

LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LA RECONNAISSANCE DU STATUT D'UNE PERSONNE [PHYSIQUE] CONSTITUÉ À L'ÉTRANGER : INCIDENCE DU DROIT PRIMAIRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Ces lignes directrices ont pour contexte général une tendance se faisant jour dans la doctrine du droit international privé au départ du droit des libertés et droits fondamentaux, à instituer une « méthode de reconnaissance de situations valablement constituées à l'étranger ». Elles ne concernent cependant, dans un premier temps, que l'encadrement de la reconnaissance du statut d'une personne physique par le droit primaire de l'Union européenne, sans préjudice d'une décision du Groupe de les étendre au statut d'une personne morale ou de proposer une généralisation de la « méthode de reconnaissance » au-delà des cas où la reconnaissance est obligatoire en vertu du droit de l'Union.

I. Contexte du droit primaire de l'Union européenne

1. Le contexte général du droit de l'Union exerce une contrainte sur les solutions de conflit de lois. La matière civile transfrontière ne constitue qu'un domaine d'application des règles du droit primaire qui s'imposent au DIP. Il en résulte qu'un régime de reconnaissance n'est pas un simple choix politique mais qu'il est inhérent à l'ordre juridique de l'Union, en particulier le droit du marché intérieur et de la citoyenneté européenne, ainsi que comme principe directeur de la coopération judiciaire en matière civile (art. 81 TFUE), dans le respect de la Charte européenne des droits fondamentaux.

2. La reconnaissance mutuelle est un « principe » inhérent aux différentes libertés de circulation¹. Issue de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, elle a spécialement pour objet la reconnaissance, dans un cas particulier, d'une réglementation à laquelle le produit, le service, la relation de travail s'est conformé dans l'Etat membre d'origine. En matière de citoyenneté, ses premières applications ont porté sur la reconnaissance dans l'Etat d'accueil d'un nom enregistré valablement dans un autre Etat membre de résidence ou de nationalité de la personne². Dans le domaine du droit d'établissement des personnes morales, la reconnaissance est due en principe à la personnalité acquise valablement dans l'Etat membre de constitution³. Cette reconnaissance n'est toutefois pas absolue, chaque fois qu'une disposition de l'Etat d'accueil s'opposant à la commercialisation ou à l'activité en cause sur le territoire de cet Etat est justifiée par une raison légitime d'intérêt général, tel l'ordre public, et est proportionnée.

3. Le principe général de proportionnalité fait partie intégrante de tout régime de protection des libertés et droits fondamentaux. Il induit une vérification de l'aptitude de la mesure restrictive en cause à réaliser l'objectif légitime d'intérêt général poursuivi et de la nécessité de cette mesure pour atteindre cet objectif. Pour apprécier cette nécessité, il est tenu compte, notamment, du degré d'équivalence des contenus des législations de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil⁴. La matière civile fournit plusieurs illustrations. Ainsi, en matière de nom ou de mariage, ne remplit pas le test d'aptitude la mesure inefficace car contredite par d'autres dispositions nationales⁵ ou la mesure ne

¹ Par ex. les arrêts *Commission c. Italie*, « Remorques », du 10 février 2009, C-110/05 et *Commission c. Rép. tchèque*, « Poinçon de métal précieux », du 22 septembre 2016, C-525/14.

² Arrêts *Garcia Avello* du 2 octobre 2003, C-148/02, et *Grunkin & Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06.

³ Arrêts *Centros* du 9 mars 1999, C-212/97, et *Inspire Art* du 30 septembre 2003, C-167/01.

⁴ Voy. les arrêts « *Machine à travailler le bois* » du 22 janvier 1986, 188/84 (marchandises) et *Commission c. Allemagne*, « *Assurances* », du 4 décembre 1986, 205/84 (services). En matière contractuelle, voy. les arrêts *Arblade* du 23 novembre 1999, C-369/96, et *Mazzoleni* du 15 mars 2001, C-165/98. Le test de nécessité consiste plus généralement à vérifier la possibilité d'une mesure alternative moins restrictive de la liberté de circulation : voy., en matière de sociétés, par exemple l'arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017, C-106/16.

