely no reason why emotion shouldn't be an important part of judicial thought and writing* » (p. 29). V. aussi M. Nussbaum, *L'art d'être juste*, Flammarion éd., 2015, ouvrage plaidant pour une conception de la rationalité non pas impartiale et désincarnée, mais fondée sur une appréciation sensible de situations humaines particulières ; la raison doit faire pleinement droit aux émotions et à l'imagination.

³⁰ Comp. M. Zavaro, « De la notion de valeur à la pratique – A la croisée de l'universel et du relatif », *Cahiers de la Justice* 2022/1, p. 30 : « *Le jugement individuel est le fruit d'une interaction permanente entre une conscience personnelle poreuse, imprégnée de toutes les influences et les sollicitations extérieures. Je suis le creuset de ces phénomènes forgés dans des multitudes de vies, que le corps social additionne et malaxe. Leur maturation est ainsi individuelle et collective en même temps, et c'est par là qu'émerge un ensemble de représentations, plus ou moins homogène, plus ou moins durable, mais suffisant pour constituer le socle de références dont nous avons besoin pour évaluer le juste* ».

³¹ Sur ces questions des relations entre rationalisme et émotion humaine, V. R. H. Thaler et C. Sunstein, *Nudge*, Vuibert éd., 2010.

³² M. Zavaro, « De la notion de valeur à la pratique – A la croisée de l'universel et du relatif », *Cahiers de la Justice* 2022/1, p. 21.

longtemps en Allemagne (laquelle a d'ailleurs réformé son droit des obligations dès 2001), de nouvelles prérogatives unilatérales des parties (résolution unilatérale, réduction unilatérale du prix...) ont été introduites lors de la réforme française ; on notera qu'en cas de désaccord entre les parties, le juge devra néanmoins être saisi, il conserve donc un rôle subsidiaire. Parallèlement, l'incursion du juge dans le contenu du contrat est accentuée par certaines nouvelles dispositions, parmi lesquelles l'article 1171 du Code civil qui prévoit, en matière de contrat d'adhésion, que « toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un *déséquilibre significatif* entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Cette notion de « *déséquilibre significatif* » n'est peut-être pas la plus problématique car elle a déjà été éprouvée dans le cadre de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Les intervenants sur ce thème ont néanmoins relevé que le recours plus intense aux standards juridiques parfois nouveaux et sans charge normative claire dans la réforme de 2016-2018, conduira nécessairement à un office du juge renforcé, et surtout plus proche du « *sur mesure* » que du « *prêt à porter* ».

L'évolution la plus marquante est très certainement la consécration de l'imprévision (art. 1195 C. civ.)³³, à laquelle la Cour de cassation s'était elle-même refusée. Cette nouveauté a pu être critiquée au motif 1° d'une atteinte grave à la liberté contractuelle, laquelle serait même pour certains inconstitutionnelle ; et 2° d'une modification subséquente de l'office du juge, qui devrait écrire l'avenir du contrat, devenir économiste et fixer un prix (mais n'intervient-il pas déjà dans nombre de cas dans un office « économique » ?). Ces réserves n'ont pas été formulées aussi vivement lorsque le Tribunal d'Empire allemand (*Reichsgericht*) a pris l'initiative de consacrer une création prétorienne³⁴ : la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (perte de fondement du contrat) assimilable à notre imprévision, qui a été introduite par le législateur dans le BGB allemand lors de la réforme du droit des obligations de 2001³⁵ sous le nom de *Störung der Geschäftsgrundlage* (perturbation du fondement contractuel).

³³ Art. 1195 C. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

³⁴ RGZ 99, 115 (spéc. 116). Cette jurisprudence a été fondée sur le § 232 BGB (en vertu duquel le débiteur est tenu d'exécuter la prestation selon ce qu'exigent la confiance et la bonne foi – *Treu und Glauben* – compte tenu des usages).

³⁵ § 313 BGB : « 1. Lorsque les circonstances qui ont servi de base au contrat ont subi une modification grave après la conclusion de celui-ci et que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou l'auraient conclu avec un contenu différent si elles avaient prévu cette modification, l'adaptation du contrat peut être demandée dans la mesure où, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment de la répartition des risques prévue par le contrat ou par la loi, on ne peut raisonnablement exiger d'une partie qu'elle maintienne le contrat en l'état.

