

Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales
internationales
Patrick Wautelet (ULg)

Il est devenu trivial de souligner l'essor considérable de l'autonomie de la volonté dans le règlement des relations familiales internationales. Depuis la consécration par les Pays-Bas en 1981 d'une possibilité pour les époux de se prononcer sur la loi applicable à leur divorce¹, on peut constater une envolée remarquable de ce principe de résolution des conflits de lois. L'on peut d'ailleurs s'interroger sur les raisons de cette confiance accordée au choix des parties². On a pu avancer que l'essor de l'autonomie de la volonté trahissait un souci de pallier l'impossibilité d'unifier les droits des Etats membres³. D'autres estiment que l'idée même de choix est inhérente, consubstantielle à l'idée d'UE⁴ et spécialement du marché intérieur⁵. Pour d'autres encore, l'essor de l'autonomie de la volonté constitue la conséquence inéluctable de la liberté toujours plus grande concédée par le droit matériel interne en matière familiale⁶. Certains avancent que la liberté de choix constituerait un vecteur d'efficacité dans le règlement des relations familiales internationales⁷. C'est le plus souvent la sécurité juridique accrue qui est évoquée à ce propos comme justification de l'autonomie concédée aux parties⁸. La possibilité de choisir la loi

-
- 1 Art. 1 par. 4 de la 'Wet houdende regeling van het conflictenrecht inzake ontbinding van het huwelijk' du 25 mars 1981 (traduction française in *Revue critique de droit international privé*, 181, 809), aujourd'hui devenu l'article 10:56 du Code civil des Pays-Bas.
 - 2 Voy. récemment B. ANOVEROS TERRADAS, « La autonomia de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia », in *Entre Bruselas y La Haya : estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás, J. FORNER DELAYGUA et al.* (eds.), Marcial Pons, 2013, 119-131 et D. HEINRICH, « Zur Parteiautonomie im europäisierten internationalen Familienrecht », in *Confronting the frontiers of family and succession law : liber amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Intersentia, 2012, 701-713.
 - 3 Pour une vue d'ensemble des fondements possibles, cons. K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrechts*, Mohr Siebeck, 2013.
 - 4 Selon M. Reich, “The guarantee of the right to free choice constitutes the core issue of a European economic constitution for liberal authors as it establishes the right to participate in cross-border transactions in accordance with Community law” : N. REICH, “Economic Law, Consumer Interests and EU Integration”, in *Understanding consumer law*, H.-W. MICKLITZ, N. REICH & P. ROTT, Intersentia, 2009, 45, n° 1.36. Dans son récent ouvrage consacré aux principes généraux du droit européen, Norbert Reich évoque le principe de l'autonomie encadrée (“framed' Autonomy”). Selon M. Reich, le droit européen repose sur un équilibre entre la liberté des parties et les limites apportées par la loi. (N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, 2013, pp. 17 – 34). Voy déjà le chapitre consacré à l'autonomie de la volonté in N. REICH, C. GODDARD et K. VASILJEVA, *Understanding EU Law : Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, 2003, pp 265 es.
 - 5 S. LEIBL, “Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?”, in *Festschrift für Erik Jayme*, H.-P. MANSEL (éd.), Sellier, 2004, (485), 501-502.
 - 6 CH. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, ADI-Poche, 2013, 155, n° 82, qui évoque aussi le “renforcement de la position de l'individu à l'égard du pouvoir étatique par le biais des droits fondamentaux et des droits de l'homme” (158, n° 83).
 - 7 Voy. les commentaires de G. RÜHL, “Party autonomy in the Private International Law of Contracts. Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, in (153), 176-177 (Mme Rühl s'exprime à propos des relations contractuelles internationales).
 - 8 Voy. le considérant 15 du Règlement Rome III qui indique que “Accroître la mobilité des citoyens requiert davantage de souplesse et une plus grande sécurité juridique”, objectifs qui peuvent selon ce même considérant être atteint par le biais de l'autonomie de la volonté. On a pu écrire que ces explications étaient “obscurés” (voy. C. GONZALEZ BEILFUSS, “Article 5”, in *Droit européen du divorce*, S. CORNELOUP (éd.), LexisNexis, 2013, 546, n° 4). Cette sécurité juridique se traduit surtout par la possibilité de circuler sans entrave au sein de l'Union européenne et d'assurer la circulation d'un statut. Voy. à propos du Règlement Rome III, P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2011, (291), 313, n° 22. Mme Muir Watt a souligné le caractère dogmatique de l'argument de la sécurité juridique invoqué par le

applicable peut également être justifiée au regard des difficultés affectant la règle de conflit applicable à défaut de choix, notamment lorsque celle-ci repose sur un critère de rattachement susceptible de susciter des difficultés d'interprétation⁹. Enfin, la liberté de choix est également associée à l'idée d'une meilleure coordination des systèmes reposant sur des traditions différentes ainsi qu'au respect des traditions culturelles des personnes concernées¹⁰.

Au-delà de la consécration toujours plus importante de l'autonomie de la volonté comme fondement de la règle de conflit de lois en matière familiale¹¹, la liberté des parties a reçu ces dernières années un appui important par le biais d'une jurisprudence ambitieuse tant de la Cour de justice de l'Union que de la Cour européenne des droits de l'homme. En simplifiant quelque peu, l'on peut poser que ces deux juridictions ont permis aux citoyens de se prévaloir plus facilement dans l'Etat de leur résidence d'un statut obtenu dans un autre Etat¹². Ce faisant, cette jurisprudence aboutit à permettre aux citoyens d'opter pour un statut né à l'étranger. Comme le note M. Kohler, cette jurisprudence "est, en quelque sorte, l'antichambre de l'autonomie de la volonté des particuliers et peut en constituer un équivalent fonctionnel"¹³.

