

Aux confins de la « norme » : quelques réflexions sur le statut du droit étranger en droit international privé belge

par

Patrick Wautelet

Professeur à l'Ulg

Avocat

Les rapports entre le juge et la norme qu'il est appelé à appliquer n'ont cessé de nourrir les très riches réflexions du dédicataire de ces lignes. Le droit international privé apporte un éclairage particulier à ce questionnement dans la mesure où la règle de rattachement peut imposer au juge l'application d'une norme empruntée au droit étranger. Cette obligation – à laquelle le récent Code de droit international privé a apporté quelques nuances, la moindre n'étant pas la permission accordée au juge par l'article 19 de ce Code de s'écarter du résultat « normal » auquel conduit la règle de rattachement – invite à s'interroger sur la qualité normative de la règle étrangère et surtout sur la nature des rapports qu'entretient le juge belge avec la règle de droit étranger qu'il est appelé à appliquer. Il faudrait, pour préciser la question de départ, opérer un long détour par la théorie du droit pour définir la norme de droit positif belge à laquelle l'on tente de comparer la règle étrangère et esquisser ensuite la relation complexe qu'entretiennent avec cette norme les juges dont elle constitue le pain quotidien. Sauf à posséder la puissance de raisonnement de ces théoriciens du droit que M. Martens aime à comparer à Bach, l'entreprise semble démesurée, voire insurmontable. Aussi, l'on se contentera plus modestement de tenir pour acquis les rapports qu'entretiennent les juridictions belges avec les normes en abordant dans cette contribution la seule question de l'influence que peut exercer sur cet acquis le caractère étranger de la norme.

Pour aborder cette question, nul besoin de s'interroger sur la nature de la norme de droit étranger. Dans son traité, Rabel pouvait encore faire état de l'opposition entre l'école territorialiste pour qui le droit étranger ne pouvait avoir force normative dans l'État du for – ce qui contraignait les tenants de cette école à recourir à des artifices comme la *comitas gentium* pour justifier l'application inévitable du droit étranger dans le for – et les universa-

listes qui acceptaient, sans pouvoir toutefois fournir d'explication théorique convaincante, la normativité du droit étranger¹.

Cette ancienne querelle a aujourd'hui fort heureusement disparu. Le bon sens, la recherche toujours plus grande de l'efficacité et surtout le développement considérable des relations internationales ont fortement adouci les opinions au point que la question s'est pratiquement résorbée de façon spontanée. Personne aujourd'hui ne met en doute la normativité du droit étranger². Qu'une juridiction belge applique une norme empruntée à un droit étranger, est considéré comme une évidence. Au mieux fait-on appel à un impératif d'efficacité – qui se traduit en pratique par un souci de réciprocité – que l'on déguise en faisant appel à l'autorité dont jouit la règle de rattachement³. La question n'est d'ailleurs plus évoquée – sauf incidemment – dans les manuels récents qui se consacrent plutôt aux diverses conséquences qu'entraîne l'application par le juge belge d'une règle de droit étranger⁴.

Si personne ne doute de l'applicabilité de principe de la norme étrangère, nombreuses sont les interrogations qui subsistent sur la position du juge face au droit étranger. Cette position étant nécessairement fonction du rôle qu'assume le juge au sein de l'ordre juridique interne, l'on peut, par commodité, diviser l'exposé en deux parties, suivant que le juge, pour utiliser un raccourci éculé, s'intéresse d'abord aux faits ou au droit⁵.

¹ E. RABEL, *The conflict of Laws, A comparative study*, vol I, 2^e éd. par U. DROBNIG, ANN ARBOR, University of Michigan Law School, 1958, pp. 66-69. L'on a plus tard pu rencontrer une variante de l'argument développé par les territorialistes à propos du rôle de la Cour de cassation dans le contrôle de l'application par le juge du fond de la loi étrangère dont l'établissement et l'interprétation étaient réputés constituer des questions de fait échappant au contrôle de la Cour. Pour une critique de cette vision, voy. la mercuriale du Procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, « La Cour de cassation et la loi étrangère », *J.T.*, 1962, (p. 469), pp. 472-473.

² Ce n'est sans doute pas un hasard si dans le célèbre arrêt *Babcock*, la Cour de cassation a insisté sur ce caractère normatif en précisant à propos du droit français que la question portait sur des « normes juridiques relevant d'un droit étranger » (Cass. (1^{re} ch.), 9 octobre 1980, *Soc. An. Babcock-Smulders c. Soc. An. Creusot-Loire, Pas.*, 1981, I, 159, p. 181).

³ Ce qui n'est pas sans influencer la technique du contrôle par la Cour de cassation de l'application faite par le juge du fond de la loi étrangère. Sur cette question, *infra*.

⁴ Par exemple la récente synthèse de MM. RIGAUX et FALLON (*Droit international privé*, Larcier, 2005, pp. 263-279), qui consacrent d'intéressantes pages aux diverses questions techniques que soulève l'application du droit étranger, sans toutefois se préoccuper de la question fondamentale, si ce n'est sous l'angle historique. Voy. toutefois les explications de M. JANTERA-JAREBORG, « Foreign Law in National Courts. A comparative perspective », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 304, 2003, (p. 185), pp. 193-234.

