

Le citoyen européen et son nom

Fabienne Jault-Seseke

Professeur à l'Université de Versailles St-Quentin (Paris Saclay)

et

Etienne Pataut

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

VERSION DE TRAVAIL

Les arrêts *Bogendorff von Wolffersdorff*¹ et *Freitag*² constituent une nouvelle étape dans la construction par la Cour de justice de l'Union européen du statut personnel du citoyen européen. L'importance symbolique des questions de noms de famille, tant pour les personnes concernées que pour les Etats, explique sans doute que ces questions soient si fréquemment posées à la cour de justice. Alors en effet que l'Union européenne est dépourvue de compétence en droit matériel de la famille et alors que les questions de conflit de lois en matière de nom ne sont pas unifiées en Europe, c'est en effet à une longue série d'arrêts que viennent s'ajouter ces deux dernières décisions de la Cour de justice. Après les arrêts *Garcia Avello*³, *Grunkin et Paul*⁴, *Sayn-Wittgenstein*⁵ et *Runevic-Wardyn*⁶, c'est donc encore une question de nom de famille qui amène la Cour à préciser les contours du statut personnel du citoyen européen.

Christian Kohler a consacré plusieurs études importantes à cette jurisprudence et à ses conséquences sur le droit international privé allemand et européen⁷ ; aussi souhaitons-nous

¹ CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *RTD eur.* 2016. 648, obs. E. Pataut, *Clunet* 2017, 1471, obs. P. Kinsch ; *Rev. Crit. DIP.* 2017. 278, note L. Rass-Masson, *GPR* 2017. 67, obs. R. Janal ; *LMK* 2016, 381541, obs. T. Rauscher ; *IPrax* 2017. 1, H.-P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner.

² CJUE 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*, *RTD eur.* 2017. 589, obs. E. Pataut ; *FamRZ* 2017. 1178, obs. A. Dutta.

³ CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, *D.* 2004. 1476, note M. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2004. 184, note P. Lagarde ; *RTD eur.* 2004. 559, note A. Iliopoulou.

⁴ CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, *Rev. crit. DIP* 2009. 80, note P. Lagarde.

⁵ CJUE 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn Wittgenstein*, *Clunet* 2011, p. 639, obs. J. Heymann, *RTD eur.* 2011. 571, obs. E. Pataut.

⁶ CJUE 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevic Wardin*, *RTD eur.* 2011. 571, obs. E. Pataut.

⁷ C. Kohler, La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique, in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 67 ; C. Kohler, « Towards the recognition of civil status in the European Union », *Yearbook of Private International Law*, 2013-2014, pp. 13-29 ; C. Kohler, « Subjektive Anknüpfung : Kommentar », in

lui rendre hommage en présentant les nouveaux – sans doute pas les derniers - épisodes de cette saga. Les arrêts *Bogendorff von Wolffersdorff et Freitag*, rendus à la suite de questions préjudicielles émanant de juridictions allemandes, démontrent en effet que l'intervention du législateur allemand à la suite de l'arrêt *Grunkin et Paul* est loin d'avoir résolu toutes les difficultés que pose l'épineuse question de la reconnaissance du nom de famille en Europe.

On sait que la Cour avait tiré de la citoyenneté européenne une obligation de reconnaissance dans tous les États membres des noms de famille attribués par les services d'état civil de l'un d'eux, y compris au détriment de la règle de conflit de lois du for. Elle avait ensuite précisé les contours de cette obligation de reconnaissance en permettant notamment aux États d'invoquer leurs traditions constitutionnelles pour s'y opposer. En résumé, au nom de la citoyenneté, la Cour de justice qualifie d'entrave le refus de reconnaissance d'un nom de famille, tout en permettant parfois que cette entrave soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général au titre desquelles figuraient, dans l'affaire *Sayn Wittgenstein*, le refus de reconnaissance des titres nobiliaires qui relevait de l'identité constitutionnelle autrichienne et, dans l'affaire *Runevic Wardin*, les graphies nationales.

Pour se mettre en conformité avec les exigences européennes, le législateur allemand, non sans une certaine réticence⁸, avait modifié la loi d'introduction du code civil (EGBGB) : plutôt que de modifier les règles de droit international privé, il avait prévu des règles d'adaptation. Ainsi, la loi applicable au nom reste la loi nationale (EGBGB, art. 10), et en cas de double nationalité, la nationalité allemande prévaut toujours (EGBGB, art. 5). Une règle de reconnaissance a toutefois été ajoutée : elle suppose que la loi allemande soit applicable et permet alors de se prévaloir d'un nom donné dans un autre État membre si ce nom a été acquis au cours « d'un séjour habituel » et que « les principes essentiels du droit allemand ne s'y opposent pas de manière manifeste » (EGBGB, art. 48). En se référant au séjour habituel, le législateur allemand entend instaurer une condition de compétence indirecte, comme dans le domaine voisin de la reconnaissance des jugements. La reconnaissance du nom est ainsi conditionnée à son obtention dans un État présentant un lien caractérisé avec la situation. Il vise ainsi à éviter le tourisme législatif en matière de nom (*Namentourismus*).

Il reste que ce nouvel article 48 est immédiatement apparu à la doctrine allemande, à commencer par le dédicataire du présent article, trop restrictif⁹, notamment parce que d'autres liens que la résidence, à commencer par la nationalité, devraient pouvoir être retenus. Aussi le nouvel article 48 a-t-il été, de façon générale, jugé insatisfaisant¹⁰. Il ne permet la mise en conformité du droit allemand avec le droit de l'Union européenne que dans des hypothèses trop circonscrites, celles correspondant à l'affaire *Grunkin et Paul*.

