AFFAIRES GÉNÉRALES ET POLITIQUE
GENERAL AFFAIRS AND POLICY

Doc. prél. No 21 A
Prel. Doc. No 21 A

mars / March 2007

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

ÉTUDE DE FAISABILITÉ SUR L'ADMINISTRATION DU DROIT ÉTRANGER
RAPPORT SUR LA RÉUNION DU 23-24 FÉVRIER 2007

préparé par le Bureau Permanent

* * *

FEASIBILITY STUDY ON THE TREATMENT OF FOREIGN LAW
REPORT ON THE MEETING OF 23-24 FEBRUARY 2007

prepared by the Permanent Bureau

Document préliminaire No 21 A de mars 2007
à l'intention du Conseil d'avril 2007
sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Preliminary Document No 21 A of March 2007
for the attention of the Council of April 2007
on General Affairs and Policy of the Conference

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (70) 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (70) 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http://www.hcch.net

ÉTUDE DE FAISABILITÉ SUR L'ADMINISTRATION DU DROIT ÉTRANGER
RAPPORT SUR LA RÉUNION DU 23-24 FÉVRIER 2007

préparé par le Bureau Permanent

* * *

FEASIBILITY STUDY ON THE TREATMENT OF FOREIGN LAW
REPORT ON THE MEETING OF 23-24 FEBRUARY 2007

prepared by the Permanent Bureau

INTRODUCTION

En avril 2006, la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé (la « Conférence de La Haye ») a invité le Bureau Permanent à préparer une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un nouvel instrument portant sur la coopération transfrontière en matière d'administration du droit étranger. Le Bureau Permanent a jugé que le meilleur moyen d'évaluer si un tel instrument était nécessaire consistait à organiser une réunion d'experts dans ce domaine et ayant une perspective de droit commercial ou de droit de la famille. Une liste des experts, regroupant des magistrats, praticiens et universitaires, ayant participé à la réunion, qui s'est déroulée au Bureau Permanent les 23 et 24 février, est jointe en annexe[1].

Afin de préparer la réunion des experts, le Bureau Permanent a rédigé un document d'analyse succinct, qui est également joint en annexe[2]. Le document a fourni aux experts un très bref résumé de droit comparé portant sur le droit national et les mécanismes internationaux multilatéraux existants[3] traitant de l'administration du droit étranger, ainsi que des propositions de pistes de discussion pour d'éventuels travaux futurs dans ce domaine. Le présent rapport a pour objet de résumer les principales conclusions de la réunion et de proposer une direction pour l'avenir. Même si en guise de conclusion générale de la réunion des experts, on peut dire qu'il est clairement nécessaire de faciliter l'accès au droit étranger, des travaux supplémentaires doivent être conduits afin de déterminer si l'élaboration d'un instrument efficace et utile est possible sous les auspices de la Conférence de La Haye. Le présent rapport ne doit donc pas être considéré comme une étude de faisabilité définitive, mais plutôt comme une description intermédiaire de l'état actuel des discussions et des moyens possibles d'avancer.

DISCUSSIONS LORS DE LA RÉUNION

Lors de la réunion, des tableaux résumant le statut et l'accès au droit étranger dans un échantillon de ressorts ont été fournis aux experts. Ces tableaux, qui accompagnaient le document d'analyse succinct[4], ont fait apparaître une image étonnamment disparate et changeante de l'administration du droit étranger, marquée par de subtiles nuances entre les ressorts. Les experts, après analyse de ces tableaux et sur le fondement de leurs discussions, ont conclu qu'il n'y a pas lieu de tenter d'harmoniser de manière exhaustive les différentes démarches à l'égard de l'administration du droit étranger, une telle harmonisation n'étant ni nécessaire ni susceptible de réussite. Plusieurs experts ont reconnu cependant la nécessité d'élaborer un instrument qui améliore efficacement l'accès au droit étranger et tienne compte des différentes démarches adoptées par les systèmes de droit dans cette matière, tout en s'intégrant à leur cadre procédural. Les experts ont indiqué que selon leur pratique, il existe un besoin d'obtenir des renseignements sur le droit étranger principalement dans les domaines du droit de la famille, du droit des successions, et du droit commercial. Ils ont été d'avis qu'il n'y avait pas de raisons convaincantes d'exclure, au stade actuel, un quelconque domaine du droit civil, commercial et procédural.

---

[1] Voir Annexe 1.

[2] Voir Annexe 2.

[3] Par exemple la *Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger* (« *Convention de Londres* ») ; la *Convention interaméricaine du 8 mai 1979 sur la preuve du droit étranger et les renseignements sur ce droit* (« *Convention de Montevideo* ») ; la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (art. 1) ; la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (art. 14) ; la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution, et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (art. 35) ; et la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (art. 29).

[4] Voir Document préliminaire No 21B de mars 2007, « tableaux résumant le statut et l'accès au droit étranger dans un échantillon de ressorts », préparé par le Bureau Permanent avec l'assistance d'experts, dont certains ont participé à la réunion des experts des 23 et 24 février, à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Ce document est disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales ».

Au cours de la réunion, quatre différents modèles, détaillés dans le document d'analyse succinct, ont été examinés[5]. Chacun des quatre modèles a été élaboré en réponse à des scénarios et besoins spécifiques. Néanmoins, chacun pourrait être combiné avec d'autres modèles, car ils ne sont en rien incompatibles. Le premier modèle - le plus informel - propose la création de fiches d'information et de profils de pays. Le deuxième modèle, moins informel, propose la création d'un réseau d'experts et d'instituts spécialisés. Le troisième modèle envisage l'établissement de communications judiciaires directes dans le cadre d'un réseau judiciaire. Enfin, le dernier modèle propose une révision des mécanismes de coopération des Conventions de Londres et de Montevideo.

LE MODÈLE DES FICHES D'INFORMATION ET DES PROFILS DE PAYS

Dans le cadre du modèle des fiches d'information et des profils de pays, des renseignements non contraignants sur le droit étranger pourraient être rendus accessibles au public gratuitement. Le modèle apporterait aux personnes disposant de ressources faibles ou nulles une source économique de renseignements sur le droit étranger. Toutefois, du fait de divergences entre États dans l'accès au droit étranger, les désavantages du modèle peuvent comprendre des variations dans la qualité des renseignements disponibles. L'entretien et la mise à jour de fiches d'information et de profils de pays exigent un effort soutenu en termes de ressources de la part des États. Si certains experts ont souligné les faiblesses potentielles de ce modèle, ainsi que les défis qu'implique sa mise en œuvre, d'autres ont soutenu le modèle qui permettrait de fournir des renseignements élémentaires sur la teneur du droit étranger. Au cours de la discussion, certains experts ont indiqué que certains États fournissent déjà des renseignements relatifs à leur propre droit aux immigrants et autres personnes se déplaçant dans leurs États ou régions. Les États membres représentés au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye sont probablement les mieux placés pour déterminer si certains domaines du droit pourraient être administrés à l'avenir au moyen de fiches d'information ou autres profils de pays[6], car ils reçoivent régulièrement des demandes d'information portant sur le droit de leur État.

LE MODÈLE DU RÉSEAU D'EXPERTS ET D'INSTITUTS SPÉCIALISÉS

Une large majorité d'experts s'est prononcée en faveur du modèle du réseau d'experts et d'instituts spécialisés. Dans le cadre de ce modèle, des formulaires types pourraient être utilisés afin de bien adapter les demandes aux experts et instituts spécialisés, lesquels seraient soit référencés sur site Internet pour consultation directe aux frais de l'utilisateur, soit établis dans le cadre d'une structure administrative, éventuellement adossée à un système de transmission transfrontière par l'intermédiaire d'autorités administratives semblable à celui de la Convention de Londres, et financée par les États contractants. La plupart des experts ont reconnu les avantages de ce modèle, tenant notamment à la fiabilité que l'on pourrait attendre de renseignements provenant d'instituts spécialisés. Il serait nécessaire de prendre en considération le coût de ce modèle lorsqu'il est financé par les États.

---

[5] Voir Annexe 2, Document d'analyse succinct, paragraphes 54 à 65.

[6] Cela pourrait comprendre le droit des successions ou la médiation familiale transfrontière. A cet égard, voir le Document préliminaire No 20 de mars 2007, « Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale », rédigé par le Bureau Permanent, disponible à l'adresse < www.hcch.net >, *supra* note 4. Les profils de pays sont actuellement en cours d'élaboration dans le cadre de la Conférence de La Haye pour la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants,* la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, et la future Convention de La Haye sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille.

LE MODÈLE DES COMMUNICATIONS DIRECTES ENTRE AUTORITÉS JUDICIAIRES

Le modèle des communications directes entre autorités judiciaires a reçu un soutien moindre de la part des experts lors de la réunion. Les communications directes entre autorités judiciaires ont été utilisées dans le contexte des questions d'insolvabilité transfrontière et dans le cadre de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Des questions se posent quant à savoir si des magistrats peuvent fournir des renseignements dans des matières autres que logistiques ou de gestion des dossiers, et si les avis fournis par des magistrats sont contraignants ou non. Une majorité d'experts sont réticents à recommander le modèle des communications directes entre autorités judiciaires dans le contexte de l'administration du droit étranger. Quelques experts se sont inquiétés du fait que le modèle pourrait affecter le droit procédural interne et entraîner une responsabilité des juges. D'autres ont souligné le fait que des magistrats pourraient être réticents à fournir des renseignements à d'autres magistrats, y compris une consultation portant sur leur propre droit.

RÉVISION DES MÉCANISMES DE COOPÉRATION DES CONVENTIONS DE LONDRES ET DE MONTEVIDEO

Le dernier modèle, proposant une révision des mécanismes de coopération des Conventions de Londres et de Montevideo, a reçu un accueil mitigé. Les experts ont pris conscience de ce que toute révision formelle de la Convention de Londres serait limitée aux États membres du Conseil de l'Europe et autres États parties à la Convention. Les experts ont également fait remarquer qu'une réécriture, une extension ou un ajout à la Convention de Londres, que la plupart ont jugé être d'une utilité limitée du fait d'un manque de publicité et d'un suivi efficace pour améliorer son fonctionnement global, seraient vains. Le modèle envisageait plutôt un nouvel instrument, établi dans un cadre mondial, tenant compte des manques et tirant parti des atouts d'autres mécanismes de coopération. Les experts ont considéré, dans leur ensemble, qu'un mécanisme entièrement nouveau, facilitant l'accès au droit étranger et établi sous les auspices de la Conférence de La Haye, serait préférable à toute révision des Conventions de Londres et de Montevideo.

