
1^{ère} commission*

La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé

Substitution and principle of equivalence in Private International Law

Rapporteur : Erik Jayme

* La commission était composée de MM. Bucher, El-Kosheri, Gannagé, Mme Gaudemet-Tallon, MM. Lagarde, Lipstein, MM. Marotta Rangel, Moura Ramos, Sir Peter North, Mme Pérez Vera, MM. Picone, Pocar, Struycken, Vischer.

Aux termes du code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit sans le consentement de l'auteur ou de ses ayant droits ou ayant causes, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

L'autorisation d'effectuer des reproductions pour un usage autre que strictement personnel doit être obtenue auprès des Editions A.Pedone 13 rue Soufflot - 75005 Paris - France - Tél. : 00 33 (0)1 43 54 05 97 Email : soufflot@apedone.net. Cette autorisation peut être obtenue par courriel soufflot@apedone.net

All rights reserved.

No part of this publication may be translated into other languages, reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, microcopying, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Copyright by Editions A.Pedone, 13 rue Soufflot - 75005 Paris - France - Tél. : 00 33 (0)1 43 54 05 97 email: soufflot@apedone.net; Copyright can be obtain by an email to Editions A.Pedone soufflot@apedone.net

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : ***Substitution and principle of equivalence in Private International Law***

I. Exposé préliminaire et questionnaire

1. Notion

La question de la substitution se pose surtout lorsque les règles de conflits, dans une situation ayant des éléments d'extranéité, ont déjà déterminé la loi substantielle applicable. Cette loi présuppose, par exemple, l'intervention du notaire pour la stipulation des contrats de vente d'un immeuble. Si l'immeuble est situé dans l'État du for, on peut se demander si au notaire de cet État peut être substitué un notaire étranger de manière à ce que les parties puissent conclure un contrat formellement valable hors du pays où se trouve l'immeuble en question. La réponse à cette question de substitution peut dépendre du fait que le notaire étranger exerce sa profession d'une manière équivalente à celle de l'État dont la loi substantielle est applicable¹. Ce problème se pose aussi dans plusieurs contextes, notamment en matière de succession² et de droit des sociétés³. On peut ajouter le problème de la « *procura litis* » faite devant un notaire étranger où se pose la question de savoir si la loi du for, comme loi applicable à la procédure civile, admet ou non la substitution au notaire du pays du for d'un notaire étranger⁴.

A) Il y a trois possibilités de traiter la question de la substitution :

i) On peut refuser complètement la substitution à une autorité de l'État du for d'une autorité étrangère. En suivant cette théorie les juges allemands ont refusé de reconnaître comme valable les contrats de transfert d'un immeuble situé en Allemagne passés devant un notaire étranger⁵. Cette solution fut justement critiquée par la doctrine⁶.

ii) Deuxièmement, on peut admettre la substitution pourvu que le notaire étranger puisse assumer les fonctions d'un notaire allemand d'une manière équivalente. C'est la solution de la Cour Fédérale allemande en matière de

¹ C'est la solution de la Cour fédérale allemande en ce qui concerne la modification du statut d'une société allemande à responsabilité limitée devant un notaire de Zurich en Suisse : BGH, 16.2.1981, BGHZ 80, 76.

² Voir Franz Leopold / Barbara Roland / Cathrin Caspary, « Die Gültigkeit eines Erbvertrages nach österreichischem Recht bei Beurkundung durch einen deutschen Notar », *Österreichische Notariatszeitung* 2005, p. 193.

³ Voir Jochem Reichert et Marc-Philippe Weller, « Geschäftsanteilsübertragung mit Auslandsberührung », *Deutsches Steuerrecht* 2005, p. 219, 221 – 222.

⁴ OGH (Autriche), 4.10.2004, *ÖJZ* 2005, pp. 272 s.

⁵ LG Ellwangen, 26.11.1999, *IPRspr.* 1999 Nr. 24, p.57 (notaire à Bâle).

⁶ Voir Ulrich Spellenberg, « Zur Ersetzbarkeit deutscher notarieller Formen im Ausland », dans Reinhold Geimer (ed.), *Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, München 1999, p. 887 ss., p. 897.

1^{ère} commission : La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé
1st commission : *Substitution and principle of equivalence in Private International Law*

contrats relatifs à des sociétés, surtout s'il s'agit d'un notaire du Canton de Zurich en Suisse qui est considéré selon son éducation et son expérience professionnelle comme équivalent à un notaire allemand. D'autre part la Cour de cassation italienne n'a pas reconnu une « *procura litis* » faite devant un notaire français parce qu'il manquait une procédure notariale équivalente à celle de la loi italienne applicable comme loi du for régissant la procédure.⁷ En outre, le « *notary public* » du droit des États-Unis n'est pas considéré comme l'équivalent du notaire de type « latin ».⁸

iii) On peut, finalement admettre, en principe, la substitution, mais l'on peut refuser de reconnaître, pour certaines matières sensibles, la possibilité de recourir à la substitution.

B) Règles de conflit de lois et substitution. Les mêmes problèmes se posent s'il s'agit de l'interprétation d'une règle de conflit. Prenons l'exemple de l'article 9, al. 1^{er}, de la convention de Rome du 19 juin sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 :

« Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu ».

Il va de soi que la loi du lieu de la conclusion devra connaître et admettre le contrat que les parties veulent stipuler pour mettre en oeuvre la règle « *locus regit actum* ». Prenons l'exemple de la promesse de vente du droit brésilien : la question se pose de savoir si les parties peuvent conclure un tel contrat relatif à un immeuble situé au Brésil en Allemagne où le code civil ne règle que la forme de la vente elle-même (§ 311 b 1er paragraphe du BGB)⁹, laquelle, d'autre part, aura un caractère seulement obligatoire, tandis que, en droit brésilien, la vente a des effets translatifs.¹⁰

⁷ Cass. civ., 12.7.2004, n. 12821, *Il corriere giuridico* 2005, p. 233 (il manquait – selon la Cour - en droit français une institution juridique équivalente à “l'autenticazione” du droit italien). Voir la critique de Emanuele Calò, « Sulla procura alle liti rilasciata all'estero: un singolare arrocco della II sezione », *Il corriere giuridico* 2005, 234 ss.

⁸ Voir Albert A. Ehrenzweig et Erik Jayme, *Private International Law*, vol. III, Leyden 1977, pp. 51-52.

⁹ Pour l'application de cette règle par analogie à la promesse de vente, voy. BGH, 18.12.1981, *BGHZ* 82, p. 398, 403.

¹⁰ Si une des parties est mariée et la loi applicable au régime matrimonial n'est pas la loi brésilienne, des problèmes analogues émergent pour la question du consentement de l'époux, voir Erik Jayme, « Zur Anwendung des § 1365 BGB bei ausländischem Geschäftsstatut », *Festschrift für Dieter Henrich*, Bielefeld 2000, p. 335

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

Dans la pratique, le problème de la substitution concerne surtout certains actes juridiques du droit de la famille et des successions. Le *Kammergericht* Berlin devait statuer sur la validité du consentement de l'épouse d'un citoyen de Guinée Équatoriale à l'adoption du mari par un allemand¹¹. Ce consentement fut exprimé devant un notaire en Ukraine. Il s'agissait de l'adoption d'une personne adulte. Selon le droit international privé allemand, la loi applicable était la loi allemande comme loi de la nationalité du futur père adoptif et, en ce qui concerne le consentement de l'enfant et des membres de sa famille, cumulativement, la loi nationale de l'enfant adoptif. La loi ukrainienne ne connaît que l'adoption des mineurs et, pour cela, ne prévoit pas le consentement de l'époux de l'enfant adoptif. Le *Kammergericht* décida que le consentement donné en Ukraine n'était pas valable. La réaction de la doctrine était divisée¹².

À mon avis, il faut distinguer deux questions. Quant à la forme du consentement, il y a deux alternatives. La loi régissant l'adoption était, en premier lieu, la loi allemande qui prescrit pour le consentement la forme notariale. Cette forme n'était pas remplie, parce que le notaire ukrainien avait seulement certifié la signature de l'épouse qui avait exprimé son consentement. De cette manière, la question de savoir si au notaire allemand pouvait être substitué un notaire ukrainien, ne se posait pas. Mais, alternativement, on pouvait se demander si l'épouse aurait pu se prévaloir de la forme locale prévue pour le consentement des autres membres de la famille de l'enfant adoptif¹³. En d'autres termes la question se posait de savoir si, en ce qui concerne la forme de l'acte, le consentement de l'épouse pouvait être substitué par le consentement d'autres membres de la famille prévu par la loi locale. La règle *locus regit actum* a comme but de faciliter des actes juridiques transfrontaliers et une telle substitution correspond mieux à cette fin.

Prenons un autre cas, celui de la nonne danoise¹⁴. Le frère allemand meurt en Allemagne et la sœur qui vit dans un couvent danois a l'intention de renoncer à la succession. Elle fait une telle déclaration devant un avocat danois. La loi allemande applicable à la succession prescrit la forme d'une authentification notariale. Un avocat danois ne peut pas se substituer au notaire allemand, mais la question se pose de savoir si une telle forme correspond à la forme locale. Le droit danois ne prévoit pas expressément la

¹¹ KG, 27.4.1993, *IPRax* 1994, 217.

¹² Pour une note favorable, voir Stephan Lorenz, « Internationale Erwachsenenadoption und *lex loci actus* », *IPRax* 1994, 193; pour une critique, voir Christoph Benicke, *Typenmehrheit im Adoptionsrecht und IPR*, 1995, pp. 185-187.

¹³ Benicke, note précédente, p. 187.

¹⁴ Erik Jayme, *Rechtsvergleichung*, Heidelberg 2000, pp. 77-81.

^{1ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
^{1st} commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

renonciation parce que la succession dépend de l'acceptation par l'héritier, tandis qu'en droit allemand les biens du défunt passent automatiquement à l'héritier. La renonciation, en droit danois, assume, toutefois, certaines fonctions en ce qui concerne la responsabilité pour les dettes du défunt. Quant à la forme la renonciation du droit allemand peut être substituée par la renonciation du droit danois. Les fonctions de la renonciation à la succession, dans les deux systèmes, ne sont pas identiques, mais équivalentes. De cette manière la déclaration de la nonne danoise faite au Danemark était formellement valable.

Ces deux exemples montrent que la substitution concerne aussi les notions matérielles contenues dans les règles de conflit, surtout en cas de rattachements alternatifs. Pour mettre en oeuvre la règle « *locus regit actum* », la loi locale devra prévoir un acte équivalent à la *lex causae*. Pour déterminer s'il existe une telle équivalence, on tient compte du but de la règle de conflit qui est de favoriser la conclusion des actes juridiques dans un pays autre que celui dont la loi est applicable.

2. Historique

A) Doctrine : Wilhelm Wengler, Hans Lewald, Frank Vischer

Le premier pas vers la reconnaissance de la substitution comme instrument doctrinal pour résoudre les problèmes de la coordination des différents systèmes de droit civil, fut le célèbre article de Wilhelm Wengler sur la question préliminaire en droit international privé apparu en 1934¹⁵. Il s'agit de déterminer l'existence des conditions préjudicielles dont dépendent les effets juridiques de la loi substantielle applicable, si ceux-ci se basent sur des faits survenus à l'étranger. Une telle extension exige, selon M. Wengler, une certaine similitude des effets juridiques dans les deux systèmes¹⁶.

C'était Hans Lewald qui formula pour ce phénomène la notion de « substitution ». Dans la troisième partie de ses « Règles générales de droit international privé », il parle de l'application de la loi compétente. M. Lewald fait la distinction entre la transposition et la substitution¹⁷. Il donne à ce second problème la formule suivante :

« Le problème consiste dans la question de savoir si l'on peut substituer à un rapport de droit interne, considéré par la loi interne comme condition préjudicielle d'un effet juridique déterminé, un rapport analogue du droit étranger. Le problème indiqué peut se poser dans les situations les

¹⁵ Wilhelm Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *Rabels Zeitschrift* 8 (1934)

¹⁶ Wengler, note précédente, pp. 160 ss.

¹⁷ Hans Lewald, *Règles générales des conflits de loi – Contributions à la technique du droit international privé*, Bâle, 1941, pp. 132 ss.

¹ère commission : La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé
¹st commission : Substitution and principle of equivalence in Private International Law

plus diverses qui, toutefois, conduisent toutes à la question de savoir si les deux rapports en question – le rapport du droit interne et le rapport du droit étranger – peuvent être considérés comme équivalents, problème dont la solution relève, en fin de compte, du droit comparé »¹⁸.

Ce dernier aspect du problème fut analysé profondément par M. Frank Vischer¹⁹. Le principe d'équivalence apparaît comme la clé pour résoudre les problèmes de la substitution.

Ensuite, la substitution est entrée dans les manuels de droit international privé où elle figure dans la partie générale²⁰. Des études spéciales ont suivi²¹. On peut mentionner que le sujet fit l'objet d'une monographie récente de 626 pages²². Mais on ne peut pas taire le fait que la substitution comme méthode doctrinale est plus ou moins limitée à la doctrine allemande, alors que le problème émerge dans tous les systèmes de droit international privé, souvent sans être reconnu et problematisé.

B) La réception de la substitution comme instrument conflictuel par la jurisprudence

La jurisprudence allemande a appliqué expressément l'instrument de la substitution pour résoudre des problèmes de coordination de différents systèmes de droit civil. Par exemple, la Cour fédérale allemande a dû statuer sur le nom de l'enfant d'une mère allemande et d'un père espagnol²³. Les parents mariés ne portaient pas un nom de famille commun. Selon la loi allemande applicable à cette époque²⁴, les parents pouvaient choisir, pour le nom de l'enfant, soit le nom du père soit celui de la mère. À défaut d'un tel choix l'enfant porterait le nom du père. Dans notre cas, le père avait, selon la tradition espagnole, deux noms de famille. La cour examina la substitution

¹⁸ Note précédente, pp. 134-135.

¹⁹ Frank Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht – Die Übereinstimmung der materiellen Rechtsinhalte als Voraussetzung des internationalen Privatrechts. Die Bedeutung der Äquivalenz*, Bâle, 1953, § 5 (« Die Möglichkeit der Substitution der Rechtsinhalte und die Frage nach deren Äquivalenz »), pp. 44 ss.

²⁰ Voir Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., 2004, § 33, p. 229 ss.; Bernd von Hoffmann / Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, 8e éd. 2005, pp. 236 – 237.

²¹ Voir par exemple Heinz-Peter Mansel, « Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht – Zur funktionellen Rechtsvergleichung bei der Sachrechtsauslegung », *Festschrift Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1991, pp. 689 ss.

²² Gerd J. van Venrooy, *Internationalprivatrechtliche Substitution*, Constance, 1999.

²³ BGH, 4.10.1989, *BGHZ* 109, p. 1.

²⁴ Art. 220, 5e paragraphe EGBGB.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

au nom de famille de la loi allemande des deux noms du droit espagnol, mais elle refusa une telle substitution parce que seul le premier des deux noms correspondait fonctionnellement au nom de famille du droit allemand²⁵. L'arrêt est intéressant parce qu'il met en évidence que la substitution d'une catégorie de la loi applicable par un « phénomène » (*Rechtserscheinung*) d'une loi étrangère dépend de l'équivalence des fonctions. Pour déterminer cette équivalence, le juge recourt à la loi applicable de laquelle dérivent les paramètres pour décider de la substitution ou non d'une catégorie du droit. Dans un arrêt postérieur, la Cour fédérale allemande tint compte du changement de la fonction du nom de famille au droit allemand et permit à une femme allemande de porter les deux noms du mari péruvien, toujours en discutant ces problèmes en termes d'équivalence fonctionnelle²⁶.

C) *Législation*

Le législateur a utilisé la technique de la substitution pour résoudre la coordination des situations juridiques existant à l'étranger avec la loi interne. En voici deux exemples :

- selon l'article 370-5 du Code civil français prescrit, « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

- un autre exemple concerne les rapports de famille qui donnent naissance à des droits de la sécurité sociale en droit allemand. L'article 34 du Code social I dispose que :

« (1) Si les droits et les obligations prévues par ce Code présupposent un rapport de droit de famille, un tel rapport qui est soumis, selon le droit international privé, à la loi d'un autre État et qui existe selon cette loi, sera considéré comme suffisant seulement, s'il correspond à un rapport de droit dans le champ d'application de ce Code.

(2) Les droits de plusieurs époux à une retraite de veuve ou de veuf seront divisés en manière proportionnelle et définitive. »

²⁵ Note précédente, p. 6.

²⁶ BGH, 23.12.1998, *IPRax* 2000, p. 428; voir Reinhard Hepting / Martina Bauer, « Spanische Doppelnamen im deutschen Namensrecht – die letzte Kehrtwende der Rechtsprechung ? », *IPRax*, 2000, pp. 394 ss.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

Il est intéressant de voir que, par cette loi, la polygamie célébrée à l'étranger entre dans le système de droit social allemand²⁷.

3. La renaissance de la méthode de la reconnaissance

M. Picone, dans son cours général à La Haye, a bien montré la pluralité des méthodes qui envisagent la coordination entre ordres juridiques en droit international privé²⁸. L'actualité du problème de la substitution est confirmée par la renaissance de la méthode de la reconnaissance en droit international privé²⁹. M. Pierre Mayer traite, par exemple, les cas des actes notariés étrangers sous l'angle de la reconnaissance des « actes publics non revêtus d'autorité »³⁰.

4. Le principe de l'équivalence

Le principe de l'équivalence fut élaboré dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers³¹. Même si le juge étranger n'a pas fondé sa décision sur la loi substantielle applicable selon le droit international privé de l'État de reconnaissance, l'*exequatur* sera possible si les résultats des deux lois différentes sont « équivalents ». On se pose la question « de nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé »³². On pourrait penser aux problèmes de la substitution à l'autorité religieuse du juge étatique qui applique une loi étrangère³³. En outre, la jurisprudence

²⁷ Sur les efforts pour défendre le mariage monogame de tradition occidentale voir Alain Sériaux, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.2005.chron.1966*, 1967.

²⁸ Paolo Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Recueil des Cours RCADI* 276 (1999), pp. 9 ss.

²⁹ Voir Paul Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rabels Zeitschrift* vol. 68 (2004), pp. 225 et s., 229-235.

³⁰ Pierre Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz 2005, pp. 547 ss., 554 s.

³¹ Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », *D.1962. chron.* p. 215

³² H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », *Mélanges Lagarde*, Dalloz 2005, p. 303.

³³ Voir Pierre Gannagé, « Le juge civil face aux droits religieux », dans: De Tous Horizons » *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, pp. 247 s., 253-255 ; BGH, 6.10.2004, *IPRax* 2005, p. 346 (loi iranienne); Thomas Rauscher, *Iranischrechtliche Scheidung auf Antrag der Ehefrau vor deutschen Gerichten*, *IPRax* 2005, p. 315; voir aussi Erik Jayme, *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten*, Heidelberg 1999; Christoph Herfarth, « Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte », *IPRax* 2000, p. 101.

1^{ère} commission : La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé
1st commission : Substitution and principle of equivalence in Private International Law

« Arblade » de la Cour de Justice des Communautés Européennes³⁴, en présupposant une comparaison entre la loi de l'État d'accueil des travailleurs et la loi de leur origine offre peut-être des points d'intérêt pour déterminer la mesure de l'équivalence des lois différentes.

