Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ?

Stéphanie Francq
Professeur à l'Université catholique de Louvain (UCL)

Comme l'ont pressenti les coordinateurs de cet ouvrage, l'impact possible du droit européen sur le droit de la famille se situe à la croisée des chemins du droit matériel et du droit international privé. Car c'est souvent, et de plus en plus, *via* le droit international privé que se dessine l'embryon d'un droit privé européen, à la faveur de l'interprétation des termes de droit privé contenus dans ces nombreux règlements européens portant sur le droit international privé[1]. À côté de ce corpus européen de règles de conflit (de lois et de juridictions), présenté de manière détaillée dans la première partie de cet ouvrage, il est possible que certains principes de droit européen influencent tant le droit international privé que le droit matériel de la famille : tel est l'objet de cette seconde partie. À nouveau, les logiques du droit matériel et du droit international privé se mélangent. Il s'agit cette fois d'analyser l'impact de principes ou règles de droit matériel européen (existants ou supposés) sur le droit international privé et sur le droit matériel (des États, comme de l'Union) en matière de droit de la famille. Répondant à la proposition des coordinateurs de l'ouvrage, la présente contribution s'interroge sur l'existence d'un principe de reconnaissance qui viendrait constituer le premier embryon d'un statut européen de la famille, statut qui peut prendre la forme de règles de droit matériel ou simplement d'une protection propre au droit international privé.

Le droit européen aime à consacrer des principes et des droits fondamentaux. À tel point que l'ordonnancement des sources du droit européen, l'identification

1. Pour une démonstration, v. not. à propos des termes de l'art. 5, 1° du règlement Bruxelles I : S. Francq, E. Alvarez Armas, M. Dechamps, « L'actualité de l'article 5,1° du règlement Bruxelles I – Évaluation des premiers arrêts interprétatifs de la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *Revue belge de droit commercial (RDC/TBH)2012*, p. 127, spéc. p. 139-144. V. dans cet ouvrage l'analyse détaillée de B. de Clavière-Bonamour.

des principes et des exceptions, voire la mise en œuvre des principes s'avèrent souvent complexes. Dans un tel contexte, la question de savoir si un principe de reconnaissance viendrait constituer, en droit de l'Union, un pilier d'un statut européen de la famille s'avère aussi pertinente que délicate. Le terme « reconnaissance » recouvre, en effet, des sens divers en droit de l'Union comme dans la littérature contemporaine. Il convient dès lors de s'interroger dans un premier temps sur la teneur du terme « reconnaissance » et sur la polysémie du terme en fonction des contextes (**I**). Ces clarifications permettront de distinguer un éventuel principe de reconnaissance de la méthode de reconnaissance, aujourd'hui discutée en droit international privé. Elles permettront, dans un deuxième temps, d'envisager la question de la consécration d'un principe ou d'une méthode de reconnaissance en droit de l'Union pouvant influencer le développement du droit de la famille en Europe tant dans ses aspects substantiels que conflictuels (**II**). En définitive, le droit de l'Union semble imposer des obligations à la fois plus larges et plus diffuses que celles qui pourraient relever d'un principe de reconnaissance. Il s'agit sans doute de protéger, de manière globale, le droit à l'identité de l'individu plus que d'assurer la circulation des situations acquises antérieurement. Sans que l'objet exact d'un tel droit à l'identité puisse déjà être défini, ses conséquences en droit international privé et en droit matériel de la famille sont difficilement mesurables (**III**). Pour le droit international privé, la consécration de la méthode de reconnaissance ne semble pas s'imposer comme un absolu, même si cette méthode permet parfois de rencontrer les objectifs visés. Pour le droit matériel de la famille, la seule prévision possible concerne le lancement d'un nouveau débat concernant les structures et concepts fondamentaux.

I. UN OU PLUSIEURS « PRINCIPES DE RECONNAISSANCE » ?

L'histoire est bien connue. En droit européen, le terme « reconnaissance » a trouvé son origine dans le droit du marché intérieur avant de migrer vers l'espace de liberté, de sécurité et de justice[2].

En droit du marché intérieur, le « principe de reconnaissance mutuelle » constitue cette trouvaille lumineuse de la Cour de justice ayant permis de sortir le processus d'établissement du marché intérieur de l'enlisement. L'arrêt emblématique, l'arrêt dit « *Cassis de Dijon* », concerne l'impossibilité pour un producteur de liqueur français de commercialiser ses produits en Allemagne sous l'appellation

2. V. égal. sur les sens divers du terme « reconnaissance mutuelle », l'évolution de ceux-ci et leur impact sur le droit international privé : M. Gardeñes Santiago, « Les exigences du marché intérieur dans la construction d'un Code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle », *in* M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé ?*, Peter Lang, 2011, p. 89.

« liqueur » en raison du fait que le taux d'alcool ne répond pas aux normes allemandes fixant un taux minimum d'alcool supérieur à celui fixé par la loi française. L'Allemagne, pays importateur, avait clairement exprimé ses craintes concernant la mise en place potentielle d'un jeu de compétition normative : si le produit français doit être accepté en Allemagne, alors que son coût de production en France est inférieur au coût de production en Allemagne dont les standards sont plus exigeants si tant est que l'on puisse apprécier en termes d'exigence la fixation d'un taux élevé d'alcool pour la composition d'un produit), l'Allemagne n'aura d'autre choix que d'adapter ses standards en vue d'éviter un phénomène de délocalisation[3]. Sans se pencher sur cette question précise, la Cour considère que la législation de l'État importateur relative à la composition des produits peut constituer une mesure d'effet équivalent lorsqu'elle est appliquée à des produits légalement produits et commercialisés dans un autre État membre[4]. La Commission a rapidement tiré les conclusions de cet arrêt en formalisant le principe de reconnaissance mutuelle : « Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État membre[5]. » Dans cette même communication, la Commission ébauche le test des entraves, à savoir l'ensemble des conditions pouvant légitimer le maintien d'une entrave, comprenant l'exigence d'un motif légitime (la poursuite d'un objectif d'intérêt général) et le test de proportionnalité, qui lui-même comprend l'appréciation fonctionnelle de l'équivalence des législations en présence : « (...) dans la mesure où le produit en cause répond "de façon convenable et satisfaisante" à l'objectif légitime visé par sa réglementation (sécurité, protection du consommateur, environnement, etc.), l'État membre importateur ne saurait, pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire, invoquer le fait que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont différents de ceux imposés aux produits nationaux[6]. »

Voici donc posé le principe de reconnaissance mutuelle, dont le cadre est à la fois précis et flou. Précis en ce qu'il constitue un principe de circulation dont l'hypothèse d'application est définie : une même situation (ou produit, service...) est régie par deux lois différentes, dans l'État de création de celle-ci et dans l'État d'accueil de celle-ci, poursuivant des objectifs similaires, voire identiques, de manière également efficace, de sorte que l'application successive de la loi d'accueil constitue un obstacle disproportionné à la circulation de la situation, ou plus précisément une double charge inutile[7]. Dans le cadre du marché intérieur, le principe de reconnaissance mutuelle conduit donc à tester l'équivalence entre deux législations et a pour effet de modérer, voire d'interdire, l'application de certaines dispositions de la

3. CJCE 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral AG c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, pt 12 *in fine*.

4. *Ibid.*, pt 15.

5. Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE le 20 févr. 1979, dans l'affaire 120/78 (*Cassis de Dijon*), JO 1980, n° C-256/2.

6. *Ibid.*, spéc. p. 3.