Il n'est donc pas surprenant que les juridictions allemandes aient à nouveau interrogé la Cour de justice dans des affaires relatives à la circulation du nom de ressortissants allemands, ouvrant la voie à de nouvelles difficultés en soulevant de nouvelles hypothèses.

Dutta/Helms/Pintens, *Ein Name in ganz Europa – Vorschläge für ein Internationales Namensrecht der Europäischen Union*, Wolfgang Metzner Verlag 2016, p. 63.

⁸ V. C. Kohler, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *préc.*

⁹ C. Kohler, *Ibid.*

¹⁰ P. Mankowski, Art. 48, EGBGB – Viele Fragen und einige Antworten, StAZ 2014. 97 ; F. Wall, Anwendungsproblem des Article 48, EGBGB, StAZ 2013. 237 ; R. Freitag, die Namenwahl nach Art. 48, EGBGB, StAZ 2013. 69.

Pour comprendre les enjeux posés par ces arrêts, ceux-ci feront l'objet d'une brève présentation (I). Cette présentation nous permettra de comprendre l'ampleur du bouleversement méthodologique impliqué par la Cour (II) mais aussi les limites à celui-ci (III).

I. Les arrêts

A. L'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*.

L'affaire concernait un ressortissant allemand, M. Nabel Bagadi, dont le nom a été changé, en Allemagne en Nabel Peter Bogendorff von Wolffersdorff. Après son installation à Londres, il obtint la nationalité britannique et en conformité avec le droit du nom anglais, particulièrement libéral, il changea son prénom et inséra dans son nom d'autres éléments. Son nom devint ainsi Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff. Graf et Freiherr n'ont pas de signification particulière en anglais mais en allemand, ils se traduisent par comte et baron... De retour en Allemagne, il fit inscrire sa fille, qui y est née, au Consulat général du Royaume-Uni à Düsseldorf sous le nom de Larissa Xenia Gräfin von Wolffersdorff Freiherrin von Bogendorff, puis demanda sans succès la transcription de ce nom dans les registres d'état civil allemand. Se prévalant du nouvel article 48 EGBGB, le tout nouvel aristocrate contesta en justice le refus de transcription et obtint gain de cause. Il demanda ensuite la transcription sur les registres d'état civil allemand de son nom anglais. Le refus est contesté en justice mais, cette fois, le tribunal invoque la réserve d'ordre public prévue par l'article 48 EGBGB et décide d'interroger la Cour de justice, non sans avoir soulevé la question des liens avec le Royaume-Uni qu'elle jugeait distendus.

De façon regrettable, la Cour de justice ne se place pas sur ce terrain. Il est vrai que les circonstances de l'affaire ne conduisaient guère à s'interroger sur la légitimité de l'application de la loi britannique dès lors que l'intéressé avait acquis la nationalité britannique et résidait en Angleterre au moment du changement de nom. La Cour ne s'intéresse pas davantage à la question de la double nationalité. Concernant la fonction du nom et plus précisément les principes de fixité et de continuité du nom qu'avaient été également évoqués par la juridiction allemande, elle se contente de rappeler les termes qu'elle avait utilisés dans l'affaire *Grunkin et Paul* : « aussi légitimes qu'ils puissent être en tant que tels, ces principes ne méritent pas, en eux-mêmes, de se voir attribuer une importance telle qu'ils puissent justifier un refus des autorités compétentes d'un État membre de reconnaître le nom de la personne concernée tel qu'il a été légalement déterminé et enregistré dans un autre État membre » (pt 51). Elle se focalise ensuite sur le rôle à accorder à la volonté de l'intéressé. Pour la Cour, le caractère purement volontaire du changement de nom, que n'accompagne aucun changement familial, ne constitue pas à lui seul une raison légitime de refuser la reconnaissance. Elle fait ici un parallèle avec la reconnaissance des sociétés en citant ce célèbre arrêt *Centros*, pierre angulaire de l'obligation de reconnaissance des sociétés en Europe¹¹. Se confirme ainsi la réticence de la Cour de justice à accueillir la fraude même si elle rappelle — c'est d'ailleurs le sens de la référence à l'arrêt *Centros* — « qu'un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses

¹¹ CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*.

ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l’emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes du droit de l’Union » (point 57).

Alors que plusieurs voix se font entendre pour réclamer une intervention du législateur européen¹², la Cour laisse la balle dans le camp des législateurs nationaux. L’affaire *Bogendorff von Wolffersdorff* offrait pourtant une belle occasion de se placer sur le terrain de l’abus de droit : l’intéressé s’était joué du système juridique anglais qui interdit l’utilisation de faux titres de noblesse dans le nom figurant sur le passeport¹³ en choisissant des éléments qui ne sont pas des titres de noblesse en langue anglaise mais qui le sont en langue allemande. Cette utilisation de la diversité linguistique doublée du choix de la loi anglaise en raison de sa souplesse ne devait-elle pas s’analyser en un abus de droit ? A la décharge de la cour de justice, on relèvera que la question préjudicielle ne lui a pas été posée en ces termes.