⁵ L'on passera sous silence l'hypothèse particulière et peu fréquente qui voit un juge belge se demander s'il peut faire application d'une norme d'un État non reconnu par la Belgique. Voy. en France: Cass. fr., 3 mai 1973, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1975, 426, à propos de l'application d'une disposition de droit russe, la Cour estime que « le défaut de reconnaissance d'un gouvernement étranger ne permet pas au juge français de méconnaître les lois de droit privé édictées par ce gouvernement antérieurement à sa reconnaissance, pour le territoire sur lequel il exerçait effectivement son autorité ».

I. Le juge du fait et le droit étranger

L'article 15 du Code de droit international privé confirme l'ambitieuse position adoptée par la Cour de cassation dans sa jurisprudence *Babcock*⁶ : dès lors que la règle de rattachement désigne un droit étranger, le juge est tenu d'appliquer d'office ce droit. Pour ce faire, il devra déterminer d'office le contenu du droit étranger⁷. Une fois ceci fait, il devra appliquer le droit étranger comme celui-ci serait appliqué par les juridictions de l'État d'origine.

L'ensemble de ces obligations, que l'on justifie généralement en considérant que l'application d'une règle de droit étranger ne constitue que le prolongement de l'application de la règle de rattachement qui désigne la règle étrangère⁸, cette dernière empruntant son autorité à la règle de rattachement dont l'appartenance au droit interne commande qu'elle fasse partie de l'office du juge⁹, n'est toutefois pas sans poser d'importantes difficultés¹⁰.

⁶ Cass. (1^{re} ch.), 9 octobre 1980, *Soc. An. Babcock-Smulders c. Soc. An. Creusot-Loire, Pas.*, 1981, I, p. 159.

⁷ Dans le respect des principes fondamentaux du procès et notamment du principe du contradictoire qui impose au juge « lorsqu'il estime devoir appliquer le droit étranger, parce que la règle de conflit le lui impose et que les parties n'y ont pas eu égard, [de] veiller en l'appliquant, au respect des droits de la défense » (Conclusions de M. KRINGS précédant l'arrêt *Babcock* précité, *Pas.*, 1981, I, p. 167).

⁸ La lecture des conclusions conformes de M. KRINGS, alors avocat-général, qui ont précédé l'arrêt *Babcock*, ne laisse aucun doute sur la continuité qui constitue la justification profonde de l'ambitieux système dont il défend l'application. À la question de savoir si le juge est tenu d'appliquer d'office le droit étranger, le Procureur général répond que cette applicabilité « relève non pas [du droit étranger], mais des règles internes du juge, plus précisément des règles de conflit » et que dans la mesure où ces dernières « appartiennent au droit interne [...] le juge est [...] supposé les connaître » (Conclusions de M. KRINGS précédant l'arrêt *Babcock* précité, *Pas.*, 1981, I, p. 167). De même, à propos du rôle du juge dans la détermination du contenu du droit étranger, le Procureur général explique que l'on ne peut d'une part défendre l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit et « s'arrêter en chemin » en imposant aux parties de donner au juge les informations nécessaires sur le droit étranger (*idem*, p. 170). Au contraire, « l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit comporte nécessairement aussi l'obligation de rechercher quelle est la teneur de la loi applicable et la portée de cette loi [...] » (*idem*).

⁹ Ce que ne confirme pas expressément le Code de droit international privé. Ce silence s'explique sans doute par l'idée que la question intéresse l'office du juge et n'est pas propre au droit international privé (en ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 264, n^{os} 6-53). L'on s'accorde pour dire que le silence du législateur doit être compris comme une confirmation des principes dégagés antérieurement : H. STORME, « Vreemd recht voor Belgische rechter », *NjW.*, 2005, (p. 1154), p. 1160, n^o 15 et M. PERTEGÁS SENDER, « Artikel 15 », in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds), Bruylant/Intersentia, 2006, p. 85.

¹⁰ Mme GEEROMS a mis en lumière les autres facteurs qui contribuent à expliquer pourquoi, à l'échelle des juges du fond, certains systèmes imposent un travail de découverte et d'application du droit étranger alors que d'autres imposent aux parties cet effort important : S. GEEROMS, *Foreign law in civil litigation. A comparative and functional analysis*, Oxford, OUP, 2004, pp. 223-249.

La première d'entre elles est bien entendu matérielle: c'est l'éternel problème de la connaissance du droit étranger, véritable talon d'Achille d'un droit international privé fondé sur des règles de rattachement multilatérales. Malgré les nombreux instruments dont disposent aujourd'hui les juridictions pour les aider dans leurs tâches¹¹, il ne faut pas sous-estimer les difficultés linguistiques et proprement matérielles qu'engendre la détermination du contenu du droit étranger: si l'évolution des technologies documentaires permet aujourd'hui de se procurer sans trop de difficulté le texte des principales législations étrangères, celles-ci sont loin de suffire à comprendre la portée d'une règle qui s'appuie sur une pratique bien souvent inaccessible¹². Un seul exemple suffit à illustrer cette difficulté: il n'existe pas en droit burundais, qui connaît pourtant un important effort de codification, de texte légal régissant la matière des successions. Les questions de droit successoral demeurent régies par le droit traditionnel essentiellement coutumier¹³. Le caractère non-écrit de ces règles pose déjà une difficulté majeure d'accès au juge belge. La difficulté devient quasi insurmontable lorsque l'on sait que dans la pratique récente de certaines juridictions burundaises, certaines règles coutumières qui favorisent les héritiers mâles du défunt en leur réservant la quasi-totalité de la succession ne sont plus appliquées car jugées contraires au principe d'égalité entre sexes¹⁴. Sauf à disposer d'une consultation fournie par un spécialiste du droit local, le juge belge ne pourra qu'éprouver un malaise devant l'obligation qui lui est faite d'appliquer le droit étranger¹⁵.