7. V. par ex., les termes de l'arrêt *Arblade* : CJCE 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, pt 51 s.

loi de l'État d'accueil. Un certain flou entoure cependant le principe de reconnaissance mutuelle. D'une part, l'objet réel de la reconnaissance (reconnaît-on la légitimité du produit, la situation créée, la législation étrangère ?) demeure incertain. D'autre part, l'intervention du principe en l'absence d'une application formelle de la loi d'origine par les autorités de celle-ci (par exemple, en l'absence de test de sécurité dont les normes ont été satisfaites dans l'État d'origine, ou de l'intervention d'une autorité administrative sanctionnant l'accès à une activité, etc.), tout comme son impact sur la désignation dans l'État d'accueil d'une loi tierce (celle d'un autre État membre ou d'un État tiers, désignée par la règle de conflit de l'État d'accueil) sont entourés d'une certaine nébuleuse. Ainsi, l'importance du principe de reconnaissance mutuelle, autant que sa part de mystère, explique que, quarante-cinq ans plus tard, il continue à poser question[8].

Par l'effet d'un curieux glissement sémantique, la reconnaissance mutuelle s'est vu conférer le statut de « pierre angulaire » de la coopération en matière civile et pénale lors du Conseil européen de Tampere de 1999 portant sur la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice[9]. Aujourd'hui consacré par les dispositions principales relatives à la coopération en matière civile et pénale (TFUE, art. 81, § 1er et 82, § 2), le principe de reconnaissance mutuelle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice opère dans un contexte bien différent. Il porte uniquement sur la reconnaissance des décisions judiciaires en matière civile ou pénale, et parfois des actes authentiques, dont il entend faciliter la circulation. On connaît les développements importants donnés à ce principe dans le domaine du droit international privé européen, où il a conduit à alléger sensiblement les procédures de reconnaissance et d'exécution jusqu'à la suppression, dans certains domaines, de la procédure d'exequatur[10]. À l'inverse de son équivalent dans le cadre du marché intérieur, le principe de reconnaissance mutuelle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne concerne pas (ou peu) la loi applicable : il opère indépendamment du contenu de la ou des lois appliquées. La révision au fond étant d'ailleurs largement interdite, la reconnaissance des décisions émanant d'autres États membres s'écarte radicalement de la vérification d'équivalence. Ainsi le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ne concerne-t-il pas au premier chef la question de la loi applicable ou appliquée, même s'il peut conduire l'Union à

8. C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, OUP, 2013 ; v. égal. les trois contributions consacrées à la reconnaissance mutuelle et à l'arrêt *Cassis de Dijon* in M. Maduro, L. Azoulai (éd.), *The Past and Future of EU Law : The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010 (K. Nicolaïdis, « Kir Forever ? The Journey of a Political Scientist in the Landscape of Mutual Recognition », p. 447 ; N. Bernard, « On the Art of Not Mixing One's Drinks : Dassonville and Cassis de Dijon Revisited », p. 456 ; D. H. Regan, « An Outsider's View of Dassonville and Cassis de Dijon : On Interpretation and Policy », p. 465) ; F. K. Padoa Schioppa (éd.), *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, Plagrave Macmillan, 2005.

9. Conclusions du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 oct. 1999, pt 33.

10. V. par ex., l'art. 39 du règlement n° 1215/2012 du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; le règlement n° 850/2004 du 21 avr. 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

envisager le rapprochement des règles de conflit de lois en vue d'assurer leur compatibilité et d'encourager la confiance mutuelle entre les États membres et leurs juridictions respectives (TFUE, art. 81, § 2, c)). La décision étrangère est reconnue et exécutée, sous réserve de motifs de refus, sur la base d'un principe de confiance et indépendamment de la loi appliquée.

Dans le prolongement de certaines décisions de la Cour de justice de l'Union et de la Cour européenne des droits de l'homme[11], la doctrine contemporaine de droit international privé s'interroge sur la place qu'il convient de réserver à la méthode de la reconnaissance[12]. La méthode de la reconnaissance, dont les contours et le régime restent à définir, consisterait à accepter les situations créées à l'étranger, sous réserve de motifs de refus, au lieu d'apprécier la validité de ces situations au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois de l'État d'accueil (méthode actuellement pratiquée dans la plupart des États européens). En somme, le débat qui concerne principalement (mais pas exclusivement) la reconnaissance de situations liées au statut personnel porte sur la nécessité du passage par la règle de conflit et sur la possibilité de son effacement progressif. La situation créée à l'étranger pourrait être tenue pour acquise sous réserve de la vérification de conditions minimales (du type : respect de l'ordre public, vérification d'un lien de proximité entre l'État d'origine et les acteurs, etc.), à la manière de l'acceptation des jugements. Bien sûr, la méthode soulève une série de questions importantes tenant à l'identification des situations visées (à partir de quand une situation est-elle « créée » dans un autre État et comment s'assurer de l'existence d'une situation sans passer par la loi régissant celle-ci ?) et des motifs de refus éventuels (la reconnaissance des situations appelle-t-elle des motifs de refus distincts des jugements ? Et si oui, comment les formuler en évitant une simple reformulation de la règle de conflit ?), ainsi que sur ses effets (s'agit-il de prendre acte de la situation ou de lui permettre de produire des effets juridiques ? Et dans le second cas, à l'aune de quelle loi convient-il de définir ces effets[13] ?). Sans pouvoir rendre justice en quelques lignes à la richesse et à l'intérêt du débat, il semble utile de le situer au regard des principes de reconnaissance mutuelle connus dans le cadre du marché intérieur, d'une part et de l'espace de liberté de sécurité et de justice, d'autre part. La méthode de la reconnaissance tend à déplacer le cursus du droit international privé du conflit de lois vers le conflit de juridictions. En ce sens, la discussion engendre une

11. Les arrêts principaux de la CJUE concernant le droit de la famille sont commentés dans la contribution d'E. Pataut à cet ouvrage, ainsi que dans la deuxième partie de cette contribution (III). Pour la CEDH, v. en particulier : CEDH 28 sept. 2007, *Wagner c/Luxembourg*, req. n° 76240/01 ; CEDH 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c/Grèce*, req. n° 56759/08.

12. L'ouvrage récent coordonné par Paul Lagarde dans le cadre du prix de La Haye de droit international fournit une synthèse remarquable de la discussion : P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013. P. Lagarde avait auparavant fondé le débat : « La reconnaissance mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres en droit, Mél. en l'honneur de* H. *Gaudemet*, Paris, Dalloz, 2008, p. 482.

13. Les principales interrogations sont résumées par P. Lagarde dans la contribution introductive de l'ouvrage déjà cité (« Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *in* P. Lagarde, *La reconnaissance…*, *op. cit.*, p. 19-25), avant d'être analysées plus avant dans les différentes contributions.

logique similaire à celle du principe de reconnaissance mutuelle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Par ailleurs, dans le cadre du droit européen, l'adoption de la méthode de reconnaissance serait justifiée par une série d'arrêts de la Cour de justice. Il semble donc utile d'envisager si ces arrêts consacrent, d'une part, le principe de reconnaissance mutuelle au sens du marché intérieur et/ou, d'autre part, la méthode de la reconnaissance tant discutée en droit international privé. Cette analyse offre non seulement l'occasion d'investiguer les liens qui peuvent unir ou embrouiller la relation entre principe et méthode de reconnaissance, mais aussi de vérifier si l'existence d'un principe de reconnaissance spécifique est à l'œuvre et en position de créer l'embryon d'un droit européen de la famille.

II. DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE AU DROIT À L'IDENTITÉ

Pour tester l'hypothèse de l'existence d'un principe de reconnaissance, qui pourrait engendrer un recours large, voire obligatoire, à la méthode de reconnaissance, le terrain de la citoyenneté et celui de la circulation des travailleurs sont assurément les plus adéquats. C'est en effet dans ce cadre que les aspects du droit de la famille ont été mis en cause et de ces arrêts que résulte la discussion sur la méthode de la reconnaissance. L'analyse de ces arrêts révèle qu'ils s'éloignent sur au moins trois points de la logique du principe de reconnaissance mutuelle du marché intérieur (**A**), pour identifier progressivement un aspect du statut du citoyen, le droit à l'identité (**B**), conformément à l'intuition d'Andreas Bucher[14].

A. Au-delà du principe de reconnaissance mutuelle...

Premièrement, ces arrêts ne prennent pas en considération l'existence d'une équivalence entre les législations en cause. L'arrêt *Dafeki*, par exemple, porte sur la possibilité pour un citoyen grec de produire en Allemagne un acte de naissance rectifié en Grèce servant à prouver son âge en vue d'accéder à la retraite. L'intéressée soutient que le refus de l'Allemagne d'accorder foi à l'acte en question viole la libre circulation des travailleurs. La Cour constate « les différences considérables qui existent entre les ordres juridiques nationaux quant aux conditions et aux procédures permettant d'obtenir une décision rectifiant la date de naissance » et admet

14. Avant nous, Andreas Bucher avait déjà établi un rapport adressé au Groupe européen de droit international privé intitulé *De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité* (réunion de Padoue, 18-20 sept. 2009, disponible sur le site : http://www.gedip-egpil.eu/gedip_reunions.html). Étrangement, le titre de cette partie s'est imposé avant d'avoir lu ce rapport, ce qui atteste, non seulement de la proximité de pensée, mais surtout de la réalité d'un mouvement qui a pu s'imposer dans les mêmes termes à deux auteurs.

que les autorités des États membres d'accueil « ne sont pas tenues, en vertu du droit communautaire, de respecter l'équivalence entre les rectifications ultérieures des certificats d'état civil effectués » par les autorités d'un autre État membre[15]. Mais en dépit de ce constat d'absence d'équivalence, la Cour sanctionne la législation allemande établissant une présomption générale et abstraite, en cas de conflit entre des documents successifs, en faveur du document établi à la date la plus proche de l'événement à prouver. Deux éléments semblent pousser la Cour à se départir d'un raisonnement fondé sur l'appréciation d'une équivalence entre les législations en cause. Premièrement, l'importance de l'entrave : la présentation de documents d'identité conditionne l'existence même de la liberté de circulation[16]. Ensuite, le caractère général et abstrait de la règle allemande ne laisse aucune place à l'appréciation de la situation spécifique de l'intéressée, alors que seuls des « indices concrets se rapportant au cas individuel en cause » devraient amener à douter de l'exactitude des mentions inscrites sur l'acte[17]. On sait que dans l'appréciation des entraves, les règles générales et abstraites constituant un obstacle à une liberté fondamentale sont généralement écartées au profit d'une appréciation *in concreto*. Cet arrêt conduit, certes, les autorités de l'État d'accueil à apprécier de manière plus nuancée les actes établis et rectifiés dans un autre État membre, mais indépendamment de la condition d'équivalence caractéristique du principe de reconnaissance mutuelle du marché intérieur.

Deuxièmement, dans les arrêts concernant le droit de la famille, l'application de la loi de l'État d'accueil n'est pas nécessairement contestée. L'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, par exemple, met en cause la contestation de la rectification d'un acte autrichien établissant le nom patronymique d'une citoyenne autrichienne[18]. En l'occurrence, l'acte autrichien modifié avait été établi à la suite d'un jugement allemand constatant qu'en raison d'une adoption réalisée en Allemagne, l'intéressée avait acquis comme nom de naissance le nom de son père adoptif comprenant un titre de noblesse (Fürstin von Sayn-Wittgenstein[19]). Les autorités autrichiennes entendaient corriger une erreur puisqu'en vertu de la loi autrichienne abolissant les titres de noblesse, les citoyens autrichiens ne sont pas autorisés à porter de tels titres. La Cour ne remet jamais en cause la possibilité pour l'Autriche de fixer le nom patronymique de ses nationaux, ni l'application de la loi autrichienne dans le cas d'espèce. D'ailleurs, sur la question du nom patronymique, le droit international privé allemand et le droit international privé autrichien allaient dans le même sens, désignant tous deux le droit autrichien[20]. La Cour constate d'ailleurs que seule l'Autriche a compétence pour délivrer des documents officiels à

15. CJCE 2 déc. 1997, *Dafeki c/Landesversicherungsanstalt Württemberg*, aff. C-336/94, pts 16 et 18.

16. *Ibid.*, pt 19.

17. *Ibid.*, pt 19 *in fine* et pt 20.

18. CJUE 22 déc. 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c/Landesheuptmann von Wien*, aff. C-208/09.

19. Ce jugement allemand était visiblement erroné puisqu'en vertu du droit international privé allemand, la loi autrichienne était applicable (v. le pt 57 de la décision).

20. *Ibid.*, pts 10, 11, 18 et 57 constatant que le nom patronymique d'une personne (y compris d'un adopté) est soumis à la loi nationale de celle-ci tant en vertu du droit international privé autrichien qu'allemand.

l'intéressée et que la rectification de son nom n'entraînera aucun conflit avec des actes établis dans un autre État membre[21]. Ainsi, le problème n'est pas tant l'application de la loi autrichienne à la détermination du nom patronymique de l'intéressée, mais les conditions de fait dans lesquelles la rectification du nom intervient. En l'occurrence, à la suite des erreurs cumulées du juge allemand et des autorités autrichiennes, l'intéressée avait reçu un passeport autrichien au nom de Fürstin von Sayn-Wittgenstein et en Allemagne un permis de conduire, ainsi que l'immatriculation d'une société à ce même nom, de sorte qu'elle avait pu vivre pendant plus de quinze ans sous ce nom tant en Allemagne qu'en Autriche et que la rectification du nom en Autriche l'obligeait à « modifier toutes les traces formelles du nom Fürstin von Sayn-Wittgenstein laissées tant dans la sphère publique que dans la sphère privée », ce qui constitue un « sérieux inconvénient », en particulier dans son État de résidence[22]. En somme, le problème trouve sa source dans la confiance légitime que l'intéressée a pu placer dans les documents délivrés en Autriche et utilisés en Allemagne, plus que dans l'application de la loi autrichienne à la détermination de son nom patronymique.

Troisièmement, les arrêts pertinents ne mettent pas nécessairement en cause la reconnaissance d'un acte étranger établi antérieurement à la circulation de la situation vers un nouvel État membre.

Dans l'arrêt *Konstantinidis*, la Cour ne s'interroge pas sur la reconnaissance en Allemagne du passeport grec (ou plus précisément de la transcription du nom de l'intéressé en caractères latins dans son passeport), mais uniquement sur les règles de transcription allemandes, qui en l'occurrence sont condamnées parce qu'elles mènent à une graphie dénaturant la prononciation du nom, ce qui expose l'intéressé à un risque de confusion au sein de sa clientèle[23].