2. Le fait que des prévisions essentielles, qui sont devenues la base du contrat, se révèlent fausses est assimilé à un changement de circonstances.

Cette montée en puissance du juge civil dit la confiance mise en lui comme régulateur des rapports sociaux et instrument de la justice dans les rapports contractuels. Elle dit sans doute aussi la perte de conviction du législateur en des principes absolument intangibles qui se heurtent à la réalité des situations de fait, autrement dit l'acceptation d'un certain relativisme. Comme le contrôle de proportionnalité *in concreto* s'étend, l'appréciation individualisée des circonstances de perturbation des prévisions contractuelle doit permettre une adaptation du contrat, voire sa résiliation.

Ainsi, le regard comparatiste que nous avons porté peut nous conduire à une vision renouvelée de l'office du juge national.

II. Une vision renouvelée de l'office du juge national

Penser son droit comme universel dit la fermeture idéologique et identitaire du rapport à l'étranger. La comparaison, c'est au contraire un aller-retour d'un droit à l'autre, de pratiques à d'autres. Comme la traduction, la comparaison est un véritable savoir-faire avec les différences. C'est un dialogue entre systèmes juridiques afin de mieux apprécier et évaluer le sien propre en le confrontant à d'autres possibles, ceux que constituent d'autres modèles de droit, d'autres traditions juridiques, judiciaires et procédurales. Ce dialogue est aujourd'hui *nécessité*. Il suppose un esprit ouvert, une volonté d'aller vers l'autre sans préjugé, en suspendant son jugement empreint de biais nationaux. Il peut conduire à une appropriation de pratiques étrangères sous forme acculturée à notre terreau national.

En 2013, Serge Guinchard écrivait un article lumineux et visionnaire, empreint d'humanisme. Cet article exprime une vision très républicaine de l'office du juge, nouvel office d'un juge « *à l'écoute du monde, d'un juge au défi de la mondialisation, d'un juge qui subit plus qu'il ne consent au changement parce que ceux-ci sont continus et globaux et qu'il les prend de plein fouet* »³⁶. Pour l'auteur, le juge est un visionnaire au cœur de notre devise républicaine dont il doit actionner les trois composantes. Il est le « *garant des droits, de leur équilibre entre les parties, le bastion avancé de nos libertés, de la défense de nos idéaux démocratiques* ». Liberté car le juge assure « *la police des libertés fondamentales* » ; Égalité car il assure la promotion de l'égalité entre tous les justiciables ; Fraternité car il peut jouer un rôle conciliateur, et « *donner au combat mortel entre la liberté et l'égalité l'apaisement dans toute société a besoin* »³⁷.

La vision renouvelée que nous avons acquise conduit, me semble-t-il, à un office du juge plus affirmé (A), qui s'inscrit dans un espace ouvert et élargi (B).

3. Si une adaptation du contrat n'est pas possible ou ne peut être exigée d'une partie, la partie lésée peut résoudre le contrat. Le droit de résiliation se substitue au droit de résolution pour les contrats à exécution successive. »

³⁶ S. Guinchard, « N'ayez pas peur », *Les Cahiers de la Justice* 2013/3, p. 100.

³⁷ *Ibid.*, p. 102. Dès 2013, S. Guinchard (*ibid.*) indiquait que « *face à cet objectif d'une justice porteuse de sens, d'un office du juge renouvelé dans son principe, le service de la justice ne peut être modernisé et ne vivre que dans le respect de valeurs et de principes qui fondent l'État de droit, tels que l'égalité devant la loi et l'accès effectif à un juge, y compris et surtout pour les plus démunis* ».

A. Un office plus affirmé

L'office du juge en général. Son existence – D'abord, notre vision est renouvelée quant à l'existence même de cet office : oui, le juge national peut s'emparer des procès concernant le changement climatique, dans le respect de la séparation des pouvoirs, et donc en appliquant les textes nationaux et internationaux par lesquels sont engagés les États. Il ouvre ainsi le champ de son compas, mais ne sort pas de son office et ne met pas en danger la légitimité de celui-ci.