Certains experts ont émis des doutes quant à la valeur ajoutée d'un tel instrument, surtout si un nouvel instrument devait accorder la même valeur probante que la Convention de Londres aux renseignements sur le droit étranger (c'est-à-dire un compte rendu du droit étranger) présentés par un expert. Une réponse à une demande dans le cadre de la Convention de Londres fournit à l'autorité judiciaire requérante des renseignements fiables, objectifs, impartiaux et non contraignants sur le droit de l'État requis. Certains experts ont toutefois recommandé d'accorder plus de poids aux renseignements fournis par l'État requis, et proposé la possibilité que de tels renseignements bénéficient soit d'une plus forte valeur probante soit d'une présomption de validité dans l'État requis. Une majorité d'experts craint toutefois que cela ait pour effet de contraindre, dans certains cas, les juges à accepter ces renseignements comme établissant la véracité de leur contenu, ce qui risquerait de constituer une ingérence dans le pouvoir souverain d'appréciation des juges.

MODÈLE PROPOSÉ À LA SUITE DES DISCUSSIONS

De la discussion, les experts ont conclu que chacun des modèles proposés, et surtout les deux premiers modèles, pris isolément, ne semblait pas apporter une valeur ajoutée suffisante au système actuel de détermination du droit étranger. Il a été toutefois possible d'énumérer un certain nombre de pierres angulaires importantes, essentielles à un nouveau modèle ou instrument pour l'administration du droit étranger :

(1) la rapidité, notamment dans les réponses aux demandes de renseignements sur le droit étranger ;

(2) la souplesse, notamment en ce qui concerne les canaux par lesquels l'information sur le droit étranger peut être recherchée et les circonstances dans lesquelles la nécessité de demandes complémentaires survient ;

(3) la fiabilité des renseignements sur le droit étranger, qui devraient être non contraignants et impartiaux, et devraient consister en une description objective (et générale) de l'état du droit de l'État étranger afin d'éviter une ingérence dans le pouvoir d'appréciation des juges ;

(4) le caractère général, permettant l'accès à divers domaines du droit étranger ;

(5) le caractère économique et l'accessibilité pour les personnes disposant de ressources faibles ou inexistantes ; et

(6) la prise en considération des opportunités offertes par les avancées des technologies de l'information.

Au vu de ces pierres angulaires, le Bureau Permanent a présenté un modèle mixte, combinant le modèle du réseau d'experts et d'instituts spécialisés avec le modèle proposant une révision des mécanismes de coopération des Conventions de Londres et de Montevideo. Ce modèle mixte présente des alternatives : une demande de renseignements portant sur le droit étranger pourrait être adressée directement ou indirectement, par l'intermédiaire d'une autorité de l'État requis, à un institut spécialisé, un expert privé, un cabinet de juristes ou une autorité centrale de l'État requis. Cette autorité centrale pourrait alors répondre elle-même à la demande de renseignements ou déléguer la fonction de réponse à un autre expert (organisme), institut spécialisé, expert privé, ou cabinet de juristes. Le modèle proposé envisage un accroissement du nombre d'instituts spécialisés, qui pourrait survenir avec ou sans mise en place d'un nouvel instrument pour la coopération transfrontière.

Les experts ont été invités à débattre du modèle mixte proposé. La question de savoir s'il est ou non nécessaire de réserver la possibilité de présenter une demande aux magistrats a également été examinée. Une attention particulière a été portée au risque de réponses contradictoires lorsque les demandes émanent des parties plutôt que d'une autorité judiciaire. Il a également été mentionné que les notaires, dans les pays de tradition civiliste, en leur qualité d'officiers ministériels, pourraient également être considérés comme des autorités requérantes.

Les experts ont également débattu de la création d'un réseau d'organismes agréés habilités à répondre aux demandes. Quelques experts ont observé que peu d'États disposant d'instituts spécialisés dans la fourniture de renseignements sur le droit étranger, la création d'autres instituts de ce type pourrait s'ensuivre. En substance, l'agrément de ces instituts spécialisés, experts privés et cabinets de juristes fournirait un mécanisme permettant d'évaluer leur qualité et de la stimuler en favorisant par une concurrence entre instituts agréés, une émulation certaine intellectuelle. L'organisme chargé de l'agrément pourrait également fournir aux usagers des renseignements concernant les prestations, ressources disponibles, ainsi que le nombre d'affaires et d'États traités par chacun des organismes agréés.

Plusieurs experts ont mis en cause la manière dont l'agrément des instituts spécialisés, experts privés et cabinets de juristes pourrait être géré, ainsi que les critères d'agrément. Aucune conclusion ne s'est dégagée quant à savoir si une autorité nationale, ou éventuellement une autorité internationale, pourrait délivrer l'agrément, et si elle serait compétente pour agréer tous les instituts spécialisés, experts privés et cabinets de juristes. Quelques experts ont exprimé un avis selon lequel l'agrément délivré par une autorité internationale pourrait ne pas être aussi crédible qu'un agrément national. D'autres par

contre ont noté la possibilité que des autorités nationales soient réticentes à refuser l'agrément, mettant ainsi en péril les normes d'agrément et soulevant donc des doutes quant à la fiabilité des renseignements sur le droit étranger.

CONCLUSION

Les experts ont conclu qu'il existe clairement un besoin de faciliter l'accès au droit étranger. À l'issue de la réunion, les experts se sont prononcés en faveur de la poursuite des travaux du Bureau Permanent dans ce domaine. De fait, la plupart des experts ont remarqué que le modèle mixte proposé par le Bureau Permanent constituait un point de départ pour des travaux futurs. Il a été suggéré qu'une étude scientifique plus développée soit menée afin de déterminer si un nouvel instrument de coopération transfrontière dans ce domaine est réalisable ou non. Dans le cadre de cette étude scientifique, un questionnaire pourrait être adressé aux États membres de la Conférence de La Haye et pourrait comprendre, par exemple, les questions suivantes :

(1) Veuillez indiquer, si possible, le pourcentage approximatif d'affaires civiles et commerciales impliquant des questions de droit étranger portées devant les tribunaux de votre État au cours de l'année écoulée.

(2) Décrivez les mécanismes dont disposent les magistrats de votre État pour déterminer la teneur du droit étranger.

(3) Votre État est-il partie à des traités bilatéraux ou multilatéraux facilitant l'accès au droit étranger ? Dans l'affirmative, veuillez indiquer la fréquence avec laquelle les magistrats du siège de votre État utilisent ces traités bilatéraux et multilatéraux pour déterminer la teneur du droit étranger, et motiver votre réponse.

(4) Existe-t-il dans votre État des règles de procédure qui interdiraient à un magistrat du siège de recourir à un expert impartial pour déterminer le droit étranger pertinent lorsqu'il est applicable ou soulevé dans une instance devant ce magistrat ?

(5) Étant donné l'état actuel du droit dans votre État, un magistrat du siège peut-il rechercher directement des renseignements sur le droit étranger auprès d'un institut spécialisé, un expert privé, une université ou un cabinet de juristes de votre État ou d'un autre État, afin de déterminer la teneur du droit étranger applicable ou soulevé dans une instance devant ce magistrat ?

(6) Dans l'affirmative, veuillez expliquer la manière dont un magistrat du siège pourrait avoir connaissance de l'existence des services de ces instituts spécialisés, experts privés, universités ou cabinets de juristes.

(7) Dans l'affirmative, veuillez indiquer comment les questions de coûts de ces services sont traitées et réglées.

(8) Dans le cas contraire, existe-t-il un organisme administratif dans votre État par l'intermédiaire duquel un magistrat du siège peut demander des renseignements en matière de droit étranger ?

(9) Dans l'affirmative, cet organisme administratif est-il suffisamment qualifié et compétent pour répondre aux demandes de renseignements concernant des questions de droit élémentaires en vertu d'un droit étranger ?

(10) Cet organisme administratif est-il suffisamment qualifié et compétent pour répondre aux demandes de renseignements concernant des questions de droit complexes en vertu d'un droit étranger ?

(11) Les lois de certains États spécifiques sont-elles fréquemment appliquées ou invoquées dans votre État ?

(12) Dans l'affirmative, existe-t-il dans votre État un organisme officiel de traduction pouvant fournir des traductions officielles de dispositions étrangères provenant de ces États dans la langue officielle de votre État ?

(13) Pour quels domaines du droit, dans les situations transfrontières, le public recherche-t-il le plus fréquemment des renseignements ?

(14) Si des fiches d'information ou de profils de pays devaient être élaborées, veuillez indiquer des domaines du droit civil, commercial et/ou procédural pour lesquels elles devraient être mises à disposition.

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye recommande au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye la poursuite de l'étude de faisabilité sur l'élaboration d'un nouvel instrument de coopération transfrontière concernant l'administration du droit étranger. Le Bureau Permanent propose, sous réserve des moyens disponibles, la poursuite de l'étude de faisabilité jusqu'en novembre 2007 ou jusqu'à la réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye en 2008.

A N N E X E S

Réunion d'experts sur le droit étranger
(23-24 février 2007)

Liste définitive des participants

Mr Paul R. Beaumont, Professor – University of Aberdeen, School of Law, United Kingdom

Mr Gilberto Boutin I., Practising Attorney; Professor – Universidad de Panama, Panama

M. Domenico Damascelli, Notaire – UINL, Bari, Italie

Mr Eberhard Desch, Ministry of Justice, Berlin; Curator – Advisory Board, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, Germany

Ms Talia Einhorn, Senior Research Fellow – T.M.C. Asser Institute (The Hague) and Professor – Tel Aviv University, Israel

M. Benoît Emery, Juge – Cour supérieure du Québec, Montréal, Québec, Canada

Mr Richard G. Fentiman, Professor – University of Cambridge, Queen's College, Cambridge, United Kingdom

Mr Francisco J. Garcimartin Alférez, Professor – Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, Spain

Mrs Yujun Guo, Professor of Law – Wuhan University, Hubei, China

Mr Miloš Hatapka, Directorate-General – Justice, Freedom and Security, European Commission, Brussels, Belgium

Mr Geoffrey C. Hazard, Professor – University of California, Hastings College of the Law, United States of America

Mr John G. Koeltl, Judge – US District Court of New York, United States of America

Mr Herbert Kronke, Secretary General – UNIDROIT; Professor – Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Germany

M. Pierre Mayer, Professeur – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, France

Mr J. David McClean, Emeritus Professor – University of Sheffield, School of Law, Sheffield, United Kingdom

Mr Gustaf Möller, Judge – Supreme Court of Finland, Helsinki, Finland

Mme Françoise Monéger, Conseiller à la première chambre civile de la Cour de Cassation, Paris, France

Mr Ved P. Nanda, Professor – College of Law, University of Denver, United States of America

Ms Yuko Nishitani, Associate Professor – Tohoku University, Sendai, Japan

Mme Jocelyne Palenne, Rédactrice au Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale, à la direction des affaires civiles et du sceau, Ministère de la Justice, Paris, France

Mme Eleanor Ritaine, Directeur – Institut Suisse de droit comparé, Lausanne, Suisse

Mr David Steel, Judge – Admiralty and Commercial Court, Royal Courts of Justice, London, United Kingdom