Dans le même temps, force est bien de constater que le droit de la famille semble constituer un îlot de résistance tenace face au mouvement d'unification et d'harmonisation¹⁴. Mis à part quelques projets ponctuels, les normes pertinentes en matière de relations familiales demeurent fondamentalement l'oeuvre du législateur national. Sans doute ce constat doit-il faire l'objet d'une nuance importante : à défaut d'entreprise avérée d'unification, on peut néanmoins déceler une certaine convergence des droits nationaux¹⁵. Cette convergence, qui reçoit l'appui de certains

législateur européen : H. MUIR WATT, "La 'conduite des conduite' et le droit international privé de la famille : réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du Règlement Rome III", in *Droit européen du divorce*, S. CORNELOUP (éd.), LexisNexis, 2013, (729), 732, n° 4.

9 Voy. par ex. à propos de l'autonomie de la volonté consacrée par le Règlement Rome III, I. VIARENGO, "The role of party autonomy in cross-border divorces", *NIPR*, 2012, (555), 556-557.

10 Voy. notamment D. HEINRICH, « Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität », in *Festschrift für Erich Jayme*, H.-P. MANSEL et al. (eds.), I, Sellier, 2004, 321-329 et H.-P. MANSEL, « Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrechts », in *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, G. NOLTE et al. (éds.), 2008, D.F. Müller, 137-214.

11 Consécration qui ne doit pas cacher les importantes différences séparant les différents instruments adoptés par l'Union européenne, l'autonomie de la volonté ne bénéficiant pas dans les instruments récents de la même ampleur. A cette diversité propre au droit secondaire européen, s'ajoute la tension que suscite l'accueil différent de l'autonomie de la volonté au sein même du droit des Etats membres. Cette diversité a fait dire à M. de Boer qu'il était sans doute illusoire de souhaiter l'adoption de règles uniformes fondée sur le choix des parties, compte tenu de l'ampleur différente que la liberté des parties reçoit dans le droit interne des Etats membres (TH. DE BOER, "And the winner is...? Hoe het afliep met de grondslagenstrijd in het IPR", in *Offerhauskring vijftig jaar: jubileumbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' (1962-2012)*, Boom, 2012, (35), 44).

12 Voy. surtout les arrêts Wagner (Cour eur. DH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, requête n° 76240/01) et Grunkin Paul (C.J.U.E., 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, 2008, I-7639).

13 CH. KOHLER, *op. cit.*, 162, n° 84.

14 On évoque souvent pour expliquer ce constat, le fait que "le droit de la famille, plus que toute autre branche du droit civil, est imprégné à la fois de l'histoire, de la culture et des moeurs d'une société déterminée et constitue en tant que 'bastion des particularismes nationaux', un 'droit réfractaire à toute internationalisation'" (A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse Dijon 2011, 2, n° 2). Cette idée d'une spécificité du droit de la famille, qui rendrait difficile le rapprochement des droits nationaux, mérite d'être appréciée de façon critique. L'on peut en effet se demander si le droit des relations commerciales n'est pas lui aussi le vecteur de certaines spécificités nationales qui rendent complexe toute tentative d'harmonisation.

15 Pour une étude détaillée, voy. A. THURILLET-BERSOLLE, *op. cit.*, pp. 415-449.

travaux éclairés¹⁶, s'explique pour partie par l'influence importante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 CEDH¹⁷. Au-delà de ce constat, les efforts de rapprochement sont pour l'instant, au mieux, timides¹⁸. La diversité demeure dès lors la règle en la matière.

Les ingrédients semblent dès lors réunis pour le développement d'une véritable concurrence législative qui pourrait mener au spectre de la '*race to the bottom*'. A l'offre de droits aux contenus différents se conjugue en effet une certaine possibilité de choix par les parties. Cette liberté de choix constitue un avatar évident de la mobilité qui fonde le pouvoir d'arbitrage des acteurs privés¹⁹. Ce thème a déjà été richement exploré dans de nombreux domaines²⁰. Selon une analyse souvent partagée, la grande marge de manoeuvre reconnue aux parties en matière contractuelle pourrait donner lieu au développement d'une concurrence régulatoire²¹. Les importantes recherches de Mme Muir Watt ont fait écho à ce phénomène en faisant le lien entre une littérature économique parfois difficile d'accès et les instruments du droit international privé²². Selon l'analyse de Mme Muir Watt, "private economic actors play upon the fragmentation of the international legal scene in order to undertake activities under the most liberal normative regime, creating or reinforcing a race to the bottom between states eager to attract mobile capital"²³. Mme Muir Watt n'exclut pas que ce modèle puisse également s'appliquer aux relations familiales²⁴.

Cette analyse n'est pas sans susciter d'importantes questions. On a ainsi pu récemment se demander si au-delà du modèle théorique de la concurrence régulatoire, une analyse empirique permettait de révéler l'existence d'un tel phénomène. Selon M. Vogenauer, il n'y aurait pas pour l'heure de preuve manifeste de l'existence en Europe, d'un phénomène de concurrence normative en matière de droit des contrats²⁵.