⁵ Arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin & Paul*.

correspondant pas au but invoqué⁶. De même, ne remplit pas le test de nécessité la mesure qui ne tient pas compte du contenu équivalent du droit matériel étranger ou ne tient pas compte d'alternatives de droit matériel⁷.

II. Orientations d'un régime de reconnaissance dans la matière civile au regard du droit primaire de l'Union.

II.1 Objectifs et domaine d'un régime de reconnaissance

1. L'objectif d'un régime de reconnaissance en matière civile est d'assurer l'exercice de droits résultant d'un rapport juridique constitué hors du système du for conformément à un droit étranger. Un tel régime tend à sauvegarder l'exercice des libertés ou droits fondamentaux de la personne, physique [ou morale], établis par le droit de l'Union.

2. Un tel régime n'a pas pour objet premier d'établir une règle de conflit de lois se substituant à celle du for⁸. Il affecte plutôt la mise en œuvre de la règle de conflit du for, en ce sens que celle-ci ne peut pas avoir pour résultat de désigner une règle matérielle ne tenant pas compte de certains droits constitués en vertu de règles matérielles d'un système juridique étranger⁹. Ainsi, le principe de reconnaissance établit un encadrement des modalités d'application de la règle matérielle désignée plutôt que de sanctionner le critère de rattachement du for. D'ailleurs, cette règle matérielle du for peut notamment avoir été rendue applicable par l'exception d'ordre public, dès lors que celle-ci apparaît comme une justification d'intérêt général encore exposée à un examen de proportionnalité.

3. Le domaine matériel du principe de reconnaissance peut couvrir la constitution de tout rapport juridique en matière civile ou commerciale. Cependant, l'acquisition d'un statut juridique, par une personne physique, semble appeler une approche spécifique, dans le domaine correspondant à celui de la « méthode de reconnaissance des situations juridiques » en droit international privé¹⁰. Cette approche se distingue du régime de reconnaissance mutuelle des réglementations des Etats membres, dont le domaine couvre pratiquement, pour la matière civile, outre la constitution de la personnalité morale¹¹, des matières relevant de lois de police au sens du droit international privé¹².

4. Le domaine spatial se limite à première vue aux situations entrant dans celui des libertés de circulation du droit primaire¹³. Toutefois, lorsque l'espèce affecte des droits garantis par la Charte de

⁶ Arrêt *Coman* du 5 juin 2018, C-673/16 : l'Etat invoque l'ordre public de la famille mais celui-ci n'est pas affecté par la problématique migratoire.

⁷ L'arrêt *Garcia Avello* évoque les avantages comparatifs du système du double nom (droit espagnol) sur celui du nom patronymique (droit belge).

⁸ Arrêt *Coman* implicite ; P. LAGARDE, Leçon inaugurale de la session La Haye de 2014. De même inversement, le rapport juridique peut devoir se conformer à la règle de conflit de l'Etat d'accueil (arrêt *Polbud*). Par analogie avec le droit primaire de l'Union, l'art. 8 CEDH n'interdit pas l'application de la règle de conflit de l'Etat d'accueil au rapport juridique constitué à l'étranger (arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n° 76240/01 ; arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65192/11).

⁹ Dans le contexte de la CEDH, arrêt *Menesson*, appelant le juge français à retenir dans le droit français toute forme de lien de filiation substituable à la GPA, telle la possession d'état ou l'adoption, quitte à en adapter le régime matériel pour assurer un traitement accéléré en fonction des circonstances.

¹⁰ La notion de « situation juridique » reste imprécise en doctrine. Elle rend compte essentiellement d'une condition d'effectivité dans l'exercice d'un droit fondamental dans le contexte de la CEDH. Elle n'exclut cependant pas que cette situation repose sur un statut constitué conformément au droit d'origine.