Mr A.L.G.A. Stille, Professor – University of Amsterdam; Vice-President, Court of Appeals of The Hague; Director – International Juridical Institute, The Hague, Netherlands

Mr A.V.M. Struycken, Professor Emeritus – University of Nijmegen; President of the Netherlands Standing Government Committee on Private International Law, Heilig Landstichting, Netherlands

Mr Koji Takahashi, Associate Professor – Doshisha University, Kyoto, Japan

Mr Clemens Trautmann, Scientific Collaborator – Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany

Mr Peter D. Trooboff, Partner – Covington & Burling LLP, Washington, DC, United States of America

Ms María Elsa Uzal, Professor – University of Buenos Aires; Magistrate – Buenos Aires Commercial Court of Appeals, Argentina

M. Jean-Luc Vallens, Magistrat, Professeur – Université Robert Schuman, Colmar, France

M. George Yates, Partenaire – Orrick, Paris, France

Bureau Permanent – Conférence de La Haye de droit international privé
Hans van Loon, Secrétaire général
William Duncan, Secrétaire général adjoint
Christophe Bernasconi, Premier secrétaire
Philippe Lortie, Premier secrétaire
Andrea Schulz, Premier secrétaire
Frederike Stikkelbroeck, Executive Assistant to the Secretary General
Shaheeza Lalani, Assistant Legal Officer-Intern
Barbara Liegel, Assistant Legal Officer-Intern

L'ADMINISTRATION DU DROIT ÉTRANGER
DOCUMENT D'ANALYSE SUCCINCT

préparé par le Bureau Permanent

* * *

THE TREATMENT OF FOREIGN LAW
SUCCINT ANALYSIS DOCUMENT

prepared by the Permanent Bureau

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 3

I. *DE LEGE LATA* – LA SITUATION ACTUELLE 3

A. Description du statut du droit étranger et de l'accès à celui-ci dans un échantillon de ressorts 4

B. Description des instruments existants aux niveaux international ou régional 7

1. Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger (la « Convention de Londres »)..... 7
2. Convention Interaméricaine du 8 mai 1979 sur la preuve du droit étranger et les renseignements sur ce droit (la « Convention de Montevideo »)..... 8
3. Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (2001/470/CE) (le « Réseau judiciaire européen »)..... 8
   a. Membres du Réseau judiciaire européen..... 8
   b. Partage de renseignements entre les membres du réseau..... 9
   c. Renseignements publics – Fiches d'information 9
4. Convention de Minsk du 22 janvier 1993 relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale (la « Convention de Minsk »)..... 9
5. Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (la « Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves ») 9
6. Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (la « Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants ») 10
   a. Article 14..... 10
   b. Communications judiciaires directes 10
   c. Profil des pays..... 11
7. Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (la « Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants »)..... 12
   a. Article 35..... 12
   b. Coopération judiciaire – articles 8-9..... 12
8. Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention de La Haye de 2000 sur les adultes ») 12
9. Loi type CNUDCI du 30 mai 1997 sur l'insolvabilité internationale 13
10. Résolution législative du Parlement européen du 18 janvier 2007 relative à la position commune adoptée par le Conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») (9751/7/2006 – C6-0317/2006 – 2003/0168(COD))..... 13

II. *DE LEGE FERANDA* – QUE POURRAIT-ON FAIRE SOUS LES AUSPICES DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE ? 14

A. Distinguer les scénarios précontentieux et contentieux ?..... 14

B. Modèles possibles..... 16

1. Création de fiches d'information et de profils de pays..... 16
2. Création d'un réseau d'experts et d'instituts spécialisés..... 17
3. Établissement de communications judiciaires directes (réseau judiciaire) 17
4. Révision des mécanismes coopératifs des Conventions de Londres et de Montevideo – élargir leur portée géographique..... 17

INTRODUCTION[1]

1. En avril 2006, ce qui était alors la Commission spéciale (désormais le Conseil) sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) a décidé « d'inviter le Bureau Permanent à préparer une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un nouvel instrument de coopération transfrontière concernant la gestion du droit étranger »[2], et donc recueillir des renseignements concernant tant la teneur que le statut du droit étranger.

2. Dans sa préparation de cette étude de faisabilité, le Bureau Permanent organise une réunion d'experts qui se tiendra les 23 et 24 février 2007 au Bureau Permanent à La Haye. Cette réunion rassemblera des magistrats, praticiens et universitaires particulièrement qualifiés dans le domaine concerné et possédant une optique de droit commercial (par ex., opérations commerciales internationales ou insolvabilité transfrontière) ou de droit de la famille.

3. Le présent document a pour objet d'aider la réunion d'experts en fournissant (I) une très brève synthèse en droit comparé de l'administration du droit étranger et (II) quelques pistes de discussion au sujet d'éventuels travaux futurs dans ce domaine. Lors de sa séance du 2 au 4 avril 2007, le Conseil sur les affaires générales et la politique de l'Organisation pourra décider (la décision pourra également être prise par la XXIème Session) quels travaux, le cas échéant, le Bureau Permanent entreprendra dans ce domaine. Le Bureau Permanent entend présenter le présent document au Conseil, accompagné d'un bref rapport au sujet de la réunion d'experts.

I. *DE LEGE LATA* – LA SITUATION ACTUELLE

4. Avec un nombre croissant d'affaires impliquant des éléments étrangers et une plus grande facilité des déplacements transfrontaliers et des communications mondiales, il y a un besoin toujours plus grand d'instruments permettant une coopération internationale juridique et judiciaire efficace. Une gestion efficace des affaires transfrontières suppose que des moyens fiables sont en place qui permettent de rechercher des renseignements relatifs à la teneur du droit étranger lors des phases précontentieuses (par ex., afin de choisir la loi applicable à un contrat ou d'évaluer la licéité d'une opération envisagée), et contentieuses.

5. Tout particulièrement dans le cadre du contentieux, « l'administration » du droit étranger soulève une série de questions délicates. Les règles de conflit de lois du for sont-elles obligatoires ou non ? Quelle est la meilleure manière de déterminer le contenu du droit étranger lorsqu'il est applicable, qui, du juge ou des parties, doit le déterminer et quel en est le coût ? En cause d'appel, l'application du droit étranger peut-elle être réexaminée, et si c'est le cas, dans quelles circonstances ?

6. Les tableaux synthétiques apportent des réponses succinctes à ces questions pour un échantillon de ressorts relevant de traditions de droit civil et de *common law*. Ils traduisent une situation étonnamment diverse et changeante, comportant de nombreuses nuances subtiles.

---

[1] Le Bureau Permanent souhaite remercier Shaheeza Lalani (Canada), Assistante collaboratrice juridique, stagiaire au Bureau Permanent d'octobre 2006 à avril 2007, et Carole Chan (Canada), ancienne Assistante collaboratrice juridique et stagiaire au Bureau Permanent de septembre 2005 à juin 2006, pour leur assistance à la recherche dans le cadre de ce projet.

[2] Voir les « Conclusions de la Commission spéciale tenue du 3-5 avril 2006 sur les affaires générales et la politique de la Conférence » établies par le Bureau Permanent, juin 2006, disponibles sur le site de la Conférence de La Haye à l'adresse < www.hcch.net > sous les rubriques « Travaux en cours » et « Affaires générales ».

A. Description du statut du droit étranger et de l'accès à celui-ci dans un échantillon de ressorts[3]

7. Dans son article de 1978 intitulé « *Foreign Law before Domestic Tribunals* », George T. Yates a distingué trois approches du problème de la détermination du droit étranger devant les juridictions nationales : l'approche passive ou « de fait », l'approche active ou « de droit », et l'approche intermédiaire ou « discrétionnaire »[4]. Dans les États qui adoptent cette dernière approche, les juridictions ont la faculté, mais pas l'obligation, de soulever les questions de droit étranger et de s'assurer de la teneur du droit étranger, et ce d'office[5].

8. L'approche passive fait référence à la passivité du juge lorsque le droit étranger est invoqué par une partie à un litige. Les États adoptant l'approche passive traitent couramment le droit étranger comme une question de fait plutôt que de droit, et imposent au plaideur invoquant le droit étranger de prouver également la teneur du droit étranger, une tâche souvent difficile et coûteuse[6]. Le fait que le droit étranger soit considéré comme un élément de fait plutôt que de droit implique théoriquement que le droit étranger échappe au champ d'application de l'admission d'office[7], et les constatations lors de l'instance ne pourront être infirmées en appel que si elles sont dépourvues de preuve suffisante ou manifestement erronées[8].

9. Contrastant fortement avec l'approche de fait, l'approche active fait référence au rôle actif du juge dans l'administration du droit étranger. Dans les États adoptant cette approche, le droit étranger est traité comme une question de droit, entraînant souvent une réduction des difficultés techniques et règles restrictives d'administration de la preuve limitant la recevabilité du droit étranger. Les États adoptant cette approche contraignent souvent les tribunaux à invoquer le droit étranger d'office, et imposent aux tribunaux de s'assurer du droit étranger pertinent dans toute la mesure possible[9]. À cet égard, les tribunaux peuvent se fonder sur diverses ressources, telles que des experts en droit étranger indépendants. En outre, du moins en théorie, moins de restrictions limitent le contrôle de l'application du droit étranger dans les États adoptant l'approche active[10].

---

[3] Cette section est limitée à une étude de l'administration du droit étranger dans les pays suivants : Argentine, Canada, Chine, Egypte, Finlande, France, Allemagne, Inde, Israël, Japon, Mexique, Pays-Bas, Panama, Espagne, Suède, Suisse, Royaume-Uni et Etats-Unis d' Amérique.

[4] G.T. Yates, « *Foreign Law before Domestic Tribunals* » (1978) 18 Va. *J. Int'l. L*. 725.

[5] *Ibid.*, 729.

[6] Selon l'étude de Yates de 1978, il a été constaté que parmi les États examinés, l'Argentine, la Chine, l'Inde, le Mexique, l'Espagne et le Royaume-Uni adoptaient l'approche passive. Toutefois, depuis l'étude de Yates, la situation a évolué pour certains États. Par exemple, l'Argentine et le Mexique semblent tendre vers une approche plus active. Selon J-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3e éd. (Toronto et Vancouver - Butterworths, 1994), 147, le Canada adopte généralement « l'approche de fait » et depuis l'entrée en vigueur de la réforme du Code civil du Québec en 1994, cette province applique un régime mixte composé d'une approche passive et quelque peu active. Enfin, selon T. Einhorn, « *Proof of Foreign Law in Israeli Courts - Getting the facts and fallacies straight* », in T. Einhorn & K. Siehr, éd., *International Cooperation through Private International Law - Essays in Memory of Peter E. Nygh* (La Haye, T.M.C. Asser Press, 2004), 109, Israël applique également l'approche « factuelle ».

