

Le besoin à l'échelle mondiale d'accéder au contenu du droit étranger

Evaluation sur la base d'études empiriques – Etude relative au droit étranger et perspectives pour l'avenir à l'échelle européenne

par Daria SOLENIK*

1. Les objectifs et la méthodologie

En Novembre 2009, la Commission européenne a mandaté l'Institut suisse de droit comparé pour réaliser une étude sur le « *Droit étranger et ses perspectives d'avenir au niveau européen* » (JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4). **L'objectif du projet** était double : d'une part, étudier « la manière dont est pris en compte le droit étranger par les différentes juridictions » ; d'autre part, mesurer dans chaque Etat membre l'implication des juridictions à mettre en pratique le règlement «Rome II » concernant le droit étranger.

Achevée en mai 2011, l'étude se compose de **trois parties** : une analyse juridique ; une analyse empirique, et des recommandations. Les résultats de l'analyse empirique présentent un intérêt particulier pour la présente session : elles offrent une perspective sur le besoin d'accéder au contenu du droit étranger à l'échelle européenne (2) et permettent d'évaluer la mesure dans laquelle cette demande peut être satisfaite (3).

L'étude a été menée dans l'ensemble des **27 Etats membres** sur une période de **18 mois** auprès des autorités judiciaires et non-judiciaires directement confrontées au besoin d'accéder au droit étranger. Les participants ont été sélectionnés selon la **méthode de l'échantillonnage ciblé** (« *purposive sampling*») sur le critère de leur spécialisation dans les affaires transfrontières. L'étude ciblait plus particulièrement les catégories professionnelles suivantes : juges, avocats, notaires, agents d'exécution et officiers d'état civil. La méthode choisie visait une **représentation adéquate des systèmes judiciaire et administratif** de l'Etat membre et tenait compte de la **répartition géographique** des services concernés. Les données empiriques recueillies sont l'aboutissement de **576 interviews** menées sur la base d'un questionnaire standardisé.

2. L'évaluation du besoin d'accès au droit étranger

2.1. La fréquence du recours au droit étranger

En général, la part de l'activité mettant les professionnels au contact du droit étranger apparaît relativement **peu importante**. Plus de la moitié des professionnels interrogés¹ (« PI »)

indiquent que la part des « cas internationaux » occupe moins de 25% de leur travail quotidien.

Cette « tendance » est cependant contrebalancée par une autre : dans un tiers des Etats membres², cette part s'élève à plus de 75% pour une partie significative des PI. Cela témoigne de l'émergence d'une **catégorie professionnelle spécialisée** dans le traitement des affaires transfrontières.

2.2. Le contexte et le type d'affaires où ce recours est le plus fréquent

Le besoin de recours à un droit étranger intervient aussi souvent dans le **contexte contentieux**, que dans le **contexte non-contentieux**.

Certains **types d'affaires** sont plus exposés au droit étranger ou incitent plus fortement à consulter un tel droit. Il s'agit du droit de la famille, des successions et du droit commercial (comprenant le droit des contrats)³. Ces trois domaines de droit sont couverts par le régime de la **libre circulation des personnes, des marchandises et des services** dans l'UE, ce qui est naturellement générateur d'affaires « transfrontières ». En effet, l'application du droit étranger est un facteur majeur de la libre circulation des personnes, des marchandises et des services au sein de l'UE. La jurisprudence de la CJUE qualifie d'« entrave » toute mesure nationale qui « empêche ou dissuade le ressortissant d'un Etat membre de quitter son pays d'origine pour exercer son droit à la libre circulation »⁴. Le droit étranger n'échappe pas à cette règle. Deux hypothèses sont à distinguer : la première, lorsque l'application du droit étranger gêne la libre circulation, et la seconde, lorsque cette application a pour effet de la stimuler.