Il restait à voir si le refus de reconnaissance pouvait être justifié par des motifs tirés de l’ordre public. La Cour de justice reprend alors les solutions énoncées dans l’arrêt *Sayn Wittgenstein*. Étudiant en détail les dispositions du droit allemand en la matière, elle en déduit à nouveau que l’interdiction de créer de nouveaux titres nobiliaires non seulement appartient à l’identité constitutionnelle de l’Allemagne, au sens de l’article 4, paragraphe 2, TUE, mais encore est fondée sur la volonté allemande de consacrer l’égalité entre ses citoyens, objectif louable et d’ailleurs figurant à l’article 20 de la Charte des droits fondamentaux. L’objectif poursuivi par le droit allemand est donc légitime au sens du droit de l’Union (pt 71). Quant à savoir si au regard de cet objectif, le refus de reconnaissance est proportionné, la Cour adopte une attitude, toute en réserves, en laissant au juge national le soin de le vérifier¹⁴. Elle n’avait pas procédé à ce renvoi au juge national dans l’arrêt *Sayn Wittgenstein* mais elle considère que les circonstances sont ici différentes et qu’elles nécessitent une analyse et une mise en balance de divers éléments de droit et de fait propres à l’État allemand. Elle entend néanmoins guider le juge allemand. Elle donne la liste des éléments qui pourraient faire pencher la balance en faveur de la reconnaissance du nom : la double nationalité allemande et britannique de l’intéressé, le fait que les éléments ajoutés au nom ne constituent formellement des titres de noblesse ni en Allemagne ni au Royaume-Uni, la transcription du nom de la fille de l’intéressée obtenue sans que ne soit invoqué l’ordre public. Dialectiquement, elle fournit également la liste des éléments susceptibles de faire pencher la balance dans l’autre sens : le choix est un choix de pure convenance personnelle et les éléments choisis confèrent l’apparence d’une origine nobiliaire. C’est au vu de ces éléments que le juge allemand a finalement tranché, dans un sens restrictif. Il a ainsi refusé de reconnaître le nom choisi en Angleterre, en estimant que la création d’un titre nobiliaire était contraire à l’ordre public et que le principe de proportionnalité était respecté dès lors que le refus de reconnaissance était nécessaire pour respecter l’égalité entre citoyens allemands¹⁵.

Au final, à certains égards, l’arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* apparaît comme une pure et simple confirmation de la jurisprudence précédente, en permettant le *law shopping* tout en

¹² V. *infra* II.

¹³ V. R. Janal, obs. préc.

¹⁴ Sur ce point, v. part. L. Rass-Masson, *note précitée*, spéc. p. 284.

¹⁵ OLG Karlsruhe 30 mars 2017 – 11 W 107/16 (Wx), BeckRS 2017, 117372.

affirmant une certaine réserve à l'égard de l'appropriation de noms aristocratiques. Mais, en se référant à la jurisprudence sur la circulation des sociétés et en refusant de prendre en considération que l'intéressé était seul responsable de la situation boiteuse, il fait preuve d'un libéralisme particulièrement poussé et sans doute excessif. L'arrêt *Freitag* apparaît, à cet égard, d'une mesure bienvenue.

B. L'arrêt *Freitag*

Le récent arrêt *Freitag* ne présente en effet pas les mêmes défauts. Bien que les situations aient été différentes, il se confronte aux questions que l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* avait laissées dans l'ombre, celle des liens avec l'ordre juridique dans lequel la situation s'est constituée et celle de la double nationalité.

Le demandeur est né en Roumanie en 1986. Son nom de naissance est Pavel. Sa mère divorce de M. Pavel et se remarie avec M. Freitag, un Allemand, qui l'adopte en 1997. Il change de nom pour prendre celui de « Freitag », acquiert la nationalité allemande sans perdre sa nationalité roumaine et fixe sa résidence habituelle en Allemagne. Devenu adulte, il souhaite retrouver son nom de naissance. Il y est autorisé par une décision roumaine obtenue de la part du conseil d'arrondissement en 2013, alors qu'il réside toujours en Allemagne. Il entend alors faire modifier son nom sur les registres d'état civil allemand. Une juridiction allemande est saisie et elle interroge la Cour de justice. Cela conduit à vérifier la conformité du nouvel article 48, EGBGB, au droit de l'Union. En effet, la reconnaissance du nom ne pouvait résulter de cet article 48 dès lors que M. Freitag n'avait pas, au moment de la procédure roumaine, de résidence habituelle en Roumanie.

Sans surprise, la Cour de justice indique que le refus de reconnaître le nom Pavel est une entrave à la liberté de circulation. La circulation du nom est nécessaire pour assurer la circulation du citoyen. A cet égard, l'arrêt *Freitag* n'est que la pointe extrême de la longue série jurisprudentielle qui oblige à la reconnaissance d'un nom de famille donné dans un Etat membre dans les autres Etats membres.

Mais l'arrêt *Freitag* ajoute un élément et, partant, retient l'intérêt à un autre titre. La Cour se penche en effet cette fois sur le rattachement de la situation avec l'Etat où le nom a été obtenu. La nécessité de la reconnaissance du nom obtenu dans un Etat membre ne se limite pas au cas où ce nom a été obtenu alors que l'intéressé résidait dans cet Etat. Le doute n'était guère permis après l'arrêt *Garcia Avello* mais cela va mieux en le disant et l'arrêt *Freitag* est clair : l'intéressé a obtenu un changement de nom en Roumanie sans s'y être installé. Les liens avec la Roumanie ne sont pas pour autant inexistant : loin s'en faut, l'intéressé est un ressortissant roumain (mais aussi allemand). La compétence des autorités roumaines est alors légitime. Une telle solution met le nouveau droit allemand, l'article 48, EGBGB, en porte-à-faux dès lors que celui-ci ne postule la reconnaissance que dans le cas où le nom de famille a été obtenu par l'intéressé dans l'Etat de sa résidence habituelle. Or ce que dit la Cour, c'est que la nationalité constitue elle aussi un lien suffisant. En conséquence, la loi allemande est trop restrictive.

L'affirmation de l'existence d'un lien est bienvenue, on y reviendra. Elle permet d'augurer d'un contrôle de l'existence de liens avec l'Etat où le nom a été obtenu, alors que l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* pouvait faire craindre une généralisation du *law shopping* à l'instar de ce qui existe en droit des sociétés¹⁶.

¹⁶ v. *infra*, III.