5. L'utilité d'une résolution de l'Institut de droit international

À mon avis, une résolution brève de l'Institut de droit international pourrait être utile. On doit constater que, dans plusieurs systèmes de droit, les juges excluent *a priori* de tenir compte, en appliquant la loi du for, des situations juridiques qui se sont formées à l'étranger. Une résolution pourrait avoir comme but de promouvoir la technique de la substitution pour favoriser une meilleure coordination entre les systèmes. En ce qui concerne le principe de l'équivalence, on pourrait profiter de l'expérience connue dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers. Finalement, quant à la science du droit international privé, il serait souhaitable que l'Institut s'occupe de la tendance actuelle vers une pluralité des méthodes, ainsi que des repercussions de cette pluralité dans la pratique.

6. Questionnaire

1. La substitution est-elle reconnue comme technique conflictuelle dans votre système de droit international privé, soit en doctrine, soit en pratique ? Si le problème n'est pas connu, quelles sont les solutions données à des problèmes mentionnés dans ce rapport ?
2. A votre avis, la technique de la substitution pourrait-elle être appliquée aussi pour l'application des règles de conflits, surtout en ce qui concerne les rattachements alternatifs (par exemple *lex causae* et *lex loci actus*) ?
3. Le principe d'équivalence est-il utilisé dans votre système de droit international privé ?
4. Quelle est votre opinion en ce qui concerne l'utilité d'une résolution de l'Institut de droit international dans cette matière ?
5. Autres remarques.

³⁴ CJCE, 23 novembre 1999, aff. C.369/96 et C-376/96, *Rec. I-8453*; Gaudement-Tallon *op.cit.*, p. 317-319. Voir aussi Erik Jayme / Christian Kohler, « Europäisches Kollisionsrecht 2000 : Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht ? », *IPRax* 2000, pp. 454 s., 455. Sur la jurisprudence *Arblade*, voir Martin Franzen, « Kurzzeitige Arbeitnehmerentsendung und Dienstleistungsfreiheit », *IPRax* 2002, p. 186.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

II. Réponses et observations de la commission

Réponse de M. Kurt Lipstein (6 septembre 2005)

Voici brièvement mes réponses à vos questions :

Question 1 : Oui d'un point de vue substantiel, mais c'est douteux d'un point de vue technique.

Question 2 : J'en doute

Question 3 : Oui.

Question 4 : Oui, comme idée nouvelle

Réponse de Mme Hélène Gaudemet-Tallon (19 novembre 2005)

Première question

En droit français, la technique de la substitution est connue et de la doctrine et de la pratique.

A. En doctrine, elle ne fait pas toujours l'objet de développements spécifiques dans les manuels et traités courants, mais elle est mentionnée à l'occasion de telle ou telle de ses utilisations. On trouve toutefois un développement propre chez B. Audit (Droit international privé, 3^{ème} ed. *Economica*, 2000, n° 312-313) qui synthétise la question de la façon suivante : il faut déterminer « si l'institution étrangère en cause présente ou non une équivalence générique suffisante par rapport à l'institution visée par la règle du for pour lui être substituée. Dans l'affirmative, il peut encore être nécessaire d'aménager la règle pour tenir compte de la substitution opérée ».

Dans le cours général de droit international privé fait par G. Droz à l'Académie de droit international de La Haye en 1991 (*RCADI*, 1991, tome 229), l'auteur ne parle pas de « substitution », mais sous le vocable « adaptation » envisage le même phénomène (v. n^{os} 400 à 404).

Les concepts de substitution et d'équivalence sont approfondis, à propos des actes publics étrangers, par P. Callé (L'acte public en droit international privé, *Economica*, 2004, préf. P. Mayer).

B. Dans la pratique, on peut mentionner plusieurs exemples de tels phénomènes. J'en citerai quelques uns, concernant l'équivalence des institutions, puis l'équivalence des actes.

1. Equivalence des institutions

- L'exemple le plus connu et qui a donné lieu à une jurisprudence assez abondante est celui du *mariage polygamique*. Lorsque le juge française eu à se prononcer sur les effets d'un mariage polygamique régulièrement

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

célébré à l'étranger, il a estimé que ce mariage était « équivalent » à la catégorie « mariage » du droit français, et donc qu'il était possible, par exemple, que la seconde épouse obtienne aussi des aliments (v. *affaire Chemouni*, Cass. civ., 1^{ère}, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} ed. Dalloz 2001 par B. Ancel et Y. Lequette n° 30-31), ou qu'elle vienne à la succession du polygame (v. *affaire Bendeddouche*, Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1980, *ibid.*, n° 61).

Cette « substitution » du mariage polygamique au mariage monogamique a toutefois des limites : si la première épouse est française, le second mariage de son mari sera dépourvu d'effet en France (arrêt *Baaziz*, Cass. Civ. 1^{ère} 17 fév. 1982, *Rev. Crit DIP*, 1983, 275, note Lequette, *JDI*, 1983, 606, obs. Kahn). Ou encore, le droit français ne permettra pas d'imposer une obligation de cohabitation entre les épouses (et ce même si les lois nationales du mari et de toutes les épouses admettent la polygamie, v. TGI Versailles, 31 mars 1965, *JDI*, 1966, 97, note Ponsard).

- On peut maintenant se poser la question de savoir si le *mariage homosexuel* admis dans certains États produira en France des effets identiques ou au moins analogues à ceux reconnus au mariage hétérosexuel. Estimera-t-on qu'il y a « équivalence » et que la substitution est possible ? Il est difficile de se prononcer catégoriquement. Une brève réponse ministérielle du 26 juillet 2005 (publiée au *JDI* 2005, p. 1385) paraît aller dans le sens d'une réponse positive : le mariage homosexuel célébré à l'étranger alors que les lois nationales des deux partenaires autorisent ce mariage produirait en France des effets analogues à ceux du mariage hétérosexuel en ce qui concerne le régime matrimonial et le divorce (jeu de l'art. 310), mais les effets personnels du mariage (filiation, adoption) resteraient soumis à la loi du lieu de célébration du mariage. En revanche, je pense qu'il ne pourrait pas y avoir d'équivalence entre les divers régimes de partenariat enregistré connus de divers droits : des partenaires enregistrés en Suède et venant vivre en France ne sauraient être soumis à la loi française sur le PACS (pacte civil de solidarité) : il n'y a pas d'équivalence entre les deux institutions.
- Autre exemple de mécanisme de substitution : la question s'est posée de savoir si une *séparation de corps prononcée à l'étranger pouvait être convertie en divorce en France*. Il fallait donc déterminer si la séparation de corps étrangère était *équivalente* à la séparation de corps française, laquelle peut être convertie en divorce. Dans l'affirmative, il y aurait *substitution* de l'institution étrangère à l'institution française. (v. à ce

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
 1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

sujet obs. Lequette, sous l'arrêt *Ferrari*, Cass. 76 juillet 1922, *GA préc.* n° 12, § 6).

- Dans un autre domaine, le phénomène de la substitution peut également être décelé : celui des *sûretés mobilières*. Lorsqu'une sûreté réelle a été constituée sur un bien mobilier à l'étranger et que ce bien est ultérieurement introduit en France, le principe est que la loi française s'applique aux droits réels portant sur ce bien : ainsi la sûreté étrangère sera régie en France par les dispositions françaises en vigueur pour une sûreté *équivalente* du droit français (v. la jurisprudence citée sous l'arrêt *DIAC*, Cass. 8 juillet 1969, *GA préc.* n° 48, spéc. n° 13 et s.).
- On peut s'interroger sur la possibilité de faire jouer la substitution en raison de l'équivalence en matière *d'adoption*. Les législations sur l'adoption sont assez variées, et il n'est pas certain qu'une adoption prononcée à l'étranger soit toujours *équivalente* à une adoption prononcée en France. Pourtant, l'article 370-5 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 6 février 2001, me semble admettre une substitution en l'encadrant ; le texte prévoit que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant ». Ainsi, si la condition prévue au texte est remplie, l'adoption étrangère sera considérée comme équivalente à l'adoption plénière française et cette dernière lui sera substituée.
- Enfin, G. Droz (cours préc. n° 404) indique que, en matière successorale, lorsque le *de cuius* a utilisé le procédé du *trust testamentaire* et que la succession relève de la loi successorale française, il est possible de considérer que les bénéficiaires du trust doivent être traités comme des légataires universels en droit français. Il y aurait équivalence entre « bénéficiaire du trust testamentaire » et « légataire universel » et la substitution serait possible (et G. Droz cite deux jugements de TGI en ce sens, note 727).

2. Equivalence des actes :

- *La pratique notariale* a l'habitude lorsqu'elle est confrontée à un acte dressé à l'étranger alors que la loi française imposait la forme authentique d'examiner si les conditions dans lesquelles cet acte a été dressé à l'étranger donnent des garanties *équivalentes* à celles qu'aurait procurées un acte authentique dressé en France. L'équivalence sera admise si l'acte émane d'un pays connaissant une organisation du notariat proche de celle de la France (en général les pays appartenant à l'Union du Notariat Latin) ; en revanche elle sera refusée si l'acte émane

d'un *notary public* américain car l'acte ne présente pas alors les garanties nécessaires.

- Le même raisonnement peut être tenu pour *tous les actes publics établis à l'étranger* (v. sur ces questions, Ch. Pamboukis, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993 et P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004 : immatriculation d'une société au registre du commerce, actes d'état civil, reconnaissance d'enfant naturel (v. à ce sujet TGI Seine, 24 oct. 1960, *Rev. crit. DIP*, 1962, 507, note Ph. Francescakis, CA Paris, 28 nov. 1968, *Rev. crit. DIP*, 1969, 266, note J.M. Bischoff). En matière d'hypothèque conventionnelle portant sur un immeuble situé en France, le droit positif (art. 2128 du Code civil) exige que l'acte soit reçu par un notaire français. Si l'acte a été établi à l'étranger par un notaire étranger, il est sans effet en France. Cette solution très rigoureuse est critiquée par la doctrine (v. spéc. P. Callé préc., n^{os} 581 à 584).

Ajoutons que l'équivalence entre actes publics résulte souvent de conventions bilatérales, voire même de conventions multilatérales (conventions de la CIEC).

- Lorsque le droit français impose une *publicité*, la réponse doit être nuancée : ainsi une publicité à la préfecture du lieu d'immatriculation du véhicule d'un gage portant sur une automobile immatriculée en France ne peut être remplacée par aucune publicité à l'étranger ; en revanche, si le véhicule est immatriculé à l'étranger, aucune autorité française n'est alors compétente pour recevoir la publicité du gage, et on pourrait admettre qu'une publicité effectuée à l'étranger dans le pays d'immatriculation du véhicule soit équivalente à la publicité en France (à ma connaissance, pas de jurisprudence sur cette question, et débat en doctrine entre P. Callé, *op. cit.*, n^o 571 et S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, 2003).

Deuxième question

Sur l'utilisation de la technique de la substitution dans l'application de la règle de conflit, je n'ai pas d'exemple de droit positif français ... ce qui ne veut pas dire qu'il n'en existe pas.

La question ne me semble pas avoir été traitée par la doctrine. Personnellement, mon opinion, en l'état actuel de ma réflexion (mais je ne suis pas sûre d'avoir bien compris la question), est la suivante.

Je reprends l'exemple donné par le Professeur Jayme de l'éventuelle conclusion en Allemagne d'un contrat de promesse de vente portant sur un

immeuble au Brésil. Peut-on utiliser la règle *locus regit actum* dans la mesure où le droit allemand ne règle que la forme de la vente elle-même ? Personnellement, je serais assez réservée sur une telle solution : promesse de vente et vente sont deux contrats bien distincts et utiliser pour une promesse de vente les règles de forme établies pour la vente me paraît discutable. Les finalités poursuivies par les règles de forme sont en effet sensiblement différentes selon qu'il s'agit de promesse de vente ou de vente et, à mon sens, il n'y a pas équivalence.

Toujours en reprenant un exemple donnée par le Professeur Jayme, dans le cas de la nonne danoise qui veut renoncer à une succession régie par le droit allemand, je pense que la renonciation faite selon la forme locale danoise (devant un avocat) ne peut pas remplacer la renonciation en la forme notariée prévue par la loi allemande. Il me semble que la forme notariée est destinée à assurer que celui qui renonce le fasse en toute connaissance de cause ; la déclaration devant un avocat au Danemark n'offre sans doute pas les mêmes garanties, et ce d'autant plus que le droit danois ne connaît pas la renonciation à succession telle que la connaît le droit allemand, mais seulement une renonciation concernant la responsabilité pour les dettes du défunt. Donc, contrairement au Professeur Jayme, je crois qu'il serait dangereux d'estimer qu'il y a là équivalence et que la forme danoise peut remplacer la forme allemande.

Finalement, il me semble que la technique de la substitution pourrait peut-être parfois être utilisée, par exemple pour l'application de la règle de conflit alternative en matière de forme des actes, mais seulement si la forme du lieu de l'acte est prévue pour un acte qui est vraiment équivalent à celui régi par la *lex causae*. Et à mon avis, il n'y a pas équivalence entre promesse de vente et vente ; et de même il n'y a pas équivalence entre une renonciation à une succession et une renonciation qui ne concerne que la responsabilité pour les dettes de la succession.

En revanche, on pourrait admettre qu'il y a équivalence entre le consentement à l'adoption donné par les membres de la famille d'un mineur et le consentement à l'adoption donné par l'épouse d'un majeur : ainsi le consentement donné en Ukraine par l'épouse de l'adopté majeur, alors que l'Ukraine ne connaît que l'adoption de mineurs, aurait, à mon sens, pu être considéré en Allemagne comme valablement donné en vertu de la règle *locus*. La finalité des règles ici en cause (la loi ukrainienne qui ne concerne que l'adoption de mineurs, et la loi allemande qui connaît l'adoption de majeurs) est la même : s'assurer que la famille proche de l'adopté accepte cette adoption (et il est normal que cette notion de « famille proche » inclue le conjoint lorsqu'il s'agit d'un adopté majeur et marié).

Troisième question

Je suppose que la question ne vise ici l'utilisation du principe d'équivalence que dans le contexte du mécanisme de substitution. Il suffit alors de renvoyer à la réponse faite à la première question d'où il ressort clairement que l'équivalence est une condition du jeu de la substitution.

Bien entendu, le principe d'équivalence est utilisé dans d'autres circonstances par le droit français, en particulier en matière de reconnaissance des jugements étrangers, mais je pense que ce n'est pas là le sujet des travaux de la première commission.

Quatrième question

Je pense qu'une résolution de l'Institut serait utile, qui permettrait d'identifier clairement le phénomène de la substitution (des institutions et des actes), de tenter de définir abstraitement mais de façon la plus précise possible ce qu'il faut entendre ici par équivalence (en fonction sans doute de la finalité de l'institution ainsi que de la finalité de l'acte ...), et enfin d'encourager le développement de cette approche qui favorise la coordination des systèmes juridiques.

Cinquième point

Je me demande s'il conviendrait de faire entrer dans le champ de l'étude menée par la 1^{ère} commission la question illustrée en droit communautaire par la jurisprudence *Arblade*. On sait que, dans cet arrêt, la CJCE (23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.* I-8453) a estimé que, pour un travail salarié s'exécutant en Belgique, certaines lois de police belge n'avaient pas à être respectées par l'employeur français car celui-ci avait déjà rempli des obligations similaires en obéissant à des lois de police française. Cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée (v. en particulier CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, C 165/98, *Rec.* I-21899 ; 25 oct. 2001, *Finalarte*, C-49-98 et s., *Rec.* I-7831 ; 24 janv. 2002, *Portugaia Construções*, C-164-99, *Rec.* I-787). La Commission a repris cette idée dans une communication du 14 mai 2003 [COM (2003) 259 final] sur l'application aux services financiers de l'article 3 (§ 4 à § 6) de la directive sur le commerce électronique et a utilisé le terme de « test de non-duplication » qu'elle distingue du test de proportionnalité. On peut dire d'ailleurs que la prise en compte de l'équivalence des lois est une constante du droit communautaire et que la CJCE dès l'arrêt *Van Wesemael* du 18 janvier 1979 (aff. 110 et 11/78, *Rec.*, p. 35) avait posé de façon très générale que la libre prestation de services ne pouvait être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général, mais seulement « dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il

est établi ». C'est aussi la notion d'équivalence qui était ainsi implicitement consacrée.

Pour que cette question entre dans le champ d'étude de la 1^{ère} commission, il faudrait partir de l'idée que la loi substantielle applicable est connue (c'est la loi de police du lieu d'exécution du lieu du travail, pour reprendre l'exemple du travail salarié) mais qu'elle peut être remplacée par la loi du lieu d'établissement de l'employeur si cette dernière lui est équivalente (équivalence appréciée là encore en fonction des finalités poursuivies).

Il ne s'agit toutefois ni d'équivalence des institutions, ni d'équivalence des actes au sens des exemples donnés dans la réponse à la première question. C'est plutôt une équivalence des lois et une substitution qui joue entre les lois, mais dans la perspective très particulière du droit communautaire qui se préoccupe du résultat matériel obtenu : ainsi, par exemple, la loi française imposant à l'employeur de tenir certains documents sociaux a été jugée équivalente à la loi belge prescrivant d'établir un règlement du travail ou un registre spécial du personnel (v. pts 56 à 66 de l'arrêt *Arblade*) car elle avait la même finalité de protection des travailleurs, et l'on peut considérer que la loi de police française a été substituée à la loi de police belge en raison de cette équivalence. De façon plus générale, en droit communautaire, la loi de police de l'État d'origine du produit ou du service se substituerait à la loi de police locale si l'intérêt que cette dernière veut préserver est assuré par des dispositions équivalentes dans l'État d'origine. Est sous-jacent le principe de reconnaissance mutuelle.

Dans la mesure où c'est un aspect très particulier de la technique de la substitution et où il s'agit d'un phénomène qui, je crois, est propre au droit de l'Union européenne, je ne sais s'il devrait ou non retenir l'attention de la 1^{ère} commission.

Reply of Mr Frank Vischer (1^{er} décembre 2005)

I shall try to answer your questions as follows :

ad 1

The principle of equivalence is acknowledged in Swiss private international law, whenever a legal relationship under Swiss law is substituted by a relationship created under a foreign law. This is under Swiss law quite frequently the case in the context of status and its effects.

Swiss conflict of laws treats foreign acts (not only judgements but also private acts) constituting a personal status (as recognition of a child or adoption) like a foreign decision. The foreign act is recognized in Switzerland if made under an acknowledged jurisdiction. In order to avoid

limping status, recognition is favoured by stating alternative recognized jurisdictions. Thus, a foreign recognition of a child will be recognized if it is valid under the law of the child's habitual residence, the child's national law or under the law of domicile or the national law of the mother or the father [art. 73 *Swiss Private International Law Act* (« PILA ») of December 18, 1987]. Or, a foreign adoption is recognized if it was declared in the State of domicile or in the State of origin of the adopted person or of the adopting person or the adopting spouses (art. 78 PILA). Foreign marriages are even recognized if validly made abroad (art. 45 para 1 PILA).

The legal effects of a recognized foreign status on the other hand are in principle subject to the law of the person's habitual residence (art. 82 PILA). The provisions of the Act regarding the name, the protection of minors and the inheritance remain reserved (art. 82 para 3 PILA).