¹¹ Le droit applicable aux personnes morales a fait l'objet de travaux antérieurs du Groupe, finalisés lors de la réunion de Milan en 2016.

¹² Ce point est couvert par les lignes directrices consacrées aux lois de police.

¹³ A savoir pratiquement, toute marchandise originaire dans un autre Etat membre, ou en provenance d'un Etat tiers commercialisée dans un Etat membre (arrêt *Commission c. Rép. tchèque* du 22 septembre 2016), ou tout service offert dans un Etat membre par un prestataire établi dans un autre Etat membre, ou toute personne, physique ou morale, ressortissante d'un Etat membre, voulant s'établir dans un autre Etat membre, ou encore tout travailleur ressortissant d'un Etat membre accédant à ou appartenant au marché de l'emploi d'un autre Etat membre. Il en va de même d'un citoyen de l'Union exerçant

l'Union et par la CEDH, la question d'une extension à toute situation transfrontière mérite examen. En effet, la portée de ces droits en vertu du droit de l'Union est « la même » que celle conférée par la CEDH (art. 52.3 Charte), laquelle peut viser des droits constitués dans un pays non contractant¹⁴. Néanmoins, il y a encore lieu de tenir compte de la limitation de la portée de la Charte au « domaine du droit de l'Union »¹⁵. Le domaine du régime de reconnaissance pourrait alors viser toute situation affectant l'exercice effectif d'une liberté de circulation, sans exclure que les droits invoqués aient pu être constitués dans un Etat non membre¹⁶.

II.2. Régime de reconnaissance d'un statut constitué à l'étranger

1. Selon le droit de l'Union, l'Etat du for est tenu de reconnaître en règle générale une vie familiale effective constituée valablement à l'étranger, dans un Etat [membre] dont une partie avait la nationalité ou sur le territoire duquel une partie résidait habituellement à ce moment. Cette validité s'apprécie par application du droit étranger, y compris les règles de droit international privé.

2. L'obligation de reconnaissance n'est pas absolue. Ses limites appellent un encadrement dont il convient de fixer les modalités dans un but de sécurité juridique. De manière similaire aux décisions judiciaires étrangères, un régime de reconnaissance pourrait énoncer une liste de motifs de refus, fondés, notamment, sur l'ordre public¹⁷ – dans les limites d'un contrôle de proportionnalité – et sur l'abus du droit de l'Union – en cas de contournement du droit national applicable par l'exercice à cette seule fin d'une liberté de circulation¹⁸.

3. Une condition de proximité constitue une constante de la technique de reconnaissance. Ainsi, la Cour de justice a égard, à propos du statut acquis par une personne physique, à la circonstance que celle-ci avait une résidence habituelle dans l'Etat membre d'acquisition¹⁹, ou qu'elle avait la nationalité de cet Etat²⁰. Le droit international privé comparé ou conventionnel admet un contrôle de validité du statut selon la loi de résidence habituelle ou de nationalité d'une des parties au rapport juridique²¹. [Par comparaison pour une personne morale, la personnalité juridique peut avoir été acquise sans autre exigence qu'une constitution conforme aux modalités d'inscription dans un registre public d'un Etat membre dont la personne est ressortissante au sens de l'article 54 TFUE²².]

un droit de séjour dans un Etat membre autre que celui dont il a la nationalité, ou dans cet Etat après avoir exercé un droit de séjour dans un autre Etat membre.

¹⁴ Dans le cadre de la CEDH, comp. les arrêts *Wagner, Henry Kismoun* (5 décembre 2013, n° 32265/10) et *Negrepointis* (3 mai 2011, n° 56759/08).

¹⁵ Art. 51 Charte ; arrêt *Dereci* du 15 novembre 2011, C-256/11 ; arrêt *Lida* du 8 novembre 2012, C-40/11, § 80 : inapplication de la Charte à une situation « non régie par le droit de l'Union », ou « ne présentant aucun lien de rattachement avec le droit de l'Union ». Une telle situation peut alors relever encore du domaine de la CEDH (arrêt *Dereci*).