Enfin, l'arrêt *Freitag* ajoute une nouvelle pierre à l'appréhension de la double nationalité au sein de l'Union européenne, en renforçant la remise en cause du principe de primauté de la nationalité du for. A deux reprises, la Cour oblige les autorités allemandes à voir dans M. Pavel un ressortissant roumain et non seulement un ressortissant allemand. Elles doivent d'abord admettre que la situation n'est pas celle d'un ressortissant allemand résidant en Allemagne, ce qui serait une situation interne, mais aussi celle d'un ressortissant roumain résidant en Allemagne, ce qui justifie l'application du droit de l'Union (pt 34). Elles doivent ensuite, on l'a dit, reconnaître que la situation présente un lien avec la Roumanie, en raison de la nationalité roumaine de M. Pavel.

Sans pour autant avoir résolu toutes les difficultés – c'est l'inconvénient de la méthode casuistique - ces deux décisions ont néanmoins contribué à la clarification du débat, tant sur les méthodes de circulation des noms de famille et, au-delà, des questions de statut personnel, que sur les limites de celles-ci.

II. Les méthodes

Les arrêts *Bogendorff* et *Freitag* s'insèrent dans un vaste mouvement, qui dépasse la seule question du nom de famille. Le premier est celui de l'extension progressive de la méthode de la reconnaissance (A), le second celui de la résolution du conflit de nationalités (B).

A. L'extension de la méthode de la reconnaissance

Inlassablement, même si c'est au prix de quelques tâtonnements, la Cour de justice cherche depuis l'arrêt *Garcia-Avello* à favoriser la circulation des noms de famille. Elle y voit en effet une conséquence du « statut fondamental des ressortissants des Etats membres »¹⁷ qu'elle s'emploie à élaborer depuis l'introduction de la notion de citoyenneté européenne dans les traités européens.

Reste à savoir comment, concrètement, assurer cette circulation. A cet égard, l'exemple donné par le législateur allemand avec l'article 48 EGBGB démontre la difficulté de l'exercice. Il serait sans aucun doute préférable que les réflexions soient menées à l'échelle de l'Union européenne pour parvenir à des solutions identiques dans les différents Etats membres¹⁸. Mais quelles solutions ?

La première pourrait être, bien évidemment, l'unification matérielle. Un droit européen du nom de famille pourrait être envisagé, qui résoudrait définitivement la question de la divergence entre Etats. Une telle solution, toutefois, doit sans doute être écartée en raison de l'incompétence du législateur européen et au regard de principe de subsidiarité. La démonstration en a déjà été faite, il est sans doute inutile d'y revenir¹⁹. En matière de nom comme dans les autres matières du droit des personnes et de la famille, l'unification matérielle européenne n'est pas pour demain.

Reste la voie du droit international privé. On sait que celle-ci a largement été explorée par le

¹⁷ Pour reprendre la formule célèbre de l'arrêt CJCE, *Grzelczyk*, 20 Septembre 2001, aff. C184/99.

¹⁸ *Dutta/Helms/Pintens*, Ein Name in ganz Europa – Vorschläge für ein Internationales Namensrecht der Europäischen Union, Wolfgang Metzner Verlag 2016.

¹⁹ P. Lagarde, « Le droit du nom : est-il besoin de légiférer ? » *Direction des politiques internes, Département thématique C – Droits des citoyens et affaires constitutionnelles*, Parlement Européen, 2015.

législateur européen, qui a adopté de nombreux règlements en matière de compétence, de loi applicable et de circulation des jugements dans de nombreux domaines du droit de la famille.

Le nom de famille, toutefois, est resté étranger à ce mouvement d'unification. Aussi les solutions proposées viennent-elles, pour l'instant, essentiellement de la doctrine. De nombreuses propositions ont été faites pour surmonter les insuffisances, au regard des exigences européennes, de la règle de conflit de lois en matière de statut personnel, et spécialement de nom²⁰. Elles visent souvent à introduire l'autonomie de la volonté en la matière, notamment en s'appuyant sur un droit à l'identité, lui-même nourri des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme²¹. En matière de nom, ces solutions sont envisageables, même si elles sont souvent complexes et que leur mise en œuvre risque de s'avérer particulièrement délicate. Le principe même de l'autonomie de la volonté est en effet difficilement compatible avec l'une des fonctions traditionnelles du nom, sa fonction d'identification, à laquelle l'Union européenne est également attachée²². Un équilibre devra donc sans doute être trouvé entre le libéralisme d'une règle de conflit de lois totalement ouverte et le dirigisme d'un rattachement rigide.

Mais en toute hypothèse, il n'en reste pas moins que la méthode conflictuelle, méthode classique de détermination d'un nom de famille dans une situation internationale, qui consiste à soumettre le nom à une loi étatique, généralement la loi de la nationalité ou la loi de la résidence habituelle, s'est révélée insuffisante à assurer l'unité de l'état civil, qui est le résultat que la Cour de justice entend promouvoir. Cette insuffisance peut découler de la divergence des rattachements retenus dans les différents Etats membres ainsi que l'a démontré l'affaire *Grunkin et Paul* : le Danemark appliquait sa propre loi, en tant que loi de la résidence habituelle, alors que l'Allemagne imposait l'application de sa loi en tant que loi nationale. L'insuffisance peut aussi résulter des faiblesses du rattachement retenu : tel est le cas du rattachement à la nationalité dans l'hypothèse, finalement assez fréquente, de la double nationalité. L'affaire *Freitag* en témoigne : l'autorité roumaine a probablement appliqué la loi roumaine à un ressortissant roumain²³, alors que les autorités allemandes voient dans M. Freitag un ressortissant allemand dont le nom est régi par le droit allemand. Si chaque Etat entend faire prévaloir sa propre nationalité, on aboutit nécessairement à l'application de lois différentes.