L'affaire *Sayn-Wittgenstein* ne porte pas sur la reconnaissance d'un acte allemand en Autriche, mais sur la rectification d'un acte autrichien seul légitime en l'espèce. L'arrêt porte certes à confusion car la Cour qualifie d'entrave le « refus par les autorités d'un État membre de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom patronymique d'un ressortissant de cet État, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre, dans lequel réside ledit ressortissant[24] ». Mais les points qui précèdent permettent de comprendre que les autorités allemandes (autorités du « second État membre ») n'avaient pas pu « déterminer » le nom patronymique de la requérante et que la situation créée en Allemagne était une situation de fait lui permettant de produire des documents mentionnant un nom de famille comprenant son titre[25]. Cette situation de fait avait d'ailleurs été créée à la suite de

21. *Ibid.*, pts 60 et 61.
22. *Ibid.*, pt 67.
23. CJCE 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, spéc. pts 14 à 16.
24. *Ibid.*, pt 71.
25. La requérante avait obtenu en Allemagne un permis de conduire et immatriculé une société au nom de Fürstin von Sayn-Wittgenstein (pt 62). La Cour relève qu'il est probable qu'elle ait été enregistrée en Allemagne comme résident étranger sous ce nom et se soit inscrite sous ce nom auprès des autorités de sécurité sociale, pour son assurance santé et pour la retraite (pt 62). C'est bien le fait d'avoir utilisé pendant « quinze années dans la vie quotidienne » (pt 68) le titre de noblesse comme part de son nom de famille qui pose problème, puisque la requérante sera encore amenée « à présenter

l'enregistrement erroné, en Autriche, du nom « Fürstin von Sayn-Wittgenstein ». La participation de l'Autriche conduit la Cour à constater que l'entrave résulte, non seulement de la situation de fait créée en Allemagne, mais aussi de l'inscription du nom « pendant quinze ans dans les registres de l'état civil du premier État membre » (c'est-à-dire l'Autriche[26]). En somme, l'affaire *Sayn-Wittgenstein* ne porte pas sur la reconnaissance en Autriche d'un acte d'état civil allemand, mais sur la rectification en Autriche d'un acte d'état civil autrichien, alors que la première version de ce même acte avait permis la création d'une situation de fait dans un autre État membre, remise en cause par la rectification. À vrai dire, si l'affaire devait un jour conduire à un problème de reconnaissance, il s'agirait de la reconnaissance (ou refus de reconnaissance) en Allemagne de l'acte rectifié en Autriche.

De même, l'arrêt *Garcia Avello* porte sur la modification du premier acte établissant le nom de famille d'enfants portant la double nationalité belge et espagnole[27]. En l'occurrence, deux enfants belgo-espagnols, résidant en Belgique et nés en Belgique, avaient été enregistrés en Belgique sous le nom de famille de leur père (conformément au droit belge applicable à l'espèce). Les mêmes enfants avaient par ailleurs été enregistrés sous le nom de famille conjoint du père et de la mère à la section consulaire de l'ambassade d'Espagne en Belgique. Les parents sollicitent la modification du nom de famille des enfants obtenu en Belgique pour l'aligner sur le nom espagnol. Cet acte espagnol, déterminant le nom des enfants conformément au droit espagnol, avait sans doute été dressé *après* l'acte belge, puisque la naissance doit être déclarée aux autorités communales du lieu de naissance dans un délai très court et que le nom de l'enfant est déterminé dans l'acte de naissance[28]. Dans l'arrêt *Garcia Avello*, le problème réside dans la diversité des noms de famille dans deux États membres : c'est cette diversité qui constitue la gêne, indépendamment de la question de savoir si une situation avait été légalement constituée dans un pays avant d'être exportée dans un autre[29]. On sait d'ailleurs qu'en l'occurrence, seule la binationalité permettait de rattacher la situation au droit de l'Union puisque les enfants n'avaient jamais circulé[30].

---

des documents délivrés et établis avant la modification » (pt 67). À vrai dire, dans le point 71, la Cour semble confondre l'enregistrement devant les autorités allemandes et la détermination du nom par une autorité, confusion qui ne survient pas plus haut dans l'arrêt. Lorsque l'on connaît la technique de rédaction des arrêts qui portent largement sur des « copier-coller », il est intéressant de noter que la phrase du point 71 correspond au dispositif de l'arrêt *Grunkin-Paul* (dont il sera question plus loin) à un mot près. L'arrêt *Grunkin-Paul* se conclut dans les termes suivants : « L'article 18 CE s'oppose (...) à ce que les autorités d'un État membre (...) *refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre* (...). » On comprend mal pourquoi le terme « déterminé » est repris dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, alors que le terme « enregistré » aurait mieux correspondu aux circonstances de l'affaire.

26. *Ibid.*, pt 71.

27. CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02.

28. La lecture de l'arrêt et des conclusions de l'avocat général ne permet pas de fixer ce point avec certitude, mais il correspond à la pratique générale. La déclaration de naissance auprès des autorités locales (obligatoires) précède généralement celle effectuée auprès des autorités consulaires.

29. Arrêt *Garcia Avello*, pt 36.

30. Arrêt *Garcia Avello*, pts 26 et 27.

Enfin, l'arrêt *Runevič-Vardyn* ne met nullement en cause une logique de reconnaissance d'un acte ou d'un statut obtenu à l'étranger, mais oppose un individu à son État d'origine à propos d'un acte dressé par les autorités de ce dernier[31]. L'affaire ne porte pas sur la reconnaissance d'un acte étranger, mais bien sur les caractères employés pour écrire les noms dans un acte de mariage. Elle concerne une ressortissante lituanienne appartenant à la minorité polonaise souhaitant obtenir la modification de son acte de naissance et de son acte de mariage établis en Lituanie, en vue d'y voir son nom (de jeune fille et d'épouse) retranscrit conformément à la graphie polonaise comprenant des lettres (le W) et des signes (ligature et signes diacritiques) inconnus de la graphie lituanienne[32]. En particulier, la demanderesse s'inquiétait de la transcription du nom de famille de son époux de nationalité polonaise, adjoint au sien dans l'acte de mariage, mais en graphie lituanienne (Vardyn au lieu de Wardyn), alors que pour son époux, le même nom de famille était transcrit en graphie polonaise[33]. Le nom « Wardyn » était donc transcrit différemment pour les deux époux. D'après la Cour, cette différence pourrait causer des inconvénients aux époux lors de l'exercice de leur liberté de circulation, la réalité et la gravité d'un tel risque devant être déterminée par la juridiction de fond en vue de vérifier si le critère des « inconvénients sérieux » est rencontré[34]. Si tel est le cas, la juridiction de renvoi devra déterminer si le refus de modification de l'acte de mariage « respecte un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir d'une part, le droit des requérants au principal au respect de leur vie privée et familiale, ainsi que, d'autre part, la protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions[35] ».

B. Le droit à l'identité, un droit fondamental du citoyen ?

Le passage de l'arrêt *Runevič-Vardyn* cité ci-dessus, qui fait écho à un passage équivalent de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*[36], permet d'identifier la logique véritablement à l'œuvre, qui dépasse celle de la reconnaissance mutuelle pour définir progressive-

31. CJUE 12 mai 2011, aff. C-391/09.

32. La Cour écarte la violation de l'art. 21 du TFUE s'agissant de l'acte de naissance (pts 70 et 71).

33. Par ailleurs, son époux souhaitait que l'acte de mariage lituanien transcrive ses prénoms en graphie polonaise : sur l'acte de mariage, son prénom était dépourvu des signes diacritiques de la graphie polonaise (Lukasz Pawel au lieu de Łukasz Paweł), alors que son nom de famille était transcrit selon la graphie polonaise (Wardyn). La Cour considère que l'omission des signes diacritiques ne constitue pas une restriction aux libertés reconnues par l'art. 21 du TFUE, car de tels signes sont régulièrement omis pour des raisons techniques (pts 81 et 82).

34. *Ibid.*, pts 77 et 78.

35. *Ibid.*, pt 91.

36. V. pt 83 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* : « À cet égard, il y a lieu d'admettre que, dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union. »

ment un nouveau droit, que l'on serait tenté d'appeler « le droit à l'identité », selon les termes déjà choisis par Andreas Bucher[37].

