

De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité

I. Introduction

1. L'un des composants de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne consiste en l'interdiction de mesures susceptibles d'entraver l'exercice de cette liberté, sous réserve des cas où de telles mesures seraient fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général, nécessaires et proportionnées au but poursuivi, et par ailleurs non discriminatoires. Ce devoir d'abstention incombant à tout Etat membre, il a pour corollaire une obligation positive de respect par rapport à des situations acquises dans un autre Etat membre, étant donné que leur méconnaissance pourrait constituer pour la personne concernée un obstacle à tirer profit de sa liberté de circuler et de choisir son pays de séjour¹. En effet, le fait de placer l'individu sous un régime de diversité de solutions par rapport à la même situation ou question peut constituer un inconvénient et, dans certaines circonstances, une entrave à sa liberté de mouvement à travers les systèmes nationaux des Etats membres. Cela est d'autant plus important que le droit national de chaque Etat membre, dans l'exercice d'une compétence qui ne relève pas des instances communautaires, doit néanmoins respecter le droit communautaire, en particulier les dispositions du Traité CE relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres². Il s'en est dégagé ainsi une compétence communautaire, mise en œuvre par la Cour de justice, dans des domaines où le Traité n'en prévoit aucune.

Le principe de la « *reconnaissance mutuelle* » constitue le pilier de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, comme on peut le reconnaître en particulier à travers les Règlements Bruxelles I et II^{bis}. L'idée de la reconnaissance mutuelle est sous-jacente au respect d'une liberté de circuler qui implique que la personne en déplacement d'un Etat membre vers un

¹ Les Etats membres ont ainsi une obligation de suivre cette méthode, « toutes les fois que la situation concernée est de nature à impliquer une liberté de circulation » (Marie-Laure Niboyet/Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris, 2007, n° 230 p. 151). Toute (!) la question est alors de savoir qu'elles sont ces situations.

² Cf., parmi beaucoup d'autres, CJCE, 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval, Rec.*, 2007 I, p. 11767, n° 87, *Rev.crit.*, 2008, p. 375, ainsi que les arrêts cités ci-après.

autre ne soit pas exposée, dans l'Etat d'accueil, à un traitement différent de celui reçu dans l'Etat d'origine. De manière générale, la diversité des situations individuelles, dans la mesure où elle pourrait affecter l'une de ces libertés, est évitée au mieux par le respect de celle née et formée en premier. Le principe de reconnaissance mutuelle n'est donc pas seul à être considéré, ce d'autant que, malgré quelques variations apparaissant dans la jurisprudence et en doctrine, il est associé étroitement à la reconnaissance de décisions³.

Depuis l'introduction de la *citoyenneté* de l'Union européenne, le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres est rattaché à ce statut (art. 18 du Traité CE), qui ne dépend pas d'un lien économique. Or, étant donné que la citoyenneté traduit une idée de jouissance, celle-ci permet d'affirmer des droits fondamentaux directement, sans prendre appui sur l'idée de « reconnaissance mutuelle » qui n'est qu'un moyen pour donner effet aux libertés de circuler⁴. A l'objectif initial de la création d'un marché commun, respectivement « intérieur », est venu s'ajouter une « finalité sociale »⁵. La consécration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, va bien au-delà de la seule intégration économique, encadrant très largement la mobilité croissante des citoyens de l'Union européenne. L'individu est ainsi plus spécifiquement visé et sa position renforcée par les droits attachés à sa qualité de citoyen européen.

2. L'invocation de la liberté de circuler et de séjourner, ainsi que du statut de citoyen européen qui renferme cette liberté, n'a de sens que s'il existe une diversité des solutions à laquelle il s'agirait de remédier. L'unification des règles de conflit attributives (ou de localisation) à travers le droit dérivé a pour but d'éviter de telles situations « en amont », comme le font également, à leur manière, les régimes de reconnaissance des décisions rendues par les tribunaux des Etats membres. On notera, cependant, qu'en matière de loi applicable, la « reconnaissance mutuelle » n'est pas le concept pertinent. L'harmonisation des règles de *conflit de lois* est devenue, en effet, une exigence du « bon fonctionnement du marché intérieur »⁶. De même, lorsque le principe de la « loi d'origine » a pris la forme, en droit dérivé, d'une

³ Tel est le cas du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (v. notamment art. 67), tel qu'adopté par le Traité de Lisbonne (*JOUE*, 2007 C 306, p. 1).

⁴ Cette évolution met en doute la maintien du principe de l'inapplicabilité aux situations internes de la libre circulation des personnes, dorénavant rattachée à la citoyenneté européenne, attribuée à tous les ressortissants des Etats membres ; cf. Laurence Idot, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », *Mélanges Paul Lagarde*, Paris 2005, p. 431-453 (445 s.).

⁵ Cf. l'arrêt *Laval*, précité, *Rec.*, 2007 I, p. 11767, n° 104 s., se référant aux dispositions des art. 2 et 3 du Traité CE.

⁶ Cf. les considérants n° 1 à 6 des Règlements Rome I et II.

règle de rattachement identifiant l'ordre juridique pertinent, il n'y a plus lieu de « remonter » à une liberté de circuler.

3. L'appel à la liberté fondamentale de mouvement est pertinent, en revanche, lorsqu'il s'agit de situations nées sans l'intervention d'une autorité dans un Etat membre, en vertu d'une loi non désignée par les règles de conflit attributives d'un autre Etat membre, exerçant le rôle d'Etat d'« accueil »⁷. L'effectivité donnée à de telles situations l'est sans égard au droit applicable désigné par le droit international privé de cet Etat⁸.

De manière générale, ces situations doivent répondre à une exigence de constitution qui permet de les identifier et d'envisager leur accueil au sein des autres Etats membres. Car tout effet juridique n'est pas susceptible de « reconnaissance mutuelle » ou de fournir un aspect au statut de citoyen dans un autre Etat, dès lors que l'analyse porte, rappelons-le, sur des droits individuels non consacrés par une décision ou un acte qui bénéficie des règles sur la reconnaissance et d'exécution. A des fins d'accueil dans un autre Etat, il doit s'agir d'une situation qu'un autre Etat s'est attribuée à travers son ordre juridique, fournissant ainsi l'objet d'un éventuel accueil dans un autre Etat. Le droit individuel s'y est formé et ne peut en principe plus être remis en cause. C'est alors seulement que la question peut se poser de savoir si la liberté fondamentale de circuler à travers les Etats membres empêche que ce droit soit ensuite remis en cause dans un autre Etat membre. Cette liberté prend ainsi la forme d'un principe de réception, dont il s'agit de dégager les règles formant la base de la reconnaissance de situations juridiques nées dans un autre Etat membre.

⁷ La liberté fondamentale agit alors positivement, pour soutenir le respect de la situation acquise, et négativement, pour repousser la loi de l'Etat d'accueil, désignée par l'une de ses règles de conflit attributives (souvent d'ordre public). Cette double fonction ne peut être cantonnée en une simple règle d'exception de reconnaissance mutuelle (de rang supérieur, de surcroît !), telle que l'a proposée Marc Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 31-80 (76-80), qui relève l'analogie avec la clause d'ordre public, sans remarquer que celle-ci présente nécessairement une double fonction, négative et positive. A force d'en faire deux exceptions, l'on n'arrive plus à identifier le principe (cf. Fallon, « L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle », *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milan, 2009, p. 331-341). Il s'agit, plus précisément, d'assurer une « balance », qui « se réalise par une appréciation du degré d'efficacité de l'application territoriale d'une réglementation de protection sociale au regard de la protection qu'assure l'application de la loi normalement applicable au rapport juridique concerné » : Fallon, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev.crit.*, 2008, p. 781-818 (817). Cf., par ailleurs, Marc Fallon/Johan Meeusen, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *YPIL*, 2002, p. 37-66.