Dès lors, le conflit de lois est insuffisant. Comme le dit la Cour de justice dans l'affaire *Freitag*, la méthode utilisée pour satisfaire l'objectif de libre circulation est indifférente et seul compte le résultat. Mais entre la méthode conflictuelle et la méthode de la reconnaissance, le gouvernement allemand proposait une troisième voie, celle du recours à la procédure administrative de changement de nom. On trouve dans les prémices de la décision, la description de la procédure allemande (pt 6 et s.). Il est important d'en faire ressortir les principales caractéristiques : elle est exceptionnelle et subordonnée à un « motif

²⁰ V. l'ouvrage précurseur de M. Scherer, *Le nom en droit international privé*, LGDJ, 2004 ; Depuis, en Allemagne, v. part. F. Wall StAZ 2016. 327 ; Dutta/Helms/Pintens, Ein Name in ganz Europa – Vorschläge für ein Internationales Namensrecht der Europäischen Union, Wolfgang Metzner Verlag 2016

²¹ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2009, vol. 341, p. 282 et s.

²² Comp. CJUE 2 oct. 2014, C-101/13, U c/ Stadt Karlsruhe, à propos du règlement n° 2252/2004 sur les modèles de passeport : « la présentation des différentes composantes du nom de son titulaire doit être exempte de toute ambiguïté ainsi que, partant, de tout risque de confusion ».

²³ L'arrêt *Freitag* ne le précise pas.

sérieux », ce motif sérieux peut résulter du changement de nom obtenu par un double national dans le pays de son autre nationalité. La Cour de justice n'est pas insensible à la proposition et elle admet le recours à une solution alternative à la reconnaissance directe : l'entrave ne serait pas constituée s'il existe en droit national d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance dudit nom » (pt 47). Mais elle l'admet du bout des lèvres, et à titre d'exception et non de principe. La Cour affirme que l'article 21 « s'oppose à ce que le bureau de l'état civil d'un État membre refuse de reconnaître [...], à moins qu'il existe en droit national d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance dudit nom » (pt 47). L'avocat général tout en préconisant une solution voisine se montrait plus ouvert et inversait le rapport de principe à exception. La Cour laisse entendre que la voie alternative proposée n'est peut-être guère effective : elle se montre gênée par le caractère discrétionnaire de la procédure de changement de nom. Or il importe que cette procédure ne rende pas « impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre des droits conférés par l'article 21 TFUE » (pt 41). Il appartiendra au juge allemand de décider si ladite procédure est bien équivalente à une reconnaissance directe. Son coût qui peut dépasser les 1000 euros²⁴, mais également son caractère discrétionnaire, peuvent en faire douter.

Dès lors, il est difficile de ne pas voir que, si l'existence théorique d'une troisième voie n'est pas exclue, celle-ci est bien difficile à trouver en pratique. L'arrêt *Freitag* montre que la procédure administrative prévue doit effectivement être aussi simple et efficace que la reconnaissance pour pouvoir passer le test de la compatibilité avec les exigences de la citoyenneté. La question est dès lors aussi celle de l'économie de moyen : puisqu'aucune solution n'est acceptable sinon celle qui consiste à s'aligner sur la décision prise à l'étranger, autant reconnaître le plus simplement possible ce qui a été effectivement décidé plutôt que d'en passer par une procédure locale, plus coûteuse et potentiellement aléatoire. D'autres voies donc sont peut-être envisageables. Il reste que la reconnaissance semble bien la mieux à même de garantir le respect des exigences de la Cour.

La méthode de la reconnaissance paraît donc bien solidement implantée dans la jurisprudence de la Cour de justice et la question semble désormais bien plutôt être celle de son éventuelle extension au-delà de la seule question du nom de famille. S'il est convaincant d'estimer que la citoyenneté européenne peut servir de fondement à une recherche plus générale d'unité du statut familial²⁵, il reste que la Cour n'a jamais pour l'instant étendu ces solutions au-delà de ce seul domaine.

A cet égard, sans doute faut-il s'attendre à un fort impact du récent règlement 2016/1191²⁶

En prenant l'article 21, paragraphe 2, TFUE, comme base juridique, le législateur européen reconnaît en effet explicitement que la liberté de circulation doit être entendue comme une liberté de circuler avec son statut civil et familial. Ce texte permettra donc d'asseoir définitivement l'interprétation extensive de la liberté de circulation à la lueur de la citoyenneté, qui reste pour l'instant l'apanage de la Cour. En assurant sur des bases législatives fermes les liens entre liberté de circulation et statut personnel, le texte pourrait

²⁴ F. Wall, *Anwendungsprobleme des Art. 48, EGBGB, StAZ 2013. 237, sp. 239.*

²⁵ L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse Paris 2, 2015, spéc. pp. 328 et s.

²⁶ *Règlement 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne et modifiant le règlement UE n° 1204/2012*

donc, en retour, conduire à un recours étendu à la méthode de la reconnaissance²⁷. En ce sens, la lignée jurisprudentielle sur le nom de famille pourrait n'être que le début d'un plus profond bouleversement méthodologique.

B. Le conflit de nationalités

L'affaire *Freitag*, par ailleurs, est importante à un autre égard. On l'a vu en effet, tant M. Bogendorff von Wolfersdorff que M. Freitag étaient doubles nationaux. L'un et l'autre étaient donc bien simultanément rattachés à deux Etats de l'Union européenne par un critère de rattachement dont on sait qu'il reste un critère fondamental en matière de statut personnel. La question, pourtant directement posée à la Cour dans le premier cas, n'a été clairement prise en considération que dans le second.