¹¹ Qui sont utilement résumées par F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 269, n^{os} 6-55.

¹² Quand ce n'est pas la législation elle-même qui est inaccessible ou tout simplement dépassée. L'on pense aux pays d'Afrique comme le Sierra Leone, le Liberia ou encore la RDC, déchirés par de longues guerres civiles et où tout, y compris le système juridique, est à reconstruire. Le droit se vit dans ces pays au quotidien des magistrats et des juristes, dont la pratique peut s'éloigner fortement des textes anciens qui formellement régissent encore le commerce juridique du pays.

¹³ L'on ajoutera que les règles coutumières sont susceptibles de varier selon l'appartenance régionale ou ethnique du défunt. L'on trouve quelques indications sur les pratiques successorales du Burundi dans le rapport « Étude sur les pratiques foncières au Burundi », établi sous la supervision de G. GATUNANGE pour le compte de l'ONG RCN Justice & Démocratie, 2004, 106 p., spéc. pp. 55-65. En général sur le rôle du droit coutumier dans ce pays, voy. Ch. NTAMPAKA, « Reconciling the sources of law in the Burundi Code of persons and of the family », in *The International Survey of Family law*, A. BAINHAM (éd.), Martinus Nijhoff, 1997, pp. 65-77, ainsi que du même auteur, « La coutume dans les droits africains après la réception des droits romanistes. Exemple des pays francophones d'Afrique centrale », *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire des institutions*, 1984, pp. 181-191.

¹⁴ Sur la situation dans le droit voisin du Rwanda, voy. M. IMBLEAU et W. A. SCHABAS, *Introduction au droit rwandais*, Québec, Yvon Blais, 1999, 470 p.

¹⁵ Il est inutile de s'étendre sur le malaise similaire que peut éprouver la juridiction burundaise devant l'obligation que lui fait la règle de rattachement d'appliquer une norme de droit étranger. Les conditions matérielles dans lesquelles travaillent les juridictions de ce pays rendent assurément beaucoup plus difficile l'application du droit étranger.

Une fois le contenu du droit étranger déterminé¹⁶, encore faudra-t-il l'appliquer. Qui s'est déjà risqué sur ce terrain connaît la désagréable impression du joueur de tennis spécialiste de la terre battue à qui l'on demande de disputer un match sur une surface synthétique, voire sur un terrain de hockey... L'absence des repères familiers est susceptible de provoquer l'apparition d'un véritable syndrome de la désorientation peu compatible avec une bonne administration de la justice. Les spécialistes du droit comparé n'ont en outre cessé d'avertir leurs étudiants des risques liés à la pratique de cette discipline : l'on est si naturellement tenté de comparer une norme de droit étranger avec celle que l'on connaît, que l'on peut facilement obscurcir le génie propre du droit étranger. Pour éviter des erreurs d'appréciation, le juriste devra non seulement rejeter la tentation de la comparaison, mais également se souvenir que la règle étrangère qu'on lui présente, ne peut fonctionner *ut singuli*, sans prendre en compte l'ensemble du système au sein duquel elle s'intègre et dont il faut comprendre l'architecture globale et l'économie profonde.

Au-delà des difficultés matérielles et d'interprétation qui alourdissent considérablement la tâche du juge belge tenu d'appliquer une règle de droit étranger, d'autres différences séparent encore l'office de ce juge de celui d'une juridiction statuant sur base de son droit national. Dès lors que le juge a pu, au besoin avec l'aide des parties¹⁷, déterminer le contenu du droit étranger, sa mission consiste à appliquer aussi fidèlement que possible ce droit¹⁸. Si la jurisprudence étrangère est fermement fixée, le juge ne pourra que s'incliner devant le consensus qui réunit les juridictions étrangères¹⁹. À la différence du rôle qui lui incombe lorsqu'il applique une règle de droit belge, il ne pourra s'écarter de l'interprétation acceptée au motif que cette dernière n'est pas convaincante. Dans cette hypothèse, le juge perd

¹⁶ L'article 15, § 2 du Code de droit international privé reconnaît que dans certaines circonstances, il ne sera tout simplement pas possible de déterminer avec la certitude requise le contenu du droit étranger. Il permet dans ce cas au juge d'en revenir à l'application du droit du for.

¹⁷ Sur ce point, le Code de droit international privé innove puisque l'article 15, § 2 autorise le juge à requérir l'aide des parties lorsqu'il ne peut par ses propres efforts établir le contenu du droit étranger. Avec cette disposition, le législateur reconnaît que s'agissant de l'application d'un droit étranger, l'adage *iura novit curia* ne saurait recevoir une application pleine et entière. En pratique, les parties auront le plus souvent un intérêt à collaborer à la mission du juge en lui fournissant des informations sur le droit étranger. *Comp.* avec l'article 16, al. 1^{er} *in fine* de la loi suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, qui dispose qu'en matière patrimoniale, « la preuve peut être mise à la charge des parties ».