- Le recours au droit étranger est susceptible d'être qualifié d'entrave, dès lors qu'il rend l'activité transfrontière plus onéreuse ou moins attrayante⁵. L'application du droit étranger serait alors écartée comme incompatible avec le droit communautaire. L'étude confirme cette hypothèse : les juges interrogés ont tendance à ne pas appliquer le droit étranger, lorsque cela est contraire aux attentes légitimes des parties, ou encore lorsque cela engendre une charge financière démesurée.
- Le recours au droit étranger est à l'inverse reconnu conforme au régime de la libre circulation, dès lors qu'il ne gêne pas l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité. *A fortiori*, lorsque l'application du droit étranger a pour effet de stimuler cet exercice, son application est susceptible d'être facilitée. L'étude confirme cette hypothèse : les juges interrogés ont tendance à investir plus d'efforts procéduraux lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit d'un autre Etat membre⁶.

2.3. La tendance au cours des cinq dernières années

Sur l'ensemble des réponses recueillies, 40% font état d'« **une augmentation modérée** » du nombre de cas soumis au droit étranger au cours des 5 dernières années.

Au sein de **certains Etats membres**, en particulier en Autriche, en Espagne, en Estonie et en Lituanie, cette augmentation est fortement ressentie.

En revanche, une certaine **stagnation** est observée d'autres Etats, comme en Hongrie, aux Pays-Bas, au Portugal, au Royaume-Uni, et en Slovaquie. Ces Etats correspondent le plus souvent aux Etats traditionnellement exposés aux facteurs internationaux. Dans les Etats membres où cette seconde tendance est la plus forte, plus des deux tiers des PI n'observent aucun changement.

Ces deux tendances constatées s'opèrent selon la **catégorie professionnelle**: le besoin de recours au droit étranger est ressenti plus fortement chez les **avocats** que chez les **juges**. La majorité des PI, toutes professions confondues, s'attendent à une évolution **à la hausse** de ce besoin dans les prochaines années.

3. Les réponses au besoin d'accès au droit étranger

Si, comme nous l'avons vu, la part de l'activité mettant les professionnels au contact du droit étranger apparaît relativement peu importante, nous avons constaté **une demande grandissante** d'accès au droit étranger dans la majorité des Etats membres et parmi toutes les catégories professionnelles. Nous avons donc tenté d'évaluer si les moyens d'accès à ces informations étaient **adéquats à la demande**.

A cet égard, il est intéressant de noter que plus de 60% des PI évoquent **la nécessité d'améliorer le système** existant d'accès au droit étranger. L'étude s'attache à en déceler les raisons.

3.1. L'inadéquation des moyens d'accès au droit étranger

3.1.1. Les moyens disponibles d'établissement de contenu du droit étranger

Au regard des réponses recueillies, l'étude conclut que les droits étrangers sont **plus accessibles qu'auparavant**. Cependant, l'accès aux **informations de qualité** demeure toujours synonyme de **frais accrus et de délais rallongés**. Voici les moyens d'information les plus utilisées, présentés par ordre décroissant de popularité :

a. L'Internet constitue le moyen d'information privilégié pour 77% des PI⁷. C'est à l'Internet que le droit étranger doit son **accessibilité accrue** : la toile a le mérite de « démocratiser » l'accès au droit étranger, de le « rapprocher » de l'utilisateur non-professionnel... Cependant, l'accès au droit étranger aujourd'hui se conçoit non seulement en termes de célérité, mais surtout en termes de qualité. La connaissance de droit étranger est forcément une **connaissance experte**. Pour cette raison, l'Internet est inapte à satisfaire, à lui seul, la demande d'accès au droit étranger et il ne devrait être considéré que comme un moyen accessoire.

b. Les fonds documentaires nationaux constituent la deuxième source la plus populaire⁸. L'étude constate une tendance d'accumulation des informations juridiques étrangères au niveau national. Cette tendance est notamment observée en Allemagne, à Chypre ou aux Pays-Bas. Dans l'ensemble de l'Union, l'importance des « bibliothèques nationales de droit étranger » est toutefois inégale ; on leur reproche leur caractère incomplet, un manque de mise à jour et une trop lente acquisition des données.

c. Le recours à un expert étranger constitue le troisième moyen privilégié⁹ même si les systèmes nationaux de procédure n'autorisent pas tous cette démarche¹⁰ et si les coûts de tels services sont parfois dissuasifs.