Une vision renouvelée de l'intensité de l'office du juge – Une vision renouvelée de l'office du juge civil quant à son intensité doit également être retenue. On connaît l'interprétation malheureuse et peu convaincante qu'a faite en 2007³⁸ l'assemblée plénière de la Cour de cassation de l'article 12 CPC, lequel permet et invite pourtant à une conception exigeante de l'office du juge, dans l'esprit motulskyen. La comparaison avec la procédure civile allemande a permis de conclure que le juge qui dialogue avec les parties³⁹, les rencontre (importance de l'audience et du débat judiciaire, qui peut d'ailleurs faciliter la conciliation)⁴⁰ et dit le droit d'office remplit au mieux la fonction sociale du procès (« *Wohlfahrtsfunktion* » comme l'entendait le juriste autrichien Franz Klein). Le juge allemand doit d'office appliquer la règle de droit pertinente même si les parties ne l'ont pas évoquée (règle "*da mihi factum, dabo tibi jus*") – qu'il s'agisse de droit national ou de droit étranger – et même si les conclusions des parties vont dans une autre direction. Le juge allemand violerait le droit fondamental d'être entendu s'il ne donnait pas une qualification juridique complète des faits au soutien de la demande. Cette vision germanique est aussi celle qui prévaut aujourd'hui en Belgique

³⁸ Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° n° 06-11.343, *Bull. Ass. Plén.* 2007, n° 10 : le juge civil français – qui a l'obligation de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions – n'a en revanche pas, sauf règles particulières, celle de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes.

³⁹ V. § 139 ZPO (*Zivilprozessordnung*, Code allemand de procédure civile) : « 1. Le tribunal aborde avec les parties, si cela est nécessaire, le litige en fait et en droit, et pose des questions. Il veille à ce que les parties s'expriment en temps utile et de façon exhaustive sur tous les faits pertinents, et notamment complètent des énonciations insuffisantes à propos des faits qu'elles ont invoqués, désignent les moyens de preuve et formulent toutes demandes utiles. Par des mesures de direction procédurale, le tribunal peut structurer la procédure et séquencer la matière litigieuse³⁹.

2. Le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'une partie a manifestement omis ou tenu pour sans importance (sauf si une simple créance accessoire est concernée) qu'après l'avoir indiqué aux parties et les avoir mises en mesure de s'exprimer. Il en va de même d'un moyen que le tribunal apprécie différemment des parties.

3. Le tribunal attire l'attention des parties sur les aspects qu'il est susceptible de relever d'office.

4. Les indications au sens de la présente disposition sont délivrées le plus tôt possible et sont mentionnées au dossier. Leur délivrance ne peut être établie que par le contenu du dossier. Le contenu du dossier ne peut être contesté que par la preuve d'un faux en écriture.

5. Si une partie n'est pas en mesure de s'exprimer immédiatement sur les indications délivrées par le juge, celui-ci, sur demande de la partie, fixe un délai dans lequel elle pourra faire parvenir ses conclusions sur ce point ».

⁴⁰ V. la conférence du 7 février 2022 sur l'office du juge et les principes d'oralité et de publicité (« le principe de publicité, l'oralité et la communication : retrouver le sens du débat »), où a été exposée l'importance centrale du débat oral en Allemagne et en *common law*.

(revirement de la Cour de cassation belge le 14 avril 2005⁴¹) et au Luxembourg⁴². Je ne saurais trop redire ici combien la Cour de cassation s'honorerait à suivre ce courant convaincant.

Une vision renouvelée des contours de l'office du juge – L'exemple de l'office du juge face aux règles de conflit de lois et au droit étranger – On le sait, la circulation des personnes et des biens s'intensifie ; l'effet frontière s'amenuise, et le juge national est confronté à nombre de situations comprenant des éléments d'extranéité. De ce fait, il doit appréhender dans certains cas la norme étrangère, *terra incognita* ou marécage dans lequel le juge national redoute de s'embourber. Alors que certains États⁴³ imposent fermement au juge du fond d'appliquer d'office la règle de conflit, même lorsqu'elle renvoie à une loi étrangère (notamment l'Allemagne, avec la jurisprudence exigeante de la Cour fédérale de Justice⁴⁴ – *Bundesgerichtshof* –, ou encore l'Italie⁴⁵), la Cour de cassation opère une distinction entre droits disponibles et indisponibles, comme si elle redoutait de faire peser sur les épaules du juge du fond un poids déraisonnable, celui de rechercher – comme cela est par exemple exigé du juge allemand – à la fois la « *law in the books* » et la « *law in practice* »⁴⁶. On a déjà vu cette frilosité à propos de l'application de l'article 12 du Code de procédure civile sur l'étendue de l'office du juge en matière de droit.