¹⁸ La Cour Permanente de justice avait déjà dans ses arrêts du 12 juillet 1929, reconnu qu'il serait vain de prétendre appliquer une disposition de droit étranger sans tenir compte de l'interprétation qu'elle reçoit dans le système dont elle émane. Selon la Cour, « [c]e ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur » (C.P.J., 12 juillet 1929, *affaires des emprunts serbes des emprunts brésiliens*, Série A, n° 21-21, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1929, p. 477 et les commentaires approbateurs de M. NIBOYET).

¹⁹ Le Code de droit international privé est fidèle à cet enseignement puisqu'il impose au juge de considérer l'interprétation « reçue » à l'étranger (article 15, § 1^{er}, al. 2).

la marge de liberté qui fait de son office non pas une charge mais bien un véritable magistère. Comme on a pu l'écrire, lorsqu'il applique une règle de droit étranger, « le juge ne remplit pas une fonction identique à celle du juge étranger [...] [puisqu'il] ne saurait établir la portée de ce droit d'une manière qui ferait autorité sur la jurisprudence étrangère »²⁰.

Paradoxalement, la différence dans le rôle du juge est moins prononcée lorsque celui-ci constate l'existence d'une lacune ou d'un silence du législateur étranger. Dans l'ordre juridique interne, la position du juge en cas de lacune, « entre le déni de justice et l'abus de pouvoir » est « inconfortable à tenir »²¹. Lorsque cette lacune concerne une norme étrangère, l'inconfort ne disparaît pas et se transforme au contraire en un véritable embarras. Celui-ci tient d'abord au caractère limité des sources dont le juge disposera la plupart du temps. Sauf si la question intéresse un droit voisin comme les droits français, néerlandais ou allemand, comment être certain en effet d'avoir rassemblé l'ensemble des informations disponibles sur un texte législatif étranger ? L'expérience démontre que bien souvent, la juridiction ne pourra s'appuyer que sur un nombre limité de documents, dont certains d'ailleurs se révéleront anciens²². Dans ces circonstances, l'on peut être amené à conclure à l'existence d'une lacune, sans toutefois pouvoir exclure que ce constat constitue avant tout un aveu d'impuissance ou de faiblesse des sources disponibles. Confronté à un tel constat, l'embarras du juge belge sera plus grand encore que lorsqu'il est chargé d'appliquer le droit interne. Il ne pourra en effet s'appuyer sur les méthodes d'interprétation qui lui sont familières et permettent, avec une certaine imagination, de suppléer à la carence du législateur.

Deux récentes affaires soumises au contrôle de la Cour de cassation illustrent la difficulté de la tâche du juge belge²³. Dans les deux espèces, un employé contestait la suspension du contrat de travail décidée par son employeur, une société de droit congolais. Il n'était pas contesté que les contrats de travail étaient soumis au droit congolais. Il n'était pas non plus contesté que ce droit, s'il permet tant à l'employeur qu'à l'employé de mettre fin au contrat, avec ou sans préavis, pour divers motifs, ne prévoyait pas expressément la rupture du contrat de travail fondée sur la résolution judiciaire. La Cour du travail de Bruxelles a toutefois constaté qu'en droit congolais, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, comme elle l'est aux termes de l'article 1184

²⁰ F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 268, n^{os} 6-55.

²¹ P. MARTENS, « Ordre public et temps de crise », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, CDVA, Bruxelles, Bruylant, 1983, (p. 341), p. 343.

²² Il suffit de consulter le *Jurisclasseur* de droit comparé (dont les précieux fascicules sont également publiés au *Répertoire notarial*) pour constater que certains commentateurs ont pris quelques rides. La collection *Ehe - und Kindschaftsrecht (Internationales Ehe - und Kindschaftsrecht*, encyclopédie fondée par A. BERGMANN et continuée par Murad FERID, publiée aujourd'hui sous l'égide de Dieter HENRICH aux éditions Verlag für Standesamtwesen) qui rend de précieux services aux amateurs du droit de la famille, semble disposer d'un service de mises à jour plus efficace.

²³ Cass., 14 février 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 621 et Cass., 18 avril 2005, *NjW*, 2005, p. 1168.

du Code civil belge. Constatant expressément l'absence de jurisprudence congolaise sur ce point 24, la Cour du travail a conclu que dès lors que le Code du travail congolais n'excluait pas expressément ce mode de rupture, il fallait accepter que la résolution judiciaire pouvait être prononcée pour les contrats de travail, contrats synallagmatiques.

L'on avouera une certaine perplexité devant la question soumise aux juges du fond. Fallait-il déduire de l'absence dans le Code du travail congolais, d'une disposition excluant la résolution judiciaire, que celle-ci était permise ou devait-on au contraire, comme le prétendait le demandeur en cassation, accepter que les modes de rupture du contrat de travail étaient limitativement énumérés par le Code du travail ? Les solutions généralement admises en cas de lacune du droit étranger – suppléance de la *lex fori*, interprétation du droit étranger sur base d'une solution communément admise dans un cas similaire ou encore sur base de la solution adoptée par d'autres systèmes appartenant à la même famille juridique – sont en réalité autant d'expédients qui ne doivent pas cacher que dans ces circonstances le juge belge travaille en réalité « sans filet », contraint de trancher le litige et dès lors d'adopter une interprétation de la norme étrangère sans garantie que cette interprétation sera reçue par les juridictions de l'État au droit duquel la norme est empruntée²⁵.