¹⁶ Autre est la question d'une extension de l'habilitation législative de l'Union à toute situation externe par la voie de la préemption d'une compétence interne dans un domaine déterminé (par ex., avis 3/15 « traité de Marrakech » du 14 février 2017), ou lorsque les aspects externes d'une politique sont indissociables des aspects internes (par ex. avis 1/03 « Convention de Lugano bis » du 7 février 2006).

¹⁷ Arrêt *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010, C-208/09.

¹⁸ Selon l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* du 2 juin 2016, C-438/14, § 57, citant l'arrêt *Centros*, l'Etat peut lutter contre le « contournement du droit national en matière d'état des personnes par l'exercice à cette seule fin de la liberté de circulation et des droits qui en résultent ». Ce motif de refus relève autant de la notion d'abus du droit de l'Union (sur les éléments constitutifs de cette notion, voy. l'arrêt *Torresi* du 17 octobre 2014, C-58/13, §§ 45 et 46) que de celle de fraude à la loi.

¹⁹ Arrêts *Grunkin & Paul* (enfant ayant une résidence effective et contenue dans le pays de sa naissance), *Freitag* (personne revendiquant un changement de nom selon le droit de sa nationalité d'origine), *Coman* (mariage célébré en conformité avec le droit applicable dans le pays de célébration où résidait habituellement le citoyen européen). Une telle condition pourrait être compatible avec l'art. 7 de la Charte, qui reçoit la « même portée » que l'art. 8 CEDH (arrêt *Coman*). Or, elle paraît inhérente à la condition d'une vie familiale effective lorsque l'espèce porte sur la reconnaissance d'un lien d'adoption établi à l'étranger, tant que l'adopté ne peut quitter son pays d'origine dans l'attente d'une telle reconnaissance (affaire *Wagner*).

²⁰ Arrêt *Garcia Avello*, dans le cas d'un binational.

²¹ Cette tendance est manifeste en matière de nom (art. 48 EGBGB ; art. 16 loi hongroise ; art. 37 loi suisse ; art. 39 loi belge ; art. 311-24-1 C.civ. français ; Conv. CIEC 2005). En matière de mariage, voy. la Convention de La Haye de 1978 (cependant peu ratifiée) ; pour le partenariat, la Convention CIEC 2007.

²² Arrêts *Centros* et *Inspire Art*. Comp. cependant une exigence d'implantation réelle dans l'arrêt *AGET Iraklis* du 21 décembre 2016, C-201/15, selon lequel la liberté d'établissement suppose une telle implantation de la société dans l'Etat d'accueil et

4. L'appréciation d'un motif de refus doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Notamment, la reconnaissance ne peut pas être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus favorable²³ [, ni sans un examen préalable du degré d'équivalence du statut en cause avec une institution correspondante du droit du for²⁴].

5. L'appréciation de l'intensité de l'exception d'ordre public ou des éléments constitutifs d'un abus de droit pourrait prendre en considération l'absence de consolidation du statut à l'étranger²⁵, en particulier l'absence de rattachement de proximité de la situation personnelle ou familiale avec l'Etat dans lequel le statut a été constitué. Il peut en aller ainsi lorsque la personne ou aucune des parties n'a la nationalité de cet Etat ou ne réside sur le territoire de cet Etat lors de la constitution du statut²⁶.

6. En cas de refus de reconnaissance, le juge saisi doit examiner, lors de l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, si l'exercice effectif de la vie familiale peut être assuré en l'espèce par une institution juridique d'effet équivalent à celui de l'institution qui a permis la constitution de la vie familiale à l'étranger²⁷.

II.3. Esquisse d'une règle de reconnaissance dans un code européen

1. La rédaction d'une disposition de la partie générale d'un code européen pourrait utiliser différents modèles. Pour rappel, lors de la réunion de Bruxelles (2011), P. Lagarde avait présenté un embryon de règlement portant code européen de droit international privé, comme suit :

l'exercice d'activités économiques effectives (rappelant l'arrêt *VALE* du 15 décembre 2011, C-378/10). De même, l'arrêt *Polbud* admet l'application de lois impératives de l'Etat membre de sortie lorsque l'entreprise continue d'exercer des activités sur le territoire après transfert de son siège.

