

*Études de droit international privé comparé*  
*Colloque du 28 novembre 2019*

# *La connaissance du droit étranger À la recherche d'instruments de coopération adaptés*

*Sous la direction de Gustavo Cerqueira et Nicolas Nord*  
*Préface: Hélène Gaudemet-Tallon*



SOCIÉTÉ  
DE LÉGISLATION  
COMPARÉE



Université  
de Strasbourg

Centre  
de droit privé fondamental CDPF  
Université de Strasbourg

**LA CONNAISSANCE DU DROIT ÉTRANGER**

**À LA RECHERCHE D'INSTRUMENTS  
DE COOPÉRATION ADAPTÉS**

**Études de droit international privé comparé**



**COLLECTION COLLOQUES VOLUME 46**

**LA CONNAISSANCE DU DROIT ÉTRANGER**

**À LA RECHERCHE D'INSTRUMENTS  
DE COOPÉRATION ADAPTÉS**

**Études de droit international privé comparé**

Colloque du 28 novembre 2019, Cour de cassation

Sous la direction de  
Gustavo CERQUEIRA et Nicolas NORD

Préface  
Hélène GAUDEMET-TALLON



**SOCIÉTÉ  
DE LÉGISLATION  
COMPARÉE**

Publié avec le concours du Département Droit, Économie et Gestion et de l'équipe d'accueil Chrome – Risques Chroniques Emergents (EA 7352) de l'Université de Nîmes et du Centre de droit privé fondamental de l'Université de Strasbourg.



Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée, 28 rue Saint Guillaume 75007 Paris  
2020 I.S.B.N 978-2-36517-105-2 I.S.S.N. 1952-5966

## REMERCIEMENTS

Le colloque qui est à l'origine du présent ouvrage – *La connaissance du droit étranger : à la recherche d'instruments de coopération adaptés* – a été porté par la *Société de législation comparée* et la *Commission Internationale de l'État Civil*, en partenariat avec le *Centre de droit privé fondamental* de l'Université de Strasbourg, le *Centre d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes contemporains* de l'Université de Reims Champagne-Ardenne et le *Département Droit, Economie et Gestion* et l'*équipe d'accueil Chrome – Risques Chroniques Emergents* de l'Université de Nîmes.

Soutenu par la Cour de cassation, le colloque du 28 novembre 2019 n'aurait jamais pu voir le jour sans le soutien et la confiance témoignés par les directeurs et responsables de chacune de ces institutions et de ces centres de recherche. Puissent-ils tous trouver dans ces lignes l'expression de notre profonde gratitude.

Nous souhaitons témoigner notre plus grande reconnaissance à Madame Dorothee Dibie, magistrat et ancienne chargée de mission auprès du Premier président de la Cour de cassation, pour le précieux soutien institutionnel apporté à cet événement.

Un remerciement particulier va à Dominique Hascher et Nicolas Cornu Thénard, ancien président et secrétaire général de la Société de législation comparée, pour l'enthousiasme avec lequel ils ont accueilli et soutenu ce colloque et les présents actes.

Nos remerciements s'adressent également aux éditions LexisNexis, qui ont permis une ample diffusion du programme et assuré un accueil chaleureux aux différents participants.

Nous aimerions encore exprimer notre profonde gratitude à Mesdames Emmanuelle Bouvier, secrétaire générale adjointe de la Société de législation comparée et Christine Zamora, secrétaire, pour leur totale disponibilité et leur sollicitude.

Enfin, nos remerciements seraient incomplets si nous ne mentionnions pas ceux qui sont au cœur du présent ouvrage, le préfacier, Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon, et les auteurs, à la fois pour l'intérêt qu'ils ont porté à notre initiative et pour le dévouement avec lequel ils y ont répondu.

Il est donc temps de leur rendre plume.



## TABLE DES MATIÈRES

Préface	
Hélène GAUDEMET-TALLON .....	11

Avant-propos	
Gustavo CERQUEIRA et Nicolas NORD.....	17

### INTRODUCTION

Connaissance du droit étranger et coopération internationale : entre nécessité impérieuse et difficultés à surmonter	
Cyril NOURISSAT .....	23

### I. ÉTAT DES LIEUX

#### *en France*

##### *La magistrature*

La connaissance du droit étranger. État des lieux – La magistrature	
François ANCEL .....	39

Le droit étranger, irréductiblement inconnaissable : leçons tirées de la création d'une collection de lois exotiques	
Cyril ROTH.....	49

##### *L'avocature*

Le point de vue d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation	
Dominique FOUSSARD .....	57

L'avocat et le droit étranger : entre connaissance et représentation	
Olivier BERG.....	65



*L'état civil*

Le droit étranger devant l'officier de l'état civil. État des lieux Nicolas NORD .....	69
---	----

*dans le voisinage*

La connaissance du droit étranger en Allemagne Jochen BAUERREIS .....	83
--	----

La connaissance du droit étranger en Espagne Guillermo PALAO MORENO .....	91
--	----

La connaissance du droit étranger : cadre juridique et moyens disponibles en Italie Pietro FRANZINA .....	105
---	-----

La connaissance du droit étranger en Suisse. Une multitude de moyens Lukas HECKENDORN URSCHALER .....	121
--	-----

*en Amérique Latine*

La connaissance du droit étranger en Amérique Gustavo Ferraz DE CAMPOS MONACO .....	139
--	-----

**II. SOLUTIONS ENVISAGEABLES***du point de vue des universitaires*

La preuve de la loi étrangère par renvoi préjudiciel Patrick KINSCH .....	149
--	-----

Fondamentatisation du droit et justice prédictive. Deux phénomènes à prendre en compte pour la connaissance du droit étranger Gustavo CERQUEIRA .....	165
---	-----

La connaissance du droit étranger : évaluation de la situation en Espagne et propositions dans une perspective européenne Guillermo PALAO MORENO .....	173
--	-----

The challenges in accessing applicable foreign law and international cooperation in Brazil Maria ROSA LOULA .....	179
--	-----

*du point de vue des praticiens*

*Le magistrat*

Connaissance du droit étranger et coopération internationale. Solutions prospectives : l'opinion d'un juge Jean-Noël ACQUAVIVA.....	185
--	-----

*Le notaire*

La connaissance du droit étranger. Le point de vue d'un notaire Jean-Louis VAN BOXSTAEL .....	193
--	-----

*du point de vue des institutions*

Le point de vue du Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile, direction des affaires civiles et du Sceau, France Marie VAUTRAVERS.....	209
--	-----

Knowledge of Foreign Law and the London Convention of 1968 – Council of Europe's CDCJ Rodrigo RODRIGUEZ.....	219
---	-----

La connaissance du droit étranger et la Cour de justice de l'Union européenne Wolfgang ROSCH.....	221
--	-----

La Commission Internationale de l'État Civil Nicolas NORD .....	229
--	-----

**PROPOS CONCLUSIFS**

Françoise MONÉGER.....	237
------------------------	-----

**ANNEXES**

Questionnaire envoyé aux contributeurs .....	249
Programme du Colloque.....	255
Liste des contributeurs (auteurs, orateurs, et présidents des séances) .....	261

## PRÉFACE

Il est très heureux que les travaux du colloque qui s'était tenu le 28 novembre 2019 à la Cour de cassation sous la direction de Gustavo Cerqueira et Nicolas Nord soient maintenant publiés, car ils sont d'une particulière richesse.

Alors que se multiplient dans la pratique les situations internationales entraînant l'éventualité du jeu d'une loi étrangère, alors que se développent de façon sensible des enseignements de droit international privé et de droit comparé dans les universités, les questions posées par le droit étranger restent pressantes. Est-il pour le juge du for une question de droit ou une question de fait ? Le juge doit-il soulever d'office son application et faut-il distinguer à ce sujet entre droits disponibles et droits indisponibles ? Qui doit rapporter la preuve du droit étranger ? Quel contrôle les Cours suprêmes peuvent-elles exercer ?

De nombreux travaux récents ont été consacrés à ces problèmes, travaux qui n'ont pourtant pas épuisé la matière. Ainsi, cet ouvrage est un apport significatif dans la mesure où il traite de façon spécifique de la « connaissance du droit étranger » car pour tout spécialiste de droit comparé ou de droit international privé, il est fondamental de savoir comment accéder à la connaissance du droit étranger auquel conduisent fréquemment les règles de conflit, règles nationales ou règles européennes. Connaître le droit étranger est souvent utile pour forger les solutions du droit national et est indispensable lorsqu'il faut appliquer ce droit venu d'ailleurs.