La position est tout aussi inconfortable lorsque le juge constate, à la lumière des renseignements dont il dispose, que l'interprétation d'une norme du droit étranger déclaré applicable fait l'objet de controverses. Alors que dans l'ordre interne, l'existence d'une telle controverse n'est pas de nature à effrayer une juridiction – elle pourrait au contraire susciter sa curiosité, voire éveiller un « appétit » susceptible de produire une décision qui fera date – elle peut placer le juge belge devant une véritable impasse lorsqu'elle porte sur l'interprétation d'une norme de droit étranger.

Comment en effet prétendre trancher entre deux positions divergentes adoptées par des juridictions qui jouissent dans l'État étranger d'une autorité équivalente ? Comment apprécier si une interprétation adoptée de

²⁴ Il est intéressant de noter que la Cour a noté que pour arriver à ce constat, elle se fondait tant sur sa propre connaissance que sur celle des parties (« À la connaissance de la cour (*du travail*) et des parties »).

²⁵ En réalité, la question de la résolution judiciaire du contrat de travail en droit congolais avait été résolue de façon convaincante par le juge de première instance dans l'une des deux affaires soumises au contrôle de la Cour de cassation. Dans une décision fort bien documentée, le Tribunal du travail de Bruxelles avait en effet conclu, sur base d'une analyse détaillée du Code et après consultation d'études doctrinales, que le Code du travail congolais n'excluait pas les modes généraux de rupture des contrats et en particulier la résolution judiciaire. Les conclusions du premier avocat général Jean-François LECLERCQ (Cass., 14 février 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 261) confirment l'interprétation retenue en première instance. L'on remarquera que les juridictions belges ont acquis au fil des ans une expertise certaine dans l'application des dispositions du Code du travail congolais, qui a formé l'enjeu d'un nombre important de pourvois formés devant la Cour de cassation (voy. par exemple Cass., 3 juin 1985; *Pas.*, 1985, I, p. 1241, n° 597; Cass., 9 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 271, n° 190; Cass., 13 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 455, n° 170 et Cass., 17 janvier 1994, *Pas.* 1994, I, p. 46).

longue date par la jurisprudence étrangère, peut être remise en cause suite à l'enseignement récent d'un, voire de plusieurs auteurs? Le devoir qu'impose l'article 15 du Code de droit international privé commande que le juge belge prenne parti sur l'interprétation du droit étranger. Alors que lorsqu'il applique du droit belge, il abordera cette difficulté en prenant activement sur lui de retenir de la controverse la solution qu'il estime, eu égard au texte de la loi et à son contexte, la meilleure, le juge ne pourra, lorsque la controverse concerne une règle de droit étranger, que « soupeser les chances que telle position prévale finalement, mais étant donné la méthode, l'esprit du droit étranger, les tendances dominantes et surtout le contexte des solutions existant sur des problèmes connexes »²⁶. En d'autres termes, sa plume n'est pas libre. L'on pourrait comparer sa position à celle du juriste rédigeant un traité dont la prétention est d'offrir au lecteur un panorama complet du droit actuel dans une matière définie. Dans la mesure du possible, cet auteur s'efforcera de traduire non pas son interprétation personnelle mais bien la vision dominante du droit, sauf à indiquer au lecteur qu'il s'éloigne, pour une question donnée, de l'effort de synthèse pour s'aventurer sur le terrain du *lege feranda*.

En définitive, l'application d'une règle de droit étranger modifie considérablement le rapport qu'entretient le juge du fond à la norme, qu'il doit appréhender avec une distance et une retenue plus coutumière aux fonctions administratives qu'à la mission judiciaire.

II. Le juge du droit et le droit étranger

L'on aura reconnu sous ce titre la position particulière qui revient dans le système juridique belge à la Cour de cassation, notamment par le contrôle de légalité qu'elle remplit en vertu de l'article 147 de la Constitution. Les rapports que la Cour entretient avec la norme de droit sont assurément complexes – à tel point qu'ils font l'objet d'une science particulière dont les avocats à la Cour de cassation sont les spécialistes les plus connus. Ces rapports se doublent d'une interrogation première sur le concept de « loi » dès lors que l'objet du grief formulé à l'encontre de la décision entreprise concerne l'application par le juge belge d'une norme de droit étranger.

L'on sait que la Cour de cassation a admis, après quelques hésitations qu'a contribué à faire disparaître la démonstration faite par le Procureur général Hayoit de Termicourt²⁷, que sa mission pouvait s'étendre à la vérification de l'application par le juge du fond de l'application de la loi étrangère. Il n'est plus besoin d'hésiter aujourd'hui : un pourvoi peut être

²⁶ H. BATIFFOL, « Autorité et raison en droit international privé », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, P. VASSART (éd.), Nemesis, 1988, (p. 93), p. 99.