⁴¹ Cass. belge, 14 avr. 2005, *Garage Spinoit c/ Gecima*, R.G. n° C.03.0148.F., JT 2005. 659, obs. J. van Compernelle. V. aussi Cass. 1^{ère}, 2 avr. 2010, *JLMB* 2010. 1235, obs. J.-F. van Drooghenbroeck. La première chambre néerlandophone a apporté des clarifications (Cass. 1^{ère}, 14 déc. 2012, *JLMB* 2013. 1305, obs. J.-F. van Drooghenbroeck, et 17 mars 2016, C. 15.0235.N.) : « *Cela n'implique pas qu'il [le juge] doive, au regard des faits du litige, envisager l'applicabilité de tous les fondements juridiques possibles non invoqués par les parties, mais seulement, moyennant le respect des droits de la défense, qu'il doive envisager l'applicabilité des fondements juridiques qui, au vu des faits spécialement invoqués, s'imposent à lui d'évidence* ».

⁴² V. Bolard, « La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2011 », *JTL* 2012, n° 19, p. 8.

⁴³ V. M. Jänterä-Jareborg, *Foreign law in national courts: A comparative perspective*, Recueil de cours de La Haye, vol. 304, 2003.

⁴⁴ V. § 293 du Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO) : « 1. Le droit applicable dans un autre État, le droit coutumier et les statuts ne doivent être prouvés que s'ils sont inconnus du tribunal. 2. Dans l'établissement du contenu de ces normes juridiques, le tribunal n'est pas limité aux éléments de preuve fournis par les parties ; il peut également utiliser d'autres sources d'information et ordonner les mesures nécessaires à cette fin ». La jurisprudence allemande déduit de ce texte que le juge *doit* appliquer la loi étrangère si les règles de conflits allemandes y renvoient, même si les parties ne l'invoquent pas, sauf si leur silence peut s'analyser en un choix commun du droit allemand, si un tel choix est possible (droits disponibles) ; il doit d'office rechercher le contenu de la loi étrangère « vivante », c'est-à-dire telle qu'interprétée par la jurisprudence, et peut user pour cela de tous moyens à sa disposition, par ex. faire appel à des experts (professeurs de droit, Max Planck Institut...), V. par ex. C. féd. Justice, 24 avr. 2002, XI ZR 136/01, *MDR* 2002. 899 ; 30 avr. 2013, VII ZB 22/12, *MDR* 2013. 866 ; 14 janv. 2014, II ZR 192/13, *MDR* 2014. 362 ; 24 mai 2017, XII ZB 337/15, *FamRZ* 2017. 1209. V. aussi R. Freitag, « *Ausländische Eingriffsnormen vor deutschen Gerichten* », *NJW* 2018. 430.

⁴⁵ V. M. Jänterä-Jareborg, *Foreign law in national courts: A comparative perspective*, *op. cit.*, p. 229, qui affirme en outre (p. 240) : « *the doctrine of the court's duty to apply foreign law of its own motion, ex officio, is firmly established in many parts of the world* », et mentionne notamment le Japon et nombreux États d'Amérique latine.

⁴⁶ V. M. Jänterä-Jareborg, *ibid.*, p. 230 s. : « *As a starting point the principle that foreign law should be applied in the same manner as in its State of origin is well established all over the world, common law States constituting an important exception.* » ; « *The principle of origin-conform application of foreign law aims at safeguarding that foreign law in another State's court is applied in the same manner as a court (or other competent authority) would do in the State of origin of that law* ».

Comme cela a été plaidé lors de la conférence du 17 mai 2021 en cette Grande Chambre⁴⁷ et comme la Cour de cassation pourrait et devrait le décider par revirement de jurisprudence, l'article 9 du projet de code de droit international privé de mars 2022, affermit la force obligatoire de la règle de conflit en disposant que

Article 9 – « L'application du droit internationalement désigné est impérative pour le juge.

Lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent, par un accord procédural, soumettre leur litige au droit français. Cet accord est exprès ou résulte d'écritures concordantes et non-équivoques.

En matière de divorce, l'accord procédural doit être exprès.