²³ A propos des personnes morales, voy. notamment l'arrêt *Centros*. *Contra* en matière de lutte contre l'évasion fiscale par des montages artificiels, l'arrêt *AA* du 18 juillet 2007, C-231/05. Plus généralement, le droit primaire n'assure pas que, vu la disparité des législations nationales, le déplacement de la personne soit « neutre » et puisse entraîner l'application d'une loi moins favorable (arrêt *Schempp* du 12 juillet 2005, C-403/03, en matière de citoyenneté, à propos du régime fiscal d'une dette alimentaire dont le créancier réside à l'étranger) : l'Etat d'accueil est en soi libre de déterminer un critère de rattachement, pourvu qu'il soit objectif, sans que la personne puisse nécessairement y invoquer le bénéfice de la loi d'origine (arrêt *Erzberger* du 18 juillet 2017, C-566/15, concernant la représentation des travailleurs). En droit comparé, à propos des personnes physiques, la faculté d'un tel choix s'observe par exemple entre la loi de la nationalité et la loi de la résidence. Pour les personnes morales, le libre choix de loi peut résulter du choix du lieu d'établissement, mais ceci n'exclut pas tout contrôle d'un abus de droit, toutefois apprécié au cas par cas (arrêt *Centros*). L'arrêt *Polbud* admet encore l'application de lois impératives de l'Etat membre de sortie, et la personne morale doit se soumettre après transfert de siège à la loi désignée par la règle de conflit de lois de l'Etat membre d'accueil

²⁴ Cette exigence-ci est inhérente au contrôle de nécessité comme condition de proportionnalité (*supra*, I, n° 3). Elle s'impose principalement à propos de la reconnaissance mutuelle des normes. Comp. en ce sens, dans le contexte de la CEDH, l'appréciation par la Cour des droits de l'homme de la reconnaissance d'une *kafala* comme institution suffisante, comparée à l'adoption, en termes de protection des intérêts de l'enfant (arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012, n° 43631/09, § 48 et s.).

²⁵ L'arrêt *Coman* prend soin d'évoquer la circonstance d'une « vie familiale consolidée » dans un autre Etat membre. Comp. en ce sens dans un contexte migratoire, l'arrêt *SM* du 26 mars 2019, C-129/18, à propos d'une demande de regroupement basée sur un statut de *kafala* : au sens de l'art. 7 de la Charte qui reçoit la même portée que l'art. 8 CEDH (§ 65), il convient de tenir compte de « l'existence d'une vie commune que l'enfant mène avec ses tuteurs » (§ 69). Comp. aussi l'arrêt *Wagner*, commandant de tenir compte des « liens familiaux existant *de facto* » entre l'adoptant et l'adopté en l'espèce (§ 125).

²⁶ Un tel élément de proximité, relevé par plusieurs arrêts de la Cour de justice (note 18), ne paraît pas incompatible avec l'arrêt *Zhu & Chen* (C-200/02, 19 octobre 2004). Dans ce cas en effet, l'enfant avait acquis la nationalité irlandaise, certes du seul fait de sa naissance. S'il avait acquis par exemple un nom selon le droit irlandais, l'Etat d'accueil aurait dû reconnaître ce nom selon les présentes orientations. Il est à noter que celles-ci n'exigent pas une condition d'effectivité de la nationalité.

²⁷ Voy. notamment l'arrêt *Menesson*, *supra* note 9.

Art. 1.45. Une situation juridique valablement constituée dans un État membre et formalisée dans un acte public est reconnue dans les autres États membres, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

Art. 1.46. Sans préjudice d'autres motifs de non-reconnaissance énoncés dans la partie spéciale du présent règlement, une situation n'est pas reconnue :

- 1) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- 2) en l'absence totale de lien entre l'État en conformité de la loi duquel la situation a été créée et l'État de la résidence ou de la nationalité des personnes concernées.