²⁷ R. HAYOIT DE TERMICOURT, « La Cour de cassation et la loi étrangère », *mercuriale* publiée in *J.T.*, 1962, 469-476.

fondé sur la violation d'une norme de droit étranger²⁸. Reste cependant à déterminer dans quelle mesure la Cour peut exercer, à l'égard d'un pourvoi déférant à sa connaissance la violation par le juge du fond de la norme de droit étranger, la mission de contrôle qui est la sienne et qui fait naître dans son chef un rapport si particulier à la norme. Pour mesurer la difficulté de la tâche, il suffit de se rappeler que ce contrôle de légalité donne à la Cour, quoiqu'elle ait pu s'en défendre, une grande liberté dans l'appréciation de la contravention à la loi. Les ouvrages relatifs à la technique de cassation révèlent d'ailleurs que la Cour dispose d'une gamme très étendue de possibilités de contrôle des décisions qui lui sont soumises²⁹. Ces possibilités sont autant d'occasions pour la Cour d'imprimer à la norme en jeu du litige une certaine direction. La concrétisation la plus aboutie de ce pouvoir est sans nul doute la possibilité pour la Cour de mettre fin à l'existence d'interprétations contradictoires d'une même norme en choisissant celle qui emporte sa conviction. Cette mission particulière s'exercera de la façon la plus visible à l'occasion de l'examen, en chambres réunies, d'un deuxième pourvoi de cassation suite au refus du juge du fond, auquel l'affaire a été renvoyée par la Cour, de suivre la décision qu'elle a développée³⁰. Bref, c'est à l'occasion de ce contrôle que la Cour développe sa mission proprement créatrice du droit.

L'on conçoit qu'investie de cette mission, la Cour ait développé un rapport particulier à la norme de droit, où le respect dû à l'œuvre du législateur le dispute à un sentiment d'appropriation que justifie le pouvoir créateur dont

²⁸ L'on s'accorde pour dire que cette ouverture ne signifie pas pour autant que la loi étrangère constitue une « loi » au sens de l'article 608 du Code judiciaire. L'auteur du pourvoi aura dès lors soin de viser la règle de rattachement « par le truchement » de laquelle la règle de droit étranger est entrée dans le raisonnement du juge. Dans un arrêt du 18 avril 2005 (*NjW.*, 2005, p. 1168), la Cour a en effet précisé qu'elle n'était saisie « de la violation de la loi étrangère que par le truchement de la règle de conflit ». La position présentée par le Ministère public dans ses conclusions relatives à un arrêt identique (Cass., 14 février 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 261) nous semble plus conforme à l'enjeu réel du pourvoi, qui ne concerne pas, sinon indirectement, la règle de rattachement belge. Comme l'expliquait le premier avocat général Jean-François LECLERCQ, « la circonstance que le moyen unique n'invoque pas la violation d'une disposition de droit belge sur un conflit de lois ne me gêne donc pas personnellement du point de vue de la recevabilité du moyen, dès lors que n'est pas en cause le choix du droit congolais comme droit régissant la contestation en l'espèce. Le grief formulé dans le moyen est étranger à un conflit de lois (de quel conflit de lois s'agirait-il?) et au choix fait, par le juge du fond, de l'application du droit congolais et non d'un autre droit. Il serait étrange, me semble-t-il, de bâtir un paradoxe sur l'assise d'un artifice ». Il reste qu'admettre qu'un pourvoi se fonde directement sur la violation d'une règle de droit étranger détruirait l'édifice soigneusement construit par la Cour, qui fonde l'ambitieuse position du droit étranger au sein de l'ordre juridique belge sur les liens qui unissent la règle de rattachement et la norme de droit étranger à l'application de laquelle elle conduit.

²⁹ Dans son ouvrage relatif à la cassation en matière civile en droit français, M. BORÉ ne consacre pas moins de 300 pages à expliciter la distinction entre le fait et le droit pour dégager les contours des moyens de cassation ouverts aux parties: J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, pp. 223-540.

³⁰ Article 1119 du Code judiciaire.

dispose la Cour. Ce rapport peut-il être conservé lorsque la Cour est sollicitée pour contrôler l'application de la loi étrangère ?

L'arrêt *Babcock* n'avait pas permis de répondre avec certitude à cette question. Certes, la Première chambre de la Cour s'était limitée, dans cette décision, à constater que le juge du fond avait violé l'article 1645 du Code civil dans la mesure où il avait négligé de tenir compte de l'interprétation que cette disposition recevait en France. M. Simont considère que, ce faisant, la Cour a implicitement refusé d'étendre son contrôle au-delà d'une simple vérification de la conformité de la décision du juge du fond avec l'interprétation donnée à la loi étrangère dans le pays d'origine³¹.

Il reste que la plupart des commentateurs estimaient que la Cour n'avait pas fait toute la lumière sur la portée du contrôle qu'elle exerce à l'endroit du droit étranger. C'est ainsi qu'à la suite de l'arrêt *Babcock*, l'on a pu se demander si le pourvoi critiquant l'application faite par le juge du fond d'une disposition légale empruntée à un droit étranger devait viser, outre la disposition étrangère, également la règle de rattachement par le truchement de laquelle la règle étrangère trouvait à s'appliquer. Plusieurs arrêts ont semblé se satisfaire d'une référence à la norme de droit étranger, sans visa de la règle de rattachement³². Ce faisant, la Cour donnait à penser qu'elle était directement saisie de la violation de la loi étrangère et que celle-ci, constituant le fondement légal de sa mission au sens de l'article 608 du Code judiciaire, devait recevoir le même traitement en profondeur que la norme de droit belge.