-
- 16 Principalement ceux de la Commission européenne du droit de la famille, qui a publié d'intéressants 'Principes' sur certaines questions comme le divorce ou encore la responsabilité parentale (voy. <http://ceflonline.net/principles>).
 - 17 On a pu parler à ce sujet de "fondamentalisation" du droit de la famille pour expliquer la convergence des droits nationaux de la famille (A. THURILLET-BERSOLLE, *op. cit.*, 449, n° 601).
 - 18 L'on se rappellera d'ailleurs que la procédure d'adoption des règles de droit international privé fait au sein de l'Union européenne l'objet d'une procédure dérogatoire dans le domaine du droit de la famille : à la procédure de codécision est préférée une procédure soumettant l'adoption de textes à l'unanimité au sein du Conseil.
 - 19 Sur ce que le principe d'autonomie constitue un avatar de la mobilité, voy. H. MUIR WATT, "Aspects économiques du droit international privé", *Recueil des cours*, 119 e.s., n° 72 e.s., spéc. 129, n° 81.
 - 20 Et notamment en matière de politique sociale – voy. S. DEAKIN, "Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?", *Eur. L. J.*, 2006, 443 e.s. ou en matière de droit des sociétés – voy. par ex. M. KAHAN et E. KAMAR, "The Myth of State Competition in Corporate Law", *Stanford L. Rev.*, 2002, 729 et suiv. En général, voy. les contributions rassemblées in *La concurrence normative. Mythes et réalités*, R SEFTON-GREEN et L. USUNIER (éds.), Société de législation comparée, 2013.
 - 21 Voy. par ex. E. ANN O'HARA et L. E. RIBSTEIN, "Conflict of Laws and Choice of Law", in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, B. BOUCKAERT et G. DE GEEST (éds.), Edward Elgar, 2000, (631), 643-647. Adde F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, "Regulatory Competition : A Private International law Approach", *Eur. J. L. & Econ.*, 1999, 251-270.
 - 22 Voy. surtout "Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)", *Rec. cours*, 2004, vol. 307, 25-383.
 - 23 H. MUIR WATT, "The Role of the conflict of laws in European private law", in *The Cambridge Companion to European Private Law*, Ch. Twigg-Flesner (éd.), CUP, 2010, 44-57, 54-55.
 - 24 H. MUIR WATT, "The Role of the conflict of laws in European private law", préc., 56 : "Free choice of a more liberal personal or family regime (whether euthanasia, abortion, civil partnerships, various unilateral forms of divorce) is accessible to individuals who are able to cross borders, as long as no particular link to the local community is required to create a relationship prohibited by the home law of the parties". Voy. aussi H. MUIR WATT, "La 'conduite des conduites' et le droit international privé de la famille : réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du Règlement Rome III", préc., spéc. pp. 736-740.

Il reste que l'hypothèse interpelle. Le développement de l'autonomie de la volonté en matière familiale serait-il de nature à favoriser la mise en concurrence des systèmes normatifs, le choix des parties exerçant une discipline sur l'action des Etats? On pourrait ainsi aboutir à la création d'un véritable 'marché' du droit familial qui créerait un jeu compétitif²⁶. Plus largement, la liberté croissante reconnue aux particuliers pourrait-elle favoriser le développement de comportements opportunistes? L'évolution récente de certaines institutions familiales semble donner un poids certain à cette hypothèse. Il est frappant en effet de constater que depuis l'étincelle initiale qui s'est produite au Danemark avec la loi du 7 juin 1989 créant un partenariat enregistré ouvert aux personnes de même sexe, le souhait d'offrir aux couples de personnes de même sexe une alternative au mariage s'est répandu rapidement à travers toute l'Europe²⁷. Une majorité d'Etats membres de l'Union européenne permet aujourd'hui aux couples de personnes de même sexe de s'unir par le biais d'un partenariat. L'évolution semble plus modeste si l'on examine la possibilité pour les couples de personnes de même sexe de se marier : à ce jour, une dizaine d'Etats membres permettent à ces couples de se marier. Il demeure que l'évolution somme toute relativement rapide des droits nationaux semble procéder d'un mimétisme tendant à appuyer l'hypothèse d'un alignement des Etats sur le standard le plus récent. Il reste à voir si la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, dont il n'est pas avéré qu'elle a pu jouer un rôle quelconque dans cette évolution, pourrait contribuer à une évolution semblable dans d'autres domaines du droit familial.

Pour mettre cette hypothèse à l'épreuve, il faut prendre appui sur les deux éléments fondateurs du marché que sont l'offre (I) et la demande (II).

I. La liberté à l'épreuve du 'marché' – la 'demande' en matière familiale

Le développement d'un véritable marché du droit de la famille en Europe nécessite la réunion de plusieurs éléments. Parmi ceux-ci, le premier tient à l'existence d'une *demande* de la part des citoyens. Sur le plan des principes, ceux-ci disposent des outils permettant d'assurer la réalisation de leurs souhaits. Que ce soit à l'occasion de la planification d'une succession ou d'un divorce, les règles permettent en effet dans une certaine mesure aux parties de sélectionner elles-mêmes la loi applicable.

L'existence de règles juridiques permettant aux parties de choisir la loi, ne permet néanmoins pas de conclure *ipso facto* que la demande existe. Pour le vérifier il faut également s'interroger sur l'usage que les parties font de la possibilité de choix qui leur est offerte. Cette interrogation constitue un défi pour le juriste. Comment en effet mesurer l'usage qui est fait d'une règle donnée? La complexité de l'opération est encore plus grande lorsque les règles concernées sont de facture relativement récentes et qu'on perçoit bien qu'elles n'ont sans doute pas encore toutes percolé avec la même vigueur dans la pratique.