Les organisateurs du colloque avaient voulu que soit dressé un bilan de ce qui existe tant à l'étranger qu'en France (c'est la première partie de cet ouvrage, « État des lieux ») mais que soient aussi proposées de nouvelles perspectives (et la seconde partie porte sur « Les solutions envisageables »).

L'étude est d'autant plus intéressante qu'elle prend en compte le point de vue des diverses catégories pouvant être amenées à prendre en compte le droit étranger : les juges nationaux sont évidemment concernés, mais aussi la Cour de justice de l'Union européenne, de même que les avocats, les notaires, les officiers de l'état civil, les huissiers de justice ainsi que diverses institutions nationales, européennes ou internationales, comme, par exemple, la Commission internationale de l'état civil. Chacune de ces catégories est confrontée à des impératifs variés : si, dans tous les cas, la fiabilité des renseignements obtenus ne doit pas faire de doute, pour certains prédominera

un impératif de célérité, pour d'autres de limitation des coûts ; certains attendront l'envoi de documents officiels, d'autres des avis de consultants ou d'experts. Ainsi, par exemple, les besoins ne sont pas les mêmes pour les magistrats des cours suprêmes et pour les officiers de l'état civil qui souvent ne sont pas des juristes.

Pour chacune des catégories de personnes intéressées par la problématique de la connaissance du droit étranger, les organisateurs du colloque ont su faire appel à des spécialistes incontestés de la matière, spécialistes reconnus au niveau national et international.

Si toutes les contributions comportent des éléments de droit comparé, on appréciera particulièrement que figurent des travaux portant spécifiquement sur des pays étrangers, Allemagne, Espagne, Suisse, Italie et certains pays d'Amérique latine. Chacune de ces études est menée par un juriste du pays concerné, ce qui permet d'avoir une vue exacte de la situation dans chaque État : ainsi en Allemagne où le juge a l'obligation de toujours soulever d'office l'applicabilité du droit étranger, il apparaît que la connaissance de ce droit est facilitée par la publication régulière d'ouvrages « qui proposent un tour d'horizon par pays pour une matière juridique bien précise », les *Länderberichte*. On note aussi pour l'Allemagne le rôle important des experts, et le souci de se renseigner sur le droit étranger tel qu'il existe, tel qu'il est pratiqué, le droit vivant, *lebendes Recht*, préoccupation que l'on retrouve dans les pays d'Amérique latine où le droit doit être analysé au regard « de la culture d'un peuple ». La situation est compliquée en Espagne où se multiplient les sources d'information et où elles peuvent différer en fonction du domaine concerné (domaine général, ou secteurs particuliers tels que l'état civil, le notariat, le registre des hypothèques...). En Italie, l'application de l'adage *jura aliena novit curia* met une pression particulière sur les magistrats et l'article 14 de la loi de Droit international privé fournit la liste des moyens qui leurs sont offerts. En Suisse, qualifiée de « supermarché du droit étranger disposant de plusieurs rayons », on insistera sur le rôle de l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne qui est une source privilégiée d'informations et dont les « avis de droit » sont connus du monde entier. De plus, cet Institut répond en particulier aux besoins de l'Office fédéral du droit du registre foncier et du droit foncier et de l'Office fédéral de l'état civil. Dans l'Union européenne, on sait que le Service de documentation et de recherche de la Cour de justice de l'Union fournit une assistance efficace pour faciliter la connaissance des droits étrangers. Reste toutefois que, dans certains pays, il convient de progresser encore et d'inciter les juges à ne pas se résigner trop souvent à appliquer la *lex fori*.

Le tour d'horizon mené dans ces divers États impose une constatation : il y a une multitude d'instruments destinés à faciliter la connaissance du droit

étranger. Certains sont déjà anciens, comme la convention de Londres du 7 juin 1968 souvent mal connue, d'autres plus récents comme les bases de données qui foisonnent et dont le maniement n'est pas toujours aisé. Si les « certificats de coutume » continuent à être utilisés, il y a de nombreux autres procédés pour se renseigner sur le droit étranger. Ainsi, en France, au ministère de la Justice, le Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile peut être sollicité et la JaFBase ([www.jafbase.fr](http://www.jafbase.fr)) s'est révélée très utile en matière familiale. À l'échelon européen, on relèvera le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale et le portail e-justice de la Commission européenne. Au niveau international, les travaux de la Commission internationale de l'état civil et ceux de la Conférence de La Haye de droit international privé doivent aussi être signalés. Des instituts, liés ou non aux universités, ont également leur place et nul ne contestera l'efficacité particulière du Max Planck de Hambourg et de l'Institut suisse de Lausanne déjà cité. Il ne faut pas négliger non plus les contacts personnels qui peuvent être pris soit par les juges (une forme de « dialogue des juges » bien réelle), soit par les avocats et les notaires avec des confrères étrangers susceptibles de les renseigner.

La liste ainsi dressée de toutes les possibilités offertes pour s'informer sur le droit étranger pourrait faire croire que cette information est assez facile à recueillir.

Et pourtant la situation n'est pas satisfaisante. Chacun déplore les nombreuses difficultés rencontrées chaque fois qu'il faut accéder à la connaissance de tel ou tel droit étranger : comment trouver le bon interlocuteur ou savoir quelle base de données consulter et comment l'utiliser, comment ne pas se heurter à des coûts trop élevés ou à des délais d'attente très longs avant d'avoir le renseignement demandé, comment être sûr que l'information obtenue a tenu compte des dernières modifications du droit alors qu'on se heurte partout à des changements incessants, les réformes se succédant à un rythme accéléré, comment surmonter l'obstacle de la langue et les aléas de la traduction ? De plus « connaître » le droit étranger n'est pas se contenter d'identifier à l'étranger le texte de loi applicable ou le dernier arrêt rendu. Il importe de les replacer dans tout un contexte, dans une « culture » juridique qui permettra de cerner le véritable sens du texte législatif ou de la décision de jurisprudence. En effet le droit ne peut être isolé de la société dans laquelle il s'impose. Comme l'a écrit Christian Atias, « Le droit est un incessant dialogue entre la nature humaine, les conditions techniques, économiques, historiques de la vie en société, les dispositions légales, les solutions jurisprudentielles »<sup>1</sup>. Il faut connaître « les modes de

---

<sup>1</sup> *Epistémologie du droit*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1994, p. 122.

pensée » des juristes étrangers<sup>2</sup> et chaque État, ou chaque groupe d'États, a sa culture juridique propre<sup>3</sup>.

Les participants au colloque avaient été invités à avancer des idées pour améliorer le processus de connaissance du droit étranger, à imaginer des solutions nouvelles et l'on trouve effectivement plusieurs pistes intéressantes. Sans les citer toutes et en laissant au lecteur le plaisir de les découvrir, on en relèvera quelques-unes, à titre d'exemple. Ainsi, de façon audacieuse, il est proposé que puisse dans certains cas être utilisé un « recours préjudiciel » devant la Cour suprême de l'État étranger dont le droit est en cause, mécanisme qui serait particulièrement pertinent lorsque la question dont il s'agit n'est pas tranchée de façon claire à l'étranger. Ou encore, afin d'assurer le respect des droits fondamentaux, ce recours pourrait prendre la forme d'une question préjudicielle de constitutionnalité ou de conventionnalité. Est envisagée aussi une proposition de règlement de l'Union européenne « relatif à la coopération entre les juridictions, les autorités et les professionnels du droit des États membres dans le domaine de l'information sur le droit étranger en matière civile et commerciale », proposition émanant des travaux menés dans le cadre de la Chaire notariale européenne créée en 2015 et dont le Professeur Cyril Nourissat est titulaire. Des suggestions sont faites : mieux utiliser l'intelligence artificielle et ses données en matière de justice prédictive, revivifier la convention de Londres, créer une Banque centrale de données qui pourrait être établie à l'échelon international si la Conférence de La Haye acceptait de s'en charger ou encore donner naissance en France à un Institut universitaire de droit comparé sur le modèle de celui de Lausanne. Pour les notaires, il est souhaité que tant l'Union internationale du notariat latin que le Conseil des notariats de l'Union européenne multiplient les rencontres notariales transfrontalières afin d'enrichir les relations personnelles.