Lorsque les parties s'abstiennent de s'expliquer sur le droit applicable, le juge les y invite et applique, au besoin d'office, la règle française de conflit de lois. »

L'office des juridictions supérieures en particulier – Nous l'avons vu, leur office se renforce comme « *gardien démocratique des libertés fondamentales* »⁴⁸. Mais il ne se limite pas à cela. La Cour de cassation participe à la création du droit ; elle est un acteur démocratique dont la légitimité doit être perçue par tous à l'heure où la confiance en les institutions régaliennes vacille : cela suppose mobilisation des sources européennes, qualité et transparence des processus afin de renforcer la confiance du public en la justice et permettre une meilleure acceptation des décisions, qui – lorsque cela est nécessaire – doivent être motivées de façon détaillée. Son office s'inscrit ainsi dans un espace élargi.

B. Un office inscrit dans un espace ouvert et élargi

Le dialogue avec les parties a été traité dans le cadre de l'office plus affirmé du juge. Il s'impose d'évidence. Mais d'autres échanges sont également nécessaires. D'abord au sein même de la juridiction : des échanges de pratiques et de jurisprudence entre les chambres d'une même juridiction sont nécessaires tant la contradiction interne peut être perçue comme versatilité ou arbitraire (« deux poids, deux mesures »). En cas de demande d'avis d'une chambre de la Cour de cassation à une autre chambre, le décret n° 2021-1341 du 13 octobre 2021 relatif au traitement des pourvois prévoit que le rapporteur de la formation chargée de statuer sur le pourvoi assiste désormais au délibéré de la formation qui rend l'avis ; et réciproquement, le rapporteur de la formation qui a rendu l'avis assistera au délibéré de celle chargée de statuer sur le pourvoi (art. 1015-1, al. 3 nouv.). Ces échanges renforcés entre chambres visent à favoriser une approche transversale du dossier et à renforcer la collégialité au sein de la Cour. Pour éviter les divergences de jurisprudence entre chambres de la Cour de cassation, on pourrait aussi – selon des modèles étrangers⁴⁹ - *imposer* le renvoi devant une chambre mixte

⁴⁷ V. les propos de Nicolas Nord.

⁴⁸ V. les propos de Ch. Arens, Première présidente de la Cour de cassation, lors de la conférence du 5 juillet 2021 sur L'office du juge est les Cours suprêmes.

⁴⁹ V. F. Ferrand, « Des divergences de jurisprudence au sein des Hautes juridictions : pathologie, remèdes et sanctions à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Philippe Théry, Les coutures du droit*, LGDJ éd., 2022, p. 237 s. (et spéc. 240 s.). Ainsi, la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 dispose dans son article 23 qu'une cour (= chambre) du Tribunal fédéral « *ne peut s'écarter de la jurisprudence arrêtée par une ou plusieurs autres cours qu'avec l'accord des cours intéressées réunies* » (al. 1^{er}).

lorsque la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes⁵⁰. En ce qui concerne les divergences de jurisprudence sur le territoire national, il convient de les repérer et c'est tout l'intérêt de l'Observatoire des litiges judiciaires que le *Rapport sur la Cour de cassation 2030* (Prop. n° 24) a proposé de créer au sein de la Cour de cassation, afin qu'elle puisse réfléchir en amont aux questions divisant les juges du fond. Si cette initiative intéressante est mise en place, nous serions pionniers et pourrions inspirer d'autres pays.

Le dialogue avec les cours européennes – Nos Hautes juridictions nationales – surtout la Cour de cassation – y recourent volontiers. Il ne doit pas tourner au bras de fer ou – comme la Cour constitutionnelle allemande s'y est aventurée le 5 mai 2021 (arrêt PSPP) en utilisant l'instrument de l'*ultra vires* – à l'opposition frontale, ni au repli sur la notion aux contours indéfinis d'identité constitutionnelle de l'État. Il s'agit de favoriser la conciliation plutôt que la confrontation. Le Conseil d'État s'y est engagé, en s'efforçant d'éviter d'avoir à vérifier si les exigences constitutionnelles risquent d'être compromises par l'application du droit européen⁵¹. La Cour de cassation a trouvé sa juste place, me semble-t-il, dans sa relation avec les deux juridictions européennes. La construction est à poursuivre.

Nos juridictions nationales *du fond* – même si elles n'en ont pas l'obligation – devraient davantage entrer en échange avec la Cour de Justice par le biais du renvoi préjudiciel, comme l'ont fait nombre de juges espagnols en droit de la consommation.