The question of equivalence arises for instance when the effect of a foreign status is subjected to Swiss law. Under Swiss law a child recognized by its father has the same inheritance rights as a child born in wedlock. Is a foreign recognition which does not grant such right equivalent to a recognition made under Swiss law ? Or, in other words, does the notion « descendant » (*Nachkomme*) in art. 471 Civil Code (where the persons entitled to a reserved hereditary portion are listed) also englobe a child recognized under a foreign law, which does not grant such hereditary rights ? The question is in the literature generally answered positively. Regarding foreign adoptions, the Act (art.78 para 2 PILA) states that “foreign adoptions or similar acts, the effects of which differ substantially (“wesentlich abweichen”) of the parent-child relationship as conceived under Swiss law, shall be recognized in Switzerland only as to those effects conferred upon them in the State where they were declared”. For the recognition of a child such restriction is not foreseen in the Act. For the question which effects of a foreign adoption differ substantially from the effects under Swiss law, the equivalence test is applied. For instance : does the fact that under the foreign law the adopted child retains in contrast to Swiss law its inheritance rights against the natural parents constitute a substantial difference (cf. in the positive sense excluding such right BGE 117 II 340, Philippine adoption and the critique of Kurt Siehr in *IPRG Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2004, N 25 to art. 75 ; also Frank Vischer, *Status und Wirkung*, in FS W. Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, pp. 661 ss.) ?

ad 2

In my opinion, the equivalence test can also be useful in case of conflict rules with alternative connecting factors. The same applies to optional connections, for instance when in tort cases the injured person has a limited choice of the applicable law [see art. 138 PILA (claims for product

^{1ere} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
^{1st} commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

liability); art. 138 PILA (law applicable to emissions); art. 139 PILA (injuries against the personality)]. In both cases it is presupposed that the different laws depart from equivalent notions of the subject matter and provide for equivalent solutions.

In tort cases, Swiss private international law declares explicitly that Swiss courts may not award indemnities going beyond those which would be awarded under Swiss substantive law for the type of injury under question. This means that punitive or multiple damages are excluded because they are not in conformity with the Swiss notion of damages which in the first line has the function to compensate a loss suffered by the injured person. Or in other words, the damages awarded by the chosen law must be equivalent to the notion of damages under Swiss law, namely compensation of a loss.

ad 3

I refer to my remarks under 1 und 2.

ad 4

Equivalence is in the first line a method for the coordination of different legal orders. « Equivalence » is an open term which does not in all cases mean the same. The functional approach will certainly stay in the foreground.

Whenever a method is the subject matter of a resolution, the question of the utility of such a resolution is difficult to answer. I personally would welcome a resolution which would have two main functions : first, it should define in a clear way what is understood by equivalence ; it should, second, indicate in which constellation the test of equivalence could be an important help to coordinate different legal systems. The cases of « substitution » stay certainly in the foreground. The resolution should indicate when substitution of a legal institute by another takes place.

There are apart from substitution in the more narrow sense many cases where equivalence could play a role. For example, the test of equivalence is certainly important in the classification (« Qualifikation ») of foreign legal institution. A term used in the conflict rules of the forum should embrace all those Foreign legal institutions which have the same function. For example, "prescription" should also include the Anglo-American rules which preclude an action although those rules are regarded in England and most US States as part of the procedural law.

Réponse de M. A.V.M. Struycken (29 janvier 2006).

1. Le phénomène de la substitution est connu du droit international privé néerlandais, mais pas tellement sous le vocable substitution. M. Luc Strikwerda, avocat général auprès du Hoge Raad, utilise le vocable, mais entre guillemets. (Voy. conclusion, par. 14, *NJ* 1997, 466). Il se rend compte des liens avec l'adaptation (*aanpassing*) (voy. J. Offerhaus, Académie Royale 1963, communication sur l'adaptation et mon compte rendu à la *Revue critique* 1964, p. 883), W.L.G. Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht Hoofdlijnen*, 1968, chapitre XXII sur l'adaptation. Voy. aussi J. Kusters - C.W. Dubbink, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1961, chapitre VIII sur la qualification, pp. 261-263 ; pour le droit suisse, Andreas Bucher, *Droit international privé suisse*, Tome T/2 Partie générale - droit applicable, 1995, n^{os} 627-638 (sous le titre « L'adaptation du droit matériel »), *idem* et A. Bonomi, *Droit international privé*, 2004, n^{os} 540-545.

2. Ayant lu votre rapport préliminaire très illustratif, je me permets de proposer d'en traiter un élément séparément, tout en le maintenant dans le sujet de la résolution proposée, et notamment la question de savoir si, et si oui dans quelle mesure, une équivalence peut être reconnue ou établie entre les organes de l'ordre juridique du for et les organes correspondants relevant d'États étrangers. Il s'agit des organes qui remplissent leurs tâches respectives dans le domaine du droit privé, notamment les juges, les officiers de l'état civil, les notaires (latins) et les huissiers. Cette question est d'un ordre différent de celle de savoir si le rapport de droit qui est évoqué par la loi applicable et qui se trouve être régi par un autre droit est suffisamment équivalent à celui visé par cette loi applicable [loi successorale A, enfant adopté selon la loi B : cet enfant rentre-t-il dans la catégorie 'enfant' de la loi A, *Cass. Req.* 21 avril 1931, *Revue crit.* 1932.526 (*Ponnoucannamale*)]. Il s'agit plutôt d'une ouverture de principe à l'égard des dignitaires étrangers.

Si le droit d'un État étranger est du vrai droit, je tends à penser qu'un juge étranger est un vrai juge, et ainsi de suite. Le principe serait que les différents dignitaires étrangers sont des vrais collègues des différents dignitaires du for. La signification d'un acte judiciaire à l'étranger par un huissier local est une vraie signification du point de vue du for. Un acte de naissance dressé par un officier de l'état civil étranger est un vrai acte de naissance, pas un document quelconque.

Il faudrait distinguer ce principe des questions à propos desquelles des doutes subsistent : le notaire de Hong Kong est-il un vrai notaire (du type latin) ou non, un registrar des Bahamas est-il un vrai officier de l'état civil ou non. Cela vaut la peine d'élaborer d'abord le principe et de sonder là-dessus les sentiments de l'Institut. Dans une conception plutôt universaliste – qui a

ma faveur –, il faudrait que les attributions des dignitaires soient suffisamment larges pour qu'il leur soit possible de remplir le rôle qui pourrait leur être dévolu dans le cas où une loi étrangère est applicable. Ils devront être *international funktionsfähig*. Exemple : si la loi du for ne connaît pas l'adoption, le juge du for devrait estimer qu'il entre dans ses attributions de remplir le rôle judiciaire prévu par la loi étrangère qui est applicable dans le cas d'adoption dont il est saisi (voy. la thèse de C.A. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Kluwer Deventer 2005, première partie). Il en est de même des autres dignitaires : leur loyauté à l'égard de leur *lex magistratus*, probablement plutôt fixée sur les détails de l'application de leur droit interne, ne devrait pas exclure une certaine mesure de flexibilité pour pouvoir remplir de manière adéquate la tâche prévue par la loi étrangère qui, d'ailleurs, est applicable selon leur propre droit international privé. Ce qui est essentiel, ce n'est que le précepte qu'ils respectent leur compétence institutionnelle (*wesenseigene Zuständigkeit*). Par exemple : le droit interne néerlandais ne connaissant plus la reconnaissance d'un enfant par la mère du fait que le lien de filiation existe de plein droit entre l'enfant et la mère, l'officier de l'état civil néerlandais devrait ne pas refuser de dresser un acte de reconnaissance par la mère au cas où la loi étrangère applicable le prévoit. Comme vous l'écrivez à bon droit à la deuxième page de votre rapport préliminaire, il est peu concevable qu'un législateur se refuse entièrement à admettre qu'un dignitaire étranger intervient. Par exemple : code civil néerlandais, livre 3 article 31 : Au cas où une disposition législative qui a trait à un bien immatriculé (immeuble ou assimilé) prescrit un acte notarié ou une déclaration notariée, il faut un acte ou une déclaration d'un notaire néerlandais.

3. *Locus regit actum* offre une alternative pour ce qui concerne la forme des actes, en permettant de suivre la loi du lieu de l'acte au lieu de celle qui en régit le fond. Je dirais que la substitution a plutôt pour objet la flexibilité de la loi applicable ou de l'une des lois applicables. Votre exemple : la forme de la renonciation à une succession selon la loi danoise bien que cette renonciation soit différente, vaut renonciation selon la loi allemande.

4. *La jurisprudence néerlandaise*

Diverses questions ont été posées :

i) la nomination d'un tuteur pour un enfant mineur est-elle superflue en présence d'un rapport de droit comparable :

- Hoge Raad, (HR) 8 décembre 1950, *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* 1951, 24 : divorce en France, garde selon la loi française, enfant néerlandais, loi néerlandaise applicable : la garde ne suffit pas, il faut nommer un tuteur

selon la loi néerlandaise. Le HR est passé outre à la conclusion de l'avocat général Langemeijer.

- HR, 22 septembre 1955, *NJ* 1955, 680, note D.J. Veegens : divorce en Indonésie, tuteur nommé par le juge de Bandung selon la loi indonésienne, enfant néerlandais, loi néerlandaise applicable ; la mesure du juge de Bandung ne suffit pas : il faut une tutelle selon la loi néerlandaise.

- HR, 30 janvier 1964, *NJ* 1964, 493 : adoption en Grèce par un couple néerlandais, adoption pas reconnue aux Pays-Bas ; en vue d'une nouvelle adoption aux Pays-Bas, il faut que l'un des candidats-adoptants soit tuteur de l'enfant à adopter ; cette qualité de tuteur ressort-elle de l'adoption grecque non reconnue ? Le HR fait remarquer que l'avocat a manqué de contester en instance de cassation la réponse négative donnée par le Rechtbank, ce qui est un indice pour une réponse positive par le Hoge Raad. Le HR permet la nomination d'un tuteur dans l'intérêt de la certitude des adoptants au moment du jugement d'adoption.

- Rechtbank Amsterdam, 19 juni 1958, *NJ* 1958, 430 : cas semblable : l'adoption anglaise non reconnue en tant que telle suffit pour donner la qualité de tuteur.

ii) Dans le domaine de la *responsabilité civile*, la question s'est posée de savoir si un enfant adopté selon la loi belge est un enfant au sens de l'ancien article 1406 du code civil néerlandais, depuis lors remplacé par l'article 108 du livre 6 du nouveau code civil. En cas d'un accident fatal pour une personne, la loi énumère limitativement les personnes qui ont une action en dommages et intérêts. L'une de ces catégories couvre les enfants mineurs. L'adoption belge était une *adoptio minus plena*. Le Rechtbank Rotterdam (7 mars 1958, *NJ* 1958, 378, *Clunet* 1961, p. 868) a refusé l'état d'enfant au sens de l'ancien article 1406 du Code civil à l'enfant adopté selon la loi belge.

iii) La reconnaissance d'un enfant né hors mariage en vue de son état *d'enfant légitime* à la suite du mariage de ses parents :

- Rechtbank Maastricht 13 mars 1975, *NJ* 1975, 452, note J.C. Schultsz : adoption selon la loi allemande (*Annahme an Kindes statt*) par un couple allemand. La femme qui était la mère néerlandaise de l'enfant lors de sa naissance hors mariage a été naturalisée allemande par mariage ; à l'époque, la qualité de mère de la femme faisait obstacle à l'adoption selon la loi néerlandaise. L'adoption allemande a été qualifiée comme reconnaissance au sens de la loi néerlandaise ce qui permettait au Rechtbank de conclure que l'enfant a obtenu par cette adoption allemande l'état d'enfant légitime. (v. le présent auteur, *Het Personeel Statuut*, 1973 p. 49-53, 1975, p. 76-79.

- HR 12 octobre 1995, *NJ* 1997, 466, note Th. M. de Boer : enfant née hors mariage en 1982 aux Bahamas, la mère s'est mariée en 1987 aux Bahamas

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

avec un néerlandais, un jugement d'adoption a été rendu en 1989 aux Bahamas. Les autorités néerlandaises sur place ont refusé de reconnaître à l'enfant l'état d'enfant légitime ; le père étant tué dans un accident, la mère présente une requête aux fins d'obtenir des 'lettres de légitimation'. Selon le HR, l'adoption n'étant pas reconnue en tant que telle, il faut déduire du fait que l'adoption était requise aux Bahamas par les époux le souhait du mari de donner à l'enfant l'état d'enfant légitime des deux époux; la requête vaut déclaration de volonté tendant à la reconnaissance de l'enfant selon le droit néerlandais ; l'adoption a eu pour effet que l'enfant a obtenu dès l'adoption l'état d'enfant légitime, les deux conditions – le mariage et la reconnaissance – étant réunies.

5. *Droit maritime*

Dans le domaine du droit maritime, on pourrait imaginer un cas de substitution si un connaissement (*bill of lading*) émis à l'étranger selon le droit local était présenté dans le pays du for. La question se pose de savoir si, dans le domaine du droit des biens, un tel connaissement équivaut à un connaissement selon la loi interne du for. La loi néerlandaise du 18 mars 1993 sur les conflits de lois en matière de transport maritime, fluvial et aérien esquivé le problème en disant, à son article 5, que le droit du port convenu de déchargement s'applique à la question de savoir qui est en droit d'exercer les droits ou est lié par le connaissement. Un problème comparable se pose pour les créances privilégiées. En cas d'exécution forcée d'un navire, la loi de l'État d'immatriculation du navire s'applique pour déterminer les créances privilégiées (article 3 de la même loi). Les privilèges étrangers sont insérés dans l'ordre néerlandais, substitution ?

6. Réponse aux questions de votre rapport préliminaire

- 1 Le phénomène est connu sans que le vocable '*substitution*' soit utilisé.
- 2 Voy. *supra* sous 3.
- 3 Voy. *supra* sous 4-5.
- 4 J'estime qu'il vaut la peine de poursuivre nos études.

Réponse de M. Pierre Gannagé (30 janvier 2006)

[L]es divers problèmes que soulève la "substitution d'équivalence" en droit international privé revêtent une physionomie particulière au Liban et dans les pays du Proche-Orient. Ils surgissent davantage dans le domaine des conflits d'autorités et de juridictions que sur le terrain des conflits de lois. Vous trouverez ci-après quelques observations à ce sujet, en réponse au questionnaire que vous avez bien voulu établir :

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
 1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

1. S'agissant des conflits de lois, le système juridique libanais, dans les matières du statut personnel, consacre généralement l'indivisibilité du régime de ces matières, qui conduit le plus souvent dans les relations internationales à soumettre leurs divers éléments à un même droit. L'homogénéité de ce régime se trouve ainsi assurée du fait que les liens qui unissent ces différentes matières dans chaque système juridique sont préservés. L'indivisibilité évite ainsi les problèmes délicats de substitution et d'équivalence que provoquent le morcellement et la multiplication des règles de conflit spéciales qui en résulte. Cette multiplication est visible dans les récentes codifications nationales de droit international privé des États occidentaux, comme dans les conventions internationales. En soumettant les éléments d'une même situation juridique à des droits différents, elle rend nécessaire leur coordination qui s'effectue souvent par les procédés d'équivalence et de substitution.
2. L'utilisation de ces procédés au Liban s'impose davantage dans le domaine judiciaire. Des difficultés particulières surgissent ici, lorsque le juge civil est appelé à appliquer une loi religieuse. Ceci se produit notamment dans les litiges issus de mariages contractés entre des Libanais et des étrangers dans la forme religieuse. Le juge civil libanais compétent du fait de l'existence d'un plaideur étranger est alors tenu d'appliquer la loi religieuse du mariage dont les prescriptions requièrent l'utilisation d'une procédure spécifique. Une situation analogue se retrouve dans la matière de l'adoption, quand un enfant libanais a été adopté par un étranger. Le juge civil, au Liban, est alors aussi appelé à apprécier la validité de l'adoption par référence à la loi religieuse dont l'application nécessite l'intervention d'organismes propres à l'autorité religieuse. On s'est demandé si, dans ces diverses circonstances, le juge civil pouvait placer ses pouvoirs au service de la loi religieuse, sans la dénaturer, en se substituant à l'autorité religieuse. La jurisprudence libanaise a adopté dans ce domaine une position mesurée. Les juges n'ont pas ainsi hésité à appliquer les dispositions des lois religieuses lorsqu'elles pouvaient être aisément détachées des autorités qui les avaient édictées, comme celles relatives à la capacité et au consentement des parties ou à l'absence de descendants légitimes de l'adoptant, lorsque cette condition se trouvait exigée. Par contre les juges ont éprouvé de sérieuses difficultés à se substituer à l'autorité religieuse pour contrôler l'utilité de l'adoption, contrôle que le droit des communautés catholiques réserve au Promoteur de justice, ou pour statuer sur la nullité du mariage qui ne peut être prononcée qu'une fois le défenseur du lien entendu. Ces

difficultés expliquent que la Cour de cassation³⁵, rompant avec une jurisprudence antérieure, ait récemment décidé que l'application des lois religieuses au Liban devait, en toute occasion, être réservée à l'autorité religieuse, les juridictions civiles devant se déssaisir lorsque cette application était requise. Cette position ne conduit pas à un déni de justice, puisque les communautés religieuses exercent au Liban des attributions civiles reconnues par l'État. Elle manifeste que le juge civil ne s'estime pas en mesure de se substituer au juge religieux et que les pouvoirs qu'il détient de l'autorité qui l'a institué, ne peuvent être considérés comme équivalents à ceux exercés par l'autorité religieuse. Le défaut d'équivalence résulte de la nature propre de cette autorité, du caractère spécifique de l'organisation et du fonctionnement des juridictions religieuses qui ne trouvent pas de correspondant adéquat chez l'autorité civile.

3. Il est significatif à cet égard que les juridictions civiles au Liban aient adopté des solutions moins radicales, lors de l'application des lois civiles étrangères. Cette application requiert souvent la mise en mouvement d'une procédure spécifique édictée par le droit étranger, et qui fait défaut dans le droit civil libanais muet dans les matières du statut personnel. Il en a été ainsi en matière de divorce où la Cour d'appel de Beyrouth³⁶ devait appliquer à des époux de nationalité américaine la loi new-yorkaise. Celle-ci subordonne le prononcé du divorce à une tentative préalable de conciliation des époux qui est confiée à un organisme spécifique n'ayant pas d'équivalent au Liban. La Cour a estimé que cette procédure de conciliation se rattachait au fond du litige et devait impérativement être observée. Elle a cependant considéré qu'elle pouvait remplir elle-même la fonction normalement exercée par l'organisme new-yorkais. Elle a en conséquence confié à son Président le soin de provoquer le rapprochement des époux. Cet exemple montre bien que la substitution a un caractère plus fonctionnel qu'organique. Il indique que l'application de la loi étrangère dans le pays du for peut être effectuée par un organisme différent de celui qui l'assure à l'étranger, si les pouvoirs de celui-ci lui permettent d'exercer la même fonction.
4. Ces observations peuvent encore être confirmées dans l'hypothèse inverse, où le juge du for doit reconnaître un acte effectué à l'étranger et dont l'accomplissement a nécessité l'intervention d'une autorité qui ne relève pas de l'État du for. Ainsi, le droit libanais impose aux Libanais

³⁵ Voir Cass. civ. (5^{ème} ch.) 29 mars 2001-AI-Adl. 2001, p. 73.

³⁶ Cour d'appel Beyrouth, 18 avril 1974, *Rev. jud. lib.*, 1974-666 et *Journal du droit international*, 1979. *Chronique de jurisprudence libanaise*, p. 402.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

non-musulmans qui effectuent leur testament dans un pays étranger d'utiliser soit les formes prescrites par la loi libanaise, soit les formes des actes authentiques édictées par l'autorité étrangère (art. 54, loi du 23 juin 1959).