Bref, beaucoup d'intéressantes propositions ont été faites lors de ce colloque et il faut souhaiter qu'elles ne restent pas lettre morte.

Ce n'est pas la première fois que la Société de législation comparée s'intéresse au droit étranger mais avaient été traités soit de façon générale tous les problèmes posés par l'application du droit étranger par le juge

---

<sup>2</sup> C. LABRUSSE, « Souvenirs d'études : travailler aux frontières et au-delà », in *Liber amicorum Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 739.

<sup>3</sup> V. par exemple les travaux du colloque tenu à Toulouse en 1996, *Vers une culture juridique européenne*, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), Montchrestien, 1998.

national<sup>4</sup>, soit le point particulier du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger<sup>5</sup>.

C'est en revanche la première fois qu'un colloque, puis un ouvrage est consacré exclusivement à la question de la connaissance du droit étranger et c'est tout l'intérêt de ce travail qui montre que, si de nombreux instruments existent pour faciliter cette connaissance, ils ne répondent pas toujours aux attentes des intéressés, attentes qui ne sont pas forcément identiques pour les divers praticiens du droit, même si tous souhaitent que soient assurées une accessibilité facile et une fiabilité incontestable. Des propositions sont faites, des idées nouvelles lancées. Il faut espérer qu'elles aboutiront. Les travaux du colloque et cet ouvrage qui les publie auront alors atteint leur but.

8 avril 2020

Hélène GAUDEMET-TALLON  
Professeur émérite de l'Université Paris 2  
Membre de l'Institut de droit international

---

<sup>4</sup> *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse, colloque de Sarrebrück 2013*, Cl. WITZ (dir.), coll. « Droit comparé et européen », vol. 15, Paris, Société de législation comparée, 2014 ; *Application du droit étranger, conférences données à la Cour de cassation en 2017*, coll. « Colloques », vol. 36, Paris, Société de législation comparée, 2018.

<sup>5</sup> *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger, Études de droit international privé, Amérique Latine, États-Unis, Europe*, G. CERQUEIRA et N. NORD (dir.), coll. « Colloques », vol. 34, Paris, Société de législation comparée, 2017.





## AVANT-PROPOS

Le 28 novembre 2019, des juristes de plusieurs horizons se sont réunis à la Cour de cassation, à Paris, pour réfléchir à des instruments adaptés de coopération internationale en matière d'établissement de la teneur du droit étranger.

Ce colloque s'inscrit dans la lignée des travaux menés précédemment au sein de la Société de législation comparée sur le thème de la loi étrangère. En particulier, il poursuit les réflexions entamées lors du colloque consacré aux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger, qui s'est tenu le 23 septembre 2016 à la Cour de cassation. Cet événement a réuni des universitaires et praticiens de plusieurs pays européens, nord et sud-américains et donné lieu à la publication d'un ouvrage en 2017 par la Société. Cette démarche s'inscrit également dans la continuité de recherches conduites dans d'autres sociétés savantes au niveau mondial<sup>1</sup> ou régional<sup>2</sup>.

Le colloque du 28 novembre 2019 a confirmé la nécessité d'une telle réflexion. D'une part, tous les contributeurs ont affirmé la place importante aujourd'hui faite au droit étranger dans les règlements des litiges. Cela est dû, entre autres, à l'accroissement des rapports internationaux familiaux et d'affaires, à l'exigence grandissante de reconnaissance des situations constituées à l'étranger et aux possibilités pour les personnes concernées de choisir la loi applicable. D'autre part, les participants ont attesté du rôle accru des différentes professions juridiques dans l'application du droit étranger. Alors que les juges et les officiers de l'état civil étaient plus traditionnellement exposés à une telle charge, actuellement ce sont les notaires et les avocats dans leur double mission de conseil et de rédaction d'actes qui sont appelés à prendre en compte ou à mettre en œuvre le droit étranger<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Au sein de l'Académie internationale de droit comparé : Y. NISHITANI (Ed.), *Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ?*, coll. « Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law », Springer, 2017.

<sup>2</sup> En Europe : *Basic Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law – the “Madrid Principles of 2010*, in C. ESPLUGLES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, *Application of Foreign Law*, Sellier, 2011, p. 95 et s.

En Amérique : *Principes Asadip sur l'accès transnational à la justice (transjus)*, disponible à l'adresse : <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>

<sup>3</sup> Une telle approche englobant toutes les professions juridiques ressort également de la vaste étude menée au sein de l'Académie internationale de droit comparé, comme en atteste le rapport général préparé par Madame Yuko Nishitani à l'occasion du Congrès de Vienne de 2014 consacré,

Dans ce contexte, s'il est apparu que le droit de l'Union européenne est souvent à l'origine de l'implication de ces différents acteurs dans l'application du droit étranger, un autre phénomène, plus récent, semble accroître davantage les occurrences de maniement du droit d'ailleurs : la concurrence juridictionnelle d'ampleur à laquelle se livrent les États européens en raison du *Brexit*. En effet, Paris, Amsterdam, Bruxelles et d'autres capitales établissent des tribunaux et des chambres spécialisées dans le contentieux international et dans l'application du droit étranger. Ce phénomène se répand par ailleurs aux villes d'importance, soit internationale, comme Francfort-sur-le-Main ou Hambourg, soit régionale, comme Sarrebruck, en Allemagne.

Les enjeux sont cruciaux. La recherche d'instruments adaptés pour la bonne connaissance du droit étranger s'impose face à des droits nationaux en pleine évolution législative et jurisprudentielle. En effet, ces mutations propres à chaque système renforcent le besoin d'accès à un contenu fiable du droit étranger pour garantir la sécurité juridique des justiciables, autant que pour éviter le jeu de la responsabilité civile des fournisseurs de services juridiques, voire la fraude dans la manipulation des solutions étrangères.

La recherche envisagée dans ce colloque se déploie, bien évidemment, dans un environnement dans lequel il existe des mécanismes de coopération formels et informels dont l'efficacité n'est que partielle devant la complexité des phénomènes qui recouvrent l'application du droit étranger. En effet, ils ont été conçus pour traiter d'un droit étranger censé être stable et simple et non mouvant et pluriel dans ses sources. Ces mécanismes, peu visibles, sont aussi méconnus par les praticiens eux-mêmes. Les actuelles discussions au plan européen (UE) et international (Conférence de La Haye) attestent de l'urgence de réfléchir à des réponses en la matière grâce à un ou plusieurs instruments pertinents et efficaces.

C'est à cela que s'est proposé de répondre le colloque relatif à « La connaissance du droit étranger : à la recherche d'instruments de coopération adaptés ». À cette fin, prenant appui sur un questionnaire indicatif et non-exhaustif<sup>4</sup>, il s'est agi, tout d'abord, d'établir un état des lieux et, ensuite, de discuter des solutions adaptées aux différentes exigences révélées à la fois par le type de situation à traiter et par la catégorie de professionnel intervenant. À ce dernier égard, les besoins du juge et du notaire se sont montrés différents, tout comme ceux de l'officier de l'état civil ou encore de l'avocat. L'adaptation fut également pensée au regard des différentes questions

---

notamment au traitement du droit étranger : Y. NISHITANI, « Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ? – General Report », in *Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ?*, *op. cit.*, pp. 3-60, spéc. p. 55 et s.

<sup>4</sup> Cf. Annexe.

pouvant se poser lors de l'établissement de la teneur du droit étranger et qui sont propres au système d'origine. Si *a priori* l'objectif peut être de parvenir à l'adoption d'un instrument général à la portée géographique la plus large possible, il s'est vite avéré vain de vouloir privilégier, à l'heure actuelle, une telle approche. D'une part, chaque profession éprouve des besoins différents, d'autre part, le niveau de développement des différents systèmes comparés n'est pas le même. Alors que certains sont à la traîne et peinent à adopter des règles satisfaisantes en la matière, d'autres sont en pointe et donc peu demandeur d'instrument de coopération dont l'utilité ne leur paraît pas flagrante.

Dans cette perspective, différentes voies ont été explorées. Elles vont de la revitalisation d'instruments anciens à la création d'institutions spécialisées au niveau interne, international ou européen en passant par la mise en place de mécanismes spécifiques ou l'utilisation de l'intelligence artificielle. Un tel foisonnement démontre le caractère crucial de la problématique et la vitalité des réflexions menées à son sujet mais également la pertinence d'en avoir débattu et de la nécessité de continuer à le faire.