[7] Exceptionnellement, les tribunaux de ces États pourront admettre d'office le droit étranger lorsqu'il est notoire, lorsque des constatations antérieures concernant le droit étranger sont réputées contraignantes, lorsqu'une loi accorde la reconnaissance d'office à des lois étrangères particulières, ou lorsqu'il est possible d'établir le droit étranger par la seule lecture d'éléments de droit étranger. Les États permettant aux tribunaux d'admettre d'office le droit étranger sont notamment l'Argentine, l'Inde et le Royaume-Uni.

[8] En pratique, le contrôle de l'application du droit étranger est admissible en dépit du statut de fait du droit étranger en Argentine, au Canada, en Chine, en Inde, en Espagne, au Royaume-Uni et aux États-Unis. En Israël, l'application du droit étranger n'est pas contrôlée par la juridiction d'appel. Si la juridiction d'appel n'est pas satisfaite de la détermination du droit étranger, elle peut renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui donnant instruction de réexaminer l'affaire sur la base d'éléments de preuve supplémentaires.

[9] Selon l'étude de Yates en 1978, il a été constaté que parmi les États étudiés, l'Egypte, la Finlande, l'Allemagne, le Japon, les Pays-Bas, la Suède et la Suisse adoptaient l'approche active. Selon G. Boutin I., *Derecho Internacional Privado Segunda Edición* (Panama : Edition Maître Boutin, 2006), 403-406, 906-911, le Panama adopte également l'approche « de droit ».

[10] Toutefois, la législation de ces États interdit souvent un contrôle direct de l'application du droit étranger. Les États dont la législation interdit clairement le contrôle direct de l'application du droit étranger comprennent l'Egypte, l'Allemagne (voir paragraphe 545 ZPO; voir également BGH 29.06.1987 II ZR 6/87, *IPRax* 1988, 228-229 ; G. Kegel & K. Schlurig, *Internationales Privatrecht* 9e éd. (Munich : Beck 2004) §15 IV, p. 509-510) et les

10. Au moyen d'un tableau exposant les procédures d'administration du droit étranger dans plus de 50 États différents, l'étude de Yates de 1978 a dressé le portrait de ce qui reste vrai aujourd'hui encore : dans de nombreuses juridictions qui adoptent théoriquement une approche passive à l'égard de l'administration du droit étranger, les tribunaux jouent un rôle significatif dans l'établissement du droit étranger, et il existe « une acceptation plus large de divers moyens d'établir le droit étranger que ne le permettrait une stricte application de la doctrine de fait »[11]. Par exemple, depuis l'époque de l'étude de Yates en 1978, les tribunaux en Argentine, un État défini par Yates comme adoptant l'approche passive, n'ont imposé aucune restriction aux moyens permettant d'établir le droit étranger[12]. De même, en Chine, définie par Yates comme adoptant une approche passive à l'égard de l'administration du droit étranger[13], tout en appartenant au groupe des pays du « système dit civiliste »[14], le droit étranger peut être établi au moyen d'éléments de preuve obtenus par « l'autorité centrale » (ou une autorité centrale) d'un État étranger, la mission d'un État étranger en Chine ou la mission chinoise dans un État étranger[15].

11. Il convient de noter que certains États, décrits par Yates dans son étude de 1978 comme adoptant théoriquement une approche soit active soit passive de l'administration du droit étranger, ont combiné ces deux approches. Par exemple, Yates a considéré que le Mexique adoptait une approche passive de l'administration du droit étranger. Toutefois, une distinction est actuellement faite au Mexique entre le droit étranger en matière civile et le droit étranger en matière commerciale, le droit étranger étant considéré comme un élément de droit dans le premier cas, que les tribunaux doivent soulever et établir d'office[16]. De même, Yates a qualifié de passive l'approche argentine de l'administration du droit étranger. Toutefois, en Argentine, la jurisprudence récente tend à une application d'office du droit étranger[17]. En fait, l'approche adoptée par les tribunaux en Argentine est très semblable à celle adoptée en Suède, qualifiée par Yates d'approche active en matière d'établissement du droit étranger[18].

12. Il est à noter qu'en Espagne[19], pays qui selon Yates adopte une approche passive de l'administration du droit étranger, comme aux États-Unis, avec son système de

---

Pays-Bas (voir article 79 du Code d'organisation judiciaire (« *Wet op de Rechterlijke Organisatie* »); HR 31 mai 1985 NJ 1985, 717, HR 3 mars 1989 NJ 1990, 688 et HR 13 juillet 2001 NJ 2002, 215).

[11] G.T. Yates, *supra*, note 4, 727.

[12] *Ibid.*, 733; R.R. Balestra, *Manual de Derecho Internacional Privado: Parte General* (Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1988), 123-124.

[13] *Ibid.*, note 18.

[14] M. Jäntera-Jareborg, « *Foreign Law in National Courts* » (2003), 304, Recueil des Cours 181, 265.

[15] R. Süß, *Grundzüge des chinesischen internationalen Privatrechts* (Cologne, Berlin, Bonn, Munich : Carl Heymanns Verlag KG, 1991), 86.

[16] L.P. Castro & J.A. Silva Silva, *Derecho Internacional Privado: Parte especial* (Oxford University Press : Mexico, 2006), 553. Voir également L.P. Castro, *Derecho Internacional Privado*, *cuarta edición* (Harla : Mexico, 1980), 290.

[17] Voir *Estudios Espindola c. Bollati* (E.D., 33-26), *Ocerin c. TAIM* (non publiée - 13 avril 1976, *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial* No 13, présidé par le Juge A. Boggiano) et *Deutsches Reisebüro c. Speter* (L.L. 1984-D-563). Il en est ainsi sauf lorsque la teneur du droit étranger applicable ne peut raisonnablement être établie et dans le cas de règles de choix de loi pouvant être écartées permettant aux parties de soumettre leur litige à la loi du for. Voir également R.R. Balestra, *supra*, note 12, 124-125. Voir également la législation pertinente; notamment l'article 337 du *Código Procesal Civil y Comercial*, qui accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de décider quand il doit s'assurer du droit étranger en tenant compte des coûts et délais relatifs. Voir également Code civil d'Argentine, articles 1205-1214, qui autorise les parties à choisir la loi en matière contractuelle. Voir également M. Jäntera-Jareborg, *supra*, note 14, citant A. Boggiano, *Curso de derecho internacional privado* 4e ed. (Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2000), 346-354. Voir également A. Boggiano, *Derecho internacional privado* 3e éd. (Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1991), 446 : la question de savoir si les parties peuvent écarter les règles de conflit de lois doit être tranchée au cas par cas.

[18] G.T. Yates, *supra*, note 4, 19. Les tribunaux suédois doivent appliquer le droit étranger d'office lorsqu'ils connaissent de litiges dits « indispositifs » (des litiges ne pouvant être réglés par voie d'accord entre les parties). En ce qui concerne les litiges « dispositifs » (ceux relevant de la maîtrise des parties, qui ont la faculté de les transiger), les parties doivent soulever le droit étranger pour qu'il soit appliqué. A ce sujet voir M. Jäntera-Jareborg, *supra*, note 14, 278-279.

[19] A.-L. Calvo Caravaca & J. Carrascosa González, « *Proof of Law in the new Spanish Civil Procedure Code 1/2000* » (2005) 2 *IPRax* 170, 173.

common law dérivé du droit anglais[20], les tribunaux peuvent s'assurer de la teneur du droit étranger. Aux États-Unis, où le droit étranger est considéré comme un élément de droit plutôt que de fait[21], on a même fait valoir que les tribunaux peuvent parvenir à des décisions sur le fondement d'un examen indépendant par des autorités juridiques étrangères[22].

13. A l'autre extrémité de la gamme, en Suisse, définie par Yates comme adoptant une approche active de l'administration du droit étranger, les tribunaux doivent non seulement appliquer d'office les règles de conflit de lois, mais également établir d'office la teneur du droit étranger. Toutefois, dans les questions impliquant une « matière patrimoniale » (en allemand « *vermögensrechtliche Ansprüche* » ; en anglais « economic interest »)[23], un juge peut demander la coopération des parties. De même, au Japon aussi bien qu'aux Pays-Bas, tous deux considérés par Yates comme adoptant une approche active, les tribunaux, bien qu'on attende d'eux la détermination d'office de la teneur du droit étranger, peuvent demander l'assistance des parties[24]. Dans quelques affaires japonaises, les tribunaux ont rejeté une demande au motif que les demandeurs n'avaient pas prouvé le droit étranger applicable[25].

14. Les tableaux synthétiques joints tendent à démontrer qu'aucun ressort n'applique de manière constante l'approche « de fait » ou l'approche « de droit ». Comme Maarit Jäntera-Jareborg le fait judicieusement remarquer dans son étude de 2003 sur « Le droit étranger devant les juridictions nationales », il est souvent impossible de placer un ressort donné dans l'un ou l'autre camp[26]. Des considérations pratiques, et notamment les besoins de la procédure[27], plus que les traditions juridiques, sont décisives pour déterminer l'approche adoptée dans un pays donné pour l'administration du droit étranger.

15. La diversité des approches nationales rend difficile – sinon impossible – leur harmonisation au fond. Le besoin d'une coopération internationale (ou régionale) efficace n'en devient que plus évident. Les éléments qui suivent constituent un commentaire de certains des instruments internationaux et régionaux existants les plus importants, applicables dans ce domaine (ou actuellement en préparation).

---

[20] J.R. Brown, « *44.1 Ways to Prove Foreign Law* » (1984) 9. Mar. Law. 179, 183.
[21] *Ibid.*, 195.
[22] P.D. Trooboff, « *Proving Foreign Law* » (9/18/2006) 29 N.L.J. 13, se référant à *Curtis v. Beatrice Foods Co.*, 481 F. Supp 1275 (S.D.N.Y. 1980), aff'd, 633 F. 2d 203 (2d Cir. 1980). Selon P.D. Trooboff, se référant à *Universe Sales Co. Ltd. v. Silver Castle Ltd.*, 182 F. 3d 1036 (9th Cir. 1999), si un juge du fond ne fait pas correctement son travail de recherche, la probabilité d'une infirmation est fortement accrue.
[23] Essentiellement, la demande doit pouvoir recevoir une évaluation pécuniaire et la matière ne doit pas être exclue du choix de loi des parties (du fait de considérations tenant à la protection d'une partie). Voir D. Girsberger, « *IPRG Kommentar* » in *Zürcher Kommentar zum IPRG : Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987* (Zürich : Schulthess, 2004), notes 15-46. Exemples : demandes en droit des sociétés ou des contrats. La « preuve » [en allemand *Nachweis* et non *Beweis*, en d'autres termes, il ne s'agit pas de preuve au sens technique, procédural, et les conséquences du défaut de « preuve » du droit étranger ne doivent pas être déterminées en vertu des règles normales, techniques, d'administration de la preuve] de l'établissement du droit étranger *peut* être affectée aux parties. Voir la Loi de Droit International Privé, article 16(1). Voir également B. Dutoit, « Droit international privé suisse : Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987 » (Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2005), article 16, notes 4-10.
[24] Pour les Pays-Bas, voir L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* 8e éd (Deventer : Kluwer, 2005), 35-38, citant RB Rotterdam 10 octobre 1996, NIPR 1997, nr 108; RB Rotterdam 13 février 1997 NIPR 1997, nr 227 et RB Den Haag 7 avril 2000 NIPR 2000, 182.
[25] K. Takahashi, « *Foreign Law in Japanese Courts - A Comparison with the English Approach: Idealism versus Pragmatism* » 2002 Sing. J. Legal Stud. 489, 491.
[26] M. Jäntera-Jareborg, *supra*, note 14, 265.
[27] *Ibid.*, 265.