En effet, ces arrêts ne comportent pas un raisonnement en termes de reconnaissance mutuelle, tel qu'on l'a connu dans le cadre du marché intérieur. En général, la légitimité de l'application de la loi de l'État d'accueil n'est pas remise en cause. Les arrêts n'analysent pas l'équivalence des législations en présence. Et ce, pour une bonne raison : il n'y a pas nécessairement deux lois en concours, ni même de situation créée dans un premier État membre à accueillir dans un second État membre. Plusieurs arrêts mettent en cause la création même de la situation dans son État de « cristallisation », selon l'expression de Pierre Mayer[38].

Sachant que l'affaire *Dafeki* porte sur la force probante d'un acte (donc sur un aspect de l'*instrumentum* d'un acte d'état civil et non sur le *negotium*), le seul arrêt portant véritablement sur la reconnaissance dans un État membre d'une situation juridique créée dans un autre État membre est, semble-t-il, l'affaire *Grunkin-Paul*[39]. L'affaire concerne la détermination, en Allemagne, du nom d'un enfant allemand vivant avec ses parents allemands au Danemark. Lors de la naissance de l'enfant, les autorités danoises lui avaient, en vertu du droit danois, attribué le nom de « Grunkin-Paul » constitué des noms de famille de son père et de sa mère. Les autorités allemandes ont refusé de reconnaître le nom de l'enfant en vertu de leur règle de conflit de lois (EGBGB, art. 10) soumettant le nom d'une personne à sa loi nationale. En l'occurrence, les parents ne remplissaient pas les conditions du droit allemand pour que l'enfant se voie attribuer un double nom, composé de ceux de son père et de sa mère. La Cour a conclu que « l'article 18 CE s'oppose, dans des conditions telles que celles de l'affaire au principal, à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis et qui à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre ». Il s'agit bien, pour les autorités allemandes, de reconnaître une situation de droit (la détermination du nom) créée par les autorités d'un autre État membre. L'arrêt suit d'ailleurs un raisonnement beaucoup plus classique, proche du test des entraves et du principe de reconnaissance mutuelle du marché intérieur, analysant les motifs de justification possibles d'un tel refus, ainsi que leur proportionnalité. La mesure allemande échoue aux premières étapes du test de proportionnalité sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur l'équivalence des législations en présence[40].

37. A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, Académie de droit international de La Haye, coll. « ADI-Poche », 2011, p. 513, n° 228. V. égal., le rapport établi par le même auteur pour le GEDIP en 2009, « De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité », préc.

38. P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthode. Mél. en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547 s., spéc. 562.

39. CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06 ; V. à ce sujet, la contribution d'E. Pataut dans le présent ouvrage.

40. L'une des justifications est écartée (pt 35 relatif à la facilité administrative). D'autres justifications sont acceptées mais la mesure n'est pas jugée adéquate au regard de celle-ci (pts 30 à 34, stabilité du statut personnel, unicité du nom au sein de la fratrie et égalité de traitement). Le premier aspect de la proportionnalité n'est donc pas respecté.

Sans diminuer l'importance de l'arrêt *Grunkin-Paul*, la lecture de l'ensemble des arrêts relatifs à la citoyenneté et à la circulation des travailleurs portant sur la matière familiale révèle que le mouvement à l'œuvre dépasse le principe de reconnaissance mutuelle et, probablement, son pendant supposé en droit international privé, la méthode de reconnaissance[41]. Les arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Runevič-Vardyn*, combinés à ceux qui les précèdent, semblent indiquer que la Cour protège avant tout l'identité d'une personne comme élément de sa vie privée et familiale consacrée à l'article 7 de la Charte et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'arrêt *Sayn-Wittgenstein* cite, pour la première fois, le nom comme élément de la vie privée et familiale, en se référant directement à divers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme[42]. L'association entre nom et vie privée et familiale est ensuite reprise dans l'arrêt *Runevič-Vardyn*[43].

L'objectif de cette protection (autrement dit, du droit à l'identité) réside bien dans la faculté de circuler, puisque c'est en raison de la diversité possible des statuts dans deux États membres que le citoyen peut être soumis à des « inconvénients sérieux ». Mais comme indiqué plus haut, la protection semble être à l'œuvre dès la constitution de la situation (dans les arrêts *Garcia Avello*, *Sayn-Wittgenstein* et *Runevič-Vardyn*, par exemple) et tant dans les rapports avec l'État d'origine, que dans les rapports entretenus avec d'autres États d'accueil potentiels (dans l'affaire *Grunkin-Paul*). L'identité devrait ainsi non seulement pouvoir être maintenue, y compris dans ses aspects phonétiques[44], mais aussi offrir la lisibilité nécessaire en cas de circulation future (comme dans l'affaire *Runevič-Vardyn* où le nom d'épouse de madame, reprenant le nom patronymique de son mari, risque de prêter à confusion hors du pays d'établissement de l'acte de mariage, dans la mesure où il est transcrit différemment pour madame et pour monsieur, voire même convenir aux souhaits des intéressés (comme dans l'arrêt *Garcia Avello* où les particuliers choisissent entre deux noms de famille attribués dans deux États membres[45]). La reconnaissance d'un tel droit, si elle se confirme, ne devrait pas surprendre car, comme l'indiquait d'emblée l'arrêt *Dafeki*, l'établissement de l'identité constitue la condition préalable à l'exercice de la liberté de circulation[46].

On notera encore que cette série d'arrêts, en particulier ceux portant sur la citoyenneté, s'écarte du test des entraves sur d'autres points que ceux évoqués précédemment (pt A). S'agissant d'un obstacle fondamental, les motifs de justification invoqués portent sur des valeurs indérogeables (c'est alors le motif d'ordre public qui est

41. Pour de plus amples développements, ci-après III. A.

42. Pt 52 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* citant : CEDH 22 févr. 1994, *Burghartz c/Suisse*, req. n° 16213/90, § 24 ; CEDH 25 nov. 1994, *Stjerna c/Finlande*, req. n° 18131/91, § 37.

43. Pts 89 à 91 de l'arrêt *Runevič-Vardyn*.

44. Dans l'affaire *Konstantinidis*, c'est bien le problème phonétique qui amène la Cour à condamner l'Allemagne : CJCE 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, spéc. pts 14 à 16.

45. A. Bucher relève d'ailleurs que l'affaire aurait très bien pu être inversée, les parents demandant à l'État espagnol d'attribuer un nom conformément au droit de leur pays de résidence (Belgique) ou de reconnaître le nom tel qu'attribué en Belgique (A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, *op. cit.*, n° 225, p. 502).

46. Arrêt *Dafeki*, pt 19.

avancé), parfois liées à l'identité constitutionnelle de l'État auquel l'obstacle est imputable. Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein* par exemple, la loi d'abolition de la noblesse, en raison de laquelle le nom de l'intéressée devait être rectifié, constituait « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne » un « élément de l'identité nationale[47] ». Dans l'affaire *Runevič-Vardyn*, l'État lituanien invoque la protection de sa langue nationale, sachant que la Cour constitutionnelle lituanienne avait imposé la transcription des noms dans les passeports lituaniens selon les règles de graphie de cette langue en vue de respecter le statut constitutionnel de celle-ci[48]. Devant de tels enjeux, le test de proportionnalité fait l'objet d'une application assouplie, voire inexistante. La cohérence de la mesure semble, à elle seule, décider de sa légitimité[49]. Cette atténuation du texte de proportionnalité fait place à un raisonnement de mise en balance entre deux droits fondamentaux : le droit à l'identité de l'individu, d'une part, et l'identité constitutionnelle de l'État, d'autre part[50].