En ce sens, la prochaine étape de ce débat pourrait être celle de l'opportunité d'adopter un règlement européen en la matière. Outre l'intérêt d'un tel instrument à l'échelle européenne, il pourrait servir d'impulsion à d'autres ensembles régionaux, comme le Mercosur.

Strasbourg, le 18 février 2020

Gustavo CERQUEIRA  
Nicolas NORD

## **LA PREUVE DE LA LOI ÉTRANGÈRE PAR RENVOI PRÉJUDICIEL**

Patrick KINSCH\*

« ... il arrive en effet que l'art soit un luxe mensonger.  
Sur la dunette des galères, on peut, toujours et partout,  
nous le savons, chanter les constellations pendant que  
les forçats rament et s'exténuent dans la cale ».

Albert Camus, conférence du 14 décembre 1957,  
*Discours de Suède*, Gallimard, 1958, p. 32.

1. C'est à cette citation de Camus que risque de faire penser la proposition que nous formulerons ici, dans un colloque qui a pour objet, entre autres, de présenter des idées nouvelles dans le domaine de la preuve de la loi étrangère. L'idée de prouver le contenu exact du droit étranger au moyen d'un renvoi préjudiciel devant les juridictions (supérieures) de l'État dont provient la loi qui est applicable devant le juge du for peut paraître – et est, effectivement – un moyen de luxe de détermination du contenu de la loi étrangère. Comme tel, il ne peut être envisagé qu'à titre exceptionnel et, il est vrai, avec une pointe de mauvaise conscience à l'égard des juges qui, dans l'exercice de leurs fonctions, « rament et s'exténuent » à déterminer le mieux possible le contenu du droit étranger, en ayant conscience de l'impératif de limiter les frais de justice et d'assurer le fonctionnement quotidien de leurs tribunaux.

Le renvoi préjudiciel, avec les frais et les retards qu'il engendre et la charge qu'il représente pour les juridictions de l'État étranger, n'est dans notre

---

\* Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg.

esprit pas destiné à devenir le moyen de droit commun de prouver la loi étrangère<sup>1</sup>. En l'état, le moyen de droit commun restera, en France, le certificat de coutume avec tous ses inconvénients bien connus ; en Allemagne, la consultation de l'Institut Max Planck de Hambourg ou d'autres institutions universitaires de droit comparé dont les collaborateurs travaillent sérieusement, mais avec une distance inévitable par rapport à la pratique réelle dans le pays dont la loi est applicable et avec le risque d'erreur qui l'accompagne<sup>2</sup> ; en Suisse, la consultation de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne ; dans les pays de *common law*, le recours au coûteux rituel du témoignage d'experts étrangers soumis au contre-interrogatoire des avocats des parties en cause.

2. Le renvoi préjudiciel tel qu'il est ici envisagé est un véritable renvoi préjudiciel, porté devant une juridiction étrangère exerçant ses fonctions juridictionnelles. Il se distingue à cet égard de la procédure d'entraide mi-administrative, mi-judiciaire instituée par la Convention de Londres du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger<sup>3</sup> ; il se distingue encore de l'aide que le juge du for peut le cas échéant rechercher de la part de ses collègues européens réunis au sein du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale<sup>4</sup>, qui n'aboutira pas à une réponse officielle de la part de la justice étrangère.

---

<sup>1</sup> Pour une autre vision, préconisant le recours systématique à cette forme d'entraide judiciaire internationale (mais, selon le modèle élaboré par l'auteur, entre juridictions du même degré hiérarchique) comme moyen de preuve de la loi étrangère même dans la pratique quotidienne des tribunaux, v. O. REMIEN, « Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum des Art. 61ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten », *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 617 et s., spéc. pp. 627-630.

<sup>2</sup> Ainsi que l'illustre une affaire portée devant la Cour fédérale (BGH, 21 janvier 1991, II ZR 50/90, *NJW*, 1991, p. 1418 ; *IPRax*, 1992, p. 324 avec note KRONKE p. 303) : l'arrêt insiste sur la nécessité, pour le juge allemand, de s'informer de la pratique réelle et concrète au Venezuela – il s'agissait d'une question de gage maritime, création de la pratique avant sa consécration législative – et de sa reconnaissance par la jurisprudence vénézuélienne, plutôt que de se fier aux recherches (insuffisantes) d'un collaborateur de l'Institut Max Planck. V. la réaction, indignée plutôt que pénitente, du même Institut s'exprimant à travers l'article de J. SAMTLEBEN, « Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis », *NJW*, 1992, p. 3057 et s.

<sup>3</sup> *Série des traités européens*, n° 62. Dans la procédure mise en place par la Convention de Londres, les questions émanant des juridictions censées trancher le litige, alors que les réponses émanent normalement d'une instance administrative de l'État étranger. Dans la pratique, ces réponses sont fréquemment décevantes : la Convention de Londres ne peut pas passer pour un modèle de succès dans l'entraide internationale.

<sup>4</sup> Mis en place par la décision du Conseil européen du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (2001/470/CE), *JO L* 174 du 27 juin 2001, p. 25, modifiée par la décision n° 568/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009, *JO L* 168 du 30 juin 2009, p. 35.

C'est un moyen intéressant et original de détermination du contenu du droit étranger, mais un moyen réservé (par réalisme) à des circonstances exceptionnelles. Ces circonstances sont celles dans lesquelles le recours aux moyens de droit commun n'est pas susceptible d'aboutir à ce qui correspond aujourd'hui à l'objectif communément accepté de la recherche de la teneur de la loi étrangère : une interprétation de celle-ci qui soit conforme non seulement à d'éventuels textes de droit étranger vus dans l'abstrait, mais aussi et surtout à l'interprétation du droit étranger telle qu'elle est en vigueur à l'étranger, devant les juridictions de l'État dont la loi est en cause<sup>5</sup>.

3. Les situations auxquelles on peut penser dans ce contexte sont diverses. D'abord une hypothèse rare, mais susceptible de le devenir un peu moins avec le développement du contrôle de constitutionnalité dans les différents États du monde : le cas où le juge du for est amené à s'interroger sur la constitutionnalité, au regard de la constitution étrangère, d'une disposition de la loi qu'il est censé appliquer, mais où en vertu du système étranger du contrôle de constitutionnalité, le monopole du jugement des questions de constitutionnalité est attribué à une seule juridiction étrangère, la Cour constitutionnelle de l'État étranger. Dans ce cas, il n'appartient pas plus au juge du for qu'à une juridiction ordinaire étrangère de trancher la question, si bien que la possibilité d'une saisine de la Cour constitutionnelle étrangère par la juridiction du for devrait pouvoir être envisagée<sup>6</sup>.

Ensuite, et c'est sur cette hypothèse que nous nous proposons de nous concentrer ici, le recours au renvoi préjudiciel est la seule manière d'obtenir une réponse fiable à la question du contenu du droit étranger en présence d'une question juridique qui est soit *nouvelle* dans l'ordre juridique étranger, soit y est *controversée*. Si la question juridique n'est pas nouvelle, et que la jurisprudence de l'État étranger donne une seule réponse qui est acceptée à l'étranger, alors il est possible de considérer que d'un point de vue pratique, et pour le juge du for, la détermination du contenu de l'interprétation du droit

---

<sup>5</sup> V. en ce sens, en jurisprudence française : Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15262, *Rev. crit.*, 1997, p. 292, note MUIR WATT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2014, n° 13-20049, *JDI*, 2015, p. 114, note MELIN ; en droit comparé, v. par ex. BGH, 21 janvier 1991, préc., ou Cass. (Belgique), 14 février 2005, *Pas. b.*, 2015, n° 89.

<sup>6</sup> Nous renvoyons à une contribution à un autre colloque de la Société de législation comparée : P. KINSCH, « Le droit étranger face à la hiérarchie des normes en droit international privé allemand et suisse », in *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, G. CERQUEIRA et N. NORD (dir.), coll. « Colloques », vol. 34, Paris, Société de législation comparée, 2017, p. 223 et s., spéc. pp. 227-230, avec référence aux propositions en ce sens de K. H. NEUMAYER et de J.-P. NIBOYET ; également G. CERQUEIRA, « La hiérarchie étrangère des normes devant le juge français », in *L'application du droit étranger*, vol. 36, coll. « Colloques », Paris, Société de législation comparée, 2018, p. 95 et s., spéc. pp. 128-129.