25 S. VOGENAUER, "Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe : Theory and Evidence", *ERPL*, 2013, 13-78.

26 Une autre perspective pourrait être adoptée. Elle consiste à s'interroger sur la pertinence d'une application aux relations familiales d'un modèle développé principalement, sinon exclusivement à la lumière d'opérations commerciales. Cette interrogation pourrait conduire à identifier les spécificités des relations familiales, qui nécessitent l'adoption d'une approche particulière. Voy. pour une première esquisse, P. JURCYS, "Party Autonomy in International Family Law : A Note from the Economic Perspective", disponible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127081.

27 Sur cette évolution, cons. K. WAALDIJK, "Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partnership in Europe", *Can. J. Fam. L.*, 2000, 62-88 et du même, "Chronological Overview of the Main Legislative Steps in the Process of Legal Recognition of Homosexuality in European Countries", *Int'l Fam. L.*, 2003, 91-95.

La difficulté de l'analyse ne peut cependant constituer le seul constat. S'il est difficile de savoir si les parties utilisent effectivement la possibilité qui leur est donnée de choisir la loi, l'on peut néanmoins prendre appui sur quelques données limitées. Parmi celles-ci, deux exemples retiennent l'attention : le premier concerne l'expérience récente en Belgique en matière de divorce, le second la pratique des contrats de mariage aux Pays-Bas.

Dans sa thèse remarquable, Mme Verhellen a procédé à l'examen de la jurisprudence des juridictions belges en matière de divorce international. Cette jurisprudence constitue un terrain favorable, puisque l'article 55 du Code de droit international privé permet depuis 2004 aux époux de choisir la loi applicable à une demande en divorce²⁸. Mme Verhellen a en outre interrogé de nombreux magistrats sur leur pratique, sur base d'une méthodologie bien réfléchie. Les résultats de cette étude sont sans appel : le choix de loi n'est utilisé que dans fort peu de cas²⁹. Seule une poignée de décisions font état d'un choix effectué par les époux. Encore faut-il préciser que certaines de ces décisions procèdent à une application erronée de l'article 55. Dans la plupart des décisions étudiées par Mme Verhellen, le droit applicable est déterminé sur base de critères objectifs, les parties ne s'étant pas prévalu de la possibilité d'effectuer un choix de loi. En outre, les entretiens réalisés par Mme Verhellen auprès de magistrats confirment le constat : les magistrats reconnaissent être fort peu confrontés à des situations dans lesquelles les époux ont choisi la loi applicable³⁰. Il n'est pas inintéressant de noter que certains magistrats qualifient même la possibilité de choix de loi comme étant purement "théorique"³¹.

Une hirondelle ne suffit bien entendu pas pour faire le printemps. Pour intéressante qu'elle soit, l'étude de Mme Verhellen demande à être confirmée ou infirmée par d'autres enquêtes. Sans doute doit-on également tenir compte du fait que la possibilité de choix de loi demeure une relative nouveauté, dont l'entrée dans les moeurs judiciaires ne pourra se faire avant quelques années.

Une autre étude montre d'ailleurs que le choix de loi est un instrument populaire dans un autre domaine. Depuis quelques années déjà, le notariat néerlandais procède à une étude fouillée des contrats de mariage reçus aux Pays-Bas. Cette étude s'intéresse principalement au régime sur lequel se porte le choix des époux. Elle a permis également de rassembler des données intéressantes relatives à la présence d'une clause de choix de loi. Les dernières données publiées, qui concernent la période 2004-2009, apprennent que dans la toute grande majorité des cas, les

28 Cette possibilité est encadrée : seuls peuvent être choisis le droit belge ou le droit de l'Etat dont les deux époux possèdent la nationalité. Ce faisant, le choix de loi a été conçu comme permettant d'offrir une solution tantôt aux ressortissants belges installés à l'étranger, qui souhaitent divorcer en Belgique sur base de la législation belge (le choix doit alors porter sur la loi belge, qui remplace la loi de la résidence habituelle des époux applicable par défaut), tantôt aux ressortissants étrangers installés en Belgique et qui souhaitent y divorcer à l'aune de leur législation nationale commune, par exemple pour permettre un accueil plus facile de la décision dans leur pays d'origine. On s'interroge aujourd'hui sur le sort à réserver à l'article 55 du Code de droit international privé après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé. Selon M. Fallon, une abrogation formelle de cette disposition serait nécessaire mais dans l'attente l'applicabilité immédiate du Règlement Rome III suffirait à en assurer la primauté sur la règle de conflit belge (M. FALLON, "Le nouveau droit du divorce international selon le Règlement Rome III : une évolution tranquille", *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, 291).

29 J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken : wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, La Charte, 2012, 183, n° 289. Un résumé de l'étude de Mme Verhellen est paru sous le titre "Empirische studie over het Belgisch IPR in familiezaken", in *Familie & Recht*, 2013 (accessible à l'adresse www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2013/06/FENR-D-13-00004).

30 J. VERHELLEN, *op. cit.*, 185-188, n° 293-295. Une des raisons qui pourrait expliquer ce désintérêt selon les juges, est que les parties souhaitent un divorce rapide, ce que permet le droit belge qui dans la grande majorité des cas est applicable par défaut.

31 J. VERHELLEN, *op. cit.*, 186, n° 295.

contrats de mariage comprennent une clause de choix de loi³². Les chiffres sont éloquentes et montrent une progression continue du choix de loi dans ce type de contrat. Alors qu'en 1995, seuls 59% des contrats contenaient effectivement une telle clause, ce chiffre est passé à 86% en 2003 et à 91,3% en moyenne pour la période 2004 à 2009. Une analyse plus fine a également permis de montrer que lorsqu'un contrat de mariage ne prévoit pas de choix de loi, il concerne dans la très grande majorité des situations des couples dont le mariage ne présente aucune dimension internationale³³.