⁸ Ce qui constitue le point principal de comparaison avec la « *vested rights theory* » ; cf. Ralf Michaels, « EU Law as Private International Law ?, Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights-Theory », *JPIL*, 2006, p. 195-242 (222, 234).

II. Les sociétés

4. C'est dans cet esprit que la liberté de mouvement a reçu le sens que, pour les sociétés établies en conformité avec la législation d'un Etat membre, leur existence et capacité juridique ne saurait être remises en cause lorsqu'elles entendent exercer une activité dans un autre Etat membre ou y créer une succursale. Les libertés communautaires agissent ainsi dans le sens du respect, par tous les Etats membres, d'une situation juridique acquise dans un autre Etat membre⁹.

Rappelons brièvement que, dans l'arrêt *Centros*¹⁰, la Cour de justice a prononcé que les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à ce qu'un Etat membre refuse l'immatriculation de la succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales¹¹. Dans l'arrêt *Übersee-ring*¹², la Cour a affirmé que la liberté d'établissement s'oppose à ce que, lors du transfert de siège d'une société d'un Etat membre à un autre, l'Etat du nouveau siège refuse de reconnaître à la société transférée la capacité juridique, et notamment celle d'ester en justice, qu'elle avait valablement acquise dans l'Etat de sa constitution. Enfin, dans l'arrêt *Inspire Art Ltd*¹³, il a été statué que les articles 43 et 48 du Traité CE s'opposent à une législation nationale qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement dans un Etat, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Dans l'arrêt *Sevic Systems AG*¹⁴, la Cour a censuré une disposition du droit allemand qui empêchait la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de celle-ci à une autre société lorsque l'une des sociétés a son siège dans un autre Etat membre, alors qu'une telle fusion aurait en principe été possible entre deux sociétés allemandes. Une opération de fusion transfrontalière relève de la liberté d'établissement ; du fait qu'elle ne l'autorisait pas au plan intracommunautaire, la législation allemande posait une restriction non justifiée, car ne répondant pas à des raisons impérieuses d'intérêt général.

Cette jurisprudence a pour objectif principal d'obliger les Etats membres à reconnaître les sociétés constituées dans un autre Etat membre, les empêchant d'opposer des conditions de leur droit interne relatives à la formation des sociétés, même lorsque ces conditions seraient

⁹ On rappellera que le principe de la reconnaissance mutuelle a déjà été appliqué pour admettre devant les tribunaux d'un Etat membre la capacité d'ester en justice d'une association agréée dans un autre Etat membre dans le domaine régi par la directive 98/27 du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (*JOCE*, 1998 L 166, p. 51).

¹⁰ CJCE 9 mars 1999, C-212/97, *Rec.*, 1999 I, p. 1459, *RDIPP*, 1999, p. 647, *IPRax*, 1999, p. 360.

¹¹ En l'espèce, la succursale était destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où elle sera constituée, tout en évitant d'y créer une société et en éludant ainsi l'application des règles sur la constitution de sociétés qui y sont en vigueur (en l'espèce, il s'agissait des règles du droit danois sur la libération d'un capital social minimal).

¹² CJCE 5 novembre 2002, C-208/00, *Rec.*, 2002 I, p. 9919, *Rev.crit.*, 2003, p. 508, *RDIPP*, 2002, p. 1114, *IPRax*, 2003, p. 65. Cf. Tito Ballarino, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement », *Rev.crit.*, 2003, p. 373-402.

¹³ CJCE 30 septembre 2003, C-167/01, *Rec.*, 2003 I, p. 10155, *Rev.crit.*, 2004, p. 151, *Clunet*, 2004, p. 917, *IPRax*, 2004, p. 46.

¹⁴ CJCE, 13 décembre 2005, C-411/03, *Rec.*, 2005 I, p. 10805, *Rev.crit.*, 2006, p. 662, *IPRax*, 2006, p. 572.

impératives, sauf pour cause d'intérêt général, définie de façon très restrictive. La protection de la liberté d'établissement prend pour point de départ la constitution effective d'une société dans un Etat membre, et non le lien de rattachement qui serait exigé d'une société pour que celle-ci puisse venir à exister selon le droit d'un Etat membre. Dans l'arrêt *Cartesio*¹⁵, la Cour a précisé qu'un Etat membre peut empêcher une société formée en vertu de son droit de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre de constitution. En revanche, les règles relatives à la liberté d'établissement ne sauraient justifier que l'Etat membre de formation de la société, en imposant la dissolution et la liquidation de celle-ci, l'empêche de se transformer en une société de droit national d'un autre Etat membre pour autant que ce droit le permette. L'Etat membre de constitution définit donc le bénéficiaire de la liberté d'établissement mais non le contenu de celle-ci¹⁶.

Ces décisions ont eu pour effet d'obliger les Etats membres à reconnaître les sociétés établies conformément à la législation d'un autre Etat membre. Comme la Cour l'a observé, elles n'emportent pas de définition du lien de rattachement entre la société et son ordre juridique de constitution. Le critère décisif est l'existence juridique de la société et non les conditions requises à cet effet par l'Etat membre considéré. Toutefois, la distinction s'estompe quasi complètement si la règle de reconnaissance créée dans le contexte de la liberté d'établissement est prise comme le fondement d'une règle de conflit attributive prenant comme seul ou principal critère de rattachement le fait de remplir les conditions de constitution de la société en vertu du droit de l'Etat membre choisi à cet effet. C'est pourquoi la leçon principale tirée de la jurisprudence était que celle-ci tend à imposer l'adoption, à l'intérieur de l'Union, du principe de l'incorporation en tant que *lex societatis*. Cela est sans doute exact, cependant avec la nuance, relevée dans l'arrêt *Cartesio*, qu'en l'état du droit communautaire, les Etats membres sont libres de définir dans leur droit national les liens de rattachement que la société doit présenter, le cas échéant, avec l'Etat « fondateur », en sus de l'observation des exigences légales pour sa constitution par le droit de cet Etat.

5. Au plan normatif, on constate aisément que le principe de la reconnaissance des sociétés selon leur loi d'origine supplante très largement d'autres solutions de rattachement, dont notamment celle fondée sur le « siège », qu'il s'agisse du siège statutaire ou du siège de l'administration principale. Cependant, le droit de l'Etat d'origine ne l'emporte que par rapport aux matières que l'on considère cruciales sous l'angle de l'exercice de la liberté d'établissement. Ce champ n'est pas facile à délimiter et même si cela est en principe possible, il en résulte une fragmentation du régime juridique des sociétés qui n'est pas satisfaisante et soulève à son tour des doutes quant au bénéfice réel tiré de la liberté d'établissement. Dans ces conditions, il est préférable de faire un pas de plus et de modifier de façon conséquente la

¹⁵ CJCE, 16 décembre 2008, C-210/06.

¹⁶ La Cour de justice rappelle dans son arrêt *Cartesio* qu'il n'existe pas de définition uniforme en droit communautaire des sociétés susceptibles de bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société (n° 109). Cela signifie que : « Un Etat membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement. » (n° 110)

règle de rattachement, soumettant le statut de la société à la loi selon laquelle celle-ci s'est constituée. C'est ce que le *Bundesgerichtshof* allemand a fait au lendemain de l'arrêt *Überseering*¹⁷, et c'est ce que le *Deutsche Rat für Internationales Privatrecht*¹⁸ a proposé de faire en droit communautaire¹⁹ ou, à défaut, dans l'EGBGB allemand²⁰.