étranger est une pure question de connaissance<sup>7</sup>. Alors également, le juge du for peut, au terme d'une recherche sérieuse, mener à bien la recherche du contenu exact du droit étranger, qu'il peut, selon les formules bien connues de Werner Goldschmidt, « imiter » en tant que « photographe »<sup>8</sup>.

Si en revanche ces conditions ne sont pas remplies – soit que la question de droit soit nouvelle même pour les juristes de l'État étranger, soit qu'elle soit sérieusement controversée dans cet État –, le traitement de la question de l'interprétation de droit étranger comme acte de connaissance n'est pas susceptible de donner des résultats satisfaisants. Des experts de droit étranger pourront certes donner leur opinion devant le juge du for ; mais même si ce juge s'estime, au vu des avis juridiques invoqués devant lui, en mesure de comprendre réellement le fond de la controverse qui existe à l'étranger, sa réponse à la question de droit n'en restera pas moins, en définitive, un objet de spéculation, ou de calcul de probabilité – le contraire, en d'autres termes, d'une véritable décision sur le point de droit controversé, qui ne pourra venir que des juridictions supérieures de l'État étranger lui-même. Celles-ci pourront, et devront, trancher la question le moment venu, faire évoluer le droit étranger – ce que le juge du for, quant à lui, est dans l'impossibilité institutionnelle de faire<sup>9</sup>. En présence de pareille question de droit étranger, qui cause des difficultés réelles au juge du for en raison de leur nouveauté ou de leur caractère controversé dans l'État étranger, il est illusoire de vouloir anticiper, avec un quelconque degré de certitude, sur le résultat de l'appréciation qui ne pourra venir que d'une juridiction supérieure étrangère.

Dans cette situation, le recours à l'entraide judiciaire internationale prenant la forme d'un renvoi devant la juridiction étrangère peut sembler approprié. Et effectivement, comme nous le verrons, le renvoi préjudiciel

---

<sup>7</sup> En théorie du droit, la thèse de l'interprétation-acte de connaissance s'oppose à la théorie rivale de l'interprétation-acte de volition (cf. M. TROPER, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), Paris, PUF, 2003, v. *Interprétation*) ; et selon les théoriciens les plus radicaux, adhérant à – et exacerbant – l'option dite « réaliste », toutes les questions juridiques sont par nature « indéterminées » et donnent lieu à une décision entièrement libre des juges (cf. M. TUSHNET, « Defending the Indeterminacy Thesis », *Quinnipiac L. Rev.*, vol. 16 (1996), p. 339 et s.). Mais quoi qu'il en soit de ce débat intellectuellement passionnant, l'interprétation du droit étranger ne peut jamais raisonnablement relever d'un acte de volition de la part d'un juge qui n'est pas intégré dans le système institutionnel étranger.

<sup>8</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Suma del derecho internacional privado*, 2<sup>e</sup> éd., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 92.

<sup>9</sup> Cf. sur ce point la contribution très détaillée de N. JANSEN et R. MICHAELS, « Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts », *ZZP*, 2003, p. 3 et s. : opposition entre l'approche « descriptive » (qui correspond à l'interprétation-acte de connaissance) et l'approche « argumentative » (qui aboutira nécessairement, en définitive, à une interprétation-acte de volition, certes sans arbitraire mais néanmoins de manière non entièrement prédéterminée par des éléments de l'ordre juridique étranger qu'il serait possible de connaître et de prévoir en tant que juge d'un autre ordre juridique).



devant les juridictions de l'État dont provient la loi applicable n'est pas inconnu en droit comparé, et il peut représenter un modèle viable.

## I. UNE RÉALITÉ EN DROIT COMPARÉ

4. Les principaux exemples d'utilisation d'une procédure de renvoi préjudiciel en droit comparé sont des exemples du monde de la *common law*, britannique, du Commonwealth ou des États-Unis d'Amérique, exemples que nous présenterons ci-après par ordre chronologique. Mais ce n'est pas un phénomène qui appartiendrait exclusivement à la *common law*, puisqu'il existe également un précédent helvético-français, en matière de vérification de la légalité des actes administratifs français.

### A. – *Le British Law Ascertainment Act de 1859*

5. L'entraide entre juridictions, dans le domaine de la connaissance du droit étranger, est connue des juridictions britanniques depuis très longtemps<sup>10</sup>. À l'époque victorienne, une loi britannique, le *British Law Ascertainment Act* de 1859 – qui reste actuellement en vigueur, même si les occasions de son application effective sont devenues plus rares<sup>11</sup> – est venue organiser une procédure facultative de renvoi préjudiciel, destinée à permettre aux juridictions de n'importe quelle partie de l'Empire britannique de s'assurer des vues des juridictions d'une autre partie de cet Empire avant d'appliquer sa loi. Comme le dit le texte de loi :

« Courts in one part of Her Majesty's dominions may remit a case for the opinion in law of a court in any other part thereof ».

La procédure prévue par l'*Act* reste susceptible d'être utilisée, y compris à l'égard d'États entre-temps devenus indépendants mais restant membres du Commonwealth britannique. Selon la doctrine, il est vrai cependant qu'il y a peu d'affaires dans lesquelles l'*Act* a été effectivement utilisé, la procédure étant onéreuse et causant des délais<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Depuis 1533 selon un précédent cité par J. H. BAKER, « Ascertainment of Foreign Law : Certification to and by English Courts Prior to 1861 », *ICLQ*, vol. 28 (1979), p. 141 et s., spéc. pp. 148-151 : demande d'entraide d'une juridiction du duché de Brabant, à laquelle la *Court of Common Pleas* répondit sur ordre du roi Henri VIII, et ce dans un délai extraordinairement bref de trois jours. La réponse est reproduite en annexe à l'article de J. H. Baker.

<sup>11</sup> DICEY, MORRIS et COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, vol. I, p. 331.

<sup>12</sup> DICEY, MORRIS et COLLINS, *loc. cit.*

B. – *La procédure de la certification de questions de droit aux États-Unis d'Amérique*

6. Alors que le *British Law Ascertainment Act* de 1859 est une espèce de curiosité rarement employée, la procédure de renvoi préjudiciel entre juridictions des États-Unis d'Amérique est une procédure importante et d'emploi fréquent. Elle s'explique évidemment par le contexte fédéral dans lequel elle s'inscrit. Le droit américain, et en particulier le droit privé, est l'un des plus décentralisés de tous les États fédéraux. Chaque État fédéré a son propre système de droit privé, à la fois législatif et jurisprudentiel, que les juridictions fédérales sont tenues de respecter et d'appliquer elles-mêmes<sup>13</sup>. De même, les conflits de lois à l'intérieur de la fédération américaine sont nettement plus nombreux que les conflits internationaux portés devant les juridictions américaines soit fédérales, soit des États : l'application de la loi d'un État fédéré devant les juridictions d'un autre État est une réalité quotidienne.

Certes, le fait qu'il s'agisse du droit d'un autre État américain facilite (tant du point de vue linguistique que du point de vue de la proximité des systèmes juridiques) la compréhension et l'application de ce droit – mais à condition qu'une solution à la question de droit *existe* dès à présent dans l'ordre juridique de l'autre État fédéré. Les Américains se sont rendu compte, depuis longtemps, que cette condition n'est pas nécessairement remplie, et qu'il est relativement fréquent qu'il n'existe, pour l'une ou l'autre question qui doit être tranchée par application de la loi d'un État, pas de réponse décisive, ni dans la législation de cet État, ni dans la jurisprudence en l'absence d'une décision de la Cour suprême de l'État. D'où la création d'une procédure de « certification » de questions de droit à destination d'une juridiction (en principe la Cour suprême) de l'État fédéré dont la loi est applicable en cause devant une juridiction soit fédérale, soit d'un autre État fédéré, juridiction qui ne peut pas utilement résoudre une question qui n'a pas encore trouvé de réponse de la part des juges qui ont institutionnellement vocation à la résoudre.

Cette procédure de certification n'est pas organisée par une norme de droit fédéral uniformément applicable dans tous les États. Une certaine harmonisation des procédures a été entreprise par des lois modèles, élaborées dans le cadre de la *National Conference of Commissioners on Uniform State*

---

<sup>13</sup> V. l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), abandonnant la solution antérieure qui reposait sur l'hypothèse de l'existence d'une *common law*, donc d'un droit de nature jurisprudentielle, fédérale : *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).