B. Description des instruments existants aux niveaux international ou régional

1. Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger (la « Convention de Londres »)[28]

16. En vertu de la Convention de Londres, une demande de renseignements en matière de droit étranger doit toujours émaner d'une autorité judiciaire, et la demande ne peut être formée qu'à l'occasion d'une instance déjà engagée[29]. L'organe de transmission est un organisme constitué ou désigné par une Partie Contractante à la Convention de Londres pour recevoir les demandes de renseignements provenant de ses autorités judiciaires et les transmettre à l'organe de réception étranger compétent. À défaut d'organe de transmission, une demande de renseignements sera adressée directement à l'organe de réception de l'État requis par l'autorité judiciaire dont elle émane[30]. Le recours à un organe de transmission est facultatif[31].

17. L'organe de réception est un organisme constitué ou désigné par une Partie Contractante pour recevoir les demandes de renseignements relatives au droit de la Partie Contractante et donner suite à ces demandes. L'organe de réception pourra soit formuler la réponse lui-même, soit transmettre la demande à un autre organisme étatique ou officiel qui formulera la réponse. L'organe de réception pourra, dans des cas appropriés ou pour des motifs d'organisation administrative, transmettre la demande à un organisme privé ou un juriste qualifié pour formuler la réponse.

18. L'autorité judiciaire formant une demande doit indiquer aussi précisément que possible les questions sur lesquelles des renseignements concernant le droit de l'État requis sont souhaités. Toutefois, l'autorité judiciaire ne peut pas soumettre à l'autorité requise les questions de droit qui lui sont effectivement soumises afin d'obtenir une réponse particulière. Elle doit également, le cas échéant, indiquer le système de droit pour lequel des renseignements sont demandés. La demande doit préciser les faits nécessaires pour la bonne compréhension, et des copies de pièces pertinentes pourront être jointes[32].

19. La réponse a pour objet de fournir d'une manière objective et impartiale des renseignements sur le droit de l'Etat requis à l'autorité judiciaire. À ce titre, une réponse doit comporter, selon les besoins, les textes législatifs et les décisions jurisprudentielles pertinents, des documents complémentaires tels que des extraits d'ouvrages doctrinaux et travaux préparatoires, et / ou des commentaires explicatifs[33]. Les renseignements contenus dans une réponse ne lient pas l'autorité judiciaire dont émane la demande[34].

---

[28] La Convention de Londres est actuellement en vigueur dans 43 États, dont l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, l'Azerbaïjan, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, l'Ex-République yougoslave de Macédoine, la Finlande, la France, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldavie, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine. Les États non membres du Conseil de l'Europe où la Convention est en vigueur comprennent le Belarus, le Costa Rica, le Mexique et le Monténégro. Un Protocole Additionnel à la Convention de Londres, en date du 31 août 1979, qui étend le champ d'application de la Convention de Londres pour couvrir l'échange de renseignements concernant les questions pénales et le droit procédural, est actuellement en vigueur dans 39 États : Albanie, Allemagne, Autriche, Belarus, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Mexique, Moldavie, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Serbie, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine. Des renseignements supplémentaires sur la Convention de Londres sont disponibles à l'adresse < http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/html/062.htm > (au 20 février 2007).

[29] Article 3.

[30] Article 5.

[31] Article 2.

[32] Article 4.

[33] Article 7.

[34] Article 8.

20. Pour un commentaire de l'efficacité de la Convention de Londres, voir les observations ci-dessous (en II.B.4).

2. Convention Interaméricaine du 8 mai 1979 sur la preuve du droit étranger et les renseignements sur ce droit (la « Convention de Montevideo »)[35]

21. En vertu de la Convention de Montevideo, les autorités de chacun des États parties fournissent aux autorités des autres États parties en faisant la demande des éléments de preuve et des avis concernant le texte, la validité, le sens et la portée juridique de leur droit. La coopération internationale à cet égard doit être fournie par tout moyen de preuve approprié envisagé par le droit à la fois de l'État d'origine et de l'État de destination, y compris (i) la preuve documentaire ; (ii) l'expertise ; et (iii) les avis de l'État de destination au sujet du texte, de la validité, du sens et de la portée de son droit sur des points particuliers[36].

22. Une demande de renseignements peut émaner de juges, de tribunaux ou d'autres autorités[37]. Chaque État partie doit répondre aux demandes par l'intermédiaire de son Autorité centrale[38], qui a la faculté de transmettre cette demande à d'autres autorités du même État. Les renseignements fournis dans la réponse ne lient pas l'autorité dont émane la demande, et l'autorité requise n'est pas responsable des avis exprimés dans la réponse[39].

3. Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (2001/470/CE)[40] (le « Réseau judiciaire européen »)

a. Membres du Réseau judiciaire européen

23. L'objectif du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, ainsi qu'en matière pénale, consiste à améliorer, simplifier et accélérer une coopération judiciaire efficace entre les États membres de la Communauté européenne. Les membres du réseau sont : (a) des points de contacts désignés par les États membres ; (b) des organes et Autorités centrales prévus par les instruments communautaires, les instruments internationaux, tels que les Conventions de La Haye, auxquels les États membres sont parties ou les règles de droit interne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale ; (c) les magistrats de liaison auxquels s'applique l'Action conjointe relative à un cadre pour les échanges de magistrats de liaison[41] ; ainsi que (d) toute autre autorité administrative ou judiciaire appropriée responsable de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale dont l'adhésion au réseau est considérée utile par l'État membre auquel elle appartient[42]. Dans chaque État, le réseau est soutenu par un point de contact qui est responsable, pour le réseau, de fournir et de mettre à jour l'information au sujet de son système de droit national.

---

[35] Voir < http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-43.htm > (au 20 février 2007). A ce jour, la Convention Interaméricaine a été ratifiée par 11 États : Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Guatemala, Mexique, Paraguay, Pérou, Uruguay et Venezuela. En outre, l'Espagne a adhéré à la Convention le 11 décembre 1987.
[36] Article 3.
[37] Article 4.
[38] L'Autorité centrale est désignée en vertu de l'article 9.
[39] Article 6.
[40] Des renseignements supplémentaires au sujet du Réseau judiciaire européen sont disponibles sur le site suivant : < http://ec.europa.eu/civiljustice/index.htm > (au 20 février 2007).
[41] Action conjointe 96/277/JAI du 22 avril 1996 relative à l'échange de magistrats de liaison pour améliorer la coopération entre les États membres de la Communauté européenne (JO L 105, 27.4.96, p. 1).
[42] Décision 2001/470/CE relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (JO L 174, 27.6/2001, p. 25).

b. Partage de renseignements entre les membres du réseau

24. Une première série de renseignements[43] concernant les membres du réseau tels que leur nom, l'adresse complète des autorités et précisant leurs moyens de communication ainsi que leurs connaissances linguistiques, est mise à la disposition des membres du réseau uniquement[44]. Ces renseignements sont utilisés dans le but d'assurer le bon déroulement des procédures ayant une dimension transfrontière et de faciliter les demandes de coopération judiciaire[45], et ce sans porter préjudice aux autres instruments internationaux ou communautaires.

c. Renseignements publics – Fiches d'information

25. Une seconde série de renseignements recueillis par le réseau est accessible au public. Le système d'information au public comprend les éléments de la jurisprudence communautaire[46] et les informations sur des sujets tels que (a) les principes du système juridique et de l'organisation judiciaire des États membres ; (b) les modalités de saisine des tribunaux [...] ; (c) les conditions et les modalités d'accès à l'assistance juridique [...] ; (d) les règles nationales en matière de notification et de signification des actes ; (e) les règles et procédures pour l'exécution des décisions judiciaires rendues dans d'autres États membres ; (f) les possibilités et les procédures pour l'obtention de mesures conservatoires [...] ; etc.[47]. Les renseignements à la disposition du public sont accessibles gratuitement.

4. Convention de Minsk du 22 janvier 1993 relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale (la « Convention de Minsk »)

26. En vertu de la Convention de Minsk, les autorités judiciaires centrales doivent se fournir réciproquement, sur demande, des renseignements concernant la législation nationale en vigueur ou anciennement en vigueur sur leur territoire, et les principes de son application par les autorités judiciaires.

27. Les règles régissant de telles demandes, qui sont équivalentes à une communication judiciaire directe, figurent à la IIe partie de la Convention de Minsk, qui traite de l'assistance juridique (articles 4-15). Les règles définissent entre autres les conditions relatives au contenu, à la langue et au coût de la demande. À cet égard, la Convention de Minsk prévoit que les États contractants supporteront eux-mêmes tous les frais relatifs à l'extension de l'assistance juridique à leur territoire[48].

5. Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (la « Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves »)

28. La Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves remplace la lourde voie diplomatique par un système de communication directe entre les tribunaux requérants et une Autorité centrale requise. La Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves permet à une autorité judiciaire d'un État contractant, conformément aux dispositions de la loi de cet État, de réclamer, par commission rogatoire, que l'autorité compétente d'un autre État contractant obtienne des preuves ou

---

[43] *Ibid.,* article 2(5).
[44] *Ibid.*, article 13(1) *a)*.
[45] *Ibid.*, article 3(2) *a)*.
[46] *Ibid.*, article 14.
[47] *Ibid.*, article 15.
[48] Les textes anglais et français de la Convention de Minsk figurent en Annexe II du Document préliminaire No 27 d'avril 2005, « La relation entre le projet des jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la Communauté d'États Indépendants », établi par E. Gerasimchuk pour le Bureau Permanent, à l'intention de la Vingtième Session de juin 2005 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Ce document est disponible sur le site de la Conférence de La Haye à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Conventions », « Convention N° 37 » et « Documents préliminaires ».

qu'elle effectue des actes judiciaires [49] . Il s'agit donc d'un parfait exemple de communication internationale écrite directe entre un juge et une autre autorité. En outre, puisque rien dans la Convention n'interdit à un État de désigner un tribunal comme Autorité centrale, la communication internationale directe pourrait se faire entre juges[50]. Enfin, un État contractant peut déclarer que les membres du personnel judiciaire de l'autorité requérante d'un autre État contractant peuvent être présents lors de l'exécution de la commission rogatoire[51]. À cet égard, il se peut que l'autorisation préalable de l'autorité compétente désignée par l'État déclarant soit requise[52]. Les pratiques varient quant au rôle que peut jouer le personnel judiciaire de l'autorité requérante pendant l'exécution d'une commission rogatoire. Il n'a pas été rapporté si la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves était également utilisée pour obtenir des preuves de la teneur du droit étranger. Le champ d'application de la Convention ne semble pas exclure de telles demandes.

6. Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (la « Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants »)

a. Article 14

29. En vertu de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il enfreint les droits de garde résultant du droit (y compris les règles de conflit de lois) de l'État de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant l'enlèvement ou le non-retour. Il est donc clair que les autorités de l'État requis devront prendre en compte ce droit et les décisions judiciaires ou administratives afin de décider si l'enfant doit être remis.

30. En vertu de l'article 14, l'autorité concernée « peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables »[53]. Cette règle est d'une importance particulière pour assurer des décisions rapides dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

b. Communications judiciaires directes

31. Au cours des dix dernières années, les communications judiciaires directes se sont développées dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. En outre, un réseau international de Juges de La Haye composé de 21 juges de 19 ressorts a été constitué dans le cadre de la Convention[54]. La pratique fait apparaître

---

[49] Article 1.

[50] A cet égard, il est intéressant de noter que le Bélarus a désigné à la fois la Cour suprême et la Cour suprême de l'économie de la République de Bélarus, Israël a désigné le Directeur des tribunaux ; la Suisse a désigné les tribunaux des cantons de Fribourg, Lausanne, et Sion ; et la Barbade a désigné le Greffier de la Cour suprême de la Barbade.

[51] Les États suivants ont fait cette déclaration : Afrique du Sud, Australie, Bélarus, Bulgarie, Danemark, Espagne, Estonie, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, Israël, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Sri Lanka, Suède, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Ukraine.

[52] Une autorisation préalable n'est nécessaire dans aucun des États mentionnés dans la note de bas de page précédente, Israël, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Suède exceptés.

[53] Il est intéressant de noter que certains États ont adopté des règles semblables à l'égard de l'approbation de la décision d'adoption dans le contexte de l'article 17 *b)* de *la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*; voir par exemple les articles 574 et 3092 du Code civil du Québec.

[54] P. Lortie, « Rapport relatif aux communications entre juges concernant la protection internationale des enfants », Document préliminaire No 8, à l'intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de *la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, paragraphe 2. Ce document est disponible sur le site de la Conférence de La Haye à l'adresse < www.hcch.net > sous les rubriques « Conventions », « Convention N° 28 » et « Documents relatifs au suivi pratique ».

que ces communications sont utilisées avec retenue et dans un nombre limité de situations. Par exemple :

(1) pour obtenir des garanties relatives aux charges pénales potentielles ou prises qui peuvent faire obstacle aux négociations entre les parties ;

(2) pour clarifier la nature de tout engagement qui peut avoir été accordé dans le passé ou qui l'est à présent et, si nécessaire, pour établir l'effet de tels engagements ;

(3) pour s'assurer que le conflit de compétence est, si possible, évacué ou tout au moins que le risque est minimisé ;

(4) dans certains cas, pour rassurer le parent ravisseur qu'après le retour de l'enfant vers le pays où il a été enlevé, il sera possible d'obtenir rapidement une audience pour les questions préoccupantes, telles que sa protection ou celle de l'enfant enlevé, la représentation légale, les visites, la garde et, peut-être, le recours aux services sociaux etc ; et

(5) pour encourager la médiation, ou autres mécanismes similaires, et assurer des procédures rapides.

32. Dans les États contractants pour lesquels les autorités judiciaires communiquent directement entre elles, les mesures de protection suivantes sont couramment acceptées :

– « les communications doivent se limiter aux questions logistiques et à l'échange d'informations ;

– les parties doivent recevoir une notification préalable de la nature de la communication envisagée ;

– les communications doivent être enregistrées ;

– tout accord doit être confirmé par écrit ;

– la présence des parties ou de leur avocat requise dans certains cas, par exemple au moyen de conférences par téléphone[55]. »

33. Il est à noter que l'élément le plus délicat de ce réseau a été la désignation des juges qui le composent. Les procédures de désignation diffèrent d'un pays à un autre, mais toutes les désignations ont impliqué l'autorité judiciaire soit à titre consultatif soit pour effectuer la désignation. Il apparaît que dans la plupart des cas, les désignations concernent l'administration du système judiciaire ou la gestion des tribunaux. Le conseil de la magistrature, l'association nationale des magistrats, le premier magistrat du ressort ou les cours suprêmes sont donc toujours impliqués[56]. Dans la plupart des cas, l'exécutif des gouvernements concernés n'était pas impliqué dans les désignations.

c. Profil des pays

34. Le profil des pays est un outil utilisé pour fournir des renseignements concernant chaque pays, et qui porte sur les lois et procédures nationales pertinentes à l'égard du fonctionnement et de la mise en œuvre d'une Convention particulière. Comme pour les fiches d'information du Réseau judiciaire européen, les renseignements sont présentés au public sur le Web sous une forme normalisée, afin de faciliter la consultation. Les États contractants ont la responsabilité exclusive de la mise à jour des renseignements figurant

[55] Voir Conclusions et Recommandations No 5.6 de la Commission spéciale de 2001 sur le fonctionnement de *la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, et Conclusions et Recommandations No 1.6.3 de la Commission spéciale de 2006 sur le fonctionnement de *la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Ces deux documents sont disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*.
[56] P. Lortie, *supra*, note 54, paragraphes 19-22.

dans les profils des pays. Un profil de pays sera élaboré dans un proche avenir dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants[57].

7. Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (la « Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants »)

a. Article 35

35. Il semblerait qu'en vertu de l'article 35(2) de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, une autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 peut recevoir et examiner d'office des renseignements, y compris des lois, et des décisions judiciaires ou administratives, recueillis et qui lui ont été transmis par les autorités d'un État contractant dans lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle.

b. Coopération judiciaire – articles 8-9

36. La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ouvre une phase nouvelle dans le développement des mécanismes de coopération au sein des Conventions de La Haye. « Ce qui est nouveau dans cette Convention, en termes juridiques, est la façon dont les règles de conflit de lois elles-mêmes, particulièrement celles qui traitent de la compétence, ont commencé à donner forme aux mécanismes de coopération. Notamment les articles 8 et 9 contiennent des procédures suivant lesquelles la compétence des tribunaux peut être transférée d'un État contractant à un autre dans des situations où les juges exercent normalement leur compétence (par exemple dans le pays où l'enfant réside habituellement)[...] »[58].

37. Par exemple, en vertu de l'article 8 de la Convention de 1996, à titre d'exception, une autorité ayant compétence en vertu des articles 5 et 6, si elle considère que l'autorité d'un autre État contractant serait mieux placée dans un cas particulier pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, peut soit : (i) demander à cette autre autorité, directement ou avec l'assistance de l'Autorité centrale de son État, d'assumer la compétence de prendre les mesures de protection qu'elle jugera nécessaires, ou (ii) suspendre l'examen de l'affaire et inviter les parties à introduire une telle demande devant l'autorité de cet autre État. L'article 9 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants prévoit un schéma équivalent pour les autorités homologues identifiées à l'article 8(2). Le système judiciaire de coopération nécessaire à l'appui de ces communications est expliqué aux articles 30 et suivants de la Convention[59].

8. Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention de La Haye de 2000 sur les adultes »)

38. L'article 8 de la Convention de La Haye de 2000 sur les adultes établit un système de transfert de compétence parallèle aux articles 8 et 9 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. À l'instar de l'article 30(2) de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, l'article 29 de la Convention de La Haye de 2000 sur les adultes a pour objet de faciliter la diffusion, entre autorités compétentes en vertu de la Convention, de renseignements concernant les lois de leurs États relatives à

---

[57] Voir Conclusions et Recommandations N° 1.1.11 de la Commission spéciale de 2006, *supra*, note 55. Il est à noter qu'un profil semblable est actuellement en cours d'élaboration dans le cadre de *la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* et dans le contexte de la future Convention de La Haye sur le recouvrement international d'aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille.

[58] W. Duncan, « *Administrative and judicial Co-operation with respect to the International Protection of Children* » dans *International Law and the Hague's 750th Anniversary*, dirigé par W.P. Heere, T.M.C. Asser Press, La Haye, 1999, p. 199-208, à la p. 206.

[59] Le fonctionnement de la Convention de La Haye 1996 étant encore très récent, il n'y a pas encore de jurisprudence connue à ce sujet en vertu de la Convention.

la protection des adultes. Rendre ces lois facilement accessibles aide sans aucun doute les autorités compétentes habilités à prendre connaissance d'office des lois étrangères directement.

9. Loi type CNUDCI du 30 mai 1997 sur l'insolvabilité internationale

39. La notion de communication transfrontière directe s'est développée dans le domaine de l'insolvabilité internationale. Le premier exemple d'arrangements transfrontière dans le domaine de l'insolvabilité entre les tribunaux de différents États impliquait des procédures entre le Royaume-Uni et les États-Unis, connues sous le nom d'affaire *Maxwell.* En 1994, peu après l'affaire *Maxwell*, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), en coopération avec l'*International Association of Insolvency Practitioners* (INSOL), entama un projet sur l'insolvabilité internationale. Le projet prit la forme d'une loi type, à savoir un texte juridique que les États ont pour recommandation d'incorporer à leur droit national. La loi type a été adoptée le 30 mai 1997[60].

40. D'après son préambule, la loi type a pour but de fournir un mécanisme efficace pour traiter des affaires d'insolvabilité internationale. A cette fin, l'une des questions réglementées est la coopération entre les tribunaux et autres autorités compétentes des États impliqués dans les affaires internationales. Le Chapitre 4, intitulé « La coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers », prévoit ces règles aux articles 25-27.

41. D'après les commentaires article par article que la CNUDCI a fournis, la loi type non seulement autorise la coopération internationale, mais la rend obligatoire en utilisant le verbe « devoir » plutôt que le verbe « pouvoir »[61]. La coopération et la communication directe sont en fait les seuls moyens d'éviter les procédures traditionnelles et coûteuses en temps, telles que les commissions rogatoires. Puisque les juges civilistes ne peuvent faire appel à leurs « vastes compétences inhérentes ou équitables », il faut trouver une base légale expresse pour permettre aux tribunaux de prendre contact et de traiter avec les tribunaux étrangers. Les formes de coopération énumérées à l'article 27 sont des suggestions pour les pays ayant peu d'expérience de la coopération et des communications directes internationales.