A ce stade, aucune conclusion définitive ne peut être tirée. L'analyse porte en effet sur un échantillon trop réduit. Faute de données suffisantes, il est impossible de dresser avec précision le portrait du choix de loi en pratique³⁴. L'on peut néanmoins constater que les résultats sont mitigés. Il ne semble pas étonnant que la popularité du mécanisme diffère selon les domaines. Le contraste entre une absence quasi-totale de choix de loi dans le domaine du divorce et une popularité très forte du même mécanisme dans les contrats de mariage interpelle néanmoins. Sans doute peut-on voir dans ces résultats la confirmation de l'idée, qui s'impose intuitivement, que le choix de loi est un instrument dont l'utilisation n'est pas naturelle. Elle nécessite un apprentissage qui doit triompher de certaines résistances. On notera que la possibilité de choix de loi en matière de régime matrimonial a été introduite aux Pays-Bas en septembre 1992, lors de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 octobre 1978, soit il y a plus de vingt ans. Ceci peut expliquer que la pratique néerlandaise soit aujourd'hui pleinement habituée à manier cet instrument, contrairement aux praticiens belges qui n'ont découvert le choix de loi dans le contentieux du divorce qu'en 2004. En outre, il faut certainement compter avec le contexte dans lequel s'inscrit l'autonomie de la volonté : lorsque des (futurs) époux s'engagent par contrat de mariage, ils le font en anticipant déjà sur une possible rupture ou à tout le moins une situation dans laquelle l'application des règles de droit s'imposera pleinement. Des époux engagés dans une procédure de divorce sont sans doute moins enclins à trouver un accord, surtout lorsque celui-ci porte sur une question aussi abstraite que celle du droit applicable. Enfin, l'utilisation de l'autonomie de la volonté est certainement fonction du contenu des règles applicables par défaut. Tout comme l'on négocie généralement 'à l'ombre du droit', l'on tiendra compte lors d'une éventuelle discussion relative au choix de loi, des règles objectives. Or à ce compte, force est de constater que le succès très relatif de la Convention de La Haye de 1978 relatif aux régimes matrimoniaux constitue un encouragement certain à procéder à un choix de loi. Au contraire, l'unification des règles de

32 F.W.J.M. SCHOLS et F. HOENS, "CNR-Huwelijksvoorwaardenonderzoek – deel II : verekkenbedingen en bijzondere facetten", *WPNR*, 2014, (33), 43. Voy. sur cette étude aussi F.W.J.M. SCHOLS, "Huwelijkse voorwaarden : enkele cijfers 2004-2009", *EstateTip Review*, 2013, 1-2. La première partie de l'étude est parue en 2012 (F.W.J.M. SCHOLS et F. HOENS, "CNR-Huwelijksvoorwaardenonderzoek – deel I : algemeen en koude voorwaarden. De ontwikkeling in de praktijk der huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden in de periode 2004-2009. Resultaten van een voortgezet landelijk onderzoek (2012)", *WPNR*; 943-953). Pour les périodes précédentes, voy. not. F.W.J.M. SCHOLS et M.J.A. MOURIK et L.C.A. VERSTAPPEN, "Verslag onderzoek langstlevende testamenten en huwelijkse voorwaarden", *WPNR*, 1996, 245-248.

33 Plus précisément, les contrats de mariage ne présentant pas de choix de loi ont majoritairement été conclus par des époux néerlandais nés aux Pays-Bas et qui y résidaient. Seule une minorité de contrats présentant un profil plus international ne contenait pas de clause de choix de loi (en moyenne entre 2 et 4% sur la période étudiée).

34 Peut être sera-t-il possible à l'avenir de mesurer plus précisément la faveur que remportent certaines lois dans le contexte du contentieux familial présentant une dimension internationale. En l'état actuel, une telle analyse semble relever de l'utopie. Une étude récente a montré qu'il était difficile de discerner une corrélation significative entre l'évolution du taux de divorce au sein d'un Etat et l'évolution du cadre législatif de cet Etat, d'autres facteurs doivent être pris en considération pour expliquer la montée croissante des taux de divorce (I. SMITH, "European divorce laws, divorce rates and their consequences", in *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, A. W. DNES et R. ROWTHORN (éds.), CUP, 2002, 212-229). Il faudra dès lors beaucoup d'habileté pour discerner l'impact exact de l'autonomie de la volonté dans le développement éventuel du contentieux du divorce.

rattachement à laquelle procède le Règlement Rome III, pour relative qu'elle soit, permet dans une plus large mesure de se reposer sur les règles objectives³⁵.

Ce premier constat ne doit pas empêcher de poursuivre l'analyse. L'existence d'une véritable demande susceptible de contribuer à la création d'un marché du droit des relations familiales, nécessite que les citoyens disposent d'une marge de liberté leur permettant d'échapper aux contraintes d'un droit donné. A cet égard, l'état actuel du droit international privé européen offre un aspect pour le moins contrasté : alors que cette liberté est pleinement reconnue dans le domaine contractuel³⁶, la situation est toute différente dans les différents instruments visant les relations familiales et patrimoniales.

Certes, la liberté semble être le principe. Dans le Règlement Rome III elle apparaît ainsi comme la règle première, le Règlement adoptant une présentation directement inspirée des instruments relatifs aux obligations contractuelles en n'abordant la règle objective que par défaut – l'article 8 est intitulé "Loi applicable à défaut de choix par les parties". Certes encore, l'ouverture à l'autonomie de la volonté peut sembler importante parce qu'elle bénéficie de l'application universelle des Règlements³⁷. Les Etats ont jugé bon de ne pas limiter le choix à l'une de leurs lois. Il peut se porter sur la loi d'un Etat tiers, ce qui inaugure d'une possibilité accrue de choix.