d. L'échange d'informations juridiques entre collègues de différents Etats (« *peer-to-peer exchange* ») reçoit également un traitement très variable¹¹. La constitution et l'utilisation de réseaux professionnels transfrontières peer-to-peer n'en est qu'à ses débuts : plus de 20 % des PI indiquent ne jamais y avoir recours et 40% le font rarement ou occasionnellement.

e. **Les bases de données payantes** à usage professionnel sont très faiblement utilisées, justement en raison de leur coût¹². La situation s'avère différente pour certains Etats membres dont le système juridique entretient des liens forts avec un autre : un accès expert au droit étranger « affilié » y est indispensable pour le bon fonctionnement de leur propre droit. L'usage des bases de données étrangères y est alors plus fréquent¹³.

3.1.2. Les mécanismes de coopération internationale aux fins d'accès au droit étranger

a. **La transmission par voies diplomatiques, auparavant privilégiée**, souffre d'un net recul¹⁴. Les principales raisons en sont la lenteur des procédures (67%), le caractère très général des informations recueillies et la nécessité de recourir par la suite à des moyens et à des coûts supplémentaires¹⁵.

b. **La coopération bilatérale et multilatérale** manque clairement de **visibilité** parmi les parties prenantes : plus de 40% des PI déclarent ne jamais avoir recours à des mécanismes de coopération bilatérale, faute de les connaître. La même observation¹⁶ vaut pour la Convention de Londres du 7 juin 1968. Le manque de connaissance de la Convention est à l'origine de craintes souvent infondées quant au **délai de traitement de requêtes**¹⁷ : 37% des PI dans l'ensemble de l'UE indiquent la lenteur de la Convention comme le principal facteur décourageant son usage¹⁸.

3.2. Les pratiques d'éviction du droit étranger

L'une des réactions les plus fréquentes aux difficultés d'accès au droit étranger est la pratique d'**éviction de ce droit**. Cette pratique permet également de minimiser, voire d'éviter les risques d'erreur lors de l'application d'un droit inconnu. Vus les attraits qu'elle représente, cette pratique a fait l'objet d'une attention particulière dans l'étude.

55% des PI prétendent ne jamais éviter l'application ou la référence au droit étranger. Ce résultat pourrait s'expliquer par la sanction encourue dans la plupart des Etats membres en cas d'éviction injustifiée du droit étranger par le juge. Elle pourrait aussi être partiellement biaisée si certains professionnels minimisaient leur recours à cette pratique.

En effet, d'autres PI, un peu **plus de 35%** d'entre eux, admettent éviter le recours au droit étranger, malgré les interdictions légales existantes¹⁹. Les **principales raisons** en sont la **difficulté d'accès** de ce droit étranger et la **volonté des justiciables** de ne pas se voir appliquer ce droit²⁰. Les justiciables européens rechignent à supporter les frais et les rallongements de délais liés à la recherche du droit étranger, sauf dans les cas où ils y trouvent un intérêt particulier. Cependant, les cas de recours conscient et assumé au droit étranger paraissent bien rares, surtout chez les justiciables non-professionnels.

Les **avocats** qui accueillent, en premier lieu, les potentiels justiciables sont en effet les mieux placés pour mesurer **la demande réelle en droit étranger**. Aussi, ce sont eux qui contribuent le plus à instiguer cette demande ou, au contraire, à la décourager. Ils sont les premiers à informer les clients de « l'internationalité » de leur situation, de l'applicabilité du droit étranger et des conséquences juridiques et pratiques que cela implique. A cet égard, l'étude montre que c'est bien chez les avocats que le besoin de recours au droit étranger est ressenti **le plus fortement**. Cette demande **baisse nettement à l'étape contentieuse**, devant les juges. L'explication de cette tendance se trouve dans le fait que les avocats contribuent à « **neutraliser** » les **affaires potentiellement internationales**, en conseillant notamment de choisir le droit du for. Certains déclarent même conseiller activement leurs clients d'occulter

les éléments d'extranéité du dossier. L'application du droit étranger est **déconseillée** soit sans raison spécifique, soit parce que l'investissement pour la recherche de ce droit dépasse largement l'enjeu de litige. La majorité des « **petits litiges** » (notamment, ceux de la consommation) échapperait ainsi à l'application du droit étranger du lieu de résidence de consommateur.