La règle de réception dégagée pour les sociétés de la liberté d'établissement acquiert ainsi une capacité à être transformée en une nouvelle règle de conflit attributive ou de localisation, dès le moment où l'objet de la réception peut être identifié par rapport à une loi déterminée et que le champ matériel de celle-ci est suffisamment large pour entraîner, dans l'idée de parvenir à une meilleure cohérence, un changement complet de la règle de conflit attributive jusqu'alors pertinente. Compte tenu de son fondement dans la liberté d'établissement, ce changement ne semble cependant pas encore entraîner une extension vers les sociétés constituées dans des Etats tiers, pour les Etats n'ayant pas déjà adopté le principe de l'incorporation dans leur droit international privé²¹. Un futur règlement communautaire pourrait cependant adopter un régime à portée « universelle », à l'instar de la proposition du *Deutsche Rat* et de la méthode adoptée pour les Règlements Rome I et II.

III. *Le nom des personnes physiques*

6. Le droit national des Etats membres est seul déterminant pour savoir si une *personne physique* est un ressortissant d'un Etat membre et peut bénéficier, à ce titre, de la liberté d'établissement²². Ce bénéfice doit porter sur les attributs essentiels d'un tel ressortissant,

¹⁷ Arrêt du 13 mars 2003, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)*, 154, p. 185, *IPRax*, 2003, p. 344. La Cour suprême de l'Autriche était déjà parvenu à la même conclusion dans son arrêt du 15 juillet 1999, *IPRax*, 2000, p. 418.

¹⁸ Hans Jürgen Sonnenberger (éd.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2007, proposition également reproduite in *Rev.crit.*, 2006, p. 712, *RDIPP*, 2006, p. 876. Cf., par ailleurs, Sonnenberger, « Europäische Herausforderungen des internationalen Gesellschaftsrechts », *Mélanges Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 749-763.

¹⁹ Une évolution qui ne semble pas encore transparente dans les textes. La directive 2005/56 du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (*JOUE*, 2005 L 310, p. 1) implique des « sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre », législation dont la société « relève » (art. 1 et 4). La directive 2007/36 du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (*JOUE*, 2007 L 184, p. 17) vise les sociétés qui ont leur siège social dans un Etat membre, dont le droit leur est applicable (art. 1, al. 1 et 2).

²⁰ Depuis lors, un projet officiel a été présenté. Cf. Rolf Wagner/Birte Timm, « Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen », *IPRax* 2008, p. 81-90 ; Peter Kindler, « Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società », *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milan, 2009, p. 549-567.

²¹ Ainsi, le *Bundesgerichtshof* allemand a appliqué la loi allemande du siège à une société constituée en Suisse : arrêt du 27 octobre 2008, *IPRax*, 2009, p. 259 (affaire « Trabrennbahn »).

²² CJCE, 16 décembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, n° 109.

dont le respect et la jouissance sont inhérents à l'exercice de cette liberté, ou, négativement, dont le défaut de reconnaissance dans un Etat membre constitue une entrave non justifiée à cette liberté. Ce ressortissant étant par ailleurs citoyen de l'Union européenne, la question se pose également en termes de jouissance de droits acquis dans les Etats membres.

Lorsqu'un citoyen grec s'était plaint d'une translittération de son *nom* qui en affectait la prononciation, la Cour a statué sur la base du principe de non-discrimination selon la nationalité pour juger que l'emploi du nom initial devait être respecté dans un autre Etat membre, afin d'éviter le risque que des clients potentiels puissent confondre l'intéressé avec d'autres personnes²³.

Les premiers éléments de l'empreinte de la liberté de circulation des citoyens sur la détermination du nom de famille ont été fournis par l'arrêt *Garcia Avello*²⁴, concernant des enfants qui ont reçu, de chacun de leurs parents, respectivement, les nationalités belge et espagnole. Vivant en Belgique avec la famille, ils ont été inscrits sur les registres belges de l'état civil avec le seul nom de leur père, conformément à la loi belge. Les parents ont alors demandé aux autorités belges que le nom de leurs enfants soit modifié, de manière à leur faire porter le nom de leur père et de leur mère, en suivant le droit espagnol. Pour la Cour, le refus des autorités belges, fondé sur l'application exclusive de la loi belge, heurte les articles 12 et 17 du Traité CE, étant donné que les enfants portent des noms de famille différents au regard de leurs deux lois nationales et qu'ils se voient refuser de porter le nom de famille résultant de l'application de la législation de l'Etat membre ayant déterminé le nom de famille de leur père. Or, dit-elle :

« ... il est constant que pareille situation de diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un Etat membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre Etat membre dont ils possèdent également la nationalité. » (n° 36)

7. Parmi les deux motifs tirés de la discrimination fondée sur la nationalité et de l'ingérence dans la liberté de circuler et de séjour, le second est d'une portée plus large, comme l'a montré l'affaire *Grunkin-Paul*²⁵. Il s'agissait dans ce cas d'un enfant portant, à l'instar de ses parents, uniquement la nationalité allemande. Né au Danemark et résidant depuis sa naissance principalement dans ce pays, il y a reçu le nom composé du nom de son père et de sa mère, ce qui a été confirmé dans une attestation officielle et dans l'acte de naissance. Les autorités allemandes, en revanche, appliquant leur loi nationale, ont refusé l'enregistrement de ce nom, l'enfant devant porter uniquement le nom de famille de son père. Or, la Cour n'a pas eu de peine pour constater que les inconvénients de la diversité des noms étaient présents dans ce cas, comme ils l'étaient dans l'affaire *Garcia Avello*. La restriction à la liberté de circuler et de séjourner était dès lors patente :

²³ CJCE, 30 mars 1993, C-168/91, *Konstantinidis*, *Rec.*, 1993 I, p. 1191, *IPRax*, 1994, p. 113. Cf. Maxi Scherer, *Le nom en droit international privé*, Paris, 2004, p. 252-270. Au sujet du nom commercial, cf. CJCE, 11 mai 1999, C-255/97, *Pfeiffer*, *Rec.*, 1999 I, p. 2835.

²⁴ CJCE, 2 octobre 2003, C-148/02, *Rec.*, 2003 I, p. 11613, *Rev.crit.*, 2004, p. 184, *Clunet*, 2004, p. 1219, *RDIPP*, 2003, p. 1088, *IPRax*, 2004, p. 339.

²⁵ CJCE, 14 octobre 2008, C-353/06, *Rev. crit.*, 2009, p. 80, *Clunet*, 2009, p. 203, *RDIPP*, 2009, p. 221.

« Or, le fait d'être obligé de porter, dans l'Etat membre dont l'intéressé possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'Etat membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré à l'article 18 CE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. » (n° 22)

La liberté fondamentale de mouvement au sein de l'Union européenne est entravée par la diversité de nom et d'identité à laquelle la personne serait exposée si le nom qui lui a été initialement attribué dans un Etat membre n'était pas reconnu dans les autres Etats membres. Il s'ensuit, positivement, une règle de reconnaissance ou de réception des noms ainsi formés antérieurement dans un autre Etat membre. En l'état, il est certain que cette obligation de reconnaissance porte sur des noms attribués dans chacun des Etats membres dont le citoyen européen possède la nationalité, mais également sur le nom acquis dans son Etat de résidence dès la naissance. Dans les deux hypothèses soumises à la Cour de justice, des inscriptions dans les registres d'état civil sont venues corroborées la pertinence de l'attribution du nom par les autorités de l'Etat concerné. Il n'est pas certain, cependant, que la présence de tels actes soit jugée indispensable, étant donné que l'attribution du nom de famille en vertu d'une loi nationale peut résulter d'autres moyens de preuve. Par ailleurs, dans l'hypothèse de l'acquisition d'un nom selon la loi du pays de résidence, la durée de celle-ci ne semble pas pertinente, sauf pour simplement mieux démontrer l'inconvénient concrètement subi en raison de la diversité des noms à travers les frontières²⁶.