Néanmoins, les traductions de l'autonomie de la volonté en droit international privé contemporain sont systématiquement assorties d'importantes limitations. Si l'on prend appui sur le contentieux de la désunion conjugale, qui semble celui ayant fait l'objet de l'ensemble le plus abouti jusqu'à aujourd'hui, on peut constater que la liberté de choix emprunte plus au slogan qu'à la réalité.

Derrière l'emblème de la liberté, on retrouve en effet une série de limitations importantes³⁸. Parmi les plus importantes figure sans doute l'idée que le choix n'est ouvert qu'entre certaines lois pré-déterminées. C'est ainsi qu'en matière de dissolution du lien conjugal, l'article 5 du Règlement Rome III ne permet aux époux de sélectionner que la loi de leur (dernière) résidence habituelle, la loi de la nationalité de l'un d'eux ou encore la loi du for. S'agissant des prétentions alimentaires des époux, celles-ci peuvent également faire l'objet d'un choix de loi : l'article 8 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007 permet au créancier et au débiteur d'aliments de s'entendre sur la loi applicable. Ils peuvent pour ce faire retenir la loi de l'Etat dont l'un d'eux possède la nationalité, la loi de la résidence habituelle de l'un d'eux ou la loi qu'ils ont désigné pour régir leurs relations patrimoniales ou leur divorce. En matière successorale, le choix de loi est plus limité encore. Il peut uniquement être exprimé en faveur de la loi de l'Etat dont le testateur possède la nationalité³⁹. Certes, lorsqu'une personne

35 En ce sens, C. I. NAGY, "What functions may party autonomy have in international family and succession law? An EU perspective", *NIPR*, 2012, (576), 585.

36 Si l'on exclut certaines nuances relatives notamment aux contrats purement internes (art. 3 par. 3 Règlement Rome I), aux contrats européens (art. 3 par. 4 Règlement Rome I) ou encore aux contrats de consommation ou de travail.

37 Voy. les articles 4 du Règlement Rome III, 20 du Règlement Successions ou encore l'article 2 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 relatif à la loi applicable aux obligations alimentaires.

38 L'on n'évoquera pas une limitation évidente, qui n'est jamais exprimée : le choix de loi ouvert en matière familiale ne peut porter que sur la loi d'un Etat. Il n'est point question de sélectionner un autre type de normes que celles adoptées par un Etat. Voy. par ex. I. VIARENGO, "The role of party autonomy in cross-border divorces", *NIPR*, 2012, (555), 556, note 12 ainsi que P. HAMMJE, *op. cit.*, 314-315, n° 24. L'on sait que l'opportunité d'une telle limitation est remise en question dans le domaine des contrats internationaux. Voy. K. BOELE-WOELKI, "Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws", *Rec. cours*, 2009, vol. 340, 271-461.

39 Cette limitation avait d'ailleurs été dénoncée, la possibilité de choisir la loi de sa résidence habituelle constituant une alternative opportune. Voy. par ex. nos commentaires in « Europees IPR-erfrecht : wat zit er in voor de estate planner? », *TEP*, 2009, 318-325.

possède plusieurs nationalités, l'article 22 par. 1 *in fine* du Règlement successions permet que le choix se porte sur le droit de l'une de ces nationalités, sans limitation aucune. Cette ouverture doit être prise avec réserve : *in fine*, le choix ne peut se porter que sur la loi d'un Etat dont une personne possède la nationalité. Or l'acquisition d'une nationalité demeure une épreuve qui, malgré la multiplication récente de programmes permettant l'octroi d'une nationalité en échange d'un investissement substantiel⁴⁰, n'est tout simplement pas à la portée du premier venu.

Si les Règlements renvoient au “choix de la loi applicable”⁴¹, il faut en réalité plutôt évoquer une option de loi (*optio iuris*). Les parties n'ont pas le libre choix de la loi applicable. Elles peuvent exprimer une préférence pour une des lois préalablement sélectionnées. La différence est plus que sémantique. Elle touche à la nature du mécanisme de rattachement : contrairement à ce qui vaut pour les contrats, où le choix est libre⁴², le mécanisme retenu en matière familiale s'apparente plus à un choix entre plusieurs facteurs de rattachement⁴³. La résolution adoptée par l'Institut de droit international lors de sa session de 1987 n'est certainement pas étrangère à ce mécanisme. Comme on le sait, l'Institut avait suggéré, pour sortir de l'opposition classique entre loi de la nationalité et loi du domicile, de permettre dans certaines matières aux personnes concernées de choisir entre la loi de la nationalité et la loi du domicile⁴⁴.

Il est une autre limitation importante qui doit être prise en compte : contrairement à certaines opérations économiques, le choix de loi ne peut en matière familiale, dans certaines hypothèses, être effectué que de concert. C'est le cas en matière de divorce et en matière alimentaire. Dans ces deux hypothèses, le choix requiert le consentement de deux personnes dont les intérêts pourraient être opposés en cas de litige. Il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de garantir que ce choix repose sur une information complète et qu'il réponde à l'impératif d'égalité entre parties⁴⁵.