*Laws* et proposées à l'adoption par les parlements des différents États – c'est un processus volontaire, puisqu'il n'existe aucune obligation de transposer une loi modèle à la charge des parlements des États<sup>14</sup>. L'exposé des motifs de l'actuelle loi modèle, de 1995, constate que :

« the federal courts have often been faced with the difficult problem of ascertaining state law when there is no controlling state constitutional provision, state statute or definitive state appellate judicial decision on the matter. In such circumstances, the federal courts have been forced to guess what the state court might rule if the precise issue of law were presented to it ».

Ce que les auteurs de la loi modèle appellent une pure « spéculation ». Le même problème existe, soulignent-ils, à propos des relations entre juridictions d'États fédérés différents :

« Essentially the same problem confronts a state appellate court when it determines that the law of another State should control the resolution of a key issue of law in a case pending before it, but where there is no controlling constitutional provision, statute or appellate decision in that other State on that issue of law »<sup>15</sup>.

7. Les réponses aux questions certifiées sont normalement fournies par la juridiction suprême de l'État fédéré en cause. La très grande plupart des États fédérés accepte que leurs cours suprêmes répondent à des questions certifiées ; en 1994, 44 cours suprêmes des États (sur 50) y ont été autorisées par une disposition de la constitution de l'État, une loi de l'État ou un règlement d'ordre intérieur de ces juridictions<sup>16</sup>. Dans les autres États, minoritaires, la réponse à des questions certifiées ne relève en revanche pas de la mission de la Cour suprême ou d'autres juridictions de l'État ; on y estime que la réponse à une question certifiée présente des problèmes insurmontables au regard de l'interdiction, qui y est en vigueur sur le plan constitutionnel, des avis consultatifs rendus par des juridictions<sup>17</sup>.

Là où il est admis, le recours à la procédure de certification des questions de droit n'est jamais obligatoire mais relève de l'appréciation de la juridiction

---

<sup>14</sup> V., sur le site officiel [www.uniformlaws.org](http://www.uniformlaws.org), la *Uniform Certification of Questions of Law [Act] [Rule]* (1995). La loi uniforme a eu un succès modeste, ayant été transposée jusqu'à présent dans le droit de neuf États fédérés. Dix-neuf autres États ont adopté une loi modèle antérieure, de 1967, ayant le même objet, le *Uniform Certification of Questions of Law Act*. Dans d'autres États encore, la procédure de certification peut néanmoins exister, selon une procédure non réglementée par une loi modèle.

<sup>15</sup> *Uniform Certification of Questions of Law [Act] [Rule]* (1995), Prefatory Note, p. 1.

<sup>16</sup> Selon l'exposé des motifs de l'*Uniform Certification of Questions of Law [Act] [Rule]* (1995), p. 3.

<sup>17</sup> V. la jurisprudence citée par J. J. SPIGELMAN, « Proof of Foreign Law by Reference to the Foreign Court », *LQR*, vol. 127 (2011), p. 208 et s., spéc. p. 214 et note 46.

qui procède à la certification ; selon la loi modèle de 1995, cette juridiction peut certifier une question à condition que la question soit déterminante dans le litige dont la juridiction certifiante est saisie, et qu'il s'agisse d'une question *qui ne trouve pas de réponse* au regard de la jurisprudence de la Cour suprême, au regard de la constitution et des lois de l'autre État<sup>18</sup>.

De même, la Cour suprême de l'État dont le droit est en cause est autorisée (mais non obligée) par la loi modèle de répondre à la question certifiée<sup>19</sup>.

8. La plupart des praticiens américains, et notamment des juges, approuvent le fonctionnement pratique de la procédure de certification<sup>20</sup>. Sur le plan théorique, celle-ci est remarquable par la reconnaissance ouverte du caractère indéterminé non pas certes de toutes les questions de droit, mais de certaines d'entre elles, et du fait que pour répondre à ces questions seules les juridictions des États dont la loi est en cause bénéficient d'une réelle légitimité institutionnelle.

### *C. – L'expérience des tribunaux singapouriens et australiens*

9. Une procédure de renvoi préjudiciel ne doit pas nécessairement être organisée par une loi, comme elle l'est (le plus souvent) aux États-Unis dans le contexte du fédéralisme américain. Elle peut être une création de la pratique, à l'initiative des juridictions elles-mêmes qui agissent sans base légale explicite et sur le seul fondement de leur pouvoir intrinsèque de rendre la justice.

Ainsi, en 2007 la Cour d'appel de Singapour était, dans le contexte d'une procédure d'exequatur d'un jugement anglais, confrontée à la question de savoir si ce jugement restait exécutoire en Angleterre, ce qui fait partie des conditions de l'exequatur à Singapour. Elle ne parvint pas à résoudre cette question elle-même, et prit l'initiative d'ordonner au demandeur en exequatur de saisir la Haute Cour de Justice d'Angleterre, de laquelle émanait le jugement soumis à la procédure d'exequatur, afin que la question de son caractère exécutoire fût définitivement résolue. Dans un jugement rendu en 2008 la juridiction anglaise accepta cette saisine, bien qu'il n'y eût aucun litige actuellement pendant devant les juridictions anglaises ; la raison pour

---

<sup>18</sup> Section 2, n° (3) de la loi uniforme : « the question is one for which an answer is not provided by a controlling appellate decision, constitutional provision, or statute of the other jurisdiction ».

<sup>19</sup> Section 3 de la loi uniforme.

<sup>20</sup> G. ACQUAVIVA, « The Certification of Unsettled Questions of State Law to State High Courts: The Third Circuit's Experience », *Penn St. L. Rev.*, vol. 115 (2010), p. 377 et s., spéc. pp. 385-388, et les références citées.

laquelle elle le fit était le souci d'assurer la coopération judiciaire internationale :

« This court is of course always anxious to respond as far as properly it can to a request for assistance from an overseas court »<sup>21</sup>.

10. Dans le même esprit, en 2010 la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud (New South Wales) en Australie conclut deux protocoles d'entente (*memoranda of understanding*) avec des juridictions singapourienne et new-yorkaise, en vue de l'organisation de procédures de renvoi préjudiciel entre les juridictions signataires dans le contexte de la connaissance du droit étranger. L'un de ces protocoles a été conclu avec la Cour suprême de Singapour et l'autre avec la Cour d'appel (juridiction suprême) de New York<sup>22</sup>.

En 2015, la Cour suprême de Singapour conclut un protocole d'entente similaire avec les *Dubai International Financial Centre Courts*.

Ces protocoles prévoient que les juridictions qui y sont parties peuvent ordonner aux parties aux procédures pendantes devant elles de demander aux juridictions de l'État dont le droit est applicable de résoudre la question de droit contestée.

#### D. – Un précédent helvético-français

11. Le recours spontané à l'entraide judiciaire internationale n'est pas réservé aux juridictions, réputées pragmatiques, d'Australie, de Singapour ou de New York.

Il en existe, aussi bien, un précédent dans les relations entre la Suisse et la France, dans une affaire de contrôle de la légalité d'un acte administratif individuel français. La Cour de justice de la république et canton de Genève

---

<sup>21</sup> *Westacre Investments Inc. v. The State-Owned Company Yugoimport SDPR*, [2008] EWHC 801 (Comm), para. 2.