C'est en effet seulement dans l'affaire *Freitag* que la Cour de justice s'est directement interrogée sur le point de savoir si la situation se rattachait effectivement à l'ordre juridique roumain. Elle l'affirme sans ambages et l'impose au juge allemand. Elle l'impose, tout d'abord, lorsqu'elle considère que la situation se rattache bien au droit de l'Union (point 34). Si en effet la situation n'est pas purement interne (ce qu'elle pourrait être aux yeux de l'Allemagne si seule la nationalité allemande était prise en considération) c'est bien parce que, pour la Cour, l'affaire concerne une personne qui est titulaire de la nationalité d'un Etat membre et séjourne légalement dans un autre Etat membre. De ce double rattachement qui permet d'établir l'applicabilité du droit de l'Union, l'Allemagne ne peut pas ne pas tenir compte. La même analyse, ensuite, s'impose au stade de l'application même du droit de l'Union, puisqu'on a vu que le refus par l'Allemagne de reconnaître la modification du nom de famille en Roumanie serait constitutif d'une entrave à la liberté de circulation du citoyen européen. C'est bien imposer à l'Allemagne de reconnaître qu'un de ses ressortissants possède aussi une autre nationalité.

Cette solution, à dire vrai, n'est guère surprenante. Elle est tout d'abord, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour qui a montré depuis longtemps qu'elle était assez indifférente aux considérations abstraites du conflit de nationalités pour préférer une approche concrète, orientée autour des droits garantis aux individus en situation de mobilité. C'est ainsi que la Cour a imposé que la Cour a imposé à l'Espagne la reconnaissance d'une nationalité italienne guère effective²⁸, à la Grande Bretagne la reconnaissance de la nationalité irlandaise d'un enfant chinois qui ne présentait guère de liens avec l'Irlande²⁹, ou à la France la reconnaissance de la nationalité hongroise d'époux doubles nationaux franco-hongrois qui avaient été divorcés en Hongrie³⁰. Récemment encore, la Cour a refusé que la Grande Bretagne ne tienne aucun compte de la nationalité espagnole d'une femme ayant fait l'objet d'une décision de naturalisation britannique³¹.

L'affaire *Freitag* a cet égard ajoute de l'eau à ce moulin, en imposant à l'Allemagne non pas de considérer que l'intéressé est uniquement roumain ou uniquement allemand, mais bien de tenir compte pour lui permettre l'exercice de ses droits de citoyen européen, de l'existence d'un rattachement fort à ces deux pays. Relevons d'ailleurs que l'application du

²⁷ E. Pataut, « Vers un état civil européen ? », *Mélanges en l'honneur de S. Vrellis*, Athènes, 2013, 635-646.

²⁸ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90.

²⁹ CJCE, *Zhu et Chen*, 19 octobre 2004, aff. C-200/02

³⁰ CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi c. Mesko*, aff. C-168/08

³¹ CJUE, 14 novembre 2017, Aff. C-165/16, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*

droit roumain en l'espèce par les autorités roumaines était en elle-même discutable, exactement pour les mêmes raisons. Certes le droit international privé soumet l'état civil à la loi nationale (art 2.576 du nouveau code civil roumain) mais il précise que si la personne a plusieurs citoyennetés, la loi de celui de ces Etats dont la personne a la citoyenneté et auquel elle est le plus étroitement liée, notamment par sa résidence habituelle, s'applique (art. 2.568, 2) du nouveau code civil roumain). En l'occurrence, et même s'il est vraisemblable que le conseil d'arrondissement n'ait pas soulevé la question du conflit de lois, il est donc plausible, précisément parce que le droit roumain prend une position nuancée sur le conflit de nationalités, que la règle de conflit de lois roumaine désignait le droit allemand...

Quoi qu'il en soit, sur cette question, l'arrêt se trouve en phase avec de nombreux travaux, aujourd'hui, qui conduisent à la remise en cause du principe de primauté de la nationalité du for. Il faut ici tout particulièrement citer la codification d'envergure proposée par le Groupe européen de droit international privé à sa session de Lausanne en 2013, à laquelle Christian Kohler a activement participé³². Ces travaux, qui constituent désormais une importante référence en la matière, suggèrent en effet de suivre la méthode initiée par la cour de justice.

A cet égard on relèvera particulièrement la disposition affirmant qu' « en cas de pluralité de nationalités, un Etat Membre ne peut refuser de reconnaître une situation juridique constituée dans un autre Etat Membre sur la base d'une certaine nationalité d'une ou de plusieurs personnes en cause au seul motif d'une divergence d'appréciation lors de la prise en considération de cette nationalité »³³ et précisant que « lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs Etats membres, il peut se prévaloir de l'une ou l'autre de ces nationalités. »³⁴. Les propositions, on le voit, portent aussi bien sur la mise en œuvre de la méthode conflictuelle que sur celle de la méthode de la reconnaissance.

L'affaire *Freitag* apparaît donc bien comme un jalon important dans la remise en cause de la résolution abstraite du conflit de nationalités, pour lui préférer une approche fonctionnelle, centrée sur les droits des individus³⁵.

Ainsi, la jurisprudence sur le nom de famille et tout particulièrement ses deux dernières occurrences, ouvrent la voie à de fondamentales questions méthodologiques. Les décisions sont incontestablement libérales, en ce sens qu'elles favorisent l'alignement d'un système sur l'autre. A cet égard, le rapprochement avec le droit des sociétés s'impose, mais ne laisse pas d'inquiéter. Concernant la méthode de la reconnaissance, en effet, les solutions très libérales qui ont été retenues en matière de sociétés suscitent des critiques et leur transposition dans la matière sensible de l'état des personnes n'est sans doute pas des plus opportunes³⁶. La consécration du *law shopping* qui, dans le domaine du nom, paraît résulter de l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* est à cet égard inquiétante et les précisions de l'affaire *Freitag* encore insuffisantes, quoique bienvenues.

³² Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne, Lausanne 2013, disponible à : <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-23.htm> (dernière visite 10 janvier 2018).

³³ Art. 3 de la proposition de code adopté à la session de Lausanne de 2013.