La question a par suite été posée de savoir si tout testament passé par un Libanais devant un officier public étranger pouvait être reconnu au Liban. Il a été nécessaire, pour la résoudre, d'examiner dans chaque cas les pouvoirs qu'exerce l'officier public ou le notaire étranger, de s'assurer que son intervention, lors de la confection ou du dépôt du testament, produit des résultats équivalents à ceux que procure au Liban la forme authentique des testaments. Les garanties requises ont porté sur le contrôle de l'identité et de la capacité du testateur et aussi sur les mesures prises pour assurer la conservation du testament.

On constate ainsi, dans le cas où la loi du for requiert l'intervention d'un officier public pour faire produire à un acte un effet substantiel, que cet effet sera reconnu dans le pays du for même si l'acte est effectué devant une autorité étrangère, dès lors que celle-ci offre les garanties recherchées par le droit du for. L'équivalence revêt là aussi un caractère essentiellement fonctionnel. Elle vise les résultats, les objectifs recherchés par les réglementations du droit du for qui peuvent être atteints par l'utilisation dans un pays étranger de formes et de procédures équivalentes.

Reply of M. Kurt Lipstein (3 janvier 2006)

1. *Characterization* : Analysing the function of a rule of private law in order to fit it into the rule of private international law which covers the particular rule of private law ;
2. *Substitution* : Analysing the function of private law rule found to be applicable according the process of characterization in order to ascertain the comparable institution of private law of the applicable law by which is to be put into operation, in practice.

Réponse de M. Paul Lagarde (3 février 2006)

I. La technique de la substitution

Cette technique n'est pas inconnue du droit français, même si le terme n'est pas utilisé dans certains des exemples que vous mentionnez.

En matière de procuration en vue de passer en France un acte notarié, la règle du droit français, d'ailleurs critiquée, est que l'acte authentique, par exemple une constitution d'hypothèque, n'est valable que si la procuration est

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

elle-même authentique. Si le mandant réside à l'étranger, la procuration établie devant un notaire étranger est admise en France si les règles d'authenticité du pays étranger correspondent à celles du notariat français. Dans les autres cas, on recommande au mandant de faire établir sa procuration devant le consul français, qui agit alors dans le cadre de ses attributions notariales. Depuis la suppression, à compter du 1^{er} janvier 2005, des attributions notariales des consuls dans les États de l'Union européenne, de l'Espace économique européen et dans quelques autres dont la Suisse, il est fortement recommandé aux particuliers de s'adresser aux autorités locales, même dans les États qui n'ont pas un système de notariat latin (v. rép. min., *JO.*, Sénat, Questions et réponses, 3 nov. 2005, p. 2841). Les actes établis par un *notary public* ou un *solicitor* anglais et revêtus de l'apostille sont ainsi admis (v. Mariel Revillard, *Droit international privé et communautaire, Aspects notariaux*, Defrénois 6^{ème} éd., 2006, n° 846 et s.). La solution serait plus problématique pour un acte établi par un *notary public* aux États-Unis (*ibid*, n° 855).

La technique consistant à faire produire à une institution étrangère les effets de l'institution française correspondante, quoique différente, est bien connue. C'est le cas, par exemple, des mariages polygamiques, auxquels la jurisprudence accorde les effets de droit civil attachés au mariage, sauf à les partager entre les deux épouses. Comme le remarque B. Audit (*Droit international privé, Economica* 3^{ème} éd. 2000, n° 313), on raisonne ici en termes d'effet atténué de l'ordre public plus que de substitution, mais le problème est le même.

Les partenariats enregistrés sont ou seront appelés à illustrer la technique de la substitution. Le partenariat-mariage, du type hollandais, allemand ou britannique (par opposition au partenariat-contrat, du type français, belge ou luxembourgeois) pourra-t-il, dans les pays qui ne le connaissent pas, être substitué au mariage ? Par exemple, si, dans un tel pays, la loi successorale applicable attribue la succession au conjoint survivant, le partenaire survivant pourra-t-il, par substitution, prétendre à ces droits ? Je crois savoir qu'au Royaume-Uni, la loi entrée en vigueur en décembre 2005 pose une étonnante règle d'équivalence entre les unions étrangères spécifiées (qui figurent sur une liste qui comprend notamment le PACS français) et le partenariat britannique.

Le procédé de la substitution peut ainsi conduire à accorder à l'institution étrangère des effets plus importants que ceux qu'elle produit selon la loi étrangère. C'est aussi le cas en matière d'adoption et vous signalez à juste titre comme autre exemple de substitution l'art.370-5 du code civil français, qui est à rapprocher de l'art. 26, § 2, de la convention de La Haye de 1993 sur l'adoption. Les conséquences peuvent parfois surprendre. Ainsi, un arrêt de la Première chambre civile du 18 mai 2005 (*Rev. Crit.DIP*, 2005, 483,

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
 1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

note H. Muir Watt) a refusé effet en France à un jugement roumain ayant révoqué, à la demande des adoptants français, une adoption prononcée en Roumanie. La solution est conforme à la logique de la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale. Il résulte en effet de son article 26, § 2, que, si l'adoption a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation (et quand bien même elle serait révocable), l'enfant jouit dans l'État d'accueil de droits équivalents à ceux découlant d'une adoption produisant cet effet dans cet État. Comme en France l'adoption qui rompt le lien de filiation est l'adoption plénière et que celle-ci, selon le droit français, est irrévocable, elle se substitue à l'adoption roumaine qui devient de ce fait irrévocable au regard du droit français. C'est une autre question de savoir si une telle solution est conforme à l'intérêt de l'enfant.

II. Substitution et application des règles de conflit, notamment alternatives

Je ne suis pas sûr que le problème de la substitution se pose de façon spécifique dans le cas de règles de conflit à caractère alternatif. Il se pose, me semble-t-il, lorsque la loi applicable à une question donnée ne fournit pas de réponse parce que la question posée se réfère à une institution inconnue de cette loi.

L'exemple que vous donnez de la renonciation à succession est excellent. En droit français, le problème est également connu, mais se pose un peu différemment. La loi successorale détermine les diverses options possibles et également (ce qui pourrait être discuté *de lege ferenda*) les formes de l'option. La loi française exige pour la renonciation une déclaration au greffe du tribunal du lieu d'ouverture de la succession (article 784 c. civ.). Les héritiers domiciliés à l'étranger doivent établir une procuration et les problèmes sont ceux indiqués précédemment (Revillard, *op. cit.*, n° 692 et s.). Des problèmes se posent également lorsqu'il faut demander une autorisation aux autorités d'un État, par exemple celui de la résidence habituelle d'un mineur pour la vente d'un bien, et que le droit local ne connaît pas ce genre d'autorisation. Il faut trouver un équivalent qui se substituera à l'autorisation demandée.

III. Le principe d'équivalence

Ce principe a de nombreuses applications en droit français et notre consœur Hélène Gaudemet-Tallon en a fait la synthèse dans le très bel article qu'elle a bien voulu écrire dans le volume des mélanges qui m'a été offert. Elle a montré que l'équivalence était parfois retenue par les juges pour se dispenser de résoudre le conflit de lois ou même de rechercher le contenu de la loi étrangère et montré l'incompatibilité de cette attitude paresseuse avec l'obligation que la Cour de cassation fait au juge de rechercher, même d'office, le contenu de la loi étrangère lorsqu'il la déclare applicable, soit de

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

son propre chef, soit à la demande des parties. Pourtant, depuis cet article, la Cour de cassation a persévéré dans cette voie contestable. Dans un arrêt récent (Civ. 1^{ère} 11 janvier 2005, *Rev. Crit. D.i.p.* 2006, n° 1 à paraître, avec une note de Maxi Scherer), elle a approuvé la mise sous le régime français de la curatelle d'un majeur allemand, bien que son statut personnel fût régi par la loi allemande. Elle a jugé que « l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente ; qu'à cet égard, la cour d'appel, sans encourir les griefs de dénaturation ou de défaut de réponse à conclusions, a souverainement retenu, par motifs propres et adoptés, que les dispositions des Codes civils français et allemand sur les règles de protection des majeurs étaient similaires et que la mesure que M. X... avait demandé au juge des tutelles entrainait dans le champ d'application de l'article 1896 du Code civil allemand, de sorte que le moyen qui lui fait grief d'avoir appliqué la loi française au lieu de la loi allemande désignée par la règle de conflit est inopérant ».

En d'autres hypothèses, le recours au principe d'équivalence serait plus justifié. Hélène Gaudemet-Tallon rappelle la jurisprudence admettant la régularité internationale d'un jugement étranger ayant appliqué une loi différente de celle que la règle de conflit française aurait prescrit d'appliquer, en cas d'équivalence des résultats entre ces deux lois. On peut ajouter une autre application en matière de testament. Le code civil français prévoit que le légataire universel en vertu d'un testament olographe doit, en l'absence d'héritier réservataire, se faire envoyer en possession par une ordonnance sur requête du président du tribunal (art. 1008). Cette formalité n'est cependant pas exigée lorsque le testament, rédigé par exemple en Angleterre ou aux États-Unis, a fait sur place l'objet d'un jugement de *probate*. La raison en est que la *ratio legis* de l'article 1008 est de vérifier la sincérité du testament olographe et que cette vérification est inutile lorsqu'une vérification équivalente a été faite par le juge de *probate* (TGI Paris 22 avril 1976, *Rev. Crit. D.i.p.*, 1977, 324, note Droz).

IV. Utilité d'une résolution de l'Institut de droit international

Je crois qu'il y a matière à une résolution de l'Institut. Je n'ai pas encore idée de ce qu'elle pourrait être, mais déjà l'on voit que l'équivalence, même entendue simplement et de manière fonctionnelle, pourrait être une condition requise de la substitution (pour éviter de trop grandes distorsions), mais qu'elle ne doit pas être une solution de facilité détournant d'affronter les vrais problèmes.

Lettre de M. A.V.M. Struycken (4 février 2006).

Dans mon papier, j'ai manqué – et je m'en excuse sincèrement – de mentionner un arrêt du Hoge Raad du 21 novembre 1951 *Nederlandse Jurisprudentie*, 1953, 574, *Revue critique* 1958, 512 note Francescakis) relatif à l'article 1217 ancien Code Civil, article 3 : 260, paragraphe 3 nouveau Code civil des Pays-Bas, qui exige un acte authentique pour que soit valable un plein pouvoir pour consentir une hypothèque, (cf. l'article 2128 Code civil de France et Georges Droz, *Mélanges Breton/Derrida*, 1991, p. 93-101). L'attitude du Hoge Raad a été assez libérale pour ce qui concerne un acte dressé en Californie.

Reply of Mr Peter North (22 February 2006)

... [Y]our preliminary paper [...] discusses a problem which, in the way in which you outline it, is not not one that I have seen addressed in common law systems. It is not, therefore, surprising that all the court decisions and academic writing to which you refer are drawn from civil law jurisdictions. I will, however, attempt to respond to the series of questions which you have posed.

Question 1

I do not believe that "substitution" is a technique which is recognised in theory or decisions in the English system of private international law. I will try to answer the question of how the problems you outline might be decided under English law ; but that is not always easy because some of the problems arise out of civil law type provisions which have no clear equivalence in common law systems. For example, in the case of sale of immovable property, such as land, whilst the formal requirements of any sale would be governed by the choice of law rules in the Rome Convention [made part of English law by the Contracts (Applicable Law) Act, 1990] the actual transfer of title to land in England has to comply with English law in all respects. Turning to the example of adoption, if the adoption is in England then English law will be applied to all issues such as whether and adult may be adopted (which is not allowed) or whether there is the appropriate evidence of the consent of the natural parents as required by English law. As in the previous example, there is no requirement, for example, for notarial forms.

Question 2

There is no evidence of the use of the technique of substitution in this context.

Question 3

The principle of equivalence is not used in English law.

Question 4

This is hard for a common lawyer to answer.

Whilst I can see little usefulness in the common law world in a resolution of the Institut on substitution and equivalence, the interests of civil lawyers faced with this problem may well merit work on this topic.

Lettre de Mme Hélène Gaudemet-Tallon (1^{er} mars 2006)

Un petit complément à la note que je vous avais envoyée en novembre dernier sur le thème de la substitution pour l'Institut : il s'agit d'un arrêt qui illustre parfaitement cette technique en matière d'adoption et qui vient donc compléter l'avant-dernier alinéa de mon point A de la réponse à la première question.

C'est un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 2005 que vous trouverez au *Journal du droit international*, 2006, p. 162, avec une note de F. Jault-Seseke qui est intéressante.

Sommairement résumé : un enfant roumain avait été adopté par un couple français : jugement roumain d'adoption plénière (rupture des liens avec la famille d'origine). Puis, de retour en France, au bout de quelque temps, les adoptants veulent renoncer à l'adoption (ce qui est possible en Roumanie, mais non en France. Ils obtiennent une décision de révocation en Roumanie. Ils cherchent ensuite à l'invoquer en France ; les juridictions françaises estiment que le jugement roumain de révocation ne peut produire effet en France. Motif : à l'adoption plénière prononcée en Roumanie s'est substituée une adoption plénière française (donc irrévocable). La Cour de cassation n'emploie pas le terme de substitution, mais c'est bien l'idée (voir la note). L'arrêt se fonde sur l'art. 26-2 de la convention de La Haye de 1993 sur l'adoption. Mais la solution aurait été la même si la convention n'avait pas été applicable et que l'on ait utilisé l'art. 370-5 du Code civil français.

... [C]'est une bonne illustration du phénomène de la substitution appliqué à l'adoption.

Réponse de M. Andreas Bucher (28 mars 2006)

1. La substitution est-elle reconnue comme technique conflictuelle dans le système suisse de droit international privé, soit en doctrine, soit en pratique ? Si le problème n'est pas connu, quelles sont les solutions données à des problèmes mentionnés dans le rapport ?

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
 1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

a) Le problème de la substitution est connu en droit international privé suisse, certes, mais il n'est que rarement mis en évidence par l'emploi du terme de « substitution ». La jurisprudence n'en fait pas mention. En revanche, on trouve le concept utilisé dans la doctrine, principalement de langue allemande.

b) Le problème de la substitution apparaît lors de l'application de règles provenant de systèmes de droit différents, dont l'interaction n'est pas définie. Il en va ainsi d'une décision étrangère, reconnue dans l'État du for, dont les effets sont soumis à un autre droit, soit celui désigné par la règle de conflit de l'État du for. Il convient de songer également aux cas de morcellement du droit applicable (« dépeçage »), lorsque différents aspects de la même relation juridique sont soumis à des lois différentes. Un problème de coordination peut alors se poser lorsqu'un effet juridique est fondé, selon sa *lex causae*, sur une condition de droit (ou concept préjudiciel) régie, elle, par une autre loi, ce en vertu d'une règle de conflit du for ou d'une décision rendue à l'étranger et susceptible de reconnaissance dans l'État du for. A supposer que la loi régissant le concept préjudiciel définit celui-ci de manière différente de celle prévue par la *lex causae* applicable au rapport principal, la question est alors de savoir comment et dans quelles limites la coordination entre les deux lois peut être réalisée.

c) A la différence de votre emploi du terme « substitution », au sujet notamment des effets des actes notariés étrangers, il n'est pas d'usage en Suisse d'évoquer l'idée qu'une autorité étrangère puisse « se substituer » à une autorité suisse. S'il y a un problème de substitution à évoquer dans un tel contexte, il s'agit de se demander si la décision ou l'acte établi par une autorité étrangère puisse se substituer à l'acte établi par une autorité de l'État du for.

d) Il est certes exact que le problème de la substitution vise tant l'intégration d'un concept juridique étranger lors de l'application du droit, que la reconnaissance d'une décision étrangère, respectivement de l'institution juridique qui y est consacrée, dans l'ordre juridique régissant la question principale. Il me semble toutefois que la 1^{ère} Commission ne devrait pas élargir son domaine de travail, ni aux conditions de la reconnaissance d'actes et de décisions étrangers, ni à ce que vous appelez la « renaissance de la méthode de la reconnaissance », une expression à laquelle on pourrait préférer celle de la « réception de situations de droit étranger », à la fois pour éviter des confusions avec la reconnaissance des décisions étrangères et pour tenir plus judicieusement compte de l'étendue particulièrement large de cet ensemble de problèmes.

e) Selon l'angle sous lequel ce problème de coordination est abordé, la doctrine emploie les termes « transposition » et « substitution ». En effet, si

le regard est fixé sur le rapport de droit et son sort dans un ordre juridique autre que celui à l'origine de sa création, il s'agit de déterminer comment ce rapport peut être transposé dans un autre système de droit et y déployer des effets. Si le concept préjudiciel défini par la règle régissant l'effet juridique en cause est visé, la question est alors de savoir dans quelle mesure un rapport préjudiciel résultant d'un autre droit peut se substituer au dit concept. L'angle choisi mis à part, le problème est de savoir dans quelle mesure un rapport de droit créé en vertu d'un droit déterminé peut s'insérer dans un autre système de droit afin de produire les effets préconisés par celui-ci.

f) Je suggérerais dès lors, pour le cas où le terme de « substitution » est retenu pour une résolution de l'Institut, qu'il soit associé à celui de « transposition » qui constitue, en quelque sorte, son équivalent fonctionnel.

g) Il me semble par ailleurs que ni l'emploi du terme « substitution » ni la reconnaissance de ce concept dans un système de droit international privé ne sont véritablement révélateurs, ni de l'existence du problème dans un tel système ni de l'émergence de solutions appropriées. Car le problème se pose nécessairement, dans tout système de droit international privé ; qu'il soit appelé « substitution » ou non, n'y change rien. Chaque fois qu'un rapport de droit est régi par un système de droit national et que celui-ci soulève une autre question de droit (« concept préjudiciel ») qui est soumise à un autre droit, il se pose la question de savoir comment la solution donnée à cette seconde question peut être intégrée ou combinée avec le droit régissant la question principale, respectivement qu'elle « s'y substitue ».

h) La notion de substitution représente un concept, mais elle ne révèle aucun contenu de nature à indiquer la réponse donnée dans une matière particulière ou dans un cas particulier. Ainsi, je reconnais que plusieurs des illustrations données dans votre rapport préliminaire constituent des exemples pour le phénomène de la substitution, mais cela indépendamment des solutions que vous suggérez. Même si la réponse sur la question de savoir « comment substituer telle institution étrangère à telle institution du droit allemand qui constitue le concept préjudiciel dans le cas particulier » est différente de celle que vous préférez, il s'agit toujours d'un problème de substitution qui ne représente pas plus qu'un concept indiquant une relation de type particulier entre des normes d'origine différente.

i) A la lecture de votre Exposé préliminaire, j'ai constaté cependant que votre emploi du terme de « substitution » est différente, en ce sens que, pour vous, il y a « substitution » lorsque l'exigence de l'équivalence est satisfaite, tandis qu'il n'y en a pas lorsque l'institution étrangère ne peut venir « remplacer » l'institution visée du droit du for. Il ne semble pas que cette manière de s'exprimer soit heureuse et puisse faciliter la compréhension du concept par les juristes dans des systèmes de droit qui n'ont aucune connaissance de la

notion de substitution, alors que celle d'équivalence leur est parfaitement connue. Je crains surtout qu'elle n'entraîne une confusion entre les notions de substitution, d'une part, et celle d'équivalence, d'autre part.

j) En raison du caractère essentiellement conceptuel de la notion de substitution et de son partenaire, la transposition, je doute qu'il soit judicieux d'en faire un point substantiel d'une résolution de l'Institut, dont la mission consiste à proposer des solutions de droit international et non, ou beaucoup moins en tout cas, de clarifier des éléments définitionnels ou de terminologie.