<sup>22</sup> Étant donné que l'interdiction des avis consultatifs (cf. *supra*, n° 7) fait partie du droit de New York, le protocole d'entente prévoit que la réponse newyorkaise n'est pas fournie directement par la Cour d'appel elle-même, mais par un comité de juges de différentes juridictions supérieures newyorkaises ; pour une application de ce mécanisme, v. *Marshall v. Fleming* [2013] NSWSC 566. – V. l'article de J.J. SPIGELMAN (à l'époque *Chief Justice of New South Wales*), « Proof of Foreign Law by Reference to the Foreign Court », art. cité *supra* note 17. V. également M. KEYES, « Australia : Foreign Law in Australian International Litigation : Developing the Common Law », in Y. NISHITANI (dir.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence ?*, Cham, Springer, 2017, p. 503 et s., spéc. p. 522, et, du point de vue de Singapour, TEO G. S. et WONG H. D., « Referring Questions of Foreign Law to the Court of the Governing Law », *SacLJ*, vol. 23 (2011), p. 227 et s. ; du point de vue américain, M. WILSON, « Improving the Process: Transnational Litigation and the Application of Private Foreign Law in U.S. Courts », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 45 (2013), p. 1111 et s.

a décidé de surseoir à statuer afin qu'un recours en appréciation de validité portant sur une décision administrative d'un maire d'une commune française puisse être porté devant le tribunal administratif de Rennes en exécution de l'arrêt suisse. Le Conseil d'État français, assemblée du contentieux, a été amené à valider cette procédure et à approuver la décision du tribunal administratif de se considérer comme valablement saisi du recours en appréciation de validité. L'arrêt du Conseil d'État retient :

« qu'en l'absence de stipulation contraire de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pour les États membres de la communauté économique européenne ou de l'Association européenne de libre-échange, signée à Lugano le 16 septembre 1988 et entrée en vigueur entre la France et la Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 1992, le tribunal administratif de Rennes pouvait se prononcer sur les conclusions en appréciation de validité dont il était ainsi saisi »<sup>23</sup>.

*Mutatis mutandis*, cette affaire n'est pas si dissimilaire à celle qui vit la Haute Cour d'Angleterre statuer sur une question dont elle avait été saisie par le demandeur en exequatur devant la Cour d'appel de Singapour<sup>24</sup>.

12. Ces différents éléments de la pratique et parfois de la législation existant en droit comparé montrent que l'hypothèse de la détermination du contenu de la loi étrangère par voie de renvoi préjudiciel devant la juridiction étrangère n'est pas une hypothèse aberrante. Au contraire, c'est une hypothèse qui devient parfois réalité. Dès lors, ne pourrait-elle pas devenir un modèle viable en vue de sa généralisation ? C'est ce que nous allons soutenir.

## II. UN MODÈLE VIABLE

13. L'idée de généraliser – mais dans des cas appropriés seulement – le renvoi préjudiciel comme moyen de détermination du *véritable* contenu du droit étranger a son histoire, que nous esquisserons avant d'aborder les aspects pratiques et les critiques adressées à ce modèle.

---

<sup>23</sup> C.E., Ass., 27 octobre 2000, *Société BFG Bank Luxembourg S.A.*, n° 172350, *Rec.*, 2000, p. 471, en exécution de l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 18 février 1994, n° 242, cause C/18056/1992.

<sup>24</sup> *Supra*, n° 9.

*A. – Histoire*

14. La généralisation de ce type de renvoi préjudiciel n'est pas une idée inédite. En 1963, Edoardo Vitta la proposa à l'occasion de la présentation d'un avant-projet de convention entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la connaissance du droit étranger<sup>25</sup>. Après avoir présenté la proposition d'un groupe de travail, il ajouta à titre de commentaire personnel qu'il était possible d'aller plus loin et d'instituer un mécanisme de renvoi préjudiciel, similaire au mécanisme de renvoi préjudiciel qui venait d'être mis en place dans le fonctionnement de la Cour de justice des Communautés européennes, et qui permettrait aux juridictions de s'adresser directement à la juridiction suprême de l'État dont le droit est applicable devant le juge elles<sup>26</sup>.

En 1966, la Commission de droit international de l'Union internationale des magistrats formula une idée similaire dans une résolution :

« III. – Spécialement attentive à l'impérieuse nécessité de fournir aux juridictions nationales des moyens d'informations sûrs et adéquats sur la teneur et le sens du droit étranger, la Commission a retenu avec un intérêt tout particulier, la suggestion formulée par la délégation luxembourgeoise, d'organiser une coopération judiciaire internationale permettant aux cours et tribunaux de solliciter l'avis d'une juridiction de l'État dont le droit est appelé à être appliqué »<sup>27</sup>.

Elle se déclara toutefois « consciente des difficultés que présente la mise en œuvre d'une telle coopération » et décida de former une commission d'étude, dont les travaux ne paraissent pas avoir abouti.

Sur le plan doctrinal, l'idée de généralisation de la technique du renvoi préjudiciel dans le contexte spécifique de la Communauté européenne a été proposée par le professeur Oliver Remien dès 1992<sup>28</sup>. Depuis lors, les publications de cet auteur allemand rappellent régulièrement l'opportunité de songer au renvoi préjudiciel pour améliorer les méthodes de connaissance du droit étranger<sup>29</sup>. Cela dit, la proposition du professeur Remien, inspirée d'un haut idéalisme européen, va beaucoup plus loin que celle qui est ici défendue, puisqu'elle estime que le renvoi préjudiciel pourrait devenir, dans le cadre

---

<sup>25</sup> Cette proposition faisait vraisemblablement partie des travaux préparatoires à la Convention de Londres du 7 juin 1968 (*supra*, n° 2).

<sup>26</sup> E. VITTA, « Per una convenzione europea sulla prova del diritto straniero », *commento, Diritto internazionale*, 1963, pp. 408-409.

<sup>27</sup> Résolution de la Commission de droit international de l'Union internationale des magistrats, réunie à Salzbourg le 24 septembre 1966, *Rev. crit.*, 1967, p. 842 et s.

<sup>28</sup> « Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts », *JZ*, 1992, p. 277 et s., spéc. p. 282.

<sup>29</sup> O. REMIEN, art. cit. *supra* note 1 ; du même auteur, « Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe », in Y. NISHITANI (dir.), *op. cit. supra* note 22, p. 183 et s., spéc. pp. 219-220.

spécifique de la coopération judiciaire à l'intérieur de l'Europe, le *moyen usuel* de la détermination du contenu du droit étranger et remplacer les moyens actuellement existants.

### B. – *Domaine*

15. Le renvoi préjudiciel tel que nous l'envisageons ne remplacerait pas les moyens de droit commun de la connaissance du droit étranger. Il n'aurait vocation à être utilisé qu'à propos de la résolution de questions difficiles, dans lesquelles le juge du for serait dépourvu de toute autorité pour choisir entre les solutions possibles : cas du contrôle de constitutionnalité réservé, dans l'ordre juridique étranger, à la Cour constitutionnelle étrangère ; cas dans lequel il s'agit de prendre une décision sur la réponse à une question juridique qui est soit nouvelle dans l'ordre juridique étranger, soit y est controversée<sup>30</sup>.

L'organisation du renvoi préjudiciel peut se faire – nous l'avons vu à propos de la collaboration spontanée entre les juridictions singapourienne et anglaise, et entre les juridictions suisse et française<sup>31</sup> – de manière spontanée, sans être organisée par un accord international ou par une loi spécifique. Mais il vaut évidemment mieux que la procédure se déroule dans un cadre prédéterminé, ne fût-ce qu'afin que la question préjudicielle émanant du juge du for ne risque pas de se heurter à une fin de non-recevoir qui lui serait opposée, dans un esprit légaliste, par la juridiction étrangère qui doit y répondre. C'est en particulier dans le contexte européen que l'institution d'une procédure de renvoi préjudiciel prend tout son sens, et aussi qu'elle est la plus facile à organiser<sup>32</sup>. Elle ne remplacerait pas d'éventuels développements à venir du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale<sup>33</sup>, mais elle le compléterait par une procédure qui convient pour les cas difficiles.

### C. – *Modalités*

16. La première modalité qu'il convient de définir est celle des juridictions qui peuvent participer à la procédure de renvoi préjudiciel. Première question : le renvoi préjudiciel peut-il émaner de toutes les

---

<sup>30</sup> *Supra*, n° 3.

<sup>31</sup> *Supra*, n° 9 et 11.

<sup>32</sup> Cet aspect est souligné, à juste titre, par O. REMIEN dans ses différentes contributions citées *supra* notes 28 et 29.

<sup>33</sup> *Supra*, n° 2.



juridictions, ou seulement les juridictions d'appel, afin de limiter le nombre des renvois et le risque de surcharge du système ? Cette question doit être envisagée avec celle de la juridiction à laquelle sont adressées les questions préjudicielles.

Seconde question par conséquent : à quelle juridiction de l'État dont la loi est applicable la question préjudicielle doit-elle être adressée ? On a vu que dans les cas de recours spontané à des questions préjudicielles (dans les relations entre Singapour et l'Angleterre et entre la Suisse et la France), c'était une juridiction de première instance de l'État dont le droit était applicable qui devrait être saisie par les parties elles-mêmes, sur ordre du juge ayant procédé au renvoi. Mais lorsque la question est réellement une question difficile et nouvelle ou controversée dans l'ordre juridique de l'État étranger, une réponse émanant d'une juridiction de première instance risque d'être dépourvue de l'autorité nécessaire pour que le renvoi préjudiciel remplisse sa fonction. En vue de ce cas, il est préférable de s'inspirer du système américain de certification des questions de droit et de prévoir la saisine de la juridiction suprême de l'État dont la loi est en cause.