Le dialogue avec les juridictions étrangères – La Cour de cassation est en pleine mue. Ayant pris une conscience lumineuse de sa place, de sa responsabilité et de son rôle spécifique, elle s'est lancée depuis plusieurs années dans un considérable chantier de rénovation, voire de réhabilitation : motivation enrichie, suppression des attendus pour faciliter compréhension et traduction, traduction de certains de ses arrêts en anglais puis en espagnol pour permettre leur rayonnement⁵². Lutte pour l'influence des jurisprudences, mais aussi et surtout partage de préoccupations et de pistes de solution. Le *Rapport sur la Cour de cassation 2030* développe de nombreuses propositions pour mettre la Cour « à la hauteur de la complexité du droit » en structurant le dialogue des juges, qui vont même jusqu'à « permettre à des juges

De même, lorsqu'une cour entend trancher une question juridique qui concerne plusieurs cours, elle demande l'accord des cours intéressées réunies si elle est d'avis qu'une décision commune est souhaitable pour le développement du droit ou l'uniformité de la jurisprudence (al. 2). Les cours réunies se prononcent soit en siégeant, soit par voie de circulation (écrite) ; doivent participer au moins les 2/3 des juges ordinaires de chacune des cours concernées. La décision est prise sans débats et à huis clos ; elle lie la cour qui doit statuer sur la cause (al. 3). De même, en Allemagne, lorsqu'une chambre civile *veut* s'éloigner de la jurisprudence d'une autre chambre civile de la Cour, elle *doit* soumettre la question juridique (et non le pourvoi dans son entier) à la Grande chambre civile (§ 132, al. 2, GVG, *Gerichtsverfassungsgesetz*, loi sur l'organisation juridictionnelle).

⁵⁰ Actuellement, l'art. L. 431-5 COJ dispose que « Le renvoi devant une chambre mixte *peut* être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes ».

⁵¹ V. CE, 21 avr. 2021, *French Data Network*, n°393099. – CE, 15 déc. 2021, *Application aux gendarmes de la directive 2003/88/CE sur le temps de travail*, n° 437125.

⁵² On peut citer également la participation active de la Cour de cassation au réseau des Présidents de cours suprêmes et à l'AHJUCAF (Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français. V. le site internet, qui contient une base de jurisprudence francophone).

de juridictions supérieures d'États membres de l'Union européenne de siéger à la Cour avec voix consultative » (prop. n° 9)⁵³.

Une coopération devrait aussi se renforcer entre juridictions *du fond nationales et étrangères*, comme d'ailleurs le proposent les Règles modèles ELI/Unidroit de procédure civile européenne (*soft law*), qui – en matière de litispendance et de connexité – prévoient des échanges entre les juridictions saisies, et même, en vue d'une éventuelle jonction d'instance, la communication du juge avec la ou les autres juridictions saisies. Horizontalité des échanges

Article 142. Litispendance

« 1) Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions différentes, toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2) Dans les cas visés à l'alinéa précédent, la juridiction saisie du litige peut solliciter de toute autre juridiction saisie des informations relatives à la procédure pendante devant cette dernière et à la date à laquelle elle a été saisie conformément à l'article 145. La juridiction sollicitée délivre l'information sans tarder à la juridiction qui l'a interrogée. »

Article 146. Jonction d'instances

« 1) Lorsque la compétence de la juridiction saisie en premier lieu est établie, celle-ci peut, sur demande d'une partie, ordonner la jonction de plusieurs instances dans les cas visés aux articles 142 et 144. (= litispendance et connexité)

2) La juridiction première saisie ne peut ordonner la jonction que si elle est compétente pour statuer sur toutes les demandes et si les instances sont pendantes au premier degré.

3) Avant d'ordonner la jonction des instances, la juridiction entend les parties et communique avec la ou les autres juridictions saisies. »

Une telle coopération mériterait également d'être mise en œuvre de façon efficace en matière d'établissement du droit étranger⁵⁴. Nous devons développer les outils permettant de recueillir le contenu du droit étranger (ex. consultations Institut de droit comparé de Lausanne ou du Max Planck Institut de Hambourg – Renforcement de la coopération entre juge national

⁵³ V. aussi prop. n° 7 : Présenter explicitement les analyses de la Cour lorsqu'elle interroge une des deux cours européennes sur une question de droit ; prop. n° 8 : Promouvoir un dialogue international proactif en appliquant une stratégie clairement déterminée.