2. Au sens de ces lignes directrices, une disposition générale de reconnaissance d'un statut relative à l'incidence du droit primaire de l'Union sur la reconnaissance pourrait se présenter comme suit :

1. L'application d'une disposition du droit désigné par la règle de conflit de lois du for est sans préjudice de l'application du droit désigné par la règle de conflit d'un État étranger, en conformité duquel un statut a été constitué, lorsqu'elle aurait pour effet de refuser de reconnaître ce statut en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental du droit de l'Union.

2. Au sens du paragraphe 1^{er}, un statut vise les éléments constitutifs de l'identité d'une personne physique, la validité d'un lien de filiation, d'adoption ou d'une institution analogue, et la validité d'une relation de couple.

3. La reconnaissance peut être refusée, notamment :

- en cas d'incompatibilité avec une valeur fondamentale constitutive de l'ordre public du for, dans le respect du principe de proportionnalité ; ou
- lorsque le statut a été constitué en conformité avec le droit d'un État dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la règle de conflit de lois du for [, notamment par l'exercice d'une liberté de circulation aux seules fins de contourner l'application de ce droit]. Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus favorable.

4. Lors de l'appréciation des motifs de refus, il est tenu compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment :

- [le degré d'équivalence de l'institution étrangère en cause avec l'institution correspondante du droit applicable en vertu de la règle de conflit de lois du for ;]
- l'absence de lien significatif de la situation avec l'État dans lequel le statut a été constitué, en particulier lorsque la personne concernée n'a pas la nationalité de cet État ni sa résidence habituelle sur le territoire de cet État à ce moment ;
- l'absence d'exercice effectif des droits découlant du statut en cause.

5. En cas de refus de reconnaissance, il y a lieu d'examiner, au vu de l'ensemble de la situation de la personne en cause, la possibilité d'appliquer une disposition de la loi désignée par la règle de conflit du for ayant un effet équivalent à la disposition qui a permis la constitution du statut à l'étranger, de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental en cause.

3. Une extension à l'hypothèse d'un statut résultant d'une décision rendue par une juridiction étrangère²⁸ pourrait être formulée en ajoutant un paragraphe 1bis, par exemple comme suit :

²⁸ La création du statut en cause peut résulter d'un acte public, tel un acte de l'état civil (par ex. affaire *Grunkin & Paul*), mais pas nécessairement. L'affaire *Garcia Avello* concernait une décision administrative, et rien n'exclut que puisse être invoqué un statut acquis du seul fait de la localisation d'un élément de rattachement à l'étranger : dans l'affaire *Bogendorff von Wolfersdorff*, le requérant allemand avait acquis la nationalité britannique au cours d'une période de résidence professionnelle au Royaume-Uni et fait enregistrer une déclaration de changement de nom auprès de la *Supreme Court*. Par ailleurs, le statut invoqué peut résulter d'une décision judiciaire, telle une adoption (affaire *Soyan-Wittgenstein* ; par analogie, affaire *Wagner*).

1bis. Un statut résultant d'une décision rendue par une juridiction étrangère est reconnu lorsqu'un refus de reconnaissance constituerait une violation d'une liberté ou d'un droit fondamental du droit de l'Union.

4. La formule d'une clause d'exception, dans le cas où celle-ci serait retenue dans la partie générale d'un code européen, permettrait aussi d'intégrer une technique de reconnaissance d'un statut constitué à l'étranger, lorsque, parmi les éléments d'appréciation des liens les plus étroits avec un Etat autre que celui dont la loi est applicable selon la règle de conflit du for, il est tenu compte de la circonstance que le statut a été constitué régulièrement selon les règles de droit international privé d'un Etat avec lequel cette relation présentait des liens au moment de sa constitution, notamment avec un Etat dont une partie avait la nationalité ou sur le territoire duquel elle résidait habituellement à ce moment.