8. Quels sont donc les effets de cette jurisprudence ? Elle ne modifie pas les règles de conflit de lois, attributives, en matière de nom, car elle ne juge que de la situation concrète qui s'en dégage dans le cas particulier, au regard de la liberté de circuler et de séjour, ainsi que, accessoirement, du principe de non-discrimination selon la nationalité. Cependant, elle affecte la pertinence de ces règles indirectement, puisque, dès qu'un nom a été formé concrètement, ces règles doivent laisser la place aux règles de conflit réceptives résultant des libertés fondamentales.

Il conviendrait de préciser la « loi d'origine » servant de support légal aux noms dont la permanence est ensuite assurée par lesdites libertés. Il semble s'agir de la loi nationale et de la loi de la résidence habituelle au moment de la naissance, ou, plus largement, au moment de l'événement d'état civil susceptible d'avoir un effet sur le nom (celui-ci pouvant changer, à l'occasion d'un mariage ou d'une adoption, par exemple). En suivant les considérations de la Cour de justice, on pourrait s'imaginer que les requérants dans l'affaire *Garcia Avello* auraient également pu demander légitimement aux autorités espagnoles d'accepter le nom de famille tel qu'adopté en Belgique, d'après la loi de leur résidence et de leur seconde nationalité. Si l'on songe à l'hypothèse *Grunkin-Paul*, on peut penser que le raisonnement de l'arrêt

²⁶ La jouissance des droits de libre circulation et de séjour n'est pas subordonnée à une condition d'âge minimal. Cf. CJCE, 19 octobre 2004, C-200/02, *Zhu et Chen*, *Rec.*, 2004 I, p. 9925, n° 20.

aurait dû permettre aussi qu'il soit donné effet, au Danemark, au choix des parents d'adopter le nom de famille de l'enfant tel que fixé selon la loi allemande, leur loi nationale. Etant donné que c'est en définitive le respect du nom de famille créé dans un Etat membre qui constitue la valeur prévalente par rapport à l'identification de la « loi d'origine », la détermination de celle-ci est laissée aux intéressés. Ceux-ci disposent ainsi d'un droit d'option, exercé en fonction du choix concret effectué dans l'Etat membre auquel l'identité fondée sur le nom leur est le plus étroitement rattachée²⁷.

9. Cependant, un pas de plus doit être fait. Il l'a déjà été, en réalité, dans l'affaire *Garcia Avello*. Car les requérants ne demandaient pas la reconnaissance du nom de famille de leurs enfants tels que fondés sur le droit espagnol. Leur requête tendait au prononcé d'un changement de nom, fondé sur le droit belge, celui-ci devant permettre, à leur avis, suivi par la Cour, d'attribuer aux enfants un nom composé conformément à la tradition espagnole, différente de celle vécue en Belgique²⁸. Il en résulte que l'autorité d'un Etat membre ne doit pas se borner, dans le cas particulier, à appliquer la loi matérielle désignée par ses propres règles de conflit attributives. Elle doit également tenir compte du nom porté ou attribué dans un autre Etat membre. Car l'individu (agissant le plus souvent en qualité de représentant de l'enfant) a le droit d'invoquer, en vertu de sa liberté de circuler liée au statut de citoyen de l'Union européenne, le nom de famille acquis dans un autre Etat membre, soit l'Etat national, soit l'Etat de sa résidence habituelle. Ce droit est d'un effet immédiat, car il n'est point exigé que les inconvénients résultant de la diversité des noms se soient manifestés concrètement et de manière insupportable. Or, la démonstration du fait de l'attribution concrète du nom de famille dans un autre Etat membre, qui est à l'heure actuelle à l'origine des jurisprudences *Garcia Avello* et *Grunkin-Paul*, va s'avérer comme un détour inutile. Dès lors qu'à l'occasion de l'enregistrement d'une naissance dans un Etat membre, par exemple, les parents pourront

²⁷ Ce choix ne saurait porter uniquement sur la reconnaissance du nom attribué dans l'Etat dont l'enfant a la nationalité, comme le prévoit l'art. 4 de la Convention n° 31 d'Antalaya de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) sur la reconnaissance des noms du 16 septembre 2005. Cette disposition, qui ne fait pas mention de la loi de la résidence habituelle, ne s'applique pas aux enfants ne possédant au moment de la naissance qu'une seule nationalité, ni aux enfants nés dans un Etat dont ils n'ont pas la nationalité. L'instrument ne porte par ailleurs que sur les attributions de nom, et non sur la transmission aux enfants du nom de leurs parents. Nul doute qu'avec une ambition aussi modeste, le succès ne sera pas au rendez-vous. La Convention devra être révisée : Sergio Marchisio, « Les conventions de la Commission internationale de l'état civil », *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milan, 2009, p. 659-672 (668).

²⁸ Cf. François Rigaux/Marc Fallon, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, 2005, p. 511 s., relevant le paradoxe que les requérants ont d'abord invoqué leur loi nationale belge pour accéder à un changement de nom, puis fait valoir leur loi nationale espagnole pour obtenir le nom espagnol par le biais du Traité CE. A vrai dire, on aurait aussi pu songer à une demande en constatation de droit ou à une rectification des registres d'état civil belges.

simplement solliciter une attestation fondée sur la loi d'un autre Etat membre (étant l'Etat national ou de résidence) pour en obtenir la levée de l'« entrave » résultant d'un refus d'accepter le nom ainsi consacré, il semble plus réaliste et efficace d'envisager directement la détermination du nom de l'enfant selon les différentes lois susceptibles de fonder l'identité du nom dans l'Union à l'avenir et de demander aux parents de faire leur choix, et ce au mieux à l'occasion d'un enregistrement dont résulte la délivrance d'un acte apportant la preuve du nom, et non par le biais d'une procédure en changement de nom²⁹. Il s'agirait, en quelque sorte, d'une règle de conflit qui anticipe le droit à l'identité fondé sur les libertés fondamentales de droit communautaire.

IV. Des extensions possibles

10. Par son soutien à l'unité du nom, la jurisprudence de la Cour vise à donner effet au droit fondamental de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Cette liberté est atteinte si la personne doit l'exercer en se voyant confrontée à une diversité de son nom et, partant, de son identité. Or, le nom constitue certes un élément central de l'identité de la personne, mais il n'est pas le seul. Le droit communautaire primaire devrait donc produire des reflets également par rapport à d'autres aspects caractéristiques du statut personnel et familial de la personne³⁰. Leur traitement diversifié, à travers les Etats membres, peut présenter des désavantages ou inconvénients, évoqués par la Cour de justice, tout autant qu'en ce qui concerne le seul nom.

Les illustrations semblent évidentes, mais elles ne sont pas relayées encore par des cas de jurisprudence³¹. En ce qui concerne les liens de famille « traditionnels », cela s'explique peut-être parce que leur reconnaissance ne semble pas se heurter à des obstacles, ni engendrer un contentieux, malgré la divergence des solutions au plan des conflits de lois et des règles de reconnaissance des décisions.

²⁹ Cf. Heinz-Peter Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RabelsZ*, 2006, p. 651-731 (687-711).

³⁰ En ce sens Paul Lagarde, « La reconnaissance, mode d'emploi », *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 481-501 (488) ; Roberto Baratta, « Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia », Paolo Picone (éd.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milan, 2004, p. 163-203 (199-203) ; *id.*, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax*, 2007, p. 4-11 (9) ; *id.*, « Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne », *Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milan, 2009, p. 3-22 (9).

³¹ Pour une approche plutôt réservée : Katja Funken, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2009, p. 173-184, 293-334.