2. La technique de la substitution pourrait-elle être appliquée aussi pour l'application des règles de conflit, surtout en ce qui concerne les rattachements alternatifs (par exemple, *lex causae* et *lex loci actus*) ?

a) La substitution se manifeste à chaque fois qu'une règle de droit d'un système juridique fait appel, en raison du caractère international de la situation, à une notion ou condition de droit qui relève d'un autre système juridique, désigné par la règle de conflit ou consacrée dans une décision étrangère.

b) Cela étant, il n'y a pas lieu, à mon avis, de faire de distinction, sous l'angle de l'importance des concepts, selon que la substitution est rencontrée en matière de reconnaissance de décision étrangère ou lors de l'application des règles de conflit de lois, qu'elles soient bilatérales ou alternatives.

3. Le principe de l'équivalence est-il utilisé dans le système suisse de droit international privé ?

a) La réponse est sans doute affirmative. Les travaux de Hans Lewald et de Frank Vischer ont marqué le droit international privé suisse et comparé en particulier au sujet de l'importance de la notion d'équivalence. A mon avis, le concept d'équivalence compte parmi les notions les plus importantes du droit international privé, car il constitue la clé du fonctionnement et de l'interaction de plusieurs systèmes de droit applicables à plusieurs aspects distincts d'un seul rapport de droit.

b) Plus précisément, la notion d'équivalence représente le mode de solution du problème de la substitution, respectivement de la transposition. Dans la mesure, en effet, où il existe une équivalence des solutions entre le concept préjudiciel de la norme applicable à la question principale, d'une part, et celle découlant du système de droit régissant ledit concept, la substitution peut avoir lieu. En revanche, si une telle équivalence fait défaut dans le cas particulier, l'institution étrangère, en soi applicable au concept préjudiciel, ne peut se substituer à celui auquel se réfère la règle de droit applicable à la question principale.

c) Pour répondre à votre question aussi directement qu'elle est posée, je précise que le principe d'équivalence est sans doute utilisé en droit international privé suisse, mais il l'est très souvent implicitement, sans qu'il soit fait appel à cette notion. La jurisprudence n'est pas accueillante pour des notions académiques et dans la doctrine récente, la tendance va vers des réponses directes à des problèmes concrets, souvent sans rappeler les concepts de base. L'exemple le plus explicite que l'on peut trouver dans la loi fédérale de droit international privé est l'article 78, alinéa 2, dont voici le texte : « Les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'État dans lequel elle ont été prononcées ».

d) Avant d'approfondir la notion d'équivalence en tant que critère de solution du problème de substitution, il conviendrait à mon avis de clarifier le rôle exact de la notion à laquelle une future résolution de l'Institut pourrait faire référence. La notion d'équivalence est également utilisée, assez fréquemment, dans des travaux récents, en tant qu'idée de base d'un régime de règles de conflit bilatérales. Elle prend ainsi le rôle autrefois attribué à l'idée de la « communauté des droits », évoquée par Savigny et les auteurs qui s'en inspirent ou prétendent de le faire. Il ne me semble pas que le projet de résolution auquel vous songez porte sur une notion d'équivalence ainsi conçue. Par ailleurs, la notion d'équivalence est utilisée au sein de l'Union européenne pour comparer, à divers égards, plusieurs droits nationaux, tels le droit de l'État membre d'origine et celui de l'État d'accueil, afin de déterminer leurs niveaux respectifs de protection et, partant, de connaître le droit applicable. Cette problématique est cependant différente de celle de la substitution qui est au cœur des travaux de la 1^{ère} commission.

e) La difficulté principale de la 1^{ère} commission, et de son rapporteur, consiste, me semble-t-il, à élaborer des critères selon lesquels l'équivalence devrait être déterminée dans différents domaines du droit, en évitant d'entrer en conflit avec les travaux de la 4^{ème} commission sur « L'union entre personnes de même sexe en droit international privé ». On pourrait certes se contenter d'un rappel solennel du concept d'équivalence et exprimer le souhait que la communauté internationale et les États s'inspirent de cette idée lorsqu'il y a lieu d'assurer la coordination entre ordres juridiques différents, mais cet apport risque de passer inaperçu, ce qui me paraîtrait regrettable.

f) Votre Exposé préliminaire contient plusieurs exemples sur la formes des actes. Cela pourrait constituer un point particulier d'une suggestion recommandant que des formes analogues, respectivement « équivalentes », utilisées dans le système étranger de droit pertinent pour des questions comparables à celle soulevée par la loi applicable à la question principale, puissent se substituer à des exigences de forme de la loi principalement

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

applicable (telle la forme notariale de l'Ukraine pour le consentement à l'adoption exprimé par d'autres personnes que l'épouse de l'adoptant, ou la renonciation à la succession déclarée devant un avocat danois).

g) Pour permettre de bien mesurer les enjeux et de mieux connaître l'étendue de la notion d'équivalence, il me semblerait utile d'illustrer également des situations dans lesquelles une telle exigence n'est pas remplie et, par conséquent, la substitution ou la transposition, ne peut avoir lieu.

h) Il me semble enfin que le thème de la substitution, combiné avec le critère de jugement de l'équivalence, ne devrait pas être abordé sans faire mention du principe de l'adaptation. En effet, à supposer que l'on accepte qu'une institution étrangère soit considérée équivalente et puisse se substituer au concept préjudiciel du droit applicable régissant la question principale, encore faut-il que l'on accepte que ce concept soit adapté afin d'accueillir l'institution étrangère différente. En revanche, il ne me semble pas recommandé d'élargir le débat encore au problème de la question préalable.

4. L'utilité d'une résolution de l'Institut

a) Je viens d'annoncer mon sentiment. Une résolution de l'Institut serait souhaitable si elle énonce, en le définissant, le principe d'équivalence, complété par des précisions susceptibles de s'appliquer dans un large nombre de domaines du droit.

b) En revanche, je ne vois pas l'intérêt d'une résolution qui ferait plus que de rappeler les notions de substitution et de transposition, étant donné que ces notions ont un caractère purement conceptuel et sont dépourvues de toute substance normative qui seule devrait intéresser l'Institut lorsqu'il s'exprime à travers une résolution.

c) Il ne me semble pas qu'une telle résolution devrait être l'occasion d'évoquer une quelconque tendance vers une pluralité des méthodes en droit international privé. En premier lieu, l'Institut ne devrait pas consacrer une vue générale qui n'est pas plus qu'une simple tendance. En second lieu, il conviendrait d'examiner tout d'abord chacune des méthodes visées isolément, afin d'en connaître la portée respective et de savoir s'il y a lieu de la consacrer et de la mettre en balance, ne fût-ce qu'à travers une alternative, avec une ou plusieurs autres méthodes. De plus, à supposer qu'une pluralité de méthodes existe, elle appelle immédiatement la question de savoir comment déterminer la pertinence ou la priorité de chacune de ces méthodes dans chaque cas particulier ou domaine du droit.

Réponse de M. Vicente Marotta Rangel (17 juin 2006)

1. On constate, d'une façon préalable, que le questionnaire concerne deux sujets distincts, en dépit des traits communs qui les rassemblent. Le premier est lié à une technique conflictuelle, c'est-à-dire la technique de la substitution. Le deuxième sujet concerne un problème d'une portée plus large : celui du principe d'équivalence.

[...]

2. La première question nous demande si la substitution est reconnue comme technique conflictuelle dans le système de droit international privé brésilien, soit en doctrine soit en pratique ; et si la réponse est négative, quelles sont les solutions données à des problèmes mentionnés dans le rapport.
3. A titre préliminaire, essayons d'indiquer des règles du droit brésilien concernant des problèmes mentionnés dans le rapport. Une de ces règles s'applique aux sources de ce droit, à savoir la loi, l'analogie, la coutume, les principes généraux de droit. « Omise la loi » – dit l'article 4 de la Loi d'introduction au code civil – « le juge décidera le cas en conformité avec l'analogie, la coutume et les principes généraux de droit » (décret-loi n. 4.657, du 4 septembre 1942). Dans le même sens, le code de procédure civile (Loi n. 5869, 11 janvier 1973) prescrit dans son article 126 que « le juge ne s'exempte pas de décider sur l'allégation de lacune ou d'omission de la loi ». L'article ajoute : « Dans le jugement du cas », il incombe au juge d'appliquer les règles de droit, « et dans l'omission de celles-ci, l'analogie, la coutume et les principes généraux de droit ». A propos de l'équité, le même code de procédure suit une orientation très restrictive ; l'équité sera admise par le juge « dans les cas établis par la loi » (article 127).

Une autre règle générale porte sur la interprétation. L'article 5 de la même Loi d'introduction prescrit à cet égard : « [d]ans l'application de la loi, le juge aura en vue les fins sociales qu'elle se propose et les exigences du bien commun ».

4. L'exposé préliminaire fait d'abord mention du rôle du notaire étranger dans la stipulation des contrats de vente d'un immeuble. À propos de la compétence de ce notaire, on peut envisager dans la législation brésilienne une certaine place pour la théorie de la substitution à l'égard des actes qui ont lieu à l'étranger.

D'après la Loi d'introduction au Code civil (article 7), « la loi du pays du domicile de la personne détermine les règles sur le commencement et la fin de la personnalité, le nom, la capacité et les droits de famille ». Les

¹ère commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
¹st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

actes du notaire du domicile de la personne concernant ces matières sont reconnus au Brésil. Ils sont réputés authentiques selon la loi du pays où ils ont été faits, après la formalité du certificat consulaire (Loi n. 6015, du 31 décembre 1973, article 32, § 1^{er}). Cette loi admet à l'enregistrement « des actes authentiques de pays étrangers ayant la valeur d'un instrument public, et enregistrés dans l'office de titres et documents » (art. 221 - III). Pour qualifier et régler les biens immeubles, la loi compétente est la *lex rei sitae* (Loi d'Introduction, article 8, *caput*).

5. En matière de nationalité, la constitution qualifie de brésiliens « ceux nés à l'étranger, de père brésilien ou mère brésilienne, une fois qu'ils viennent à résider au Brésil et optent, à une époque quelconque, pour la nationalité brésilienne ». (article 12, 1, c). L'enregistrement du certificat de naissance fait par le notaire étranger et reconnu par le consul brésilien, compétent à cet égard, aura des effets une fois immatriculé dans le Livre «E» du 1^{er} Office du registre civil au Brésil (Loi n. 6015, article 32, § 2).

On constate donc que la loi brésilienne admet la substitution dans ce cas, pourvu que le notaire étranger ait exercé d'une façon équivalente les fonctions du notaire brésilien.

6. La loi du pays de conclusion des obligations est compétente pour les qualifier et les régler (Loi d'introduction, article 9, *caput*). Si l'obligation sera exécutée au Brésil et exige une formalité essentielle, la loi brésilienne prévaudra ; quant aux formalités secondaires, la loi étrangère est admise (article 9, §1). Le paragraphe 2 de cet article concerne un échange des consentements ; la loi du pays de l'offrant prévaudra dans ce cas (article 9, § 2).
7. C'est la loi du domicile qui règle « le commencement et la fin de la personnalité, le nom, la capacité et les droits de famille » (Loi d'introduction au Code civil, article 7, *caput*). Nonobstant cette règle, le Tribunal fédéral suprême a pris en considération le critère de la nationalité dans son jugement 381 (« súmula »), lorsqu'il a décidé que le jugement de divorce obtenu par procuration dans un pays dont les époux n'ont pas la nationalité n'est pas susceptible d'homologation.

D'après la Constitution fédérale, la famille, « fondement de la société, jouit de la protection spéciale de l'État » et « le mariage est civil et sa célébration gratuite » (article 266 *caput* et § 1^{er}). Le § 2 du même article ajoute que « le mariage a des effets civils, d'après la loi ». A cet égard, la loi 6015 du 31 décembre 1973 contient des règles sur le mariage religieux et ses effets.

8. L'équivalence peut aussi découler de l'application de règles conventionnelles communes. On trouve un exemple significatif à ce propos dans le Protocole de coopération et assistance juridictionnelle en droit civil, commercial, administratif et du travail, en vigueur depuis 1996 entre les États Membres du MERCOSUL (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay). Selon l'article 25 de ce Protocole (signé à Las Lenas, en 1992), « [I]es instruments publics provenant d'un État Partie auront dans l'autre la même force probante que celle de ses propres instruments publics ».
9. Essayons maintenant de prendre en considération le deuxième sujet mis en relief par le questionnaire, celui du principe d'équivalence. Est-il utilisé dans le système brésilien de droit international privé ? Il semble que la réponse préliminaire à cette question ne pourrait être que nuancée, étant donné d'abord la pluralité actuelle de coordination entre ordres juridiques différents et la nécessité d'une détermination préalable plus précise du principe mentionné dans cette pluralité. Et encore pour une raison liée à la question suivante : l'équivalence a-t-elle la portée d'un principe ou est-elle seulement le résultat de l'application d'autres critères de coordination ? Comme principe, on pourrait avoir des doutes à répondre affirmativement à la question posée ; comme résultat d'application d'autres critères, ces doutes pourraient probablement disparaître.

En tout cas, comme on a déjà indiqué *supra* (n^{os} 8 et 9), il y a des règles de la Loi d'introduction au Code civil qui, parmi d'autres, autorisent la reconnaissance et l'application de la loi étrangère dans le pays, non comme un simple fait mais comme un vrai droit. L'enseignement classique à cet égard a été donné par Haroldo Valladao : « L'interprétation de la loi étrangère – y compris sa qualification – suivra, sans doute, les règles herméneutiques du droit étranger » (*Direito Internacional Privado*, vol. 1, 5^e édition, 1980, p. 475). On peut ajouter qu'au Brésil on suit la règle de l'article 409 du Code Bustamante, à savoir : « dans l'application de la loi étrangère, on doit respecter le sens qui lui est donné par cette loi, ce qui signifie respecter l'interprétation que la même loi reçoit des tribunaux de l'État d'origine ». Cette règle s'harmonise, d'ailleurs, avec le *caput* de l'article 9 de la Loi d'introduction ci-dessus mentionné. En effet, c'était en application du Code civil du Portugal – la loi du pays où des obligations questionnées ont été constituées – que la Cour fédérale suprême a pris sa décision dans un « leading case » rapporté par le professeur Jacob Dolinger (*Direito Internacional Privado, Parte Geral*, Rio de Janeiro, 3^e ed., 1994, pp. 240 et 242). Ayant pris en considération un autre cas jugé par la même Cour

(recours extraordinaire 93.131, *Banco do Brasil v. Antonio Champolimaud*), le professeur João Grandino Rodas a fait le commentaire suivant : « All levels of state and federal courts are ready to apply foreign law wherever indicated by the rules of Private International Law. Brazilian judges have been careful to apply foreign law in accordance with the effective practice of the *lex causae*, diligently searching for the proper construction of foreign law in the treaties written by the authorities on the law to be applied » (« Choice of law rules and the major principles of Brazilian private international law », in *A Panorama of Brazilian Law*, Editors Jacob Dolinger and Keith S. Rosenn, University of Miami, 1992, p. 375).

10. On peut donc arriver à des conclusions, ayant en vue des considérations précédentes. Ma réponse est affirmative à l'égard des trois premières questions.

À propos de la dernière question, il me semble qu'une résolution de l'Institut dans cette matière serait convenable.

III. Rapport provisoire et avant-projet de résolution (novembre 2006)

1. Les travaux de la Commission

La 1^{ère} commission fut créée lors de la Session de Strasbourg en 1997. Le présent rapporteur fut nommé en 2004. Il a présenté un exposé préliminaire avec un questionnaire lors de la session de Cracovie (2005). L'exposé définit le sujet des travaux ; il décrit son historique, les théories et la pratique respectives.

La 1^{ère} commission s'est réunie à Cracovie pour discuter de cet exposé³⁷. Les membres présents étaient favorables à la continuation des travaux. Après la session de Cracovie d'autres membres de l'Institut ont exprimé leur souhait de participer aux travaux de la 1^{ère} commission³⁸. L'exposé préliminaire et le questionnaire furent envoyés aux nouveaux membres de la commission. Le rapporteur a reçu un grand nombre de réponses au questionnaire. En principe, tous les membres de la commission appuient l'idée d'une résolution. De cette manière le rapporteur résume le contenu des réponses

³⁷ La 1^{ère} Commission a tenu session à Cracovie le 23 août 2005. Membres présents : MM. El-Kosheri, Erauw, Mme Gaudemet-Tallon, MM. Gonzalez-Campos, Gannagé, Jayme, Lagarde, Lipstein, Moura Ramos, Mme Perez Vera, M. Struycken.

³⁸ Membres de la 1^{ère} Commission en 2006 : MM. Bucher, El-Kosheri, Gannagé, Mme Gaudemet-Tallon, MM. Lagarde, Marotta Rangel, Moura Ramos, Sir Peter North, Mme Pérez Vera, MM. Picone, Pocar, Schwind, Struycken, Vischer.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

des membres de la commission et cherche à formuler un avant-projet de résolution.

D'abord il faudra parler de la substitution comme technique qui a pour but de tenir compte des situations juridiques créées à l'étranger. Si l'on admet cette technique en général, on devra chercher les conditions pour l'application de cet instrument. De cette manière on arrive au principe de l'équivalence. Ensuite, pour déterminer l'équivalence entre l'acte étranger et la loi du for, le but et les intérêts visés par les règles matérielles de la loi applicable donnent une certaine orientation.

2. La substitution en droit international privé

A. L'actualité du problème

Quelques exemples montrent l'actualité de notre sujet.

a) Le « PACS » du droit français et le mariage en droit social des organisations internationales

Le Tribunal administratif de l'ONU a été appelé à décider si le partenaire d'un expert employé par l'ONU pouvait être qualifié « d'époux » en ce qui concernait certaines prestations de droit social en faveur des membres de la famille d'une personne employée par cette organisation internationale³⁹. Les deux hommes, de nationalité française, avaient conclu un « Pacte Civil de Solidarité » (PACS) en France qui y fut enregistré. Selon le Tribunal qui tenait compte d'un bulletin du Secrétaire général, l'ONU elle-même n'impose pas une règle matérielle ; il fallait donc appliquer la loi nationale des personnes intéressées pour trouver une solution. La loi française reconnaissant certains droits au partenaire d'un PACS en matière de sécurité sociale, le Tribunal décida que le partenaire du PACS français pouvait être qualifié d'« époux » au sens des règlements de l'ONU.

La décision est très intéressante sous l'angle du sujet de ce rapport. La question était de savoir si, aux fins de l'application des règlements de l'ONU, à « l'époux » pouvait être substitué un partenaire d'un PACS français. Le tribunal suivit une méthode en deux étapes. Premièrement, étant donné que l'ONU n'a pas développé un droit propre de famille, le tribunal, en appliquant la loi nationale, reconnut le PACS français. Deuxièmement, le tribunal considéra le PACS – sans le dire expressément – comme équivalent au mariage aux fins du droit social de l'ONU. Ce qui manque, dans cet arrêt, est une réflexion sur les critères qui déterminent cette équivalence. Si on admet que la substitution et le principe d'équivalence sont des instruments pour résoudre les problèmes de l'interprétation « internationale » des règles

³⁹ Judgement No. 1183 (30.9.2004), Case No. 1276 Adrian. Le rapporteur remercie vivement M. El-Kosheri pour le texte de cette décision.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

matérielles des organisations internationales, il sera plus facile de formuler des arguments en faveur de telles décisions.