Il est bien sûr dangereux de tirer des conclusions trop générales d'un ensemble restreint d'arrêts. Si la logique d'un droit à l'identité est en cours de développement, elle se confirmera dans les années à venir. Et un tel droit pourrait alors s'étendre, au-delà du nom porté, aux liens fondateurs de l'identité d'une personne : être l'enfant de, le conjoint de… L'influence potentielle sur le droit matériel de la famille pourrait s'avérer considérable. Aujourd'hui, ces arrêts forment encore un corps embryonnaire, dont les implications pour le droit international privé et le droit matériel de la famille doivent encore être mesurées.

III. CONSÉQUENCES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET EN DROIT MATÉRIEL DE LA FAMILLE

Si le cœur de la jurisprudence européenne concernant le droit de la famille dépasse le cadre de la reconnaissance mutuelle et s'oriente vers la consécration d'un droit à l'identité (dont le contenu est à définir plus avant), les conséquences de celle-ci pour le droit international privé et pour le droit matériel de la famille apparaissent à première vue modestes. Le constat n'est pas pour autant décevant car il s'avère riche de potentiels, pour le droit européen, comme pour le droit national.

47. Pt 83 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*.

48. Pt 27 de l'arrêt *Runevič-Vardyn*.

49. Pt 92 de l'arrêt *Runevič-Vardyn*, où la Cour évoque la différence de transcription du même nom patronymique pour madame et monsieur, dans le même certificat, comme une indication du caractère disproportionné du refus de transcription selon la graphie polonaise. En réalité, cette différence met en cause la cohérence de l'attitude des autorités lituaniennes. D'autres aspects du test de proportionnalité ne sont pas évoqués. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la proportionnalité est évoquée uniquement pour relever que le caractère isolé d'une mesure sur le plan du droit comparé n'exclut pas le caractère proportionné de celle-ci (pt 91 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*).

50. Pts. 83 et 88 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* et pt 84 de l'arrêt *Runevič-Vardyn*.

A. En droit international privé

À ce stade, il est difficile de mesurer l'impact exact de la jurisprudence existante concernant le droit de la famille sur le droit international privé. Elle augure, certes, de certaines adaptations nécessaires, mais les moyens techniques requis en vue de ces adaptations semblent ouverts.

La mise en lumière d'un droit à l'identité traversant le droit européen et protégeant le citoyen européen évoque la mission, poursuivie de longue date par le droit international privé, relative à la stabilité du statut personnel. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de justice pourrait n'engendrer aucune innovation sur le terrain du droit international privé. On sent pourtant que la valeur de cet objectif a changé de coloration. D'une part, la stabilité du statut personnel s'étend au-delà des situations de réception pour concerner aussi la constitution du statut. D'autre part, elle s'impose avec tous les attributs du droit européen à l'égard du droit national : primauté, effet direct, interprétation conforme, etc. L'importance et l'étendue du droit à l'identité suggèrent qu'il pourrait constituer un nouveau principe directeur du droit international privé, au niveau national et au niveau européen. Un tel principe pourrait à terme modifier, pour les situations européennes, l'équilibre entre principes directeurs à finalité internationale et principes directeurs à finalité interne, mis en lumière par Marie-Claude Najm dans le cadre des rapports entre les systèmes laïques et les systèmes religieux[51]. Le contexte européen ne se prête pas à une analyse en termes de conflit de civilisations, mais il faut reconnaître que les oppositions entre États membres relatives aux gestations pour autrui, par exemple, vont inévitablement mener à une mise en balance des impératifs de cohérence interne (voire d'identité constitutionnelle) de l'État et des droits liés à l'identité de l'individu en ses qualités d'enfant ou de parent.

Autre est la question des conséquences techniques à tirer du droit à l'identité et d'un nouveau principe directeur éventuel. À ce niveau, l'époque est passionnante en raison de l'étendue des possibles. Cette ouverture technique marque autant la jurisprudence que le droit harmonisé, qui ne semble conduit ni à l'imposition obligatoire de la méthode de la reconnaissance, ni au rejet de celle-ci, ni d'ailleurs au rejet de la règle de conflit.

La première constatation est liée au dépassement du principe de reconnaissance mutuelle. Si le raisonnement tenu dans les arrêts intéressant le droit de la famille (et rendus dans le cadre de la citoyenneté) n'est pas un raisonnement en termes de reconnaissance mutuelle tel qu'on a pu l'observer dans le cadre du marché intérieur, l'application de la loi du for ne semble pas nécessairement condamnée au profit de la loi d'origine dans les hypothèses où un « obstacle à la circulation du citoyen pourrait être identifié ». En effet, comme indiqué plus haut, la reconnaissance mutuelle conduit parfois à l'inapplication de la loi d'accueil, dans un cadre de concurrence entre deux lois applicables, atteignant des objectifs similaires

51. M. C. Najm, *Principes directeurs de droit international privé et conflits de civilisation*, Paris, Dalloz, 2005.

de manière équivalente[52]. Cette logique (et l'effet « Delaware » qui peut l'accompagner) ne semble pas à l'œuvre ici.

Ensuite, l'analyse de la jurisprudence ne semble pas conduire au recours obligatoire à la méthode de la reconnaissance. L'arrêt *Grunkin-Paul* porte sur une réelle situation de reconnaissance, c'est-à-dire sur l'obligation d'accueillir dans un État membre une situation juridique créée dans un autre État membre. Mais en l'occurrence, l'arrêt n'oblige pas l'Allemagne (et donc les autres États membres) à adapter le EGBGB pour remplacer la règle de conflit allemande relative à l'attribution du nom par une méthode de reconnaissance effaçant l'intervention de la règle de conflit, option qui n'a d'ailleurs pas été envisagée en Allemagne à la suite de l'arrêt *Grunkin-Paul*[53]. L'arrêt ne condamne pas non plus la désignation opérée par la règle de conflit (à savoir la loi allemande). Il impose par contre à l'Allemagne d'assurer à l'enfant le maintien du nom de famille acquis dans son État de résidence : autrement dit, l'arrêt impose une obligation de résultat, sans s'encombrer des moyens techniques nécessaires à sa mise en œuvre[54]. Pour atteindre cet objectif, l'Allemagne pouvait adapter le droit matériel allemand relatif à l'attribution du nom de famille, autant que modifier ses règles de droit international privé. On le sait, c'est finalement une option à mi-chemin du droit matériel et du droit international privé qui a été favorisée en permettant à la personne dont le nom est régi par le droit allemand de choisir le nom acquis dans un autre État membre (dans lequel l'intéressé résidait) et inscrit dans les registres de ce dernier État (EGBGB, art. 48[55]). À vrai dire, l'Allemagne aurait pu également modifier le facteur de rattachement de sa règle de conflit pour autoriser l'autonomie de la volonté, par exemple[56].

L'intégration de la méthode de la reconnaissance et l'abandon de la règle de conflit de lois ne sont donc pas obligatoires, ni d'ailleurs toujours suffisants. Dans un

---

52. V. ci-avant, I.

53. V., C. Kohler, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *in* P. Lagarde, *La reconnaissance…*, *op. cit.*, p. 67 s., spéc. p. 73.

54. V. dans cet ouvrage, la contribution d'E. Pataut soulignant également que la logique du droit européen est une logique matérielle (p. 97). Il considère que l'arrêt *Grunkin-Paul* impose la reconnaissance d'une situation, « sans considération pour les règles de conflit de lois de l'État de reconnaissance ». Comp. C. Kohler, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *op. cit.*, n° 6, p. 72 : « (…) si la Cour est catégorique sur le résultat à atteindre, elle ne se prononce pas sur les moyens de droit interne que l'État membre concerné doit employer à cette fin » (v. égal., n° 15, p. 76). L'auteur ne nie cependant pas que les arrêts de la Cour puissent commander une adaptation des règles de droit international privé (p. 73 à 76, commentant les arrêts de la CJUE sur l'attribution du nom patronymique et le nouvel art. 48 EGBGB, l'auteur montre que la mise en œuvre de cette obligation de résultat peut perturber les « structures nationales du droit international privé »).