11. Il est certain, en effet, que l'effectivité de la célébration du *mariage* doit jouir autant de sa reconnaissance dans les Etats membres que le nom de famille, que celui-ci soit formé à la naissance ou à l'occasion d'un mariage. Or, la plupart des systèmes des Etats membres reconnaissent la validité du mariage célébré à l'étranger à travers la vérification des conditions posées par la loi nationale des époux (un cas de « révision au fond »). Cette pratique ne soulève guère de contestation. Cela tient au fait que les lois matérielles se sont sensiblement rapprochées dans leur contenu et que les couples satisfont normalement aux conditions requises de plusieurs législations à la fois. Les refus de reconnaissance sont donc rarissimes et concernent plutôt des mariages célébrés hors de l'Union, souvent non sans évoquer une idée de fraude, notamment lorsque l'un des partenaires est très jeune ou que l'objectif de passer les filets des régimes d'immigration est bien visible. La question juridique, fondamentale, de la reconnaissance de plein droit, sans vérification de validité, est néanmoins posée. Au vue de la jurisprudence *Garcia Avello* et *Grunkin-Paul*, la réponse affirmative ne peut faire de doute, le mariage étant l'un des éléments fondamentaux de l'identité du citoyen européen. Cette réponse est d'ailleurs donnée, par rapport au droit de se déplacer et de séjourner, dans la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, qui définit, comme « membre de la famille », le « conjoint »³². Cela signifie qu'un Etat membre doit reconnaître, sans aucun autre contrôle, la qualité de conjoint résultant d'un mariage considéré valable dans un autre Etat membre. Si la directive ne laisse pas de place pour poser la question de la validité du mariage, c'est certainement parce que ses auteurs sont partis de l'idée que tel est de toute manière le régime résultant du droit fondamental consacré à l'article 18 du Traité CE. Ainsi que cela a été précisé dans une jurisprudence antérieure, il suffit de constater que le mariage est « authentique », ce qui implique son respect en vertu de l'article 8 CEDH³³.

Cette position de principe est d'autant plus évidente lorsque on la compare au traitement des *partenariats enregistrés*, qui est plus nuancé. En effet, le partenaire d'un citoyen de l'Union avec lequel il a contracté un partenariat enregistré sur la base de la législation d'un Etat membre, ne peut séjourner dans l'Etat d'accueil en cette qualité que « si, conformément à la législation de l'Etat membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre

³² JOUE, 2004 L 158, p. 77 (art. 2, ch. 2, let. a).

³³ CJCE, 23 septembre 2003, C-109/01, *Akrich, Rec.*, 2001 I, p. 9607, n° 58, 61.

d'accueil »³⁴. La reconnaissance du partenariat n'est donc assurée que dans un Etat qui connaît le partenariat et le considère comme équivalent au mariage³⁵. Implicitement, cela signifie que le législateur communautaire estime qu'un Etat membre peut invoquer des raisons d'intérêt général suffisamment importantes pour refuser l'accueil à de tels couples et, semble-t-il, au mariage conclu entre époux du même sexe. Ces restrictions à la liberté de circuler et de séjourner ne semblent cependant guère compatibles avec les garanties offertes par l'article 18 du Traité CE. Malgré le silence des textes, la même liberté doit profiter aux époux de même sexe liés par le *mariage*, dont la célébration est aujourd'hui possible dans plusieurs Etats membres³⁶.

12. Il est tout autant certain que la diversité d'appréciation qui pourrait se révéler dans plusieurs Etats membres au sujet de l'existence et de la validité d'un lien de filiation affecte sans doute l'aptitude de l'enfant à librement circuler et séjourner, le privant ainsi d'un statut unique en tant que citoyen européen. Cependant, au plan intracommunautaire, les inconvénients en résultant ne semblent guère se manifester, tout au moins au point de provoquer un contentieux de droit communautaire. Plusieurs explications sont possibles. La filiation paternelle fondée sur le mariage des père et mère ne semble guère soulever des problèmes de reconnaissance intracommunautaire, compte tenu des solutions rapprochées en droit matériel. Nul doute cependant que, dans l'hypothèse d'une filiation fondée sur le mariage des parents, autrefois dite « légitime », celle-ci, une fois admise dans un Etat membre, doit être reconnue dans tout autre Etat membre, dès lors qu'elle constitue un attribut d'identité de l'enfant et de sa famille tout autant que le nom. S'agissant des reconnaissances d'enfant déclarées devant l'autorité d'un Etat membre, leur libre circulation à travers les Etats membres fonctionne grâce à la coopération des autorités de l'état civil. Les jugements de paternité sont devenus de moins en moins fréquents dans la pratique, compte tenu des avancées technologiques permettant d'établir la paternité, de sorte que leur reconnaissance n'apparaît plus que rarement dans les prétoires, ce d'autant que des objections liées à l'ordre public se sont sensiblement assouplies. L'*adoption* intracommunautaire ne correspond pas au schéma dominant, étant donné que les enfants candidats à l'adoption se trouvent le plus souvent loin de l'Europe.

³⁴ Art. 2, ch. 2, let. b.

³⁵ Il n'est pas certain, cependant, si l'équivalence profite également à un partenariat liant un couple hétérosexuel que l'Etat d'accueil ne connaît pas.

³⁶ Lagarde, *op.cit.*, Liber amicorum Gaudemet-Tallon, p. 488 s.

13. L'adoption mérite cependant d'être évoquée en combinaison avec le *divorce*. Certes, la « libre circulation des divorces » est assurée par le Règlement Bruxelles II^{bis}, dont le prédécesseur, le Règlement Bruxelles II, avait déjà pour mission principale d'éviter les rapports familiaux « boiteux » en raison de la non-reconnaissance du divorce à travers les Etats membres et les empêchements à la libre circulation des ex-époux du fait de la diversité des statuts familiaux et des régimes de prestation fondés sur la notion de famille. L'obstacle étant levé au plan intracommunautaire, il ne l'est cependant pas complètement, et soulève dès lors une problématique pour laquelle l'adoption peut également servir d'illustration. En effet, chaque Etat membre reconnaît, ou ne reconnaît pas, à sa manière, les divorces prononcés et les adoptions ordonnées dans des *Etats tiers*.

La question est alors, pour le droit communautaire primaire, de connaître le statut familial d'époux, citoyens de l'Union européenne, dont le divorce, prononcé dans un Etat tiers, a été reconnu dans un Etat membre. Et, de même, quels effets donner à l'adoption provenant d'un pays lointain et reconnue dans un Etat membre ? Or, dans l'Etat membre concerné, le premier à être « requis » de reconnaître l'acte étranger, le divorce est inséré dans l'ordre juridique comme s'il était originaire du même Etat, et l'enfant y est un enfant adopté comme tout autre enfant ayant la même filiation dans cet Etat. Le problème de la reconnaissance dans les autres Etats membres se pose donc, au plan du droit primaire, dans les mêmes termes que les effets qui doivent y être donnés aux divorces ou adoptions prononcés dans un Etat membre, dans la mesure en tout cas où la personne concernée jouit du statut de citoyen de l'Union européenne et donc de la liberté de circuler et de séjourner sur tout territoire d'un Etat membre, sans entrave³⁷. Il se pose dans les mêmes termes, également, qu'il se poserait aujourd'hui si, dans une hypothèse du type de *Garcia Avello* ou de *Grunkin-Paul*, le nom invoqué n'avait pas été attribué dans un Etat membre, mais dans un Etat tiers, puis reconnu et transcrit dans les registres d'état civil de l'Etat membre national ou de la résidence habituelle de la personne, jouissant par ailleurs de la qualité de citoyen européen³⁸. Sans aucun doute, la Cour de justice devra protéger le nom ainsi acquis, respectivement cet élément de la liberté de circuler de la personne, autant qu'elle l'a fait dans les deux arrêts cités.