Les questions de la validité et des effets d'un mariage ou d'un partenariat entre personnes de même sexe ont suscité des problèmes de conflits de lois⁴⁰. La technique de la substitution empêche que de telles unions créées à l'étranger soient exclues *a priori* du champ d'application de la loi d'un État qui ne connaît pas une telle institution.

b) L'adoption plénière

Une bonne illustration du phénomène de la substitution est l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation de France du 18 mars 2005⁴¹. Un couple français avait adopté un enfant de nationalité roumaine en Roumanie. Selon la loi roumaine, une telle adoption rompt le lien de filiation préexistant avec la famille d'origine de l'enfant. Cette adoption a été révoquée plus tard en Roumanie. Selon la Cour de cassation, cette révocation ne peut pas produire des effets en France parce que l'enfant jouit en France des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption plénière en France qui est irrévocable. La Cour cite l'article 26 de la convention de La Haye du 29 mars 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale⁴². De manière similaire, l'article 370-5 première phrase du code civil français prévoit que « [l']adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. »

Comme Mme Gaudemet-Tallon l'a écrit dans sa lettre au rapporteur du 1er mars 2006: « à l'adoption plénière prononcée en Roumanie s'est substituée une adoption plénière française (donc irrévocable) ». Dans ce cas, c'est le législateur international ou national qui utilise l'instrument de la substitution en ce sens que l'adoption étrangère se transforme en une adoption de droit

⁴⁰ Voir récemment l'arrêt espagnol de la DGRN, 26.10. 2005, *La Ley* 6408 (236.1.2006), 1 (validité du mariage entre un espagnol et un indien); Katja Rainscourt, « The Limitations of the Civil Partnership Act 2004 : an Analysis of Cross Border Recognition of Same-Sex Marriages », *Civil Justice Quarterly* 2006, p. 150 s.; Anne Röthel, « Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen nach deutschem und europäischem Recht », *IPRax* 2006, p. 250 s.

⁴¹ *Clunet* 2006, p. 162, note Fabienne Jault-Seseke. Le rapporteur remercie vivement Mme Gaudemet-Tallon de son information sur cet arrêt.

⁴² L'article 26 de cette convention de La Haye énonce que « [s]i l'adoption a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, l'enfant jouit, dans l'État d'accueil et dans tout autre État contractant où l'adoption est reconnue, des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption produisant cet effet dans chacun de ces États » § 2.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

interne. Pour déterminer l'équivalence, il suffit que l'adoption étrangère rentre dans le type d'adoption plénière.

Dans un autre cas décidé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁴³, à l'adoption d'un enfant haïtien par un couple français en Haïti s'est substituée une adoption plénière française même si la loi haïtienne ne connaissait que l'adoption simple. En l'espèce, les parents biologiques avaient consenti, par un acte ultérieur, à une adoption irrévocable entraînant une rupture complète des liens de l'enfant avec sa famille d'origine.

B. La « substitution » et les systèmes nationaux de droit international privé

Une étude de droit comparé montre que la technique de la substitution est connue dans plusieurs systèmes nationaux, même si le terme n'est pas utilisé par la jurisprudence et rarement mentionné en doctrine. C'est le cas en France⁴⁴, en Suisse⁴⁵, au Brésil⁴⁶ et aux Pays Bas⁴⁷. Dans les pays de *common law*, pourtant, la substitution et le principe d'équivalence sont des techniques inconnues⁴⁸. En Allemagne, la substitution est reconnue comme technique par la jurisprudence et discutée en doctrine⁴⁹. Il s'agit d'une technique établie. Au Liban, l'utilisation de ces procédés « s'impose davantage dans le domaine judiciaire. Des difficultés particulières surgissent ici, lorsque le juge civil est appelé à appliquer une loi religieuse »⁵⁰.

En ce qui concerne les cas concrets où se pose la question de la substitution, des différences apparaissent. Prenons l'exemple des actes notariés. En Suisse, « il n'est pas d'usage ... d'évoquer l'idée qu'une autorité étrangère puisse 'se substituer' à une autorité suisse. S'il y a un problème de substitution à évoquer dans un tel contexte, il s'agit de se demander si la décision ou l'acte établi par une autorité étrangère puisse se substituer à l'acte établi par une autorité de l'État du for »⁵¹. En Allemagne, c'est plutôt la substitution de l'autorité qui suscite des problèmes, de même au Brésil.

⁴³ 30.6.2005 JCP G 2006 II 10042, note Anais Gabriel.

⁴⁴ Lettre de Mme Gaudemet-Tallon et de M. Lagarde. Voir aussi Paul Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Revue critique de droit international privé*, 275 ss., p. 297.

⁴⁵ Lettres de M. Bucher et M. Vischer.

⁴⁶ Lettre de M. Marotta Rangel du 17 juin 2005.

⁴⁷ Lettre de M. Struycken du 29 janvier 2006: aux Pays Bas la substitution est plutôt vue comme un cas de l'« adaptation ».

⁴⁸ Voir la lettre de Sir Peter North du 22 février 2006.

⁴⁹ Voir Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, 8e éd., 2005, p. 236- 237.

⁵⁰ Lettre de M. Gannagé du 30 janvier 2006.

⁵¹ Lettre de M. Bucher.

Comme M. Marotta Rangel le dit dans sa lettre du 17 juin 2005 : « [o]n constate donc que la loi brésilienne admet la substitution dans ce cas, pourvu que les notaires étrangers aient exercé d'une façon équivalente les fonctions du notaire brésilien ». C'est exactement la position de la jurisprudence allemande⁵². S'agissant des autorités concernées par la substitution, M. Gannagé suggère que la Commission englobe aussi la substitution à l'autorité religieuse du juge étatique et les problèmes qui en découlent.

3. Le principe d'équivalence

A. Les règles de conflits de lois – les rattachements alternatifs

M. Vischer a bien montré que la détermination de l'équivalence joue un rôle important pour l'application des règles de conflit qui utilisent des rattachements alternatifs, par exemple en matière de la responsabilité délictuelle. Le rapporteur, dans son exposé préliminaire, a donné l'exemple de la règle « *locus regit actum* » qui présuppose que la loi locale connaisse au moins un acte équivalent à celui prévu par la loi régissant la substance.

Dans ces cas, pour déterminer l'équivalence, il faudra avoir recours aux buts de ces rattachements alternatifs. Si ces règles de conflit visent à protéger la victime d'un délit par l'application de la loi la plus favorable, l'équivalence n'exige qu'une similitude au sens large. De même pour la règle « *locus regit actum* » qui favorise les parties et leur volonté de mettre en oeuvre leurs actes de droit privé (« *favor negotii* »)⁵³.

B. La méthode fonctionnelle

La substitution présuppose l'équivalence entre la situation étrangère et la condition qu'exige la règle du for. Pour déterminer cette similitude, « la qualification se fait, non pas d'après les structures formelles et conceptuelles de l'institution étrangère, mais selon son sens fonctionnel »⁵⁴.

C. Les buts et les intérêts

Pour la détermination de l'équivalence nécessaire pour permettre la substitution, il faut tenir compte des buts de la loi qui contient la condition à substituer. En ce qui concerne les règles de conflit de lois, ce sont les intérêts et le but de ces règles qui déterminent l'équivalence, par exemple le « *favor*

⁵² BGH, 16.2.1981, BGHZ 80, p. 76 = IPRspr. 1981 n° 10 b = IPRax 1983, p. 79, note K(arl) F(irsching). Voir récemment Reichert/Weller, *Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung – Kommentierung zu §§ 14-18 GmbHG*, München 2006, § 15 n° 143 – 151.

⁵³ Voir Erik Jayme, « Qualifikation und favor negotii im Internationalen Privatrecht », *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. 2002, vol. I, pp. 209 ss.

⁵⁴ Anais Gabriel, JCP G 2006 II 10042, p. 563.

1^{ère} commission : La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé
1st commission : Substitution and principle of equivalence in Private International Law

negotii ». Les rattachements alternatifs, normalement, visent à favoriser un certain résultat concret. En outre, ces règles facilitent la conclusion des contrats et la mise en oeuvre d'autres actes de droit privé dans les situations transfrontalières.

Pour la substitution dans le cadre des règles substantielles, M. Struycken favorise à juste titre « une conception plutôt universaliste ».

4. L'utilité d'une résolution de l'Institut

Le premier but d'une résolution pourrait être de faire connaître la technique de la substitution. Il faudra la définir clairement. Il y a beaucoup d'arrêts qui excluent la prise en considération d'un acte juridique étranger parce que le juge ne connaît pas cette technique.

En ce qui concerne le principe d'équivalence, on devrait mettre en évidence que cette technique permet de tenir compte d'une situation juridique créée à l'étranger si cette situation montre une similitude compatible avec le but de la loi applicable. Parmi ces buts devrait figurer aussi, en général, la coopération internationale, tâche primordiale du droit international privé.

5. Le contenu de la résolution

A. Questions de terminologie : Substitution ou « transposition » ?

M. Bucher a suggéré « que, si le terme de « substitution » est retenu pour une résolution de l'Institut, il soit associé à celui de « transposition » qui constitue, en quelque sorte, son équivalent fonctionnel »⁵⁵.

De l'avis du rapporteur, il faut nettement distinguer la substitution et la transposition. La transposition concerne la mise en oeuvre de la loi applicable dans la loi du for si la loi étrangère applicable prévoit une institution inconnue dans la loi du for. Il faut trouver une mesure fonctionnellement équivalente⁵⁶. La substitution, au contraire, tient compte des faits juridiques qui se sont vérifiés dans un pays dont la loi n'est pas applicable. Pour la substitution, il faut décider si l'acte étranger est équivalent ou non ; pour la transposition le problème d'équivalence est déjà résolu.

B. Le principe d'équivalence

Le principe d'équivalence est utilisé dans plusieurs contextes qui outrepassent l'emploi de la substitution. L'équivalence permettait et permet

⁵⁵Lettre de M. Bucher du 28 mars 2006.

⁵⁶Karl Kreuzer, « Die Inlandswirksamkeit fremder besitzloser vertraglicher Mobiliarsicherheiten: die italienische Autohypothek und das US-amerikanische mortgage an Luftfahrzeugen », *IPRax* 1993, p.157 ss., 159.

1^{ère} commission : La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé
1st commission : Substitution and principle of equivalence in Private International Law

encore – surtout en France et en Italie⁵⁷ – de reconnaître des jugements étrangers même si le juge étranger avait appliqué une loi autre que celle désignée par les règles de conflits de l'État de reconnaissance. Mais cette condition pour la reconnaissance des jugements étrangers a perdu son importance.

De l'avis du rapporteur, la résolution devrait se concentrer sur l'équivalence dans le cadre de la substitution. En ce qui concerne l'équivalence au sens plus vaste, il reste l'expérience pratique de la comparaison des lois différentes, expérience qui constitue une mine pour trouver des arguments pour la détermination de la similitude des institutions juridiques qui permet la substitution.

C. La délimitation du sujet

a) Exclusion du principe de la reconnaissance mutuelle

Dans les systèmes de conflits de lois de l'Union Européenne et du MERCOSUL, le droit communautaire vise à favoriser l'intégration. De cette manière l'on a développé le principe de la reconnaissance mutuelle des actes publics⁵⁸, qui a influencé la solution de conflits de lois⁵⁹. Ce principe a mis en danger le droit international privé classique et a provoqué une vive discussion en doctrine⁶⁰. En outre, la Cour de Justice utilise le « test d'équivalence dans l'appréciation de la 'proportionnalité' des mesures nationales... en matière de liberté de circulation des marchandises et de liberté de prestation de services »⁶¹. En Suisse, la reconnaissance des actes étrangers de droit privé est entrée dans la codification du droit international privé, surtout en matière de droit de la famille⁶².

⁵⁷ Voir par exemple Erik Jayme, « Zerrüttungsvermutung des § 1566 Abs. 2 BGB und italienischer *ordre public* », *IPRax* 1984, p. 113.

⁵⁸ Pour le MERCOSUL, voir l'article 25 du Protocole de Las Lenas, cité dans la lettre de M. Marotta Rangel du 17 juin 2006.

⁵⁹ Erik Jayme/Christian Kohler, « Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR »?, *IPRax* 2001, pp. 501 ss.

⁶⁰ Voir récemment Dagmar Coester-Waltjen, « Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht », *IPRax* 2006, p. 392; Heinz-Peter Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RabelsZ* 70 (2006) (fasc. 4).

⁶¹ Hélène Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », in: *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, Dalloz, p. 303 s., p. 316-317. Sur la jurisprudence Arblade voir Erik Jayme/Christian Kohler, « *Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?* », *IPRax* 2000, p. 454 s., p. 455.

⁶² Voir la lettre de M. Vischer.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

Le rapporteur suit la suggestion de M. Bucher de ne pas inclure cette discussion doctrinale qui est en pleine évolution. Mais l'on peut également mentionner, parmi les buts et les intérêts qui déterminent l'équivalence, l'intégration et la coopération au sein d'un marché commun.

b) La substitution des autorités

Selon les avis de plusieurs membres de la Commission, il faudra inclure la substitution des autorités. M. Struycken a suggéré de traiter cette question séparément : « Il s'agit des organes qui remplissent leurs tâches respectives dans les domaines du droit privé, notamment les juges, les officiers de l'état civil, les notaires (latins) et les huissiers ». De cette manière, la question du juge étatique qui est substitué au juge religieux (suggestion de M. Gannagé) sera incluse.

c) Le « statut » d'une personne créé à l'étranger

Les problèmes plus fréquents de la substitution concernent le droit de la famille⁶³. Il s'agit de savoir si une relation familiale créée à l'étranger remplit ou non les conditions prévues par la loi applicable, par exemple la loi successorale⁶⁴. C'est ici que le principe de l'équivalence permet de tenir compte des institutions similaires d'une loi autre que celle de la loi applicable.

D. Définitions

Le rapporteur suit la suggestion de M. Vischer que la résolution contienne des définitions.

6. Le projet de résolution

L'Institut de Droit International,

soulignant l'importance primordiale du droit international privé pour la coopération et l'intégration de la communauté internationale,

considérant que le droit international privé actuel est caractérisé par un certain pluralisme de méthodes,

considérant qu'en droit privé, les autorités étrangères peuvent exercer les mêmes fonctions que celles des autorités de l'État du for,

considérant que le développement des techniques conflictuelles peut faciliter la mise en oeuvre des actes juridiques effectués par des personnes privées dans les situations transfrontalières,

⁶³ Voir les exemples donnés par M. Struycken et M. Vischer dans leurs lettres au rapporteur. Voir aussi Frank Vischer, « Status und Wirkung aus der Sicht des schweizerischen IPR », *Festschrift Müller-Freienfels* 1986, p. 661 s.

⁶⁴ Voir les observations de M. Vischer; voir aussi Günther Beitzke, « Zum deutschen Erbrecht einer amerikanischen Adoptivnichte », *IPRax* 1990, pp. 36 ss.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

adopte la résolution suivante :

I. Définitions

Article 1 (substitution)

La substitution est une technique conflictuelle qui permet de substituer à un rapport de droit considéré par la loi applicable comme condition d'un effet juridique, un rapport de droit analogue d'un autre Etat. Elle englobe aussi la substitution des autorités.

Article 2 (équivalence)

Le principe d'équivalence, aux fins de la substitution, se base sur une comparaison fonctionnelle des conditions de la loi applicable et de la loi selon laquelle le rapport pris en considération pour la substitution s'est formé.

Article 3 (mise en œuvre)

La substitution dépend de la détermination de l'équivalence des deux lois considérées. Elle n'exige pas que les deux lois soient identiques ; il suffit d'une similitude correspondant aux buts et aux intérêts envisagés par la loi applicable.

II. Champ d'application

Article 4 (substitution de rapport juridique)

Si la loi applicable fait dépendre certains effets de l'existence d'un rapport juridique déterminé (mariage, adoption), à celui-ci peut être substitué un rapport équivalent créé par la loi d'un autre État.

Article 5 (substitution des autorités)

À une autorité (notamment juge, notaire, officier d'état civil) dont l'intervention est prévue par la loi applicable à un acte de droit privé, peut être substituée l'autorité d'un autre État si celle-ci exerce les mêmes fonctions. Cela vaut aussi pour un juge étatique si la loi applicable contient des normes religieuses dont l'application relève des juridictions religieuses.

Article 6 (règles de conflit de lois : rattachements alternatifs)

Si une règle de conflit de lois prévoit des rattachements alternatifs, la substitution favorise le but de telles règles de conflits d'atteindre un certain résultat. De cette manière, quant à la forme des contrats, si la loi locale ne connaît pas le contrat choisi par les parties, il suffit que les parties remplissent les conditions de forme prévues par un contrat fonctionnellement équivalent à celui de la *lex causae*.

III. Recommandations

Article 7 (substitution)

Il est recommandé que le juge ne refuse pas *a priori* la substitution d'une condition de la loi du for par une institution équivalente d'une loi étrangère. La même recommandation concerne la substitution des autorités.

Article 8 (équivalence)

Il est recommandé que le juge tienne également compte, pour la détermination de l'équivalence, des buts généraux du droit international privé, notamment de celui de faciliter la coopération internationale et la mise en oeuvre des actes de droit privé, expression de la libre volonté des parties.

IV. Observations des membres de la commission

Lettre de Mme Hélène Gaudemet-Tallon (5 décembre 2006)

- I , dernier alinéa : ne faudrait-il pas ajouter après la première phrase : « Il faudra aussi se demander si une autorité étrangère peut être substituée à une autorité nationale » ?
- II 1) b) à propos de l'adoption : à l'arrêt d'Aix en Provence du 30 juin 2005, vous pouvez ajouter un autre de la même Cour d'appel d'Aix en Provence du 3 janvier 2006 (*JCP*, 2006, éd. G. IV 2361) qui, de la même façon, substitue à une adoption faite en Ethiopie par un couple français, l'adoption plénière française bien que l'adoption éthiopienne n'entraîne pas de rupture des liens avec la famille d'origine.
Toujours à propos de l'adoption, deux arrêts de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 10 octobre 2006 (*D.*, 2006, *inf.* rap. 2623, et *JCP*, 2006, éd. G. Actualités, n° 489, p. 1932) : on ne peut substituer à la *kafalah* (marocaine dans un cas, algérienne dans l'autre) l'adoption simple du droit français (motif : la *kafalah* ne crée pas de lien de filiation alors que l'adoption française, même simple, crée un lien de filiation). Pas d'équivalence, pas de substitution.
- II 2) à propos des substitutions d'autorités : un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2006 (*D.*, 2006, *inf.* rap. 1633 ; *JCP*, 2006, éd. G. IV.2313) : il s'agissait d'époux dont le régime matrimonial était soumis à la loi française et qui divorcent à New York ; la liquidation du régime se fait par un accord entre les époux devant un *public notary* et en présence d'un avocat. La Cour de cassation estime qu'il s'agit là d'une forme équivalente à la forme notariée française et accepte donc l'effet de cette liquidation.