³⁴ Art. 4 de la proposition de code adopté à la session de Lausanne de 2013.

³⁵ V. sur ce point l'article fondateur de P. Lagarde : « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités », *Rev. Crit. DIP*. 1988. 29

³⁶ V. not. H.-P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner, *IPrax* 2007. 1

C'est s'interroger sur les limites à cette évolution vers une obligation générale de reconnaissance.

III. Les limites

Progressivement, semblent émerger, à partir de la matrice utilisée en matière de reconnaissance des jugements, deux types de contrôle susceptibles de constituer des bornes à l'exigence de reconnaissance³⁷: un contrôle des liens suffisants, calqué sur le contrôle de la compétence indirecte (A) et un contrôle de l'ordre public, peut-être extensible à la fraude ou à l'abus de droit (B).

A. Le contrôle des liens étroits

Il est acquis que la méthode de la reconnaissance est une méthode intrinsèquement libérale, visant à favoriser la circulation des situations juridiques. Telle est bien, d'ailleurs, la seule exigence explicite de la Cour de justice, qui, au-delà de toute considération méthodologique, déduit bien de la liberté de circulation des citoyens l'exigence de reconnaissance de leur nom de famille. Il reste qu'une telle circulation semble supposer au moins qu'existent certains liens entre le pays dans lequel la situation a été cristallisée³⁸. A cet égard, les possibilités sont nombreuses et la jurisprudence peu éclairante.

Le droit international privé classique, celui du conflit de lois, de la compétence et de la circulation des jugements, connaît bien cette difficulté, résolue par l'utilisation de critères de rattachement. Telle était la solution du droit allemand, qui, pour sa part, utilisait à la fois une règle de conflit de lois classique utilisant le critère de la nationalité (article 10 EGBGB) et une règle de reconnaissance qui subordonnait la circulation du nom de famille au fait que celui-ci soit obtenu par l'intéressé dans l'Etat de sa résidence habituelle (Article 48 EGBGB). Cette disposition jouait un rôle équivalent à celui de la condition de compétence indirecte en matière de circulation des jugements: vérifier, pour accepter la reconnaissance de la décision, que celle-ci a bien été obtenue dans un Etat qui présentait un lien acceptable avec la situation aux yeux du juge du for.

Il reste que si l'idée d'un certain contrôle est acceptable, l'ampleur de celui-ci reste encore largement à construire et la Cour n'est pas ici très explicite. Il paraissait acquis (et était d'ailleurs envisagé dès l'adoption de l'article 48³⁹) que la loi allemande était trop restrictive. Comme le dit la Cour, la reconnaissance s'impose lorsque (point 46) :

« L'intéressé présente avec l'autre Etat membre dans lequel il a obtenu son nom un lien de rattachement autre que le séjour habituel, tel que la nationalité ».

L'affirmation mérite d'être soulignée, car comme on l'a vu, la Cour dans l'affaire *Bogendorff* avait regrettamment évité de répondre à cette difficulté, pourtant explicitement posée. Elle

³⁷ Sur ce point, v. S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in : P. Lagarde, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, préc., p. 113. Pour une discussion exhaustive des liens suffisants, v. A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne*, Thèse dact. Lyon 3, 2014, pp. 445 et s.

³⁸ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547.

³⁹ C. Kohler, *ibid.*

semble désormais admettre implicitement qu'un certain lien de rattachement est effectivement nécessaire. Une telle précision, qui reste à confirmer de façon peut-être un peu plus explicite, est la bienvenue. Le libéralisme dont la Cour a fait preuve en matière de sociétés depuis l'affaire *Centros*⁴⁰, et récemment confirmé dans la récente et regrettable affaire *Polbud*⁴¹ a suffisamment été critiqué pour que l'on se réjouisse qu'un certain lien entre le pays ayant pris la décision et la situation soit désormais exigé.

Reste, bien évidemment, à savoir de quel « lien de rattachement » il s'agit. A cet égard, la Cour est beaucoup plus vague, se contentant de noter que la nationalité roumaine en l'espèce était suffisante. On n'en doutait guère, mais peut-être serait-il possible d'être un peu plus explicite. La Cour gagnerait sans doute à s'inspirer de sa propre jurisprudence, qui plus est élaborée dans le même cadre conceptuel, celui de la citoyenneté européenne, et utiliser plus franchement le concept « d'intégration » dont on sait l'importance considérable qu'il a prise en droit européen⁴². La circulation dans les autres Etats membres de la situation telle qu'elle a été cristallisée dans un Etat membre serait dès lors subordonnée à l'existence d'un « lien d'intégration » entre la personne et l'Etat. Outre sa grande souplesse, la solution aurait le mérite de rendre plus cohérent le régime d'un ensemble d'hypothèses fort différentes : entrée et séjour sur le territoire, accès à l'assistance sociale et égalité de traitement, unité du statut personnel. Au-delà de leurs évidentes différences, tous ces domaines ont été profondément repensés au prisme de la citoyenneté et en fonction d'un objectif substantiel : celui d'assurer un statut unique aux ressortissants des Etats membre et leur famille. Cet objectif se joue des divergences législatives comme des oppositions méthodologiques. L'indifférence de la Cour à ces difficultés montre bien que la question n'est pas de trouver la loi « du siège de la situation » ni même la loi « des liens les plus étroits », non plus que de prendre parti abstraitement sur la méthode de la reconnaissance face à celle du conflit de lois. La logique est ici celle de la jouissance des droits attachés à la qualité de citoyen européen et c'est cette logique qui prévaut sur celle de la répartition des compétences législatives dans l'espace. Unifier conceptuellement cet ensemble jurisprudentiel autour de la notion d'intégration aurait pour avantage de mettre en lumière l'unité profonde de la citoyenneté européenne.