3.3. *Le traitement réservé au droit des autres Etats membres de l'UE*

La situation peut être **différente**, lorsque le droit étranger est celui d'un Etat membre. En effet, plus d'un tiers de PI indiquent lui réserver « **un traitement spécial** » (ou **préférentiel**). Les raisons les plus invoquées sont:

- Les devoirs de reconnaissance mutuelle et de coopération découlant du Traité ;
- L'accès plus facile à l'information juridique grâce au Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale
- La proximité géographique et/ou linguistique

Les PI qui déclarent pratiquer « ce traitement préférentiel » sont tous **juges**. Cela montre que dans l'UE, la coopération aux fins d'accès au droit étranger est à ce jour surtout judiciaire. Les échanges directs dans d'autres corps professionnels sont encore peu pratiqués.

* Collaboratrice scientifique à l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne ; Maître de conférences à l'Université européenne de sciences humaines, Vilnius.

¹ Dans tous les Etats membres, sauf au Luxembourg.

² Autriche, Espagne, Finlande, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Roumanie, Royaume-Uni, Suède

³ Dans une bien moindre mesure, sont mentionnés le droit pénal et la CEDH.

⁴ CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93, Rec. p. I-04921, pt. 96 ; adde 7 mars 1991, Masgio, C-10/90, Rec. p. I-1119, pts. 18 et 19.

⁵ V. *mutatis mutandis*, CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-04165, pt. 37 ; 31 mars 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32.

⁶ V. *infra*, para. 3.3.

⁷ Dans la mesure de la disponibilité des sources officielles

⁸ 40% de réponses positives.

⁹ 35% de réponses positives.

¹⁰ Il s'agit ici des divergences sur le point de l'admissibilité au procès d'expertise sur les points de droit étranger

¹¹ Les professionnels dans certains Etats Membres sont très réfractaires à utiliser cette possibilité : 80% de réponses négatives en Pologne et en Lettonie ; 50% de réponses négatives en Allemagne et au Royaume-Uni. La tendance opposée est observée en Hongrie, avec 52% de réponses positives.

¹² 65% des PI déclarent de ne jamais y avoir recours.

¹³ E.g. Chypre (50% de réponses positives), Luxembourg (45%), Portugal (40%), République tchèque(40%), Suède (36%).

¹⁴ Seulement 20% des PI indiquent utiliser ce moyen procédural « fréquemment » ou « très fréquemment ». Plus de 50% des PI déclarent de ne plus jamais y avoir recours.

¹⁵ Dans certains Etats, la coopération diplomatique demeure le moyen privilégié d'accès au droit étranger, malgré tous les inconvénients évoqués : Bulgarie, Chypre, Danemark, Grèce, Hongrie, Pologne, République tchèque, Slovaquie

¹⁶ 65% de réponses positives.

¹⁷ Le délai est évoqué comme facteur décourageant son utilisation dans tous les Etats membres, à l'exception de la France, de l'Irlande, de l'Italie, à Malte, et au Portugal.

¹⁸ Il est à noter, cependant, que selon les études récentes des meilleures pratiques, ce délai est en moyenne proche de 6 à 8 semaines – délai tout à fait comparable à celui nécessaire pour l'établissement d'un avis de droit par un expert. Ainsi, les craintes quant à l'efficacité de la Convention ne correspondent pas forcément à la réalité. En revanche, le manque de visibilité de la Convention, dans le milieu judiciaire, paraît être le « meilleur ennemi » de son efficacité.

¹⁹ Une petite minorité des PI admet même le pratiquer « fréquemment » ; le reste d'entre eux indiquent qu'ils le font « de temps en temps » ou « rarement ».

²⁰ Souvent exprimée sous forme d'« accord procédural » au profit du droit du for.