- III 3) : j'avoue ne pas très bien comprendre ce que M. Struycken veut dire, cela mériterait peut-être un peu plus d'explications.
- IV, second alinéa : est-ce qu'il n'y a que le but de la loi qui compte ? Il me semble que son contenu et sa structure sont aussi importants ; par exemple, *kafalah* et adoption ont le même but de protection de l'enfant. ...et pourtant on ne peut les substituer l'une à l'autre en raison du contenu de la loi.
- V 1) : je suis tout à fait d'accord avec vous qu'il faut distinguer substitution et transposition.
- V 2) : tout à fait d'accord aussi pour limiter la réflexion sur l'équivalence à l'équivalence dans le cadre de la substitution. Sinon, c'est beaucoup trop vaste.
- V 3) a) : je suis perplexe sur l'exclusion du principe de la reconnaissance mutuelle... C'est un principe qui fait certes l'objet de beaucoup de discussions et réflexions actuellement (v. en dernier lieu un intéressant article de Mathias Audit au *JDI* 2006, 1333, Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois), mais doit-on vraiment l'exclure de notre réflexion ? Ainsi, par exemple, l'idée que l'on doit pouvoir reconnaître un acte émanant d'une autorité d'un autre Etat de l'UE alors qu'il aurait dû être dressé dans l'Etat du for, n'est-ce pas l'idée de « substitution » ? Je dois dire que je suis très hésitante sur ce point... et que je me rangerai volontiers à votre avis.
- V 3 b) : oui, je pense aussi qu'il faut traiter de la substitution des autorités.

Enfin quelques remarques sur le projet de résolution:

- deuxième considérant : je ne suis pas d'accord. Je ne crois pas que l'on puisse affirmer que « normalement » en droit privé les autorités étrangères peuvent exercer les mêmes fonctions que les autorités du for. Chaque autorité est dotée d'une certaine compétence et « normalement » elle doit exercer cette compétence. Mais, dans certains cas, une autorité étrangère pourrait être substituée à l'autorité du for... et ce serait précisément l'intérêt du travail de la 1^{ère} commission que de tenter de cerner dans quels cas.
- dans les définitions :
 - art. 1 : je suis d'accord, mais cela n'englobe pas la substitution d'autorités.
 - art. 2 : peut-être faudrait-il préciser que cette définition de l'équivalence ne vaut qu'aux fins de la substitution.

- art. 4 : ne devrait-il pas être mis dans les « définitions » : après la substitution des rapports de droit, on aurait la substitution des autorités. Sur le fond, je suis réservée sur cette affirmation de principe qu'une autorité étrangère peut être substituée à une autorité du for (cela se conçoit à la rigueur dans le cadre de l'UE... et encore ; mais quid d'une autorité d'un pays X sur lequel on n'a aucune garantie que les autorités fonctionnent régulièrement... ? À lier à ma remarque sur le deuxième considérant.
- art. 6 : à vrai dire, je comprends mal le lien que vous faites entre règles de conflit avec des rattachements alternatifs et substitution. L'exemple que vous donnez concerne la forme du contrat. Les parties ont le choix entre la loi locale et la *lex causae* et le contrat sera valable en la forme dès que l'une de ces deux lois sera respectée. Soit, mais il n'y a pas de substitution d'une loi à une autre; il y a application de l'une ou de l'autre en raison de la règle de conflit qui prévoit le rattachement alternatif... je ne comprends pas où est ici la substitution.
- art. 7 : il faudrait sans doute ajouter la substitution d'une autorité.

Je me suis demandée aussi, mais peut-être à tort, s'il n'y avait pas une réflexion à mener sur ce qui pourrait être équivalent à la conception romano-germanique du « régime matrimonial » ; en France, par exemple, il a été jugé, à juste titre selon moi, que la clause de « maher » insérée dans un acte de mariage dressé en Inde en 1969 entre époux musulmans ne valait pas adoption d'un régime matrimonial déterminé (sur ce dernier cas, v. Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *JDI* 2006, 1365, avec une très intéressante note de M.C. Najm, agrégée en France et professeur à Beyrouth). En revanche, le contraire avait été décidé à propos de la *ketouba* du droit hébraïque (Cass. civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, *Rev.crit.DIP*, 1989, 360, note G. Khairallah ; *JDI*, 1989, 715, note G. Wiederkehr). Ne serait-ce pas un point à étudier (avec les spécialistes de droit musulman et de droit hébraïque) ? Mais je me trompe peut-être.

Letter from Mr Frank Vischer (12 janvier 2007)

1. I should come back to the proposal of Andreas Bucher to include in the Resolution the notion of “transposition”, “l'équivalent fonctionnel” of the substitution. It is indeed often a question of view whether we face a case of substitution or of transposition. The two notions are sometimes overlapping. The transposition fulfils a special role in the property law (*Sachenrecht*) for instance when the general statute (*Gesamtstatut*) prescribes an effect which is unknown or regulated differently in the

single statute (*Einzelstatut*). Transposition often makes it necessary to adapt the law applicable in question.

As a general rule, I should admit transposition when a foreign institution has to be « implanted » into the applicable law which does not know that institution or regulates it differently (example common law trust in a civil law jurisdiction) ; thereagainst I should use the notion substitution when under the applicable law the question arises whether an institution of foreign law viewed at from its function, fulfils the conditions of the institution foreseen in the applicable law (frequently the *lex fori*). As a side remark I should mention that substitution often involves a preliminary question (*Vorfrage*) and the question how to connect the preliminary question (*selbständige oder unselbständige Anknüpfung*).

Thus, in the case decided by the Cour de cassation on March 18, 2006, cited by you *sub* II 1b, the Rumanian adoption which foresees revocation had to be transferred (or “implanted”) into French law, the new applicable law to the adoption, which excludes revocation. In that case I should rather speak of transposition.

There against the case decided by the Tribunal Administrative of the UNO (cited *sub* I 1a) is a classic example of substitution. The question was whether the legal term « époux » as used in the applicable law (the autonomous law of the UNO) can be substituted by the French « Pacte Civil de Solidarité » or in other words whether the “pacte de solidarité” is, for the purpose under review, equivalent to a marriage.

Both, substitution and transposition, have to be treated equally. In both the notion of equivalence is of predominant importance. I therefore suggest to include “transposition” in the Resolution.

2. With regard to the proposed Resolution I should make the following observations :
 - a) The definition of the substitution in art. 1 seems to me accurate. As proposed I should include in article 1 the transposition with the relevant definition.
 - b) Art. 2 : I should propose to begin the article with a statement like « Le principe d'équivalence doit être le critère décisif pour la substitution (et la transposition). Il se base ... ».
 - c) Art. 3 : I should rather not speak of « l'équivalence de deux lois considérées ». Not the laws as a whole but the legal institutions under issue must be equivalent.
 - d) Art. 5 : I am in agreement with the contents of the article. The wording could perhaps be improved. I propose to state more clearly that we face the situation where a « status » (marriage, adoption, etc.) has

been validly created by a law different from the law which regulates its effects. The question is whether the foreign status can be substituted to the status in the law which regulates its effects.

- e) Art. 6 : I propose to begin with a more general statement for the use of substitution in case of alternative connections. Perhaps one could state : « Le but d'une règle de conflit avec un rattachement alternatif est d'atteindre un certain résultat matériel. Avec la méthode de substitution ce but peut être mieux réalisé. De cette manière ... ».
- f) Art. 7 : the article should in my opinion be included in article 5, or placed as a separate article following article 5.
- g) Art. 8 : The article deals with the use of the notion of equivalence as a general principle for the international cooperation. The article does not contain hints how equivalence could further this goal. Could you include an example ? I have also a certain hesitation to limit the principle to « actes de droit privé, expression de la libre volonté des parties ». In my opinion, not all « actes » of private law are « expression de libre volonté des parties ». As an example I should refer to the child born out of wedlock and its position under the law regulating inheritance.

Lettre de Mr Andreas Bucher (14 février 2007)

Il me semble qu'à la lecture de votre projet, une question centrale émerge qu'il conviendrait de débattre en premier lieu. Il n'y a pas de doute que, pour réaliser la substitution dans le cas particulier, la condition liée à l'équivalence des rapports de droit à comparer doit être remplie. Lors de l'application d'un effet juridique à un rapport de droit prévu par la loi régissant cet effet, la question se pose de savoir si un rapport de droit né sous le régime d'une autre loi peut se substituer à celui-ci. La réponse est affirmative s'il existe une équivalence suffisante entre les deux lois quant au rapport de droit pris en considération. Cela étant, *quel est le système juridique déterminant pour juger de cette équivalence ?* A cette question est liée celle, considérée par certains comme une question à soulever au début du raisonnement, à savoir si la loi applicable aux effets d'un rapport de droit né sous l'empire d'une autre loi accepte, par principe, la *possibilité d'une substitution* ou si elle n'est pas, le cas échéant, fermée à l'accueil d'institutions juridiques différentes (ce que l'on appelle dans la doctrine allemande la question de la *Substitutionsoffenheit*). Il me semble que les deux questions peuvent être confondues dans une seule, qui consiste à se demander quel est le système de droit international privé qui décide de l'existence ou du refus de l'équivalence dans le cas particulier ? Ce système est à mon avis celui qui est appelé à trancher la question de la substitution, soit celui qui désigne la loi

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
 1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

applicable aux effets juridiques d'un rapport de droit (concept préjudiciel) créé sous le régime d'un autre droit. Cette réponse quant à la racine légale de l'équivalence doit s'accompagner, de toute évidence, des plus fortes recommandations favorisant une approche fonctionnelle et comparatiste de cette analyse, comme vous le proposez dans votre projet. Pour illustrer mon propos, je choisirais le partenariat enregistré. S'il est du type suisse, il est proche, mais néanmoins différent dans ses effets, du mariage. S'il est du genre scandinave, il est, sauf rares exceptions (telle la possibilité d'adopter), difficile à distinguer du mariage. En revanche, le pacte civil de solidarité du droit français (pacs) est assimilé souvent en France à un contrat et non à un statut familial. Or, lorsque des partenaires suédois s'établissent en Suisse, on verrait l'équivalence de leur statut dans le partenariat suisse et non dans le mariage, malgré le fait que le statut choisi par le couple en droit suédois est plus proche du mariage. L'équivalence est certes favorisée, mais elle s'opère dans les limites de ce qui paraît acceptable du point de vue suisse. Inversement, si le couple lié par un partenariat enregistré en Suisse vient à s'établir en Suède, on lui appliquera les règles sur les effets du mariage, étant donné que cette assimilation, respectivement le point de vue sous-jacent sur l'équivalence, est celui qui prévaut dans l'ordre juridique suédois. Enfin, même si le statut d'origine du pacs pourrait limiter en faveur d'une assimilation à une relation simplement contractuelle, il est loin d'être certain que cette manière de voir pourra prévaloir dans la pratique suisse, étant donné que la vie en commun du couple est l'élément de base pour rapprocher le pacs plutôt du partenariat enregistré, quitte à ce que le pacs ne puisse pas être mis au bénéfice de tous les effets d'une telle union, au plan successoral notamment. Dans cet exemple également, le fondement du raisonnement se trouve dans le système de droit qui est désigné pour déterminer les effets du rapport de couple né en vertu d'un autre ordre juridique. Et tel est le cas encore dans votre exemple de la pratique du Tribunal administratif de l'ONU, acceptant l'équivalence du pacs au mariage, mais cela exclusivement à des fins d'attribution de certaines prestations sociales. Dans l'hypothèse évoquée de l'adoption plénière, on connaît certes un ensemble d'éléments à considérer pour juger si une adoption prononcée à l'étranger est susceptible du statut d'équivalence dans un système juridique différent de celui de sa création. Toutefois, les solutions dans les différents systèmes sont loin d'être les mêmes, de sorte qu'il paraît un peu vague de simplement prôner le respect de l'équivalence, sans en donner des contours ou, pour le moins, sans indiquer le système juridique de référence. Ainsi, dans le contexte de la convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, la condition de l'équivalence permettant à une adoption étrangère de jouir du statut d'adoption plénière dans l'État d'accueil est défini à l'article 26, alinéa 1, exigeant l'établissement du lien de filiation entre l'enfant adopté et ses

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

parents adoptifs, la responsabilité parentale des parents adoptifs à l'égard de l'enfant et la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et ses parents biologiques. Il me semble important de souligner l'importance de cet article, car sans lui, la Cour de cassation, dont vous citez l'arrêt du 18 mai 2005 (*Rev.crit.* 2005 p. 483), aurait appliqué l'article 370-5 du code civil et refusé l'équivalence, étant donné que cette disposition ne permet qu'à l'adoption irrévocable d'accéder au statut d'adoption plénière, condition non remplie dans l'hypothèse d'une adoption roumaine. Si l'on prend, dans un tout autre domaine, l'exemple de la compatibilité des bilans dans un groupe de sociétés établies chacune dans un pays différent et que l'on adopte comme hypothèse que chacune de ces sociétés doit présenter dans son pays un bilan consolidé du groupe, la situation peut se produire que dans certains pays le bilan consolidé selon les prescriptions d'un droit étranger, par exemple celui qui régit le statut de la société « mère », est suffisant, car équivalent à celui exigé dans le pays en question, tandis que, pour d'autres sociétés du groupe, il faut à chaque fois présenter un bilan consolidé respectant les exigences comptables et de transparence de la loi locale, ce qui signifie, pour notre thème, qu'aucune équivalence des bilans n'est reconnue à travers les frontières. Cela confirme que l'équivalence, dans l'hypothèse où elle soutient une substitution, est jugée en fonction de l'ordre juridique applicable aux effets du rapport de droit objet de la comparaison par rapport à l'institution supposée comparable d'un autre droit. Je voudrais dès lors proposer que cet élément fondamental de l'application du raisonnement de la substitution soit mis en évidence dans le premier article du projet. Je retiendrai tout d'abord votre article 1, en tant qu'alinéa 1, avec quelques aménagements rédactionnels, comprenant notamment le remplacement du terme « technique » qui n'est pas approprié pour un raisonnement normatif et pour une résolution de l'Institut (il en va de même d'ailleurs du texte du préambule). Suivrait alors un alinéa 2 qui énonce que la substitution s'opère sur la base du critère de l'équivalence tel qu'il est retenu dans le système de droit international privé du for. Enfin, je vous propose également d'intégrer dans cette disposition votre article 3, étant donné que la « notion » et sa « mise en œuvre » sont étroitement liées. Je place quelques éléments du texte entre parenthèses, soit pour indiquer que certains mots ne me paraissent pas indispensables, soit pour suggérer des variantes rédactionnelles.

Autrement dit, cet article 1 nouveau se lirait comme suit :

alinéa 1 : « *La substitution (est une méthode de conflit de lois qui) consiste à adopter, au lieu du rapport de droit prévu par la loi applicable comme la condition (préjudicielle) d'un effet juridique, un rapport de droit (identique ou similaire) prévu par une autre loi* ».

alinéa 2 : « *La substitution dépend, d'après le droit international privé déterminant quant à l'effet juridique qui suppose l'existence du rapport de droit visé, de l'équivalence des deux lois considérées* ».

J'ai été quelque peu étonné en vous lisant dans le rapport condamner fermement ma suggestion d'associer au terme de substitution celui de *transposition*. J'avoue, après réflexion, et respectueusement, ne pas être convaincu. Il me semble que nous devrions relire celui qui est à l'origine de ces expressions. Hans Lewald, ne disait-il pas dans son Cours général à l'Académie de La Haye que ces deux catégories présentent, à son avis, « le même trait caractéristique » (*Recueil des Cours* 69, RCADI 1939, III, p. 127) ? Depuis lors, il n'y a pas eu d'évolution méthodologique en droit international privé qui permettrait d'affirmer que Hans Lewald était dans l'erreur. Les deux termes, substitution et transposition, présentent la même articulation littérale, si bien que l'on voit mal comment on pourrait soutenir que la substitution porterait sur « des faits juridiques qui se sont vérifiés dans un pays dont la loi n'est pas applicable », tandis que la transposition supposerait, en quelque sorte, une opération déjà accomplie, la question de l'équivalence étant « déjà résolue ». Il suffit de relire Hans Lewald pour se convaincre qu'une telle conception de la transposition est biaisée ou pour le moins trop étroite. Lorsque, pour Lewald (page 127), la question est de savoir comment un testament anglais peut s'appliquer à l'occasion d'une succession immobilière régie par le droit français, il s'agit précisément de se demander quelles sont les catégories du droit français auxquelles le testament anglais correspond au mieux de par l'équivalence des institutions visées. Mais au lieu de s'exprimer en termes de transposition, se demandant comment le testament anglais peut être transposé en droit français, on peut tout aussi bien se demander à quels concepts du droit français le testament étranger peut se substituer. Les deux notions, substitution et transposition, s'articulent différemment, certes, mais elles partagent la même méthode de solution. L'expression « transposition » est plus couramment employée lorsque l'analyse vise directement le rapport de droit dont on cherche à connaître l'institution équivalente dans un autre ordre juridique. Ainsi, dans l'hypothèse du *trust*, l'on parle plus aisément de sa « transposition » dans un système de droit civil, plutôt que de sa « substitution » dans des catégories juridiques comparables. C'est le cas encore dans d'autres exemples d'institutions inconnues dans l'ordre juridique de réception. Toutefois, on aurait tort de vouloir limiter le terme transposition à ces seuls cas. Ainsi, dans l'hypothèse de droits réels sur des biens mobiliers, qui sont parmi les plus fréquents, comme le rappelle Lewald (page 129), il s'agit également de cas de transposition, même lorsque la nouvelle loi applicable, en cas de conflit mobile, connaît la catégorie de droits réels envisagés. Lewald parle alors de transposition, tandis que vous préféreriez le terme de substitution.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

L'essentiel, me semble-t-il, consisterait à en reconnaître l'équivalence. On pourrait ainsi compléter l'article 1 par un alinéa 3, comme ceci :

alinéa 3 : « *La substitution peut, dans certains cas, être exprimée avec le terme de transposition, lorsque la question est de savoir si un rapport de droit résultant d'une loi différente de celle qui en régit un effet peut être transposé dans la catégorie de rapport de droit prévue par cette loi en tant que condition (préjudicielle)* ».

L'équivalence étant le critère par excellence pour juger de la possibilité ou de l'opportunité de la substitution, il y a lieu d'en mettre en évidence le principe aussitôt. Ainsi que je le propose pour l'alinéa 2 de l'article premier, il me semble cependant que ce critère devrait déjà trouver une mention dans la règle de base, respectivement dans la définition de la substitution.

Quant à l'article 2, je vous propose d'intégrer dans cette disposition les deux textes que vous suggérez comme des recommandations. En effet, la recommandation figurant dans votre article 7, telle que rédigée, affaiblit sensiblement le principe énoncé à l'article 2. Cela doit être une évidence que le juge ne doit pas refuser a priori la substitution, mais qu'il doit procéder à une analyse, suivie d'une motivation. Une telle recommandation suggère l'idée que l'on ne croit point au respect du principe de l'équivalence devant les juges. Ce n'est pas votre idée, j'en suis sûr, mais la lecture combinée des articles 2 et 7 peut la suggérer, ce qu'il faut éviter absolument. Je vous suggère également d'intégrer les éléments de la recommandation formulée sous l'article 8 dans la règle de principe de l'article 2. Tout d'abord, il n'y a pas de raison pour n'adresser une telle règle qu'au seul juge. Ensuite, l'observation des besoins de la coopération internationale et de la mise en œuvre des actes de droit privé est un aspect fondamental du principe de l'équivalence et devrait donc faire partie de la règle qui consacre ce principe, au lieu d'être reléguée dans une simple recommandation. L'article 2 pourrait ainsi avoir la teneur suivante :

« *Le principe de l'équivalence est fondé sur une comparaison fonctionnelle des règles régissant le rapport de droit selon la loi qui l'exige en tant que condition (préjudicielle) d'un effet juridique, d'une part, et de la loi à l'origine de sa création, d'autre part.*

L'équivalence n'exige pas l'identité des solutions prévues dans les deux lois considérées. Il suffit d'une certaine similitude entre les rapports de droit prévus dans les lois à comparer, tenant compte de leur but et des intérêts en jeu. A cet égard, il est tenu compte de l'objectif de faciliter la coopération internationale et la mise en œuvre des actes de droit privé à travers les frontières.