Ces quelques arrêts ne permettaient toutefois pas de trancher avec certitude la question de l'ampleur du contrôle exercé par la Cour. Il faut dire que la question est difficile : la Cour ne peut se permettre de refuser de contrôler l'application qu'a faite le juge du fond de la loi étrangère sans nuire à l'obligation imposée à ce même juge d'appliquer d'office la règle de conflit de lois³³. Il est cependant difficile de concevoir que la Cour exerce, à l'égard de l'application de la loi étrangère par une juridiction belge, un contrôle d'une ampleur similaire à celui qui est réservé à la loi belge. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler qu'à l'occasion de ce contrôle, la Cour est

³¹ L. SIMONT, « La Cour de cassation et la loi étrangère. Quelques réflexions », in *Imperat lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Larcier, 2003, (p. 189), p. 199.

³² Voy. notamment Cass., 3 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1241, n° 597 (cassation fondée outre sur la violation de diverses dispositions du Code zaïrois du travail, sur le seul article 97 de la Constitution); Cass., 12 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 566, n° 294 (cassation fondée sur diverses dispositions de la loi néerlandaise sur les faillites, ainsi que sur les articles 1317 et 1319 à 1321 du Code civil belge); Cass., 9 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 271, n° 190 (pourvoi fondé sur diverses dispositions du Code du travail zaïrois); Cass., 13 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 455, n° 170 (pourvoi fondé sur diverses dispositions du Code du travail zaïrois, du Code civil zaïrois, du Code civil belge ainsi que de diverses dispositions zaïroises sur le régime foncier).

³³ On a évoqué à ce propos le fait que l'application d'office du droit étranger constituait la « suite nécessaire » à l'application d'office de la règle de conflit de lois : K. LENAERTS, « Le statut du droit étranger en droit international privé belge : vers un nouvel équilibre ? », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Nemesis, 1986, (p. 529), p. 543, n° 18.

souvent appelée à interpréter une norme et à en figer la signification exacte. Le rapport véritablement créateur entretenu lors de ce contrôle à l'égard de la norme qui est en l'objet ne peut sans plus être transposé à l'endroit d'une norme de droit étranger. Pourrait-on en effet concevoir que la Cour de cassation tranche entre deux interprétations reçues en droit français? Pourrait-on accepter que cette même cour écarte une disposition de droit étranger dont elle estime qu'elle est contraire à une norme supérieure?

Entre les deux positions, la doctrine majoritaire a plaidé pour l'observation par la Cour d'une certaine réserve. M. Rigaux écrivait à ce propos que la Cour « se borne à comparer à l'interprétation donnée à cette loi dans le pays dont celle-ci est originaire l'interprétation qu'elle a reçue dans la décision attaquée et à censurer la discordance, sans s'immiscer elle-même dans l'œuvre d'interprétation proprement dite »³⁴.

Sans doute convaincue par les pénétrantes observations de M. Simont, qui a plaidé pour une clarification du contrôle exercé par la Cour de cassation³⁵, la Cour a récemment confirmé la justesse de cette appréciation. Après avoir rappelé que le juge du fond doit, lorsqu'il applique une norme de droit étranger, « en déterminer la portée en tenant compte de l'interprétation qu'elle reçoit dans le pays dont elle émane », la Cour a expliqué qu'elle « vérifie la conformité de la décision du juge du fond à cette interprétation »³⁶.

Les termes utilisés, qui reproduisent presque à l'identique les propos de M. Simont³⁷, ne laissent subsister que peu de doutes: la Cour s'estime compétente pour apprécier l'application par le juge du fond du droit étranger uniquement par référence à l'interprétation que la norme étrangère reçoit dans le pays d'origine.

Il reste que l'on peut se demander si la Cour a véritablement entendu limiter sa mission au seul contrôle de l'erreur « manifeste » par le juge du fond dans l'application du droit étranger.³⁸ Faut-il en effet déduire de l'attendu précité que la Cour ne censurera la décision attaquée que lorsqu'il apparaît que l'interprétation par le juge du fond de la loi étrangère est manifestement erronée ou non plausible? La formule retenue par la Cour ne permet pas, à notre sens, de déduire qu'elle a nécessairement entendu limiter sa marge de manœuvre à la seule erreur manifeste d'appréciation. Il s'impose d'être prudent dans l'analyse. Poser d'emblée que la Cour ne censurera que la seule « dénaturation » de la loi étrangère nous semble constituer un mauvais

³⁴ F. RIGAUX, « L'interprétation judiciaire d'une norme empruntée à un autre ordre juridique. À propos des arrêts du 21 janvier 1982 », in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, II, Kluwer, 1983, (p. 1203), p. 1215, n° 22.

³⁵ L. SIMONT, *loc. cit.*, spéc. pp. 197-206.

³⁶ Cass., 18 avril 2005 et 14 février 2005, arrêts précités. Comme il a déjà été indiqué, la Cour en déduit également que le moyen avancé à l'appui du pourvoi doit nécessairement viser la règle de conflit par le biais de laquelle la règle de droit étranger trouve à s'appliquer.

³⁷ Celui-ci évoquait une « vérification de conformité de la décision du juge de fond avec l'interprétation donnée à la loi étrangère dans le pays d'origine » (*loc. cit.*, p. 199, n° 12).