42. Il est à noter que la loi type ne comporte pas de mesures de sauvegarde pouvant être prises pour protéger les droits des parties et l'équité du processus en cas de communications directes entre autorités judiciaires. À leur place, les commentaires article par article expliquent que « la mise en œuvre d'une coopération serait sujette à toute réglementation obligatoire applicable dans les États la promulguant »[62]. Les règles procédurales du for qui protègent un processus approprié et transparent sont incluses.

10. Résolution législative du Parlement européen du 18 janvier 2007 relative à la position commune adoptée par le Conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») (9751/7/2006 – C6-0317/2006 – 2003/0168(COD))

43. Le 21 février 2006, la Commission européenne a adopté un projet modifié pour le Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »). Le projet modifié a été adopté à la lumière de modifications proposées par le Parlement européen à la suite de sa première lecture du projet initial présenté par la Commission en 2003. La discussion de Rome II est en cours – rendant difficile un commentaire du

[60] Voir la loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 30 mai 1997, 36 I.L.M. 1386 (1997). Voir également le Guide pour l'incorporation de la Loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 1997 XXVIII CNUDCI Ann. Pt. 3, par. 2, Doc. N.U. A/CN. 9/422.
[61] Voir les articles 25 et 26 de la loi type.
[62] Voir les commentaires article par article publiés dans la Loi type CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, 1997 XXVIII CNUDCI Ann. pt. 3 par. 2, Doc. N.U. A/CN 9/422.

projet. Il est intéressant de noter cependant que dans sa Recommandation pour une deuxième lecture[63], la Rapporteur du Parlement européen a proposé l'insertion, dans le préambule au Projet de Résolution législative du Parlement européen sur Rome II, d'un nouveau considérant (30 bis), rédigé de la manière suivante : « Le principe *iura novit curia* est d'application comme dans la Convention de Rome [Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles]. Les tribunaux devraient avoir la tâche d'identifier eux-mêmes d'office le droit étranger qui est applicable. Pour déterminer le droit étranger applicable, les parties pourraient aider le tribunal et celui-ci devrait également pouvoir solliciter la coopération des parties. »

II. *DE LEGE FERANDA* – QUE POURRAIT-ON FAIRE SOUS LES AUSPICES DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE ?

A. Distinguer les scénarios précontentieux et contentieux ?

44. La brève analyse présentée dans la première partie de la présente note est de nature volontairement large et générale. Elle vise essentiellement à aider les experts dans leurs discussions et ne prétend pas à l'exhaustivité[64]. Toutefois, quelques conclusions préliminaires peuvent être tirées de l'analyse. Dès l'origine, il convient de rappeler qu'il n'existe aucun *instrument* réellement *mondial*, en vigueur ou actuellement en cours d'élaboration, permettant à un intéressé ou à un tribunal saisi d'obtenir des renseignements fiables sur la teneur du droit étranger. En même temps, il existe un volume toujours croissant d'activité transfrontière – que ce soit dans les domaines du droit commercial, bancaire, ou de la famille. De ce fait, les parties et les tribunaux sont de plus en plus exposés au droit étranger, qui peut devenir pertinent à divers moments dans une même affaire.

45. Les questions nécessitant l'application du droit étranger ne se présentent pas uniquement dans un cadre contentieux, c'est-à-dire devant un tribunal ou tout organisme alternatif de résolution des litiges. Pour les parties négociant des opérations internationales de grande valeur, le choix de la loi régissant leur contrat sera probablement un facteur important des négociations. On doit supposer que pour un nombre important de ces opérations, les parties choisiront simplement un droit bien connu et bien établi, que ce soit la loi de l'une des parties ou non. Toutefois, il peut y avoir des raisons pour les parties de choisir un droit « neutre », c'est-à-dire une loi avec laquelle aucune des parties n'a de grande familiarité naturelle.

46. Pour les parties averties, le choix d'une loi neutre ne sera pas un obstacle insurmontable. De telles parties disposent souvent de la possibilité de demander à leurs juristes d'établir une consultation relative aux implications juridiques du choix d'une loi neutre pour régir le contrat correspondant à une opération. Pour les parties moins averties cependant, (par ex., deux petites, voire moyennes, entreprises exerçant une activité internationale dans laquelle aucune n'accorde à l'autre partie l'avantage de « sa » loi pour régir les relations contractuelles), l'accès à un droit tiers, « neutre », par l'intermédiaire de consultations pourra être difficile, voire impossible, en raison des coûts que cela implique.

47. De même, pour un couple – marié, vivant dans le cadre d'un partenariat enregistré ou équivalent, ou simplement un couple non marié établi dans le temps –, se déplacer d'un État à un autre peut entraîner d'importants changements de statut juridique. Une forme de cohabitation peut être parfaitement licite et reconnue dans un ressort, mais entièrement inconnue voire illicite dans un autre. Le régime matrimonial ou successoral d'un couple peut être modifié de manière significative du fait d'un changement de domicile ou de résidence. Si un couple souhaite évaluer les implications juridiques d'un projet de déménagement et s'y préparer, l'accès à des sources fiables et peu coûteuses traitant du droit nouveau étranger, est indispensable, en particulier lorsque selon les

---

[63] Doc. réf. 9751/7/2006 - C6-0317/2006 - 2003/0168(COD)
[64] Par exemple, les systèmes bilatéraux de coopération et autres systèmes analogues rencontrés en droit interne ne sont pas examinés.

règles de conflit de lois applicables les parties peuvent désigner la loi applicable – ce qui représente clairement la tendance moderne sous l'influence des Conventions de La Haye dans ce domaine.

48. Les scénarios précontentieux (dont on peut facilement envisager de multiples variantes) soulèvent une première série de questions. Y a-t-il un réel besoin d'un nouveau mécanisme permettant aux parties à une opération, relation ou autre activité transfrontière de disposer d'un accès rapide et fiable à la teneur du droit étranger ? Si la réponse est affirmative, quel rôle peuvent et doivent jouer les organismes administratifs (ministères, consulats ou ambassades, par exemple) dans ce contexte ? Quel rôle peuvent et doivent jouer les instituts (semi-)privés tels que l'Institut Max Planck de Hambourg ou l'Institut Suisse de droit comparé à Lausanne ? Plus généralement, l'évaluation précontentieuse du droit étranger devrait-elle faire partie d'un nouvel instrument dans ce domaine, et si oui, dans quelle mesure ? Ou les parties dans un cadre précontentieux seraient-elles simplement tenues de se fier aux conseils de professionnels du droit ?

49. Il fait peu de doute que la partie la plus difficile de l'élaboration d'un nouvel instrument sur l'administration du droit étranger concernerait le cadre contentieux : comment la teneur du droit étranger devrait-elle ou pourrait-elle être établie devant un tribunal (ou autre organisme de résolution des litiges), et par qui (juge, parties, ou une combinaison des deux) ? Une augmentation de l'activité transfrontière va nécessairement entraîner un accroissement du contentieux transfrontière, qui à son tour entraînera très probablement un développement de l'application du droit étranger par les tribunaux.

50. Le développement de l'application du droit étranger est directement lié au nombre croissant de règles de conflit de lois – de manière tout à fait appropriée - permettent l'autonomie des parties ou favorisent par ailleurs l'élection de for[65], le choix de loi applicable[66], ou des règles de conflit de lois qui visent par ailleurs un ordre juridique étranger[67]. Il est vrai que certains des instruments internationaux mentionnés ne sont pas encore en vigueur, ou n'ont été signés que par un petit nombre d'États. Leur potentiel est néanmoins énorme et certains de ces instruments ont fortement influencé les règles nationales de conflit de lois.

51. L'importance potentielle d'un nouvel instrument sur l'administration du droit étranger ne devrait pas être mesurée dans le contexte et la réalité actuels. Elle devrait plutôt être mesurée par rapport aux besoins envisagés à l'horizon de quinze ou vingt ans. Le vrai défi, selon nous, consiste à surmonter la diversité des démarches nationales à l'égard du statut du droit étranger (voir ci-dessus en I.). Selon nous, il ne peut y avoir qu'une réponse à ce défi : *un nouvel instrument mondial dans ce domaine ne devrait pas chercher à réformer les règles internes sur la nature des règles de conflit de lois (c'est-à-dire ne pas imposer un régime uniforme quant à la nature contraignante ou non de ces règles), ni ne devrait chercher à réformer les règles internes régissant la manière dont les tribunaux déterminent la teneur du droit étranger.*

---

[65] *La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* est particulièrement intéressante à cet égard. La Convention comporte trois règles principales visant trois tribunaux différents. Le tribunal élu doit connaître du litige si l'accord d'élection de for est valable selon la Convention (art. 5) ; tout tribunal saisi situé dans un État autre que celui du tribunal élu doit se dessaisir sauf si l'accord d'élection de for est nul selon la Convention (art. 6) ; tout jugement rendu par le tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for valable selon la Convention doit être reconnu et exécuté dans les autres États contractants (art. 8). En vertu de l'article 6 *a)*, le tribunal devant lequel une instance est engagée doit appliquer la loi de l'État du tribunal élu (y compris ses règles de conflit de lois) pour déterminer si l'accord d'élection de for est nul ou non selon la loi du tribunal élu. Une règle semblable s'applique lorsque le jugement rendu par le tribunal choisi est contesté au stade de la reconnaissance et de l'exécution (art. 9 *a)*).

[66] La liste des instruments internationaux ou régionaux adoptant cette démarche est longue, mais on peut mentionner en particulier la Convention de Rome (Rome I), *la Convention Interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux*, le Règlement Rome II envisagé, les Conventions de La Haye sur les titres, trusts, régimes matrimoniaux et successions.

[67] La Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, etc.

52. La réponse d'un État à la question du statut du droit étranger fait partie de l'ordre juridique global de cet État et est intrinsèquement liée aux aspects de procédure. Imposer un changement du statut du droit étranger perturberait très probablement d'importants éléments procéduraux de cet ordre juridique. Une telle démarche serait donc inacceptable et contraire à la philosophie de la Conférence de La Haye consistant à ne pas s'immiscer indûment dans la diversité des traditions juridiques des États membres. Dans ce contexte, la solution devrait plutôt être recherchée dans *des mécanismes facilitant l'établissement de la teneur du droit étranger à travers la coopération internationale.*

53. Pour que la conception et le fonctionnement d'un tel régime de coopération internationale soient efficaces – c'est-à-dire qu'ils permettent un établissement et une évaluation précis, fiables, rapides et d'un coût raisonnable de la teneur du droit étranger -, il sera probablement nécessaire à titre liminaire d'examiner un certain nombre de questions et d'effectuer un certain nombre de recherches. Elles devraient comprendre, par exemple, des questions telles que : quelles sont les questions les plus couramment posées à l'égard du droit étranger selon les instruments existants ? Qui pose le plus fréquemment des questions de droit étranger ? Le besoin d'un accès au droit étranger diffère-t-il selon le domaine du droit (droit de la famille, droit de la consommation, droit des assurances, droit successoral, droit immobilier, droit commercial, etc.) ? Les renseignements fournis en matière de droit étranger devraient-ils être contraignants (entraînant éventuellement une responsabilité) ou non ? La fourniture des renseignements en matière de droit étranger devrait-elle être gratuite autant que possible ? L'utilisation des technologies de l'information peut-elle améliorer la transmission des demandes et les délais de réponse ? L'utilisation des technologies de l'information peut-elle atténuer les difficultés résultant du fonctionnement d'un instrument dans un environnement multilingue ?