55. C. Kohler (« La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *op. cit.*, p. 76, n° 14) relève que le nouvel art. 48 EGBGB constitue une fusion d'une règle matérielle et de la méthode de reconnaissance. L'art. 48 EGBGB ne permet pas de régler la situation des personnes dont le nom n'est pas régi par le droit allemand (*ibid.*, n° 13, p. 75).

56. En cette matière, comme en matière de divorce par exemple (v. art. 5 du règlement n° 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit « Rome III »), le droit de l'Union viendrait confirmer la thèse de Jean-Yves Carlier selon laquelle l'autonomie de la volonté est appelée à s'implanter dans le domaine du statut personnel (*Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992).

cas de figure correspondant à celui envisagé dans l'arrêt *Garcia Avello*, la méthode soulèverait la question fondamentale de l'identification de l'objet de la reconnaissance. Or le résultat de l'arrêt *Garcia Avello* ne peut s'expliquer en termes de reconnaissance d'une situation acquise à l'étranger : comme indiqué plus haut, aucune situation n'avait été constituée à l'étranger avant la création de la situation (et l'attribution du nom) en Belgique[57]. L'obligation de résultat imposée par l'arrêt porte bien sur la création de la situation, création également en cause dans les arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Runevič-Vardyn*. C'est la raison pour laquelle la suite donnée en Belgique à l'arrêt *Garcia Avello* ne permet pas de remplir les obligations tirées de l'arrêt. L'article 39, 1° du Code belge de droit international privé prévoit qu'une décision judiciaire ou administrative étrangère concernant un changement de nom par acte volontaire n'est pas reconnue en Belgique si l'intéressé était belge au moment du changement « à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'État membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité ». Limitée à la reconnaissance d'un changement de nom intervenu par acte volontaire, la disposition reste en deçà de l'hypothèse envisagée dans l'arrêt *Garcia Avello*[58]. Ce dernier arrêt porte bien sur l'obtention du nom dans l'État où il est attribué pour la première fois et semble appeler une règle de rattachement laissant aux binationaux (citoyens de l'Union) le choix du système juridique applicable à la détermination de leur nom patronymique. À nouveau, l'idée de l'autonomie de la volonté, ou, dans sa version atténuée, de l'option de droit, pourrait mieux correspondre à l'hypothèse de l'arrêt[59].

Ni obligatoire, ni toujours suffisante, la méthode de la reconnaissance peut néanmoins constituer l'alternative la plus efficace pour atteindre le résultat visé dans certains arrêts de la Cour. C'est sans doute le cas d'une situation correspondant

57. À ce propos, v. les développements relatifs à l'arrêt Garcia Avello, ci-avant, II. A.

58. Le Code belge de droit international privé est accompagné d'une circulaire administrative (Circulaire du 23 sept. 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juill. 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel, Moniteur belge, 28 sept. 2004) précisant sur la question de l'attribution du nom, d'une part, que l'arrêt *Garcia Avello* n'a pas d'impact sur le droit applicable et d'autre part, que « la jurisprudence *Garcia Avello* sera applicable en cas de changement volontaire de nom d'une personne qui aurait à la fois la nationalité belge et la nationalité d'un autre État membre de l'Union européenne, la personne concernée y trouvant le droit d'obtenir, par changement de nom administratif, le nom dont elle serait titulaire en vertu du droit et de la tradition du second État membre », sachant qu'un tel changement de nom « sur base volontaire » est octroyé par arrêté royal et non par l'officier d'état civil. Ainsi, sans modifier la règle de conflit de loi conduisant à l'application de la loi belge pour un binational portant la nationalité belge et celle d'un autre État membre, l'obtention du nom, tel qu'il serait attribué en vertu de la loi correspondant à la seconde nationalité, est possible en Belgique en passant par une procédure de modification du nom premièrement attribué conformément au droit belge. La procédure de demande de modification du nom semble cependant trop contraignante au regard du prescrit de l'arrêt *Garcia Avello*.

59. À ce propos, Jean-Yves Carlier a d'emblée attiré l'attention sur l'impact de l'arrêt sur le facteur de la nationalité : « Contrairement à une interprétation mesurée de l'arrêt *Micheletti*, l'effacement du principe de la nationalité effective en cas de plurinationalité serait alors complet, pour le bénéfice, non pas tant d'une nationalité fonctionnelle que d'une véritable option de nationalité laissée aux individus selon les effets de droit recherchés » (J.-Y. Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1er janv.-31 déc. 2003) », *JDE* 2004. 74 s., spéc. 75, pt 6).

aux faits de l'affaire *Grunkin-Paul* lorsque la création de la situation épuise entièrement ses effets[60] : le nom étant officiellement attribué dans un État membre, il est appelé à circuler avec le citoyen dans d'autres États membres, sans que des questions juridiques autres que celle de son acceptation se posent à son propos.

Le propos tenu ici ne constitue pas une critique de la méthode de reconnaissance en tant que telle, mais s'intéresse seulement à son lien, obligatoire, supposé ou simplement occasionnel, avec la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit de la famille. Il semble impossible de déduire de cette jurisprudence un effacement forcé de la règle de conflit de lois au profit de la méthode de reconnaissance, ni d'ailleurs un renforcement de la première au désavantage de la seconde.

Le maintien possible du rôle de la règle de conflit est d'ailleurs confirmé par les termes prudents des actes de droit dérivé portant sur le droit international privé. S'agissant de l'existence du lien familial, ces règlements ou propositions de règlement ne comportent jusqu'à présent aucune règle de conflit propre et renvoient généralement à la règle de conflit du for pour apprécier l'existence, la validité ou les effets d'une relation de famille prétendue[61].

Ainsi, le champ des possibles reste ouvert, dans la mesure où les États membres trouvent les moyens techniques permettant de remplir l'obligation de résultat dérivée du droit à l'identité. Dans le champ des possibles, se trouvent naturellement les « règles de réception » d'Andreas Bucher[62] ou encore les règles de conflit de systèmes. Sous cette forme, la clarification pourrait venir du droit de l'Union[63]. En vue de gérer la diversité des solutions de conflit de lois (comme une alternative

60. Sur la distinction entre les situations similaires à l'affaire *Garcia Avello* et les situations juridiques dont les effets ne sont pas déterminés du simple fait de leur création : A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, *op. cit.*, n° 227, p. 512.

61. S'agissant des relations de famille de manière générale : v. le considérant n° 21 du règlement Aliments (Règl. n° 4/2009 du 18 déc. 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligation alimentaire) : « (...) L'établissement des relations de famille continue à relever du droit national des États membres, en ce compris leurs règles de droit international privé. » S'agissant de la validité du mariage, v. par ex. le considérant n° 10, al. 3, du règlement Rome III : « Des questions préalables, telles que la capacité juridique et la validité du mariage (...) devraient être réglées selon les règles de conflit de lois applicables dans l'État membre participant concerné », ainsi que l'art. 13 du même règlement qui repose sur l'idée d'une appréciation de la validité du mariage dans l'État saisi du divorce (Règl. n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps). Concernant les partenariats, ils sont souvent visés en tant que relations réputées avoir des effets comparables au mariage ou aux relations de famille « en vertu de la loi applicable » (v. par ex. art. 1er, § 2, a) du règlement n° 650/2012 du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen). Il en va de même pour les régimes patrimoniaux dérivant d'un partenariat (Art. 1er, § 2, a) du règlement n° 1215/2012 du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; art. 1er, § 2, d) du règlement Successions cité ci-avant).