Au total, d'importantes limites enserrent la liberté de choix accordée aux parties en matière familiale. Il faut bien conclure que les conditions qui président à la demande sont loin d'être optimales. Un véritable marché ne peut se constituer qu'au prix d'une liberté laissée aux opérateurs économiques d'opérer un arbitrage entre l'offre des Etats. Les importantes limitations qui accompagnent le développement de l'autonomie de la volonté en droit international privé européen, ne permettent pas d'analyser le comportement des acteurs à la lumière du modèle du marché. Il reste à s'interroger sur la vigueur de l'offre.

40 Voy. S. CARRERA, “How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair : a Breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?”, Center for European Policy Studies, 2014, 51p.

41 Titre donné à l'article 5 du Règlement Rome III, l'art. 22 du Règlement successions évoque le “choix de loi”; l'article 8 du Protocole de La Haye de 2007 évoque quant à lui la “désignation de la loi applicable”.

42 Du moins pour les contrats possédant une véritable dimension internationale, et si l'on fait exception de certaines catégories de contrat qui font l'objet de règles protectrices.

43 En ce sens, CH. KOHLER, *op. cit.*, 177, n° 93. *Comp.* avec l'appréciation de Mme Hammje qui expose que “la volonté des époux ne sert pas uniquement à départager les lois objectivement applicables, en marquant leur faveur pour l'une d'elles”. Selon Mme Hammje, au contraire, “la volonté sert directement à choisir une loi favorable aux intérêts des époux” (P. HAMMJE, *op. cit.*, 313, n° 23).

44 Résolution session du Caire 1987 relative à la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé. La résolution visait en particulier les régimes matrimoniaux, la succession, les effets personnels du mariage et le divorce. Voy. déjà en ce sens, A. VON OVERBECK, « La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », *Liber amicorum baron Louis Fredericq*, Gand, 1966, 1085-1112.

45 Voy. à propos du Règlement Rome III les doutes de C. GONZALEZ BEILFUSS, *op. cit.*, 547, n° 6-9.

II. L'offre en matière de relations familiales : la réticence devinée des Etats

La course au moins disant dépend, en dernier ressort, de l'existence d'une volonté politique des États membres de se lancer dans une telle stratégie. A cet égard, il faut d'abord s'interroger sur la méthodologie permettant de mesurer avec une précision suffisante l'existence d'une telle offre. Il faut bien avouer que le juriste ne peut se contenter de ses instruments classiques que sont l'étude des sources législatives et jurisprudentielles enrichies des commentaires éclairés d'experts. Pour apprécier si les Etats répondent aux sollicitations que posent les déplacements virtuels effectués par les citoyens sous le couvert de l'autonomie de la volonté qui leur est conférée, il faudrait procéder à une observation à la fois quantitative, mais aussi qualitative de l'évolution de la législation et de la pratique jurisprudentielle des Etats dans lesquels l'autonomie de la volonté a acquis droit de citer. La présente étude n'a pas cette ambition. Elle se veut plus modestement une première tentative de débroussailler le terrain en menant une exploration préliminaire. Aussi l'on se contentera d'impressions, forcément limitées, récoltés au gré des lectures et des expériences récentes. Deux exemples récents permettront de lancer le débat.

Le premier porte sur l'ouverture récente en France du mariage aux personnes de même sexe. Les acteurs de cette réforme importante n'ont pas pu ignorer les développements récents qui ont contribué à modifier l'institution du mariage dans d'autres Etats européens. La documentation disponible sur ce sujet est en effet abondante, même en langue française⁴⁶. A l'occasion du dépôt du projet de loi par le gouvernement français en novembre 2012, une étude de législation comparée relative au mariage entre personnes de même sexe réalisée par le service de législation comparée du Sénat français fut publiée⁴⁷. L'étude d'impact réalisée par l'Assemblée nationale en novembre 2012 à l'occasion du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe contenait elle aussi un aperçu sommaire de droit comparé⁴⁸. Bref, il est manifeste que le législateur français s'avançait dans l'aventure du mariage pour tous conforté par l'expérience parfois déjà ancienne d'autres Etats.

Pour autant, ces éléments de droit comparé ne semblent pas avoir influencé de manière significative les débats. L'exposé des motifs accompagnant le projet de loi du gouvernement français ne faisait nullement état d'un quelconque souhait de s'aligner sur les exemples étrangers. La motivation principale développée à l'appui du projet se fondait sur l'évolution des idées au sein de la société française, dont le gouvernement avançait qu'elle s'était progressivement ouverte au mariage entre personnes de même sexe⁴⁹. La seule référence à la dimension internationale du sujet

46 On citera notamment l'étude de K. WAALDIJK et al., *Droit conjugal et union de même sexe : mariage, partenariat et concubinage dans le droit de neuf pays européens*, PUF, 2008, 64 p. (étude commandée par la Mission de recherche Droit et Justice). Voy. aussi les autres études L. FERRY et al., *L'homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l'adoption*, La documentation française, 2007, 71 p. (qui contient quelques renseignements de droit comparé in J. BOUGARB, "Le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels : les aspects juridiques", pp. 14-16); Ministère de la Justice, *Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme*, décembre 2004, 37 p. Voy. aussi parmi les autres études publiée par la Documentation française, voy. M. DIGOIX, "Mariage pour tous. Expériences scandinaves", *P@ges Europe*, La Documentation française, 28 janvier 2013.

47 Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité, Etude de législation comparée n° 229, 14 novembre 2012, disponible à l'adresse www.senat.fr/notice-rapport/2012/lc229-notice.html. Sur le rôle des études de législation comparée, voy. F. RUEDA-DESPOUEY, "Les 'Etudes de Législation comparée' des Assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif?", in *La pédagogie au service du droit*, P. RAIMBAULT (éd.), LGDJ, 2011, 391-401.