³⁷ Cf., en ce sens également, Baratta, *op.cit.*, *IPRax*, 2007, p. 9.

³⁸ Cf., en ce sens, Lagarde, *op.cit.*, *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, p. 489, évoquant l'hypothèse où l'enfant Grunkin-Paul était né en Norvège.

Certes, s'agissant du divorce et de l'adoption, des réponses peuvent être trouvées dans les instruments sur la reconnaissance des décisions et actes dont plusieurs Etats membres font partie, en particulier la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces et celle de 1993 sur l'adoption internationale, en sus d'une série de traités bilatéraux. Cependant, les hypothèses non couvertes par aucun de ces instruments sont nombreuses, si bien que le problème est posé de savoir si l'Union européenne ne devrait pas disposer d'une réglementation uniforme de la reconnaissance des actes familiaux en provenance d'Etats tiers, dont elle doit de toute manière accepter la libre « circulation » dès le moment où ils sont reconnus dans un Etat membre et affectent un citoyen de l'Union européenne.

La densification des solutions se dégageant des principes de libre circulation et du statut de citoyen de l'Union européenne entraînera, un jour, le besoin de régler de manière uniforme la reconnaissance de décisions et d'actes en provenance d'Etats extérieurs à l'Union, qui jouiront ensuite de ces garanties fondamentales à travers les 27 Etats membres. Il serait préférable, cependant, de rechercher des règles uniformes dans une enceinte multilatérale, incluant ces Etats tiers, qui seront sans doute intéressés à régler simultanément la reconnaissance des actes établis au sein de l'Union européenne. La question est déjà d'actualité : en effet, n'est-il pas paradoxal que l'Union européenne entame des travaux afin de mieux déterminer les relations entre le Règlement Bruxelles I et les Etats tiers, mais qu'elle le fasse pour elle-même, unilatéralement, sans envisager de le faire dans le cadre multilatéral privilégié de la Conférence de La Haye, qui permettra le contact direct avec les Etats tiers concernés ?³⁹

V. *Les effets des rapports de droit*

14. Une question délicate se pose ensuite quant au traitement des *effets* des rapports de droit dont la jouissance est assurée à travers la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres. En règle générale, la garantie de cette liberté ne peut aller aussi loin que d'englober l'ensemble des effets des rapports de famille, ce qui, en définitive, ne laisserait plus de place aux règles de conflit attributives des Etats membres, sauf à celles, devenant alors immuables, parfois contre leur gré, de l'ordre juridique pertinent d'après les règles de conflit

³⁹ En cherchant à étendre le champ d'application géographique du Règlement Bruxelles I à toutes les situations dont les tribunaux européens pourraient avoir à connaître (comprenant des actions dirigées contre un défendeur domicilié dans un Etat tiers), à l'instar du Règlement de 2008 sur les aliments, l'Union européenne rend d'autant plus difficile la négociation d'un instrument parallèle à La Haye, comme l'observe Rolf Wagner, « Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zehn Jahre nach der Vergemeinschaftung der Gesetzgebungskompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen », *RabelsZ*, 2009, p. 215-240 (229 s.).

applicables dans l'Etat d'origine du statut familial concerné⁴⁰. Cependant, aucune réponse catégorique n'est possible. On s'en rend aisément compte en relevant que le nom de famille, protégé par l'article 18 du Traité CE, constitue l'effet d'un rapport de famille, de filiation ou de mariage. Par ailleurs, ainsi que cela a déjà été relevé, les rapports de famille soumis au bénéfice de la liberté de circuler, ne le sont pas comme s'il s'agissait d'une « coquille vide », mais bel et bien en tenant compte de leurs effets essentiels.

Le bénéfice de cette liberté ne peut affecter des droits qui, certes prévus par la loi, ne font l'objet d'aucune attribution à un ordre juridique déterminé plus qu'à un autre, tant que leur consécration n'a pas fait l'objet d'un jugement ou d'un acte public susceptible de reconnaissance. Ainsi, la créance d'entretien d'un enfant ne peut « naître », du plein effet de la loi, pour ensuite faire l'objet d'une « reconnaissance » dans un autre Etat. Et même si on voulait soutenir, en théorie, qu'elle puisse venir à l'existence dans un Etat membre, de façon « abstraite » en quelque sorte, elle devrait atteindre simultanément le même stade dans d'autres ordres juridiques encore, avec lesquels elle présente des liens, ce y compris dans un autre Etat membre dans lequel il s'agirait cependant de se poser également la question de sa « reconnaissance ». Or, les deux démarches sont incompatibles si elles sont placées en parallèle dans le même système de droit.

La liberté de circuler et de séjourner en tant que titulaire d'un droit individuel suppose que ce droit soit déterminé de plein droit et effectivement d'après la loi de l'Etat d'origine, à laquelle il est alors intrinsèquement associé. Or, la plupart des effets des rapports de famille ne sont déterminés dans leur contenu qu'après avoir fait l'objet d'un processus d'application de la loi, tenant compte de l'analyse des faits pertinents. En l'absence de jugement ou de mesure ordonnée par l'autorité, ces effets n'ont pas un contenu susceptible de suivre un processus d'accueil ou de « reconnaissance ». Le caractère indéterminé du droit empêche d'ailleurs l'application pleine et entière de la garantie de libre circulation et du principe de la reconnaissance mutuelle, étant donné la difficulté, voire l'impossibilité d'identifier, dans la loi de l'Etat d'accueil, les effets équivalents que cet Etat est autorisé à substituer aux effets de la loi d'origine⁴¹.

⁴⁰ Cf. Lagarde, *op.cit.*, *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, p. 496 s. ; Mansel, *op.cit.*, *RabelsZ*, 2006, p. 721-723.

⁴¹ Cf. Mansel, *op.cit.*, *RabelsZ*, 2006, p. 722.

15. Toutefois, certains effets d'un rapport de famille sont déterminés par la loi de plein droit et de manière à montrer un effet d'attribution à leur loi d'origine. Le nom de famille sert à nouveau de parfait exemple. Pour aller plus loin, il faut s'interroger sur la signification de la reconnaissance d'un rapport de famille, tel que le mariage, le partenariat enregistré, l'adoption ou la dissolution du mariage par le divorce. Ces rapports ne sont pas reconnus comme s'il s'agissait d'une simple définition juridique. Ils impliquent une certaine qualité des liens juridiques en résultant, que l'on appelle leurs « effets ». Or, ces effets, tels que conçus d'après la loi à l'origine du lien, continuent à marquer celui-ci de leur empreinte, même si la loi qui leur sera appliquée ultérieurement ne sera pas celle-ci, mais la loi désignée par l'Etat d'accueil. Car celui-ci doit respecter la nature du statut familial de base. Les époux mariés ont un droit à jouir des effets juridiques liés dans l'Etat d'accueil au mariage. Une adoption plénière doit être reconnue dans l'Etat d'accueil en ce sens qu'elle se voit assortie des effets qui correspondent à cette institution et non, par exemple, les effets d'une adoption simple. La reconnaissance d'un lien de filiation doit permettre au parent de jouir dans l'Etat d'accueil des droits et effets découlant d'un tel lien, même s'ils ne sont pas les mêmes que ceux prévus initialement dans l'Etat d'origine, pourvu qu'ils leurs soient « équivalents ». Parmi ces effets, on doit mettre en évidence la responsabilité parentale. Celle-ci, une fois acquise dans un Etat membre, doit être reconnue dans les autres Etats membres, car à défaut, son titulaire subirait un obstacle injustifié à sa liberté de circuler et de séjourner, perdant ou non son rôle de fournir l'éducation et les soins à l'enfant au gré de ses déplacements⁴².