³⁸ Comme le souhaitait M. SIMONT, *loc. cit.*, pp. 200-201, n° 14.

signal à l'égard des juges du fond à qui la Cour impose l'obligation de rechercher l'interprétation que reçoit une norme de droit étranger. Dès lors que la sanction n'intervient qu'en cas de violation manifeste de l'obligation, n'existe-t-il pas un risque qu'un juge se contente, à propos d'une norme de droit étranger, des seuls renseignements que lui fournissent les parties, sans chercher à vérifier leur actualité et leur pertinence? Si l'on souhaite sauvegarder la logique du système construit par la Cour de cassation, il faut au contraire plaider pour que cette dernière conserve un plein pouvoir de contrôle et lui permette de censurer une erreur d'interprétation de la loi étrangère qui n'aurait pas le caractère « manifeste » de celle commise par la Cour d'appel dans l'affaire *Babcock*.

Tout au plus pourrait-on accepter que la Cour tienne compte dans son analyse des sources de droit étranger auxquelles le juge du fond, eu égard aux ressources dont il disposait, a pu avoir égard³⁹. Si la Cour devait constater que l'interprétation correcte d'un texte de droit étranger n'apparaissait pas des sources que le juge du fond a pu consulter et auxquelles il avait raisonnablement accès, l'on pourrait comprendre qu'elle refuse de censurer la décision⁴⁰. La Cour de cassation pourra observer une même prudence dès lors qu'il apparaît que la norme de droit étranger fait l'objet, dans le système juridique dont elle émane, d'interprétations divergentes qu'aucune instance supérieure n'a encore pu départager. Dès lors que le juge belge a opté pour l'une des interprétations acceptées par les juridictions étrangères, il ne semble pas permis de censurer sa décision. Le contraire serait contraindre la Cour à se faire l'arbitre des controverses qui peuvent affecter l'interprétation du droit étranger⁴¹.

En définitive, les limites du contrôle exercé par la Cour de cassation ne peuvent se laisser enfermer dans des expressions aussi vagues que celles d'erreur « manifeste » ou de contrôle « marginal », sous peine de donner aux juges du fond l'impression que l'obligation qui leur est faite par l'article 15 du Code de droit international privé, ne sera sanctionnée que dans des cas extrêmes. Pour sauvegarder le statut du droit étranger tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence de la Cour, il est au contraire permis de penser que la Cour ne devrait pas se priver de la possibilité d'examiner dans toute la mesure de ses possibilités la conformité de l'interprétation retenue par le juge du fond avec celle qui prévaut dans l'ordre juridique étranger.

En guise de conclusion

³⁹ Tous les auteurs insistent sur cette donnée fondamentale, par exemple N. WATTÉ, « La faillite internationale : quelques observations sur l'application du Traité néerlandais-belge du 28 mars 1925 et l'interprétation de la "lex concursus" étrangère », *R.C.J.B.*, 1993, (p. 454), p. 481, n° 53.

⁴⁰ Pour les mêmes raisons, il ne semble pas opportun de permettre à la Cour de censurer une décision lorsqu'il apparaît que l'interprétation suivie par la juridiction du fond a été abandonnée par les juridictions étrangères après le prononcé de la décision entreprise. En ce sens, M. SIMONT, *loc. cit.*, p. 206, n° 18, qui invite la Cour de cassation à contrôler la conformité de la décision entreprise à l'interprétation que la loi étrangère recevait à l'étranger « au moment où le juge du fond l'a appliquée ».

⁴¹ *Idem*, p. 202, n° 16.

L'enseignement principal de l'analyse qui précède est sans doute que le rapport qu'entretient le juge à la norme de droit est nécessairement transformé – l'on pourrait dire édulcoré – par la présence d'un élément étranger. Alors que le juge est un véritable acteur de la norme de droit belge, lui donnant corps notamment par le biais d'une participation active au débat contradictoire⁴², il est contraint, face à une norme étrangère, d'adopter une attitude plus passive, celle d'un observateur dont la mission n'est pas de participer à l'évolution de la règle, mais seulement de l'appliquer, au mieux de ses possibilités, sans peser d'une quelconque manière sur l'interprétation qu'elle reçoit. Ceci n'est pas sans faire penser à l'inconfortable position qu'entendait imposer aux juridictions belges le mouvement exégétique pendant les premières décennies qui ont suivi l'adoption du Code civil⁴³. En forçant le trait, l'on pourrait même dire que le juge perd une partie de sa dimension de juriste face à la norme étrangère pour se retrouver dans la position du sociologue⁴⁴. Ceci n'est pas sans diminuer, voire effacer la « *partie libidinale* » de la fonction de juger à laquelle le dédicataire de ces lignes est si attentif⁴⁵. L'on peut toutefois espérer que l'effacement que lui impose l'application de la norme de droit étranger n'incitera pas le juge belge à négliger l'investissement qui est nécessaire pour lui permettre de comprendre et d'appliquer avec succès cette norme.

⁴² Voy. sur ce point la description que fait B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Fondation Roi Baudouin, 1998, pp. 79-80.

⁴³ Sur cette période « exégétique », voy. les commentaires de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 86-103.

⁴⁴ La comparaison avec la position du sociologue a été avancée par l'internationaliste Werner GOLDSCHMIT, voy. sur ce point H. BATIFFOL, *loc. cit.*, in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, P. VASSART (éd.), Nemesis, 1988, (p. 93), p. 99.

⁴⁵ P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, 2003, p. 16.