48 Assemblée nationale, Etude d'impact – projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, novembre 2012, disponible à l'adresse www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0344-ei.asp#P445_49423.

49 Exposé des motifs, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Assemblée nationale, n° 344, 7 novembre 2012, p. 3. De la même manière, l'étude d'impact qui accompagnait le projet de loi

concerne l'introduction d'une nouvelle règle de conflit. Il semble donc que l'évolution de la législation dans certains Etats n'ait joué qu'un rôle modeste lors de l'adoption si houleuse de la loi 'mariage pour tous' en France⁵⁰.

La récente réforme de l'attribution du nom de famille en Belgique offre un exemple en contrepoint. Jusqu'à cette réforme, les enfants nés de parents mariés portaient le nom du père, sans qu'il soit permis aux parents d'opter pour une autre solution⁵¹. Cette règle traditionnelle a été combattue de longue date au nom de l'égalité entre parents. La Cour constitutionnelle a pourtant estimé que la transmission patrilinéaire ne constituait pas une discrimination prohibée⁵². Il est dès lors revenu au législateur de modifier le droit. Après de nombreux attermolements, un projet fut déposé par le gouvernement au Parlement en novembre 2013⁵³. Il est intéressant de relever qu'après avoir évoqué l'impératif international qui commandait de faire évoluer le cadre légal, et notamment la pression exercée conjointement par le droit européen et le droit des droits fondamentaux⁵⁴, l'exposé des motifs a également fait référence à l'évolution du droit comparé. A ce propos, l'exposé des motifs note que "la Belgique occupe désormais une place isolée en Europe en ce qu'elle ne permet pas à la femme de transmettre son nom à l'enfant selon l'une ou l'autre modalité retenue par ses pays voisins"⁵⁵. Il est frappant de constater que l'exposé des motifs évoque ensuite à titre d'exemple une série de réformes ayant eu lieu dans certains Etats européens, qui ont permis d'assurer la transmission du nom patronymique de la mère, sans pour autant mentionner l'existence d'autres Etats dont le droit demeure fidèle à la transmission du seul nom du père⁵⁶. L'argument de droit comparé est bel et bien présent. Il est invoqué parmi d'autres justifications pour légitimer une réforme. On doit néanmoins bien constater que le droit comparé est présenté de manière parcellaire et opportuniste. Cette démarche n'est pas isolée. D'autres réformes récentes se sont appuyées sur des expériences étrangères en prenant bien soin de présenter les seuls droits étrangers qui tendent à appuyer la réforme. Ainsi la récente création du tribunal de la famille en Belgique a-t-elle été l'occasion pour les auteurs du projet d'expliquer que le souci de regrouper le contentieux familial devant un tribunal de la famille et de la jeunesse pouvait se justifier au regard des expériences de "nombreux pays voisins de la Belgique [...] qui

du gouvernement justifiait l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en faisant état du constat selon lequel "l'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé depuis le vote de la loi relative au pacte civil de solidarité", constat appuyé par une référence à un sondage selon lequel "une majorité de Français semble être aujourd'hui favorable à une telle réforme". L'étude d'impact concluait que "cette réforme permettra de satisfaire la revendication d'égalité manifestée par une majorité de citoyens français." (Assemblée nationale, Etude d'impact – projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, novembre 2012, § 2.4).

50 Suite à l'audition d'une philosophe, le président de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat a déclaré "On entend beaucoup l'argument selon lequel une réalité et une législation existent ailleurs, ce qui nous imposerait de suivre. On ne peut recevoir cet argument, sauf à envisager de fermer cette maison ! Il nous revient de faire la loi française selon nos principes." - Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Jean-Michel Lafleur, Sénat, n° 437, 20 mars 2013, T.II – auditions, p. 121.

51 P. ex. F. SWENNEN, *Het personen- en familienrecht*, 3ème éd., Intersentia, 2014, 145, n° 240.

52 Cour constitutionnelle, 6 novembre 2002, arrêt n° 161/2002.

53 Projet de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, 25 novembre 2013, *Doc. Parl.*, Chambre, 53-3145/001.

54 Les suggestions de réforme formulées par les commentateurs s'appuient également le plus souvent sur les développements internationaux, et notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – voy. récemment : F. SWENNEN, *op. cit.*, 155-156, n° 254-255.

55 Projet de loi modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant, préc., p. 8.

56 On pense notamment à l'Italie – voy. l'article 33 du Décret du Président de la République DPR n° 396/2000 intitulé '*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*' (en vigueur depuis le 30 mars 2001).

se félicitent encore aujourd'hui de la réussite de leur système”⁵⁷.

Qu'en conclure? On peut avancer que les législateurs n'ignorent pas les développements du droit comparé. L'information est abondante et disponible tant dans une forme vulgarisée que sous la plume de scientifiques de haut niveau. En outre, il est permis de penser que certaines évolutions du droit des relations familiales reçoivent un écho important qui dépasse largement les frontières nationales⁵⁸. Ceci vaut en particulier pour les réformes qui bénéficient d'une grande couverture médiatique. Là se situe sans doute la plus grande influence mutuelle : les débats qui agitent les Parlements nationaux se font sans ignorer les développements dans les Etats voisins. Ces développements apportent des arguments, voire même parfois constituent le point de départ de nouveaux projets⁵⁹.

Loin de céder à la tentation de la simple copie, il semble néanmoins que les références de droit comparé ne jouent *in fine* qu'un rôle modeste. Le contexte local et les sensibilités nationales constituent des freins puissants à l'