VI. *L'émergence d'un droit à l'identité*

a) *Droit communautaire*

16. Le droit fondamental à la liberté de circuler et de séjourner du citoyen européen est au cœur du statut personnel et familial des citoyens de l'Union européenne dans le contexte de leur migration intracommunautaire⁴³. Ce qui est valable pour les personnes physiques l'est également pour les personnes morales, dont l'existence et la capacité juridique sont préservées de manière analogue sur le fondement de leur liberté d'établissement. Le conflit de lois est ainsi empêché de se répandre dès le moment où un aspect caractéristique de cette identité est

⁴² La question sera sans pertinence lorsque tous les Etats membres seront devenus parties à la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

⁴³ Sur les difficultés qui peuvent se poser dans l'hypothèse de situations concurrentes, cf. Lagarde, *op.cit.*, *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, p. 497-501.

consacré par l'ordre juridique d'un Etat membre qui s'est attribué la situation juridique, pour laquelle il ne se pose ensuite qu'une question d'accueil ou de réception dans les autres Etats membres.

On ajoutera que si la liberté de circuler, de séjourner et de s'établir concerne les personnes, physiques et morales, qui en sont les bénéficiaires, une approche analogue de préservation du statut juridique acquis dans l'Etat d'origine pourrait résulter des libertés portant sur la *circulation des marchandises, des services et des capitaux*. Toutefois, à part les solutions sectorielles développées en droit dérivé⁴⁴, le droit international privé ne semble pas avoir été affecté par une intrusion plus conséquente du principe de la reconnaissance mutuelle par rapport aux biens et services au niveau du droit primaire⁴⁵, ce d'autant que celui-ci peut faire prévaloir d'autres objectifs fondamentaux⁴⁶. On peut rencontrer, certes, des obstacles au libre transfert des biens d'un Etat membre vers un autre, liés à la diversité des solutions quant aux règles sur le domaine d'application des lois. On a évoqué ainsi l'hypothèse d'un déficit de protection des créanciers qui voient l'efficacité de leurs sûretés mobilières amoindrie ou anéantie lorsque l'Etat d'accueil du bien n'assure pas une garantie suffisante et pour le moins équivalente, du fait notamment d'une plus grande protection des tiers créanciers (exigeant, par exemple, l'inscription dans un registre) ou, plus généralement, d'une définition trop étroite du concept de *numerus clausus*⁴⁷. En effet, même si des raisons d'intérêt général peuvent l'emporter pour conserver le système des sûretés dominant le marché de l'Etat d'accueil, celui-ci ne peut rester insensible aux nécessités de respecter et de protéger, sans discrimination et en s'inspirant du principe de la proportionnalité, les sûretés constituées dans un autre Etat membre⁴⁸. Ce-

⁴⁴ Cf. Harry Duintjer Tebbens, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *Rev.crit.*, 1994, p. 451-481 ; *id.*, « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 101-115.

⁴⁵ Pour une vision plus large, cf. Luca G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev.crit.*, 1993, p. 401-424 ; Jürgen Basedow, « Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheit im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis », *RabelsZ*, 1995, p. 1-55 ; Alberto Malatesta, « Principio dello stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123 sui servizi nel mercato interno : una partita finita ? », *RDIPP*, 2007, p. 293-312.

⁴⁶ Ainsi, le principe de la loi d'origine doit céder le pas devant le principe du « traitement favorable à la personne lésée », dégagé de l'art. 174 du Traité CE pour justifier l'option de la victime d'une atteinte à l'environnement entre la loi du pays du dommage et celle du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit (art. 7 du Règlement Rome II, considérant n° 25).

⁴⁷ Cf. Eva-Maria Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden 1996, p. 122-214 ; Basedow, *op.cit.*, *RabelsZ* 1995, p. 41-48 ; Giorgio Monti *et al.*, « The Future of Reservation of Title Clauses in the European Community », *ICLQ*, 1997, p. 866-907 ; Karl Kreuzer, La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *Rev.crit.*, 1995, p. 465-505 ; *id.*, « La propriété mobilière en droit international privé », *RCADI*, tome 259 (1996), p. 9-317.

⁴⁸ On peut citer l'exemple de l'extension de la « *floating charge* » frappant une société anglaise à son patrimoine situé en territoire étranger. Cf. Alexander Schall, « Die neue englische floating charge im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht », *IPRax*, 2009, p. 209-217.

pendant, s'agissant d'un domaine non harmonisé⁴⁹, on peut également tenir compte du fait que les intéressés disposent dans leur Etat d'autres moyens de sûretés, d'une efficacité supérieure ou au moins égale, dont l'accès sur le marché de l'Etat d'accueil peut s'avérer possible et suffisant. La faculté donnée aux parties de déterminer le droit applicable à leur relation est d'ailleurs un autre moyen pour éviter une entrave⁵⁰.

17. Il n'en demeure pas moins que le droit international privé de l'Etat d'accueil est affecté dans la mesure où cet Etat ne dispose plus que d'une autonomie restreinte pour qualifier en tant que *loi de police* certaines dispositions réputées impératives ou « d'application immédiate » de son droit⁵¹. L'application impérative d'une loi qui n'est pas celle qui sert de référence à l'activité de l'opérateur économique (normalement sa « loi d'origine ») constitue pour celui-ci souvent un obstacle ou un inconvénient dont l'impact commercial peut être mesuré. Les perspectives sont larges pour voir se produire des entraves à l'une (ou à plusieurs) des libertés de circulation du droit communautaire. Il en résulte qu'en définitive, toute loi de police relevante sous l'angle du droit communautaire primaire ne peut s'appliquer qu'à la condition que l'entrave causée soit justifiée au nom d'un motif impérieux d'intérêt général, auquel est associé un contrôle de non-discrimination et de proportionnalité, en suivant la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Arblade*⁵².

Ainsi, le Luxembourg s'est fait rappeler à l'ordre par la Cour de justice⁵³ pour avoir voulu imposer des conditions de travail et d'emploi allant au-delà du « noyau dur » fixé par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service⁵⁴. Nonobstant la qualification de « dispositions d'ordre public »⁵⁵

⁴⁹ A l'exception de l'art. 4, al. 1, de la directive 2000/35 du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (JOCE 2000 L 200, p. 35), qui prévoit que chaque Etat membre doit introduire le concept de réserve de propriété « conformément aux dispositions nationales applicables en vertu du droit international privé ». Sur cette disposition, peu efficace, cf. Eva-Maria Kieninger, « Der Eigentumsvorbehalt in der Verzugsrichtlinie, Chronik einer verpassten Chance », *Aufbruch nach Europa*, Tübingen, 2001, p. 151-166. La proposition de la Commission tendant à réviser cette directive ne modifie pas cette disposition (qui devient l'art. 8 : COM [2009] 126, du 8 avril 2009).

⁵⁰ Cf. CJCE, 24 janvier 1991, C-339/89, *Alsthom Atlantique SA*, *Rec.*, 1991 I, p. 107, n° 15.

⁵¹ « Une telle brutalité n'est plus de mise dans l'ordre communautaire. » : Etienne Patout, « Lois de police et ordre juridique communautaire », *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris 2004, p. 117-143 (125).

⁵² CJCE, 23 novembre 1999, C-369/376/96, *Rec.*, 1999 I, p. 8453, *Rev.crit.*, 2000, p. 710 ; 15 mars 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, *Rec.*, 2001 I, p. 2189. Les difficultés qui doivent être surmontées pour démontrer concrètement une entrave portant atteinte à une liberté de circulation devraient être de nature à limiter l'impact en droit international privé : Niboyet/Geouffre de La Pradelle, *op.cit.*, p. 70 s.

⁵³ CJCE, 19 juin 2008, C-319/06, *Commission c. Luxembourg*, *Rec.*, 2008 I, p. 4323, *RDIPP*, 2008, p. 1125.