B. L'ordre public et l'abus de droit

Sur le second point, la réserve liée aux titres nobiliaires et le respect des graphies nationales sont, à ce jour, les seules limites admises par la Cour de justice à la reconnaissance du nom obtenu dans un Etat présentant un lien avec la situation. Sont invoquées les traditions constitutionnelles nationales, dont l'appréciation relève, comme l'a dit la Cour dans l'affaire *Bogendorff*, des juridictions nationales. La précision est d'importance. Mais il est douteux qu'elle soit suffisante.

Les conditions exactes dans lesquelles la reconnaissance d'un nom attribué dans un Etat peut être refusée dans un autre restent en effet encore largement à construire. Du point de vue de l'ordre public, il est certain que l'attribution et la circulation du nom de famille posent beaucoup moins de difficultés que les questions infiniment plus inflammables de la gestation pour autrui ou du mariage entre personnes de même sexe. Il reste que les arrêts

⁴⁰ CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97, l'arrêt *Centros* était explicitement cité comme précédent dans l'affaire *Bogendorff* (point 57).

⁴¹ CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16

⁴² V. not. S. Barbou des Places, « le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des Affaires Européennes*, 2013/4, p. 689

Bogendorff et Freitag incitent à introduire une distinction, selon que la décision d'attribuer tel nom résulte d'une application de la loi (comme dans l'affaire *Grunkin et Paul*) ou d'une procédure volontaire de changement de nom.

La réponse se trouve peut-être dans l'édiction d'un régime particulier pour les changements volontaires de nom. Autant la solution de la reconnaissance, sans autre réserve que celle de l'ordre public, est légitime dans l'hypothèse de l'affaire *Grunkin et Paul* où se pose la question de la reconnaissance du nom enregistré à la naissance de l'enfant ; autant le *law shopping* devrait être regardé avec circonspection lorsque le citoyen européen circule sans difficulté avec le nom d'origine et demande pour convenances personnelles à en changer. Plusieurs solutions sont envisageables.

Une première solution, particulière au nom de famille, pourrait consister à limiter le nombre des autorités compétentes pour procéder au changement de nom. Cette suggestion est inspirée de la Convention internationale de l'état civil signée à Istanbul le 4 septembre 1958 sur les changements de noms et de prénoms⁴³. Néanmoins, une telle solution même assouplie peine à s'inscrire dans le contexte européen qui, à travers la liberté de circulation, favorise la multiplicité des rattachements pour un même individu.

D'autres solutions, moins spécifiques au nom de famille peuvent être envisagées. On peut tout d'abord songer à utiliser la théorie de l'abus de droit. Les voix sont nombreuses aujourd'hui pour réclamer que la question de l'abus de droit soit repensée, à la lumière des facilités accrues de la liberté de circulation⁴⁴.

L'affaire *Bogendorff* paraît être une illustration frappante d'un tel abus de droit. Voici une personne qui profite de l'extrême libéralisme d'un droit étatique du nom de famille pour usurper dans son pays d'origine des titres nobiliaires : l'intéressé s'était joué du système juridique anglais qui interdit l'utilisation de faux titres de noblesse dans le nom figurant sur le passeport⁴⁵ en choisissant des éléments qui ne sont pas des titres de noblesse en langue anglaise mais qui le sont en langue allemande. Cette utilisation de la diversité linguistique doublée du choix de la loi anglaise en raison de sa souplesse ne devait-elle pas s'analyser en un abus de droit ? Il se trouve que l'interdiction de la création de titres nobiliaires est constitutionnelle en Allemagne, justifiant le jeu de l'ordre public⁴⁶. Mais imaginons qu'un ressortissant allemand ou français installé à Londres décide en utilisant la souplesse du droit anglais de se faire appeler Emmanuel Macron. Devrait-on obliger les autorités allemandes ou françaises à reconnaître ce nom, au motif que ce nom bénéficiant actuellement certes d'un certain prestige ne heurte pas l'identité constitutionnelle de ces pays ?

On peut également, dès lors que ce changement nécessite l'intervention d'une autorité administrative ou juridictionnelle, envisager d'instaurer une obligation de coopération entre autorité, à l'instar de ce qui existe déjà dans de nombreux domaines de l'Espace de sécurité, liberté, justice et qui est l'un des points principaux du récent règlement sur l'état civil⁴⁷. La

⁴³ Son article 2 exigeait de l'Etat de ne pas changer le nom des ressortissants d'un autre Etat sauf s'ils sont également ses propres ressortissants.

⁴⁴ V. par exemple D. Berlin, F. Martucci et F. Picod (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2017 et spéc. A. Bouveresse, « La fraude dans l'abus de droit », pp. 17 et s.

⁴⁵ V. R. Janal, *obs. préc.*

⁴⁶ La solution n'était pas évidente. Pour une discussion quant à la contrariété des titres nobiliaires à l'ordre public allemand, T. Helms, « *Ordre public – Der Einfluss der Grund- und Menschenrechte auf das IPR* », *IPraxis* 2017. 153.

⁴⁷ Règlement 2016/1191, articles 13 et suivants.

coopération pourrait ici être utilisée pour vérifier que le changement de nom envisagé est bien acceptable dans les Etats avec lesquels l'intéressé présente un lien significatif ou, au stade de la reconnaissance, que ce changement de nom a bien été pris par l'autorité d'origine en toute connaissance de cause.

Tous ces éléments mériteront évidemment d'être développés et affinés et il ne fait guère de doute que les décisions futures de la Cour y contribueront. Il reste que cette jurisprudence montre bien combien la question du nom de famille est un point d'observation particulièrement pertinent pour comprendre les mutations en cours du droit international de la famille en Europe. En cela, elle témoigne aussi de l'importance de la rencontre entre droit international privé et droit de l'Union européenne, auquel Christian Kohler a tant contribué.