La saisine de la juridiction suprême par un nombre très limité de renvois préjudiciels en provenance de l'étranger ne devrait causer pas de difficultés aux Cours de cassation française ou italienne, qui rendent des milliers d'arrêts par an. Il est vrai qu'en ce qui concerne les systèmes dans lesquels la juridiction suprême est habilitée à opérer un tri parmi les recours dont elle est saisie, la question se présente autrement. Si le Royaume-Uni, dont la Cour suprême procède à une sélection sévère des cas dont elle accepte d'être saisie<sup>34</sup>, entendait participer à un système organisé de renvoi préjudiciel, on prévoirait sans doute que la juridiction à propos de questions de droit anglais est la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles – qui décide également de manière définitive de la plupart des litiges portés devant les juridictions anglaises.

17. Ce type d'entraide judiciaire est très différent, malgré la similitude superficielle entre les deux, du renvoi préjudiciel tel qu'il est organisé, selon un modèle centralisateur et hiérarchique, par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>35</sup>. Il n'y a pas de raison de faire du

---

<sup>34</sup> En 2019, la Cour suprême du Royaume-Uni n'a rendu que 60 arrêts : cf., sur le site de la Cour suprême, [www.supremecourt.uk/decided-cases/2019.html](http://www.supremecourt.uk/decided-cases/2019.html).

<sup>35</sup> « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :  
a) sur l'interprétation des traités,  
b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

recours au renvoi préjudiciel une obligation pour la juridiction dont peut émaner la question, ni de faire obligation à la juridiction à laquelle la question préjudicielle est envoyée d'y répondre. Conçue comme entraide volontaire, la procédure des renvois préjudiciels ne sera que plus facilement acceptée.

La réponse, si elle est donnée par le juge étranger, devrait normalement – du moins à notre avis<sup>36</sup> – lier le juge du for, ceci non pas pour des raisons de courtoisie entre États, mais simplement dans un but propre au fonctionnement de la justice dans l'État de la juridiction requérante : c'est après tout pour que cette juridiction puisse appliquer le droit étranger comme il s'applique réellement à l'étranger que le renvoi préjudiciel est proposé. Une exception s'appliquerait évidemment lorsque la réponse de la juridiction étrangère est contraire à l'ordre public du for, soit par son contenu, soit suite à une anomalie dans la procédure d'élaboration de la réponse.

#### D. – Critiques

18. Comme la proposition de déterminer le contenu exact de la loi étrangère applicable par le recours à un renvoi préjudiciel, opéré soit systématiquement, soit (comme nous le proposons ici) dans certains cas déterminés, n'est pas inédite, elle a déjà eu l'occasion d'être critiquée. Il n'est pas inutile de prendre connaissance de ces critiques – que l'on se laisse ébranler par elles ou non dépendra de chacun.

En réponse à la proposition d'Edoardo Vitta de 1963<sup>37</sup>, Gerhard Kegel, convaincu de la supériorité du système allemand fondée sur la consultation d'instituts universitaires nationaux spécialisés en droit comparé, fait valoir le risque de malentendus : si le juge du for, insuffisamment averti des difficultés particulières d'un exercice de droit comparé, pose les questions d'une manière qui correspond à la manière de voir et à l'arrière-plan de la loi du for, il est possible que la juridiction appelée à répondre le comprenne mal, puisqu'elle approchera la question à partir de l'arrière-plan différent de la loi étrangère.

---

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

<sup>36</sup> *Contra*, O. REMIEN, art. cit. *supra* note 1, p. 629 : selon l'auteur il serait inopportun de considérer le juge ayant procédé au renvoi comme lié par la réponse qui lui est donnée par la juridiction étrangère (qui, il est vrai, peut être dans le système d'Oliver Remien une juridiction étrangère de première instance, lorsque la question préjudicielle est elle-même posée par une juridiction nationale de première instance) ; des malentendus seraient toujours possibles.

<sup>37</sup> *Supra* n° 14.

Selon Kegel, l'aide à la connaissance du droit étranger est comme la mission d'un guide touristique : il est plus simple que le guide touristique soit allemand si le touriste est allemand<sup>38</sup>. Par ailleurs l'idée de voir « la Cour de cassation française saisie par des tribunaux d'instance allemands » serait « inquiétante »<sup>39</sup>.

Dans son cours à l'Académie de droit international consacré à la connaissance du droit étranger, Maarit Jänterä-Jareborg critique certains autres aspects de la proposition de renvoi préjudiciel<sup>40</sup>. Elle estime que le renvoi préjudiciel est trop lourd (spécialement pour la résolution des questions de droit complexes pour lesquelles le renvoi préjudiciel est envisageable) pour les juridictions devant lequel le renvoi est opéré, alors que ces juridictions ne sont pas saisies du principal. Paradoxalement compte tenu de cette sollicitude pour le système juridictionnel étranger, elle propose en définitive de transférer ces procès dans leur intégralité aux juridictions mêmes de l'État étranger pour y être tranchée. Elle est consciente du fait que sa proposition revient à une idée de transfert pour *forum non conveniens*, incompatible avec les règles européennes de compétence.

Dans une contribution pourtant consacrée au problème spécifique de la différence entre connaissance des solutions constantes du droit étranger et développement de solutions nouvelles, Nils Jansen et Ralf Michaels estiment qu'en définitive, la valeur ajoutée d'une saisine d'une juridiction suprême étrangère par renvoi préjudiciel serait limitée par rapport à l'application sérieuse des principes du droit étranger par le juge du for (allemand) ; après tout il ne serait jamais certain que l'ordre public du juge ayant opéré le renvoi n'empêche pas la solution étrangère d'être appliquée. Et le modèle du renvoi préjudiciel serait disproportionné en termes de difficultés et de délais, par rapport à ce qu'il apporte en termes de plus grande sécurité dans la mise en œuvre du droit étranger<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> G. KEGEL, « Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts », *Festschrift Hans Carl Nipperdey*, Munich, C.H. Beck, 1965, vol. I, p. 453 et s., spéc. pp. 467-468. La contribution de Kegel souligne également, non sans prescience, les risques et inconvénients d'un système d'entraide administrativo-judiciaire comme celui de la (future) Convention de Londres de 1968 (pp. 468-470).

<sup>39</sup> Pp. 467-468.

<sup>40</sup> M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Foreign Law in National Courts – A Comparative Perspective », *Recueil des cours*, t. 304, 2003, spéc. p. 322. Sa critique est dirigée, plus précisément, contre les propositions du professeur Oliver Remien (cf. *supra*, n° 14).

<sup>41</sup> N. JANSEN et R. MICHAELS, art. cit *supra* note 9, spéc. p. 51.

## CONCLUSION

19. L'idée de se remettre, lorsqu'il s'agit de dégager la véritable solution de questions de droit nouvelles ou controversées, aux juges de l'État dont provient la loi applicable devant le juge du for est, quoi qu'on en ait pu dire, la seule manière de s'assurer de la justesse de la réponse.

Même le juge du for le plus consciencieux (et le plus savant – dans son propre droit) ne peut, s'il doit procéder lui-même à la détermination de la réponse à ces questions, que se livrer à des jugements de probabilité, des « spéculations » comme on l'a dit aux États-Unis d'Amérique<sup>42</sup>. Il vaut mieux essayer d'organiser, par exemple dans le cadre européen, une autre méthode, celle du renvoi préjudiciel aux seules juridictions qui peuvent réellement décider de l'élaboration des solutions nouvelles, ou du choix entre les différentes solutions qui ont été proposées dans leur propre ordre juridique. En procédant par renvoi préjudiciel, le juge du for respecte dans son intégrité, y compris institutionnelle, le rôle normatif qui peut revenir à la jurisprudence étrangère.

---

<sup>42</sup> V. l'extrait de l'exposé des motifs de la *Uniform Certification of Questions of Law [Act] [Rule]* (1995), Prefatory Note, p. 1, citée *supra*, texte accompagnant la note 15.