

1. Parmi les activités professionnelles diverses du dédicataire de ces lignes, celle de témoin-expert en droit français, devant des tribunaux étrangers ou arbitraux, n'est certainement pas la plus connue. Elle l'a cependant, ainsi qu'il nous l'a confié, vivement intéressé. De fait, rien peut-être n'est plus difficile que d'exposer à des juristes formés dans un autre système ce que l'on croit être la vérité de son droit national ... surtout lorsque un collègue présenté par la partie adverse soutient avec une égale conviction la thèse diamétralement opposée, et qu'un avocat habile tente de vous amener à confesser une omission ou une imprécision, voire à vous mettre en contradiction avec vos propres écrits.

Est-ce d'ailleurs là, pour un juge ou pour un arbitre, la meilleure façon de découvrir la teneur véritable du droit applicable, pour un étranger? Peu de praticiens anglais semblent en douter, et le procédé est le plus couramment utilisé dans l'arbitrage international. Pourtant d'autres méthodes ont cours sur le Continent: le juge italien se livre à ses propres recherches, le juge allemand de même, à moins qu'il ne s'adresse à un centre de droit comparé, le juge français demande l'assistance du Ministère de la Justice ou se fie à des certificats de coutume produits par les parties, sauf dans de rares cas où il nomme un expert. Il est difficile d'évaluer et de comparer les mérites de ces solutions. La méthode de common law a pour avantage de permettre aux parties de développer pleinement leur propre argumentation, mais le Français sceptique doutera tant de la sincérité des experts rémunérés par les parties que de la capacité du juge à découvrir la vérité au travers d'affirmations contradictoires, dans un ordre juridique qui obéit à des logiques différentes de celles du droit qu'il connaît. A fortiori le certificat de coutume, dont l'auteur ne voit pas sa crédibilité testée au cours d'une audience, doit-il susciter une grande méfiance; mais quelle économie de temps pour le juge, et d'argent pour les parties! La recherche personnelle par le juge (qui n'exclut d'ailleurs pas l'assistance de tiers) est conforme à l'adage *jura novit curia* ; mais elle peut frustrer les parties de leur désir de défendre leur position. Un expert indépendant, nommé par le juge, est en apparence rassurant. Mais, s'il est un comparatiste et non un juriste véritablement formé dans le système juridique, dont les règles doivent être exposées, peut-on se fier aveuglément à lui? Et dans le cas contraire ne va-t-il pas, selon une tendance constante chez les experts en tous domaines, présenter comme vérité établie ce qui n'est que son opinion personnelle?

2. Ces questions suscitent peu l'attention de la doctrine, surtout dans les pays où les internationalistes négligent les aspects pratiques au profit de l'analyse théorique. Elles sont pourtant fondamentales. Si la règle, telle qu'appliquée par le juge, n'a qu'une faible chance de coïncider avec celle qui est réellement en vigueur à l'étranger, mieux vaut s'en tenir à la loi du for, voire, comme en Angleterre, se déclarer *forum non conveniens*.

Le rôle que devraient, de *lege ferenda*, jouer les divers procédés de preuve retenus ici et là, dépend tant de considérations générales (I) que de considérations propres à chaque procédé (II).

(...)

2. Les certificats de coutume

18. Ce procédé est accueilli en particulier dans la pratique judiciaire française. Les parties, ou une seule d'entre elles, font appel à une personne de leur choix, qui rédige un document établissant le contenu du droit étranger. Le plus souvent le certificat est demandé à un juriste d'une certaine notoriété, avocat ou professeur de droit par exemple. Il est bon qu'il comporte en annexe les éléments de droit étranger sur lesquels il se fonde.

S'il est bien fait, le certificat de coutume indique clairement au juge les bases juridiques qui lui permettront de résoudre le litige. C'est incontestablement un procédé qui représente pour les parties un coût bien moindre que celui que pratiquent les Anglais.

Le risque, ici, est évidemment celui de la partialité de l'auteur du certificat. Il est rare que celui-ci se considère comme un auxiliaire de la justice, tenu de dire la vérité, et même toute la vérité ... c'est-à-dire, par exemple, de citer non seulement les arrêts favorables à la thèse de la partie qui l'a choisi et qui le rémunère, mais également les arrêts défavorables. À supposer même que neuf sur dix des juristes susceptibles d'être sollicités par une partie aient une conception exigeante de leur rôle, qui les conduirait à émettre une opinion défavorable ou très nuancée, ce n'est pas cette opinion qui sera produite, mais celle du dixième juriste. Et, sauf s'il s'agissait de soutenir des énormités, il ne sera pas souvent nécessaire d'effectuer dix tentatives ...

Le salut réside en théorie dans le principe de la contradiction. Si le certificat produit par une partie dissimule les aspects du droit étranger qui lui sont défavorables, l'autre partie produira son propre certificat. Cependant, le système reste imparfait. L'absence de contre-certificat ne signifie pas toujours que le certificat produit soit rigoureusement exact. Pour des raisons diverses, les avocats négligent souvent d'en solliciter l'établissement, qui peut d'ailleurs être onéreux. Inversement, la présence de deux certificats oblige le juge à trancher avec ses seules lumières entre des affirmations contradictoires; faute de procédure qui lui permette de pousser plus loin ses investigations, il retiendra souvent la version qui lui paraîtra la plus conforme à sa propre façon de voir les choses, autrement dit celle que consacre la loi française. En tout cas il ne consacrera pas une solution qui lui paraîtrait injuste.

C'est probablement cela qui rend le système acceptable à ses yeux. Comme on l'a vu (supra n° 8), l'erreur sur le contenu du droit étranger ne se traduit pas, normalement, par une injustice substantielle. Il n'empêche que, sur le plan de la justice procédurale, le procédé est indéfendable. Chaque partie a droit à l'application du droit étranger compétent, ce qui implique la possibilité de recourir à des procédés de preuve apparemment fiables. Les certificats de coutume ne le sont pas. Contrairement au système de common law avec lequel il coïncide partiellement - dans la mesure où les expert-witnesses rédigent des expert reports assez comparables aux certificats de coutume - le système français ne fournit ni une incitation aux auteurs des certificats à dire la vérité, toute la vérité, ni un moyen au juge pour détecter les mensonges. La cross-examination, comme on le verra, fournit les deux, mais elle n'est pas concevable en France.

19. Une variante plus rassurante du certificat de coutume est le document qu'une partie demande à une autorité officielle de lui fournir. Cette autorité peut être un consulat du pays étranger. Le fonctionnaire qui rédige le document n'a pas de raison d'être partial, et il a accès directement à la

documentation juridique de son pays. Mais le certificat consulaire est en général très succinct, se bornant à reproduire les textes pertinents sans les expliciter ni mentionner la jurisprudence; il est donc rarement suffisant.

Dans certains pays existent des centres de droit comparé qui peuvent également effectuer la recherche et fournir une information plus complète, et également non suspecte de partialité. Le procédé présente cependant certaines faiblesses, qui seront évoquées à propos de l'hypothèse où c'est le juge qui recourt aux services de ces institutions (v. infra n° 23).

P. Mayer, Les procédés de preuve de la loi étrangère, Mélanges J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 617 et s., spéc. p. 618, 627, 628