B. Modèles possibles

54. Les observations ci-dessous, principalement sous la forme de simples listes, visent à esquisser – très grossièrement – les éléments caractéristiques de modèles possibles qui pourraient servir de base à un régime de coopération internationale. Les modèles sont classés de la structure la plus informelle, légère et ouverte au cadre le plus formel (et traditionnel) de coopération. Ces modèles ne s'excluent pas mutuellement. Il est même possible que la voie la plus prometteuse consiste en une forme de combinaison de ces modèles, correspondant chacun à des scénarios et besoins particuliers.

1. <u>Création de fiches d'information et de profils de pays</u>

– renseignements non contraignants sur le droit étranger

– accessibles au public gratuitement

– intéressant principalement les personnes disposant de ressources faibles ou nulles

– la qualité des renseignements provenant de différents États peut varier

– entretien et mise à jour des renseignements sous la responsabilité des États

55. Le Réseau judiciaire européen (voir ci-dessus en I.B.3) fournit un exemple intéressant de fiches d'information et de profils de pays. Supposons que nous ayons besoin de renseignements sur la notification et de la signification des actes de procédure au Portugal[68]. À l'aide de quelques clics sur le site Web du Réseau, il est possible d'accéder à une description complète de la notification et de la signification des actes de

[68] Le besoin de renseignements sur le droit étranger concernant la notification et la signification des actes de procédure s'accroît rapidement, notamment dans le contexte de la notification par courrier électronique. Il existe une jurisprudence croissante (notamment dans les ressorts de *common law*) faisant dépendre la notification par courrier électronique non seulement de la loi du for, mais également de la loi du destinataire. Là encore, cela illustre que le besoin de l'accès au droit étranger se développe en volume, mais également qu'il s'étend en nature.

procédure au Portugal[69]. Il est suggéré que des points semblables d'accès à l'information pourraient être d'une aide précieuse au niveau mondial.

2. Création d'un réseau d'experts et d'instituts spécialisés

– pourrait figurer dans un site Web pour consultation directe aux frais de l'utilisateur

– pourrait être établi dans le cadre d'une structure administrative (semblable à la structure administrative de la Convention de Londres) financée par les États contractants

– pourrait utiliser des formulaires types

– tous les États ne disposent pas d'instituts spécialisés (il serait nécessaire d'identifier des institutions équivalentes dans ces États)

56. Il serait intéressant de savoir si les instituts spécialisés existants font déjà partie d'un réseau mondial et s'ils coopèrent d'une manière ou d'une autre, ou s'il existe des projets à cet égard.

3. Établissement de communications judiciaires directes (réseau judiciaire)

– les juges pourraient-ils fournir des renseignements dans des domaines autres que les questions logistiques ?

– les renseignements fournis par les juges seraient-ils contraignants ou non ?

57. L'un des plus grands défis à cet égard sera probablement le changement de culture juridique qu'impliquent nécessairement des communications judiciaires directes. Cela dit, et comme exposé ci-dessus, des avancées ont déjà réussi et leur développement pourrait bien être recherché. La question de l'intégration des communications judiciaires directes dans un système accusatoire est peut-être plus difficile encore.

4. Révision des mécanismes coopératifs des Conventions de Londres et de Montevideo – élargir leur portée géographique

58. Bien que la Convention de Londres soit actuellement en vigueur dans 43 États après quelque 40 ans d'existence, la probabilité de son extension au niveau mondial reste faible[70]. Toute révision de la Convention de Londres serait limitée aux États membres du Conseil de l'Europe et autres États parties à la Convention. Sous les auspices de la Conférence de La Haye, un nouvel instrument sur l'administration du droit étranger pourrait être élaboré dans un cadre mondial[71].

59. Un nouvel instrument sur l'administration du droit étranger pourrait tenir compte et tirer parti des points forts d'autres mécanismes coopératifs, tels que la Convention de Montevideo. La Convention de Montevideo diffère de la Convention de Londres en ce que (i) les États parties peuvent étendre son application aux demandes de renseignements provenant d'autorités autres que judiciaires[72] ; (ii) elle ne comporte pas de disposition

---

[69] < http://ec.europa.eu/civiljustice/serv_doc/serv_doc_por_fr.htm > (au 20 février 2007).

[70] Seuls quatre États non membres du Conseil de l'Europe sont parties à cette Convention (Bélarus, Costa Rica, Mexique et Monténégro).

[71] Ces travaux pourraient être effectués en coopération avec d'autres organisations, notamment le Conseil de l'Europe. Il convient de noter que dans le cadre des obligations alimentaires, la HCCH élabore actuellement un nouvel instrument sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille comportant des dispositions relatives à la coopération administrative à titre d'élément essentiel, modernisant ainsi la Convention de New York de 1956 sur le recouvrement des aliments sans modifier cette Convention en tant que telle. En outre, dans le cadre de la Conférence de La Haye, les États parties à une nouvelle convention bénéficieraient des services post-convention de la Conférence tels que les Commissions spéciales pour examiner, à intervalle régulier, le fonctionnement pratique de la Convention, l'élaboration de guides de bonnes pratiques en vertu de la Convention, les possibilités de mise en réseau des autorités centrales, les bases de données informatiques de jurisprudence et de statistiques, etc.

[72] Article 4.

limitant les demandes aux situations où une instance a été effectivement engagée[73] ; et (iii) elle exige que la coopération internationale soit fournie par l'un quelconque des moyens appropriés énumérés, y compris les preuves documentaires et l'expertise.

60. Des études sur le fonctionnement de la Convention de Londres ont été réalisées[74]. L'étude indépendante la plus complète a été publiée en 1997, 21 États parties à la Convention de Londres ayant répondu à un questionnaire élaboré par Barry J. Rodger et Juliette van Doorn[75]. Plus récemment, Eberhard Desch a réalisé une étude des bonnes pratiques, fondée sur des données recueillies en Allemagne, en Slovaquie et au Royaume-Uni, et l'administration allemande a présenté des propositions d'amélioration de l'application de la Convention de Londres[76].

61. Les recommandations et observations tirées de ces études, qui peuvent être rangées dans trois catégories, sont résumées ci-dessous.

62. Recommandations relatives au fonctionnement courant

- Une simplification du processus est souhaitée. Tout d'abord, les tribunaux locaux et organes de transmission devraient être conscients de ce que les demandes doivent préciser les faits de l'affaire et comporter une question précise, et être accompagnée de tous les documents et traductions nécessaires. Si l'étude de Rodger et van Doorn a pris note du coût élevé des traductions, l'étude de Desch indique qu'une mauvaise qualité des traductions rend plus difficile la réponse aux questions reçues.
- Un répertoire clair et complet des organes de réception devrait être mis à disposition et les États devraient vérifier et communiquer les renseignements à mesure de leur mise à jour.
- Les demandes devraient indiquer le système juridique en cause lorsque l'organe de réception est situé dans un État disposant de multiples systèmes de droit.
- Les demandes et réponses devraient se limiter au droit interne, en dépit de liens croissants avec le droit international et communautaire, relevant d'autres instruments.
- Les dates-limites de réponse devraient être strictement respectées et les organes de transmission devraient indiquer le degré d'urgence dans les demandes. En pratique, le délai de réponse va de trois à huit semaines et des attentes dépassant 12 mois ont été signalées.
- Des mécanismes devraient être introduits pour identifier et prévenir les retards excessifs.
- Les questions devraient être limitées à celles nécessitant des renseignements brefs sur des points précis.

63. Recommandations concernant l'aspect systémique de la Convention de Londres

- La question des frais a besoin d'être clarifiée. L'article 6(3) de la Convention ainsi que l'article 15(1) indiquent que lorsque l'organe de réception transmet la demande à un organisme privé ou à un juriste qualifié chargé de rédiger la réponse et que cela est susceptible d'entraîner des frais, l'organe de réception est tenu d'informer l'autorité

---

[73] L'article 3(1) de la Convention de Londres dispose que « La demande de renseignements devra toujours émaner d'une autorité judiciaire, même si elle n'est pas formulée par celle-ci. Elle ne pourra être formée qu'à l'occasion d'une instance déjà engagée. » La Convention de Montevideo est donc susceptible d'une application plus large que la Convention de Londres.

[74] Le Bureau Permanent n'a à sa disposition aucune étude sur le fonctionnement de la Convention de Montevideo.

[75] B.J. Rodger et J. van Doorn, « Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention » (1997) 46 *I.C.L.Q.* 151. Les États ayant présenté des réponses sont les suivants : Allemagne, Autriche, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie.

[76] E. Desch, « Étude de bonnes pratiques pour la mise en œuvre de la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger », (Strasbourg : CDCJ, 2002) en ligne : CDCJ, Documents 2003 < http://www.coe.int./T/F/Affaires_juridiques/Coopération_juridique/Comités_directeurs/CDCJ/Documents/ > (au 20 février 2007).

requérante aussi précisément que possible sur les frais encourus et de lui demander son accord. Il est recommandé qu'une clarification soit apportée quant à savoir si les droits réclamés par d'autres organismes administratifs sont admissibles à titre de frais.

- Les personnels juridiques, et notamment les magistrats, devraient être formés à rédiger les questions et y répondre.
- La publicité concernant les avantages de la Convention devrait être développée.
- Il faudrait désigner un correspondant que les organismes de transmission ou de réception pourraient contacter.
- La possibilité de transmettre les demandes par courrier électronique devrait être étudiée.
- Des renseignements devraient être réunis et des liens créés vers les sites nationaux et internationaux fournissant des renseignements recherchés au moyen des demandes en vertu de la Convention.
- Le texte de la Convention devrait être conservé, car il établit un équilibre efficace entre les intérêts des États de transmission et de réception.

64. Observations et recommandations concernant le rôle théorique de la Convention de Londres en droit international privé

- La Convention reste très séduisante comme mécanisme de fourniture de renseignements impartiaux en matière de droit étranger, notamment dans un contexte accusatoire.
- La Convention pourra apporter un avantage économique aux plaideurs, qui pourraient autrement avoir à rémunérer un expert pour témoigner du droit étranger.
- Les traités bilatéraux restent utilisés pour définir les circuits d'échange par rapport à la Convention.
- Il faudrait développer une démarche plus internationale dans les ressorts où la preuve du droit étranger et les principes du droit international privé sont généralement appliqués avec réticence.

65. Le Bureau Permanent se réjouit d'une exploration plus approfondie de ce domaine important et intéressant du droit lors de la réunion d'experts.