Il n'y a pas lieu de refuser la substitution pour le seul motif que la loi applicable aux effets juridiques d'un rapport de droit est différente de celle régissant ce rapport ».

Parmi vos trois règles d'application, la plus importante me paraît être celle de l'article 5, relative à la substitution dans le contexte de la loi applicable. Je vous proposerais donc d'en faire un nouvel article 3, placé immédiatement après l'article 2, quelque peu aménagé dans la rédaction :

« Lorsque la loi applicable fait dépendre certains effets juridiques de l'existence d'un rapport de droit déterminé (tel le mariage ou l'adoption), un rapport de droit équivalent résultant d'une autre loi peut s'y substituer ».

Je voudrais sur ce point ajouter une observation. Le projet de Résolution et le rapport qui l'accompagne constitue un plaidoyer, non seulement pour le fonctionnement de l'équivalence, mais également pour son application aussi fréquente que possible, dans le sens d'une ouverture très large et libérale aux institutions différentes des droits étrangers. Cependant, on laisse alors passer à l'arrière-plan le fait que la substitution peut produire un *effet de déformation* sur le rapport juridique originaire. Ainsi, dans l'arrêt cité de la Cour de cassation relatif à une adoption roumaine, la substitution de celle-ci au concept d'adoption du droit français produit l'effet de lui ôter la faculté de révocation acquise en droit roumain et d'ailleurs concrètement mise en œuvre puisqu'une telle révocation avait été prononcée en Roumanie. Cet effet amplificateur ou déformant de la substitution, respectivement du principe de l'équivalence, résulte du fait que la révocabilité de l'adoption n'est pas un critère déterminant pour juger de l'équivalence, respectivement de la substitution de l'adoption étrangère en vertu de l'article 26 de la convention de La Haye de 1993. L'équivalence n'est donc pas un pur produit de la comparaison des droits, voire d'une certaine idée d'universalisme. Ce principe doit être mis en œuvre dans un esprit d'ouverture aux institutions différentes, certes, mais sans négliger que des éléments de politique législative peuvent en déterminer les contours. C'est la raison pour laquelle la mention du système de droit international privé déterminant à l'article premier me semble importante. La question se pose encore de savoir s'il convient d'y ajouter une règle spéciale pour les cas de *rattachements alternatifs*. En lisant votre proposition pour un article 6, je n'en suis pas convaincu. Car, en affirmant que la substitution favorise le but de telles règles, qu'est-ce que l'on obtient en sus de ce qui résulte déjà des règles qui précèdent ? De plus, ne faudrait-il pas éviter de confondre la substitution et l'objectif des règles alternatives de rattachement ? Dans votre exemple sur la forme des contrats, vous préconisez l'application d'une forme équivalente se trouvant dans l'ordre juridique de la *lex causae*, tandis que le rattachement alternatif militerait pour l'application d'une autre loi. En l'état, j'avoue

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

préférer la suppression de cette règle, ce qui ferait gagner de la force aux autres dispositions du projet de résolution. La substitution d'« autorités » est un cas particulier de la substitution au niveau de la loi applicable, raison pour laquelle je vous suggère de déplacer en conséquence votre article 4, qui garde, dans ma présentation, le même numéro. Je vous propose la rédaction suivante :

« A l'acte de droit privé qui suppose l'intervention d'une autorité (tel un juge, notaire ou officier de l'état civil) peut se substituer l'acte équivalent de l'autorité d'un autre Etat si celle-ci exerce les mêmes fonctions ou des fonctions similaires. Il en va de même lorsque la loi applicable au rapport de droit contient des règles dont l'application relève d'une juridiction religieuse ».

A part quelques adaptations de style, la seule proposition quant à la substance est le remplacement du sujet « autorité » par celui d'« acte ». Je suis, en effet, opposé à une proclamation affirmant qu'à l'autorité d'un État puisse se substituer l'autorité d'un autre Etat, affirmation incompatible avec les droits constitutionnels et la souveraineté des Etats. En fait, je suis même convaincu que ce n'est pas ce que vous voulez dire, tout en le disant. Ce que vous visez, c'est l'activité de l'autorité ; celle-ci peut parfois être jugée équivalente à celle de l'autorité d'un autre Etat. Or cette activité se traduit par la confection d'actes. La règle à proposer devient dès lors plus juste et claire si elle vise directement les actes à comparer sous l'angle du principe de l'équivalence.

Enfin, il faut songer au préambule. Je ne suis guère convaincu qu'il faille exprimer de considération pour le fait que le « droit international privé actuel est caractérisé par un certain pluralisme de méthodes ». Si c'était vrai, cela serait une banalité, dont l'expression n'a d'ailleurs guère de rapport avec le corps du projet de résolution. Le mot « actuel » indique cependant que la situation pourrait évoluer. Si tel est le cas, ce dont je suis convaincu, cet élément du préambule perd son intérêt. Si la fameuse « pluralité des méthodes » est souvent évoquée dans la doctrine, il faut bien se rendre à l'évidence que c'est l'aveu même de l'inexistence d'une méthode permettant de trancher entre les différentes méthodes dont on affirme la coexistence sans en connaître les règles de répartition. Il conviendra donc d'œuvrer pour un meilleur développement de la pensée permettant de déboucher sur une vue coordonnée du fonctionnement du droit international privé. Or, tel n'est pas l'objet de ce projet de résolution. Cela étant, si votre projet de résolution porte certes sur un objet plutôt ponctuel du raisonnement conflictuel, il s'agit d'un pas important pour l'Institut, qui n'a encore jamais abordé cette question et qui pourrait peut-être s'intéresser davantage, à l'avenir, à la mise en œuvre des principes et valeurs fondamentaux du droit international privé.

Lettre de M. Vicente Marotta Rangel (14 février 2007)

Une seule petite observation : peut-être l'article 4 admettrait-il un traitement différencié entre d'un côté le juge et de l'autre côté le notaire, l'officier d'état civil.

V. Rapport final et projet de résolution (avril 2007)

1. Introduction

Le rapport provisoire et l'avant-projet de résolution furent envoyés aux membres de la première commission. Le rapporteur a reçu trois observations (Mme Gaudemet-Tallon, M. Bucher et M. Vischer), ainsi qu'une note de M. Marotta Rangel.

C'est sur la base des documents antérieurs (exposé préliminaire et questionnaire, réponses des membres de la commission, rapport provisoire et avant-projet de résolution) que le rapporteur a rédigé le rapport définitif et le projet de résolution en tenant compte des quatre lettres reçues récemment. Le projet de résolution est accompagné de notes explicatives concernant les articles et le préambule.

2. Champ d'application : question de la transposition

M. Bucher et M. Vischer se sont prononcés en faveur de l'inclusion de la méthode de la transposition, tandis que Mme Gaudemet-Tallon partage l'avis du rapporteur d'exclure celle-ci. Certes, l'équivalence fonctionnelle joue un rôle primordial pour déterminer la transposition d'une règle étrangère inconnue dans la loi du for. Mais il s'agit d'une situation autre que celle de la substitution. Le législateur allemand a réglé un cas de transposition dans l'article 43 second alinéa EGBGB : si une chose sur laquelle des droits réels ont été constitués arrive dans un autre État, ces droits ne peuvent pas être exercés en contradiction avec l'ordre juridique de cet État⁶⁵. Il faut donc chercher un instrument équivalent pour exercer ceux-ci. La question « substitution ou non » est toujours ouverte, tandis que la transposition ne trouve pas une solution négative. Si l'assemblée plénière juge opportun d'inclure la transposition, on pourrait néanmoins le faire en ajoutant un article : « Le mêmes principes s'appliquent - *mutatis mutandis* - à la transposition d'une institution juridique étrangère dans la loi du for ». Mais pour le moment, la transposition, de l'avis du rapporteur, outrepassé le mandat de la 1^{ère} Commission.

3. La substitution d'autorités

La substitution comme technique conflictuelle a pour but de tenir compte des situations juridiques créées à l'étranger. C'est à ce juste titre que Mme

⁶⁵ Art. 43 alinéa 2 EGBGB : « Gelangt eine Sache, an der Rechte begründet sind, in einen anderen Staat, so können diese Rechte nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden ».

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

Gaudemet-Tallon a suggéré d'ajouter : « Il faudra aussi se demander si une autorité étrangère peut être substituée à une autorité nationale ».

A cet égard il est très intéressant de noter la jurisprudence libérale de la Cour de cassation de France concernant les actes notariés. L'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2006 concernait les faits suivants⁶⁶ : « il s'agissait d'époux dont le régime matrimonial était soumis à la loi française et qui divorcent à New York ; la liquidation du régime se fait par un accord entre époux devant un *public notary* et en présence d'un avocat. La Cour de cassation a estimé qu'il s'agit là d'une forme équivalente à la forme notariée française et accepte donc l'effet de cette liquidation »⁶⁷.

En ce qui concerne les autorités en question, M. Marotta Rangel observe : « Peut-être que l'article 4 admettrait un traitement différencié entre d'un côté le juge et de l'autre côté le notaire, l'officier d'état civil »⁶⁸. À mon avis il faudra plutôt tenir compte de cette observation lorsqu'il sera question de déterminer l'équivalence.

4. En particulier : l'adoption internationale

La substitution concerne souvent les effets des adoptions prononcées à l'étranger⁶⁹. La jurisprudence allemande donne aux adoptions d'enfants turcs par des adoptants de nationalité allemande, qui sont faites en Turquie, les effets de l'adoption plénière du droit allemand⁷⁰. Cela a pour conséquence que les enfants turcs acquièrent la nationalité allemande par l'adoption turque⁷¹. L'équivalence résulte du fait que les effets de l'adoption, selon le droit international privé turc, sont soumis à la loi nationale de l'adoptant, en ce cas la loi allemande.

⁶⁶ D.2006 Inf. rap. 1633; JCP 2006 éd. G IV.2313.

⁶⁷ Cité dans la lettre de Mme Gaudemet-Tallon au rapporteur du 5 décembre 2006. De l'avis du rapporteur, l'on aurait pu penser aussi à la règle « *locus regit actum* » pour la forme de l'accord de la liquidation et de cette manière à l'applicabilité de la loi de l'État de New York.

⁶⁸ Lettre au rapporteur du 14 février 2007.

⁶⁹ Voy. Cour d'appel d'Aix en Provence du 3 janvier 2006, JCP 2006 éd. G.IV 261. La cour « substitue à une adoption faite en Éthiopie par un couple français l'adoption plénière française bien que l'adoption éthiopienne n'entraîne pas de rupture de liens avec la famille d'origine » (lettre de Mme Gaudemet-Tallon du 5 décembre 2006 au rapporteur).

⁷⁰ Amtsgericht Hamburg, 10 novembre 2006, IPRax 2007 fasc. 4, note Jayme. Voir aussi Elçin Grassinger, « Die Adoption nach dem revidierten türkischen Zivilgesetzbuch », StAZ 2005, 129; Odendahl et Adar, « Die Änderungen im türkischen Adoptionsrecht und der Beitritt der Türkei zum Haager Adoptionsübereinkommen », ZFE 2006, 220.

⁷¹ OVG Hamburg, 19.10.2006, StAZ 2007, 86.

1^{ère} commission : La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé
1st commission : Substitution and principle of equivalence in Private International Law

D'autre part, deux arrêts de la Cour de cassation de France refusent de considérer la *kafalah* (du droit marocain et algérien) comme équivalent à l'adoption française, même simple, parce que la *kafalah* ne crée pas un lien de filiation⁷². « Pas d'équivalence, pas de substitution »⁷³. L'on pourrait penser aussi à des autres institutions du droit religieux. En matière du régime matrimonial, la question se pose de savoir si des clauses spéciales insérées dans un acte de mariage qui stipulent une *mahr* de droit islamique ou la *ketouba* du droit talmudique valent ou non adoption d'un régime matrimonial⁷⁴.

5. Le système déterminant pour juger l'équivalence

M. Bucher pose la question « quel est le système de droit international privé qui décide de l'existence ou de refus de l'équivalence dans le cas particulier »⁷⁵ et donne la réponse suivante : « Le système est à mon avis celui qui est appelé à trancher les questions de la substitution, soit celui qui désigne la loi applicable aux effets juridiques d'un rapport de droit ». Le rapporteur est parfaitement d'accord avec cette idée. C'est, en principe, la loi substantielle applicable qui donne des paramètres pour juger de l'équivalence d'un droit autre que la loi désignée par le droit international privé du for. M. Bucher reprend l'exemple du partenariat enregistré en droit international privé⁷⁶. En Suisse, « l'équivalence est certes favorisée ; mais elle opère dans les limites de ce qui paraît acceptable du point de vue suisse »⁷⁷. Cette solution est préférable à celle du législateur allemand qui supprime automatiquement les effets d'un partenariat enregistré à l'étranger qui outrepassent ceux de la loi allemande⁷⁸.

⁷²Cour de cassation, 10 octobre 2006 D.2006, inf.rap. 2623, et JCP 2006 éd. G. Actualités, n° 489, p. 1932.

⁷³Lettre de Mme Gaudemet-Tallon du 5 décembre 2006 au rapporteur.

⁷⁴Voir Cass.civ. 22 novembre 2005, *Clunet* 2006, 1365, note M.C. Najm (“mahr” 9; Cass. civ. 6 juillet 1988, *Revue critique de droit international privé* 1989, 715, note G. Wiederkehr (“ketouba”).

⁷⁵Lettre de M. Andreas Bucher au Rapporteur du 14 février 2007.

⁷⁶Voir aussi N. Boschiero, « Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien », *Rivista di diritto internazionale* 2007, p. 50 ss.; voir aussi Ana Quiñones Escámez, *Uniones conyugales o de pareja; formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona 2007.

⁷⁷Lettre de M. Bucher au Rapporteur du 14 février 2007.

⁷⁸Selon l'article 17, litt. B, 4ème alinéa, de la loi introductive au BGB allemande : « Die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft gehen nicht weiter als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Lebenspartnerschaftsgesetzes vorgesehen ».

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

6. La reconnaissance mutuelle des lois et des actes publics

En Europe, l'on parle beaucoup de la reconnaissance mutuelle des lois et des actes publics⁷⁹. Mme Gaudemet-Tallon regrette l'exclusion de ce principe des travaux de la 1^{ère} commission. À mon avis, le principe de la reconnaissance mutuelle concerne surtout des systèmes fédéraux et le droit interlocal ou interregional. Il y a des parallèles avec la *Full Faith and Credit Clause* de la constitution des États-Unis de l'Amérique du Nord. En tout cas, l'on pourrait tenir compte du but de l'intégration dans le cadre de la détermination de l'équivalence nécessaire pour justifier la substitution.

7. Le projet de résolution

L'Institut de droit International

soulignant l'importance primordiale du droit international privé pour la coopération et l'intégration de la communauté internationale,

considérant que le droit international privé actuel est caractérisé par un certain pluralisme de méthodes,

considérant qu'en droit privé, les autorités étrangères peuvent exercer les mêmes fonctions que les autorités de l'État du for,

considérant que le développement de méthodes conflictuelles peut faciliter la mise en oeuvre des actes juridiques effectués par des personnes privées dans les situations transfrontalières,

adopte la résolution suivante:

I. Définitions

Article 1 (substitution)

La substitution est une méthode conflictuelle qui permet de substituer à un rapport de droit considéré par la loi applicable comme condition d'un effet juridique, un rapport de droit analogue d'un autre Etat. Elle englobe aussi la substitution des autorités.

Article 2 (équivalence)

Le principe d'équivalence doit être le critère décisif pour la substitution. Il se base sur une comparaison fonctionnelle des conditions de la loi applicable et de la loi selon laquelle le rapport pris en considération pour la substitution s'est formé.

⁷⁹Voy. note Mathias Audit « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *Clunet*, 2006, p. 1333.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**

II. Méthodes

Article 3 (mise en oeuvre)

La substitution dépend de la détermination de l'équivalence des deux lois considérées. Elle n'exige pas que les deux lois soient identiques ; il suffit d'une similitude correspondant aux buts et aux intérêts envisagés par la loi applicable.

Article 4 (substitution soutenue par l'équivalence)

L'équivalence, dans l'hypothèse où elle soutient une substitution, est jugée en fonction de l'ordre juridique applicable aux effets du rapport de droit objet de la comparaison par rapport à l'institution supposée comparable d'un autre droit.

III. Champ d'application

Article 5 (substitution de rapport juridique)

Si la loi applicable fait dépendre certains effets de l'existence d'un rapport juridique déterminé (mariage, adoption), un rapport équivalent créé par la loi d'un autre État peut être substitué à celui-ci.

Article 6 (substitution d'autorités)

A une autorité (notamment juge, notaire, officier d'état civil) dont l'intervention est prévue par la loi applicable à un acte de droit privé, l'autorité d'un autre État peut être substituée si celle-ci exerce les mêmes fonctions. Cela vaut aussi pour un juge étatique si la loi applicable contient des normes religieuses dont l'application relève des juridictions religieuses.

Article 7 (règles de conflit de lois: rattachements alternatifs)

Le but d'une règle de conflit avec un rattachement alternatif est d'atteindre un certain résultat matériel. La substitution favorise la réalisation de ce but. Ainsi, quant à la forme des contrats, il suffit, si la loi locale ne connaît pas le contrat choisi par les parties, que celles-ci remplissent les conditions de forme prévues pour un contrat fonctionnellement équivalent à celui de la *lex causae*.

IV. Recommandations

Article 8 (substitution)

Il est recommandé que le juge ne refuse pas *a priori* de substituer à la condition de la loi du for une institution équivalente d'une loi étrangère. La même recommandation concerne la substitution d'autorités.

Article 9 (équivalence)

Il est recommandé que le juge tienne également compte, pour la détermination de l'équivalence, des buts généraux du droit international

privé, notamment de celui de faciliter la coopération internationale et la mise en oeuvre des actes de droit privé, expression de la libre volonté des parties.

V. Notes explicatives

a) Structure

La structure du projet de résolution suit la suggestion de Mme. Gaudemet-Tallon de distinguer la substitution des lois de la substitution d'autorités, même s'il s'agit d'une situation juridique créée par une autorité étrangère qui a appliqué une loi différente de celle du for. En outre, le rapporteur juge préférable de consacrer des articles distincts aux définitions, à la mise en oeuvre des principes, au champ d'application et aux recommandations.

b) Article 4 nouveau

Le rapporteur a inséré un nouvel article 4 suivant la suggestion de M. Bucher. Les autres articles ont été réformulés en tenant compte des propositions de M. Vischer.

c) Recommandations

En ce qui concerne les recommandations, particulièrement l'article 9, le rapporteur s'est permis de rappeler, indirectement, la résolution de Bâle (1991) sur « l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées ».

d) Préambule

Le préambule met l'accent sur les buts généraux du droit international privé. La substitution facilite la coopération des États en matière de droit privé.

De l'avis du rapporteur, on peut partir d'une sorte de présomption selon laquelle les autorités étrangères, en matière de droit privé, peuvent exercer les mêmes fonctions que celles des autorités de l'État du for⁸⁰. À la base de cette idée se trouvent le principe de l'égalité et la bilateralité des règles de conflits de lois. Peut-être pourrait-on trouver une formule plus souple pour exprimer cette idée.

⁸⁰ Contra, voy. la lettre de Mme. Gaudemet-Tallon au rapporteur du 5 décembre 2006.

1^{ère} commission : **La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé**
1st commission : **Substitution and principle of equivalence in Private International Law**