⁵⁴ *JOCE*, 1997 L 18, p. 1, *Rev.crit.*, 1997, p. 126.

⁵⁵ Notion dont la directive réserve l'application aux conditions de travail et d'emploi pour les matières autres que

attribuée à ces règles additionnelles, le Luxembourg devait s'en remettre aux règles de protection résultant des obligations auxquelles l'employeur est déjà soumis dans l'Etat membre dans lequel il est établi, concernant, notamment, l'exigence d'un contrat écrit, l'indexation des salaires qui ne relèvent pas de la catégorie des salaires minimaux et la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée⁵⁶. Pour prendre un autre exemple, on peut douter que la jurisprudence de la Cour de cassation française, qui déclare la loi de 1975 sur la sous-traitance de « loi de police » sur les chantiers situés en France, soit compatible avec les exigences du droit communautaire, tout au moins en tant que la Cour ne procède sans aucune nuance selon la disposition invoquée ou selon les liens des parties avec la France⁵⁷.

b) *Droits de l'homme*

18. Les droits fondamentaux de nature spécifiquement communautaire ne sont pas les seuls à soutenir une approche protectrice de l'identité de la personne. Une évolution aux résultats comparables peut être perçue dans la jurisprudence relative à l'article 8 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH). En effet, dans la mesure où les Etats parties à la Convention doivent respecter la vie privée et familiale de chaque personne, celle-ci doit jouir de l'*unité de son statut personnel* dans tous ces Etats. La dimension internationale de la garantie de respect de la vie privée et familiale a été mise en évidence à l'occasion de l'arrêt rendu récemment dans l'affaire *Wagner*⁵⁸. La Cour a observé que, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, les autorités luxembourgeoises « ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention »⁵⁹. Et un observateur avisé a relevé :

« Tant pour les jugements en matière patrimoniale que pour les jugements en matière extrapatrimoniale, il n'y a au demeurant aucune raison de ne voir une ingérence que dans le seul refus de la reconnaissance pour des raisons liées à loi appliquée à

celles figurant sur la liste consacrée au « noyau dur » (art. 3, ch. 10), mais ceci sous la réserve, importante, d'être compatible avec le principe de la libre prestation des services.

⁵⁶ Cf., sur cet arrêt, Marc Fallon, *op.cit.*, *Liber Pocar*, p. (338-341), qui y voit l'application du principe de reconnaissance mutuelle, en tant qu'exception, alors que l'arrêt n'emploie pas cette expression qui, relevant du droit primaire, ne saurait s'articuler comme « exception ».

⁵⁷ Cf. l'arrêt du 30 novembre 2007 de la Chambre mixte, *Agintis, Clunet*, 2008, p. 1073, reproduisant deux arrêts similaires plus récents, du 30 janvier et du 8 avril 2008, suivis d'une note de L. Perreau-Saussine.

⁵⁸ CEDH, 28 juin 2007, *Rev.crit.*, 2007, p. 807, *Clunet*, 2008, p. 183.

⁵⁹ § 133

l'étranger : la jurisprudence de la Cour peut être étendue, par identité de motifs, à d'autres motifs de non-reconnaissance. »⁶⁰

La portée exacte de ce droit à l'identité est à l'heure actuelle incertaine, mais le principe semble s'affirmer clairement : le respect d'une situation juridique, privée ou familiale, en tant que droit de l'homme, ne peut se concevoir dans la diversité des lois nationales. La personne doit pouvoir jouir d'une situation une fois acquise, relevant des droits de l'homme, en tant que droit unique. Les règles de conflit sont subordonnées à ce droit fondamental et ne sauraient le mettre en cause.

Au demeurant, ce développement s'intègre au droit communautaire, étant donné que les droits qu'elle garantit font partie des droits fondamentaux valables pour l'Union européenne⁶¹, dont la Cour de justice assure le respect⁶².

c) Conclusion

19. Les quelques intrusions du droit primaire dans le « domaine réservé » du droit international privé ont pour effet de revitaliser les règles de conflit et non de les effacer⁶³. Le principe de libre circulation mériterait d'être transformé en des règles de droit international privé⁶⁴. Il a d'ailleurs déjà été mis en œuvre dans le Règlement Rome I qui laisse une large place à la loi d'origine (art. 4) et définit les lois de police de manière à éviter des débordements causés par des droits nationaux trop expansifs (art. 9). Le respect de la vie familiale formée à l'étranger appelle des règles repoussant certaines conditions posées en droit international privé national. Par ailleurs, la notion de « procès équitable » (art. 6 CEDH), dans sa fonction négative et positive, ressert, en matière de reconnaissance de décisions étrangères, la marge relevant du droit commun⁶⁵.

⁶⁰ P. Kinsch, note sous l'arrêt Wagner, *Rev.crit.*, 2007, p. 815 ss (819 s.), l'auteur (note 13) ajoutant qu'il en va ainsi de la vérification de la compétence internationale indirecte du juge étranger, citant l'art. 78 de la LDIP suisse.

⁶¹ Art. 6, al. 2, du Traité sur l'Union européenne.

⁶² Cf., notamment, CJCE, 28 mars 2000, C-7/98, *Krombach, Rec.*, 2000 I, p. 1935, n° 25, *Rev.crit.*, 2000, p. 481, *IPRax*, 2000, p. 406 ; 27 juin 2006, C-540/03, *Parlement européen c. Conseil de l'UE, Rec.*, 2006 I, p. 5769, n° 35.

⁶³ Cf. Horatia Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, tome 307 (2004), p. 25-383 (177-217).

⁶⁴ Ainsi, en vue d'une nouvelle perception de l'objectif de permanence du statut personnel : Lagarde, *op.cit.*, *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, p. 490, 501.

⁶⁵ Cf. Fabien Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007, p. 183-262.

On s'aperçoit également, au plan des principes, que les libertés de circuler ne constituent pas simplement l'expression des principes directeurs des rapports entre les Etats membres de l'Union européenne et du marché intérieur. Elles s'articulent également en tant que droits individuels des acteurs sur ce marché et des citoyens de l'Union. La liberté de s'épanouir dans tout système social, économique et juridique faisant partie d'un ensemble d'Etats implique que les obstacles ou entraves qui pourraient se mettre en travers du chemin soient éliminés ou réduits au minimum. Dès le moment où cette liberté se transmet à l'individu, elle confère à celui-ci une jouissance qui implique nécessairement un droit à ce que la situation juridique de la personne ne soit pas exposée à une pluralité de solutions juridiques, tout au moins lorsque cela ne répond pas à un autre intérêt, tout aussi, voire mieux légitimé encore. De l'harmonie des solutions, l'individu n'est plus simplement l'objet, mais il en devient le sujet.

A la différence d'une époque révolue, le droit international privé n'évolue plus en vase clos, mais il doit se mettre en concordance avec les droits fondamentaux et d'autres sources de rang supérieur qui agissent dans le sens de l'affirmation de droits individuels à travers les ordres juridiques. Une fois que cette influence est absorbée et intégrée dans ses règles, le droit international privé reprend son envol et sa relative autonomie. Il n'en ira pas autrement avec l'influence des droits de l'homme.

Observant les forces politiques qui soutiennent l'évolution législative du droit international privé européen, Jürgen Basedow conclut :

« At the end of the day, however, the Community will be equipped with an almost comprehensive and nearly Union-wide set of choice-of-law rules providing legal security to its citizens in cross-boarder transactions and litigation. »⁶⁶

L'avenir est ainsi annoncé.

⁶⁶ Jürgen Basedow, « Federal Choice of Law in Europe and the United States – A Comparative Account of Interstate Conflicts », *Tulane Law Review*, 2008, p. 2119-2146 (2145).