62. Le concept des règles de réception semble plus large que la méthode de reconnaissance, en ce sens qu'il ne se fixe pas sur une méthode déterminée, mais poursuit le même objectif d'acceptation des situations : A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, *op. cit.*, p. 467 s.

63. La règle de conflit de système établie au niveau national conduit en effet à un cercle vicieux : D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I : partie générale, Paris, PUF, 2007, n° 434, p. 428-429.

à l'uniformisation), une règle de conflit de systèmes commune pourrait constituer une alternative, à l'image de la pratique dans le domaine du transfert de siège des sociétés : il pourrait s'agir de désigner un système « relevant » (pour reprendre le vocabulaire de R. Quadri) ou de répartir l'intervention légitime des règles en conflit de lois des États membres impliqués en fonction d'un critère temporel[64].

B. En droit de la famille

La question de la création d'un embryon de droit matériel européen de la famille dépasse le cadre de cette contribution, centrée sur la question de la reconnaissance[65]. Il nous revient cependant d'émettre quelques hypothèses relatives aux conséquences, sur le plan du droit de la famille, du droit à l'identité accompagnant le citoyen européen et de l'abandon progressif de la logique de reconnaissance mutuelle. Trois constats peuvent être dressés à ce stade intermédiaire du développement du droit de l'Union.

Tout d'abord, comme indiqué plus haut, la consécration progressive d'un droit à l'identité appelle une adaptation de la législation des États membres, soit en droit international privé, soit en droit matériel de la famille. Chaque État dispose là d'un choix et peut éventuellement croiser les techniques. Par exemple, les États membres pourraient à la suite des affaires *Garcia Avello* et *Grunkin-Paul* développer de nouvelles règles matérielles relatives à l'attribution du nom de famille ouvrant les possibilités pour les parents de constituer le nom de leurs enfants communs par l'adjonction de leurs deux noms.

Ensuite, cette adaptation, indépendamment du terrain sur lequel elle se localise (en droit matériel ou en droit international privé), constitue une obligation supérieure pour les États membres. L'obstacle créé par l'impossibilité de jouir de son identité (dans l'État d'origine, comme dans l'État d'accueil de la situation) touche au cœur du statut du citoyen, conditionne l'effectivité des libertés de circulation et a reçu, *via* le détour par le droit au respect de la vie privée et familiale consacré par la Charte et la CEDH, un rang fondamental en droit de l'Union[66]. Toute tentative de justification de dérogation à ce droit devra donc s'ancrer dans un motif d'égale valeur. Il n'est donc guère étonnant de voir se développer une mise en balance des droits fondamentaux de l'individu (tirés du droit de l'Union), d'une part, et des structures fondamentales des États membres, d'autre part, décrite plus

64. V. sur l'établissement d'une règle de conflit de système par la Cour de justice dans le cas du transfert de siège avec changement de loi applicable, autorisant l'intervention consécutive des deux systèmes en présence : CJUE 3 juill. 2012, *Vale*, aff. C-378/10, pt 44, obs. S. Francq (dans le cadre de la Chronique relative aux arrêts de la Cour de justice et du tribunal de l'Union européenne), JDI 2013. 622-632, spéc. 631.

65. V., dans le présent ouvrage, la contribution de H. Fulchiron, p. 171.

66. Au-delà même de l'attribution à la citoyenneté de la qualité de « statut fondamental » (CJCE 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* I-6193, pt 31), le lien établi avec la Charte et la CEDH place le droit à l'identité à un rang « constitutionnel ».

haut. Cette démarche va pousser les États à identifier ce qui parmi leurs règles ou principes relatifs au droit de la famille constitue une question d'identité constitutionnelle ou d'ordre public et peut-être à formaliser ceux-ci dans des règles de droit positif, à l'instar de la loi sur l'abolition des titres de noblesse en cause dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*. La question de l'identité de ces droits, règles, principes, ou valeurs va prolonger, sous une forme renouvelée, le débat de l'ordre public et pourrait, à terme, solliciter davantage les Cours constitutionnelles nationales. Ce débat pourrait autant figer certains processus sociaux d'évolution du droit de la famille, qu'accélérer certaines réformes.

Enfin, dans le processus d'identification des règles indérogeables, le droit de l'Union aura également son mot à dire. Le processus d'encadrement européen de l'ordre public national est bien connu[67]. Mais au-delà de celui-ci, certaines règles européennes pourraient à terme s'adresser au contenu même de l'ordre public national. Tel pourrait être le cas de l'article 24 de la proposition de règlement concernant les régimes matrimoniaux. Cette disposition prévoit que « la reconnaissance et l'exécution d'une décision (...) relative aux aspects patrimoniaux d'un partenariat enregistré ne peuvent être refusées au motif que la loi de l'État membre requis ne connaît pas le partenariat enregistré ou ne lui attribue pas les mêmes effets patrimoniaux[68] (...) ». La disposition proposée incorpore une conception atténuée de l'ordre public : le refus d'instaurer un régime de partenariat en droit interne ne peut le mener à s'opposer aux effets patrimoniaux d'un partenariat conclu à l'étranger, reconnus dans une décision judiciaire émanant d'un autre État membre, alors que les juridictions du premier État pourraient décliner leur compétence si elles venaient à être saisies de la question patrimoniale[69]. Sans introduire un objet inconnu du droit international privé, la disposition innove en exerçant une influence directe sur le contenu de l'ordre public en tant que motif de refus dans le domaine du droit de la famille.

* *
*

À n'en pas douter, le droit à l'identité issu du statut de citoyen contraindra les États membres à interroger leurs conceptions communes et leurs différences. Les prochaines questions préjudicielles ne concerneront pas des sujets aussi anodins que

67. À tel point que l'on peut s'interroger sur l'existence d'un ordre public européen (J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mél. en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55), sachant qu'ordres publics européen et national peuvent difficilement se concevoir l'un sans l'autre (S. Francq, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », *in* C. Kessedjian, *Autonomie en droit européen, Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 223).

68. Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM (2011) 127 final.

69. Comp. art. 3, § 2 et 5, § 2 de la proposition de règlement relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

le nom patronymique, mais sans doute l'existence même des liens familiaux : les liens du couple pour les couples homosexuels, les liens de filiation pour les enfants issus d'une gestation pour autrui ou pour les enfants de partenaires de même sexe[70]. L'aventure sera passionnante, quoique délicate pour la Cour, qui devra multiplier l'exercice de mise en balance des droits fondamentaux sur des terrains sensibles. À lire l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la politique de l'uniformité ne semble pas devoir s'imposer. Mais le droit à l'identité sera certainement l'occasion d'envisager à nouveau la matérialisation concrète de la devise de « l'unité dans la diversité ».

70. V. par ex. une affaire qui aurait mérité une question préjudicielle : OLG Celle, 10 mars 2011, IPRax 2012, 523 (portant sur un couple de femmes, l'une allemande, l'autre italienne, mariées en Espagne, puis revenues en Allemagne avant de repartir en Espagne pour y concevoir un projet parental grâce à une insémination artificielle). L'acte de naissance espagnol mentionne les deux femmes comme mère de l'enfant. La famille revient en Allemagne quelques semaines après la naissance de l'enfant et y sollicite la reconnaissance de l'acte de naissance établissant le double lien de maternité. Le tribunal allemand a appliqué le droit allemand à l'établissement de la filiation en tant que droit du pays de résidence habituelle de l'enfant (EGBGB, art. 19, § 1), sachant que l'Allemagne ne connaît pas la double filiation maternelle. L'enfant a donc été privé, en Allemagne, du lien parental établi en Espagne à l'égard de la « mère » avec laquelle il n'avait pas de lien biologique).