

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (DIP)

464

3 questions à : Gustavo Cerqueira

Le certificat de coutume : un moyen efficace pour établir la teneur d'un droit étranger



Le 12 avril 2022 se tiendra au Conseil supérieur du notariat un colloque dédié au *Certificat de coutume, Pratiques en droit des affaires internationales*, en partenariat avec LexisNexis. Gustavo Cerqueira, professeur à l'université de Nîmes, président de la section Méthodologie comparée du droit civil et de la section Amérique latine – SLC, co-directeur scientifique de l'événement, décrypte ce certificat permettant d'attester par écrit de la teneur d'un droit étranger.

1 Le certificat de coutume est un instrument peu, voire mal connu en droit des affaires. Pouvez-vous présenter l'intérêt de son utilisation pour les praticiens ?

La nécessité d'établir la teneur d'un droit étranger peut surgir à tout moment. Pendant la négociation d'un contrat international, les parties souhaiteront souvent connaître un droit étranger. Par exemple, il peut s'agir du droit du pays d'exécution de l'opération envisagée pour évaluer sa viabilité et, par conséquent, la conclusion du contrat. Pendant cette phase encore, cette connaissance peut faciliter l'accord sur la loi applicable. Durant l'exécution du contrat, la compréhension du droit applicable permettra aux parties de s'y conformer pour éviter tout litige. Dans un contentieux, l'établissement du contenu du droit étranger relève de l'office du juge et permet à l'arbitre d'accomplir sa mission.

Dans cette large perspective, le certificat de coutume présente un intérêt certain, car il atteste de la teneur d'un droit étranger pris dans toutes ses composantes (législative, jurisprudentielle, coutumière, doctrinale). En France, il est un moyen de preuve de la loi étrangère devant le juge, les autorités de régulation, les officiers publics dont le notaire. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation témoigne de sa force hautement probante (Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-10.579 : *JurisData* n° 2020-018272).

S'il doit permettre la compréhension du droit étranger, le certificat de coutume ne constitue pas une opinion sur la résolution du litige

selon ce droit. Là demeure son principal atout : fournir un exposé objectif et complet de l'état du droit étranger permettant aux praticiens de construire ses propres analyses, stratégies et argumentaires.

Certes, la fiabilité du certificat peut parfois être contestée devant les autorités en raison d'une double insuffisance qu'il peut receler quant au droit attesté lorsqu'il est émis par une autorité publique, et quant à l'impartialité lorsqu'il est émis par une personne privée. Pourtant, ces critiques ne sont pas rédhibitoires. Outre la conjugaison avec d'autres moyens d'établissement du contenu du droit étranger en cause, le certificat de coutume n'échappe pas à la discussion contradictoire et à la liberté d'interprétation de l'autorité devant laquelle il est produit. Surtout, lorsqu'il sollicite un certificat de coutume, le praticien devrait veiller à formuler les questions de façon à obtenir des données objectives sur le droit étranger.

2 Attestant d'un droit étranger par écrit, il est source de responsabilité pour le rédacteur mais également pour les parties ou encore l'exécutant. Est-ce alors un outil risqué ?

Oui, il existe un risque que la responsabilité, que ce soit celle du rédacteur, du conseil des parties ou du notaire faisant usage d'un certificat, soit mise en cause. Preuve en est que les personnes privées habituées à rédiger des certificats de coutume souscrivent souvent une assurance couvrant cette activité particulière. L'existence de cette res-

pensabilité constitue, en même temps, un redoutable garde-fou contre les approches tendancieuses.

Cela dit, le sérieux dans l'établissement et dans le traitement du certificat de coutume diminue le risque pour la personne concernée de voir sa responsabilité engagée. Ainsi, la détermination claire de l'objet du certificat, le choix d'un rédacteur compétent, l'exposé objectif et complet du droit étranger et, bien sûr, les réserves d'usage en cas de doute devraient éloigner le risque d'une faute aussi bien du demandeur que de l'auteur du certificat. Aussi le praticien, notamment dans le cadre d'un contentieux, doit apprécier l'intérêt et la façon d'utiliser le certificat. Les autorités, quant à elles, pourront toujours refuser toute valeur à un certificat douteux ou solliciter, en cas d'insuffisance, qu'il soit éclairci ou complété. Par ailleurs, en présence d'un certificat consistant, il suffira aux autorités d'en respecter le sens afin d'éviter toute dénégation.

3 Doit-on le réformer ?

Il est permis d'hésiter entre réforme ou création d'un véritable régime juridique. En effet, le certificat de coutume relève d'une pratique hétérogène tant sur le plan de son établissement que de son traitement. À l'heure des débats sur une future codification du droit international privé français et de la volonté des auteurs de l'avant-projet provisoire de légiférer sur la détermination du contenu du droit étranger, les réflexions sur la pratique du certificat de coutume dans le domaine des affaires internationales pourraient révéler d'importantes et de bonnes pratiques à prendre en compte de *lege ferenda*.

La véritable plus-value de la rencontre du 12 avril réside ainsi dans la volonté de lever le voile sur le certificat de coutume et de parvenir à la formulation de propositions concrètes par les acteurs essentiels en la matière.

PROPOS RECUEILLIS PAR TIPHAIN DUCROCQ