⁵⁴ V. d'ailleurs la teneur de l'art. 14 du projet français de code de droit international privé (consultable sur le site : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/projet_code_droit_international_privé.pdf) : « Le contenu du droit étranger déclaré applicable est recherché par le juge avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu. La preuve en est rapportée par tous moyens, au besoin par avis produit par les parties ou par expertise, le cas échéant en faisant appel à une institution française ou étrangère spécialisée. La coopération judiciaire internationale ou européenne peut dans tous les cas être mise en œuvre. S'il l'estime nécessaire, le juge organise une confrontation entre les auteurs des avis ou invite les parties à y procéder elles-mêmes. S'il est impossible d'établir le contenu du droit étranger, le droit français s'applique ».

et juridictions ou autorités étrangères⁵⁵ – Rôle des avocats pour apporter la teneur du droit étranger – Création de banques de données sur le droit étranger⁵⁶). Là encore, cela suppose des rapports en réseau, des échanges, des dialogues tantôt informels, tantôt ancrés dans un cadre procédural préétabli.

L'ouverture vers la société civile – C'est l'ouverture sur le monde, sur les évolutions sociétales que Mme la Première Présidente Arens juge d'une nécessité absolue. S'il ne s'agit pas (encore ?) de copier la justice brésilienne qui s'affiche sur tous les écrans, ou de certains procès anglais largement diffusés, ou encore le prononcé des arrêts par les juges constitutionnels allemands diffusé sur les chaînes télévisées avec résumé des motifs de la décision par le juge président, il est en tout cas question d'ouvrir les portes de la Cour, lorsque les affaires sont d'intérêt public majeur. La procédure interactive ouverte promue par le Rapport sur la Cour de cassation 2030⁵⁷ se diviserait en deux temps : 1° une séance préparatoire publique, avec audition des parties, de leurs conseils, mais aussi de tiers intervenants, autorités extérieures, experts, *amici curiae* ; 2° l'audience proprement dite. Montrer comment la parole circule, comment la justice se rend, comment elle œuvre sérieusement et impartialement à construire la société.

Conclusion

Pour conclure sans avoir pour autant épuisé le sujet, nous conviendrons avec Jean Jaurès⁵⁸ que « *l'histoire humaine n'est qu'un effort incessant d'invention, et la perpétuelle évolution est une perpétuelle création* ». Il poursuit en soulignant combien « *Le courage, c'est d'accepter les conditions nouvelles que la vie fait à la science et à l'art, d'accueillir, d'explorer la complexité presque infinie des faits et des détails, et cependant d'éclairer cette réalité énorme et confuse par des idées générales, de l'organiser et de la soulever par la beauté sacrée des formes et des rythmes* ». Il me semble que tel est ce que le cycle de conférences sur l'office du juge nous a permis d'amorcer : nous proposer des visions différentes, nous convier à un effort d'invention, nous encourager à l'évolution vers le mieux, et nous donner le courage d'engager cette dernière sous l'impulsion stimulante d'autres ordres juridiques et/ou d'autres pratiques.

⁵⁵ Sur le modèle applicable aux États-Unis lorsqu'un État fédéré doit appliquer le droit d'un autre État fédéré : il peut poser une question sur le contenu de ce droit à la Cour suprême de l'État concerné (V. intervention de G. P. Romano lors du colloque du 17 mai 2021). V. aussi les suggestions de G. Cerqueira lors du colloque du 5 juillet 2021 sur L'office du juge et les Cours suprêmes : prévoir un mécanisme de question préjudicielle aux juridictions supérieures du pays dont le droit doit être appliqué (dialogue direct des juges).

⁵⁶ La Cour de cassation et le Conseil d'État ont d'ailleurs développé leur documentation en matière de droit étranger et leurs modalités d'accès à ce droit (cellule de droit comparé au sein de leur service de documentation).

⁵⁷ Prop. n° 4 : Organiser sur certaines « affaires phares » un débat exceptionnel, appelé « procédure interactive ouverte ». V. aussi Ch. Soulard, « Le juge et les valeurs fondamentales : pour une éthique de la discussion », *Cahiers de la Justice* 2022/1, p.65 s, qui expose (p. 70 s.) les différents niveaux de discussion nécessaires et recommande un débat élargi dans les affaires soulevant des questions de société fondamentales.

⁵⁸ Jean Jaurès, *Discours à la jeunesse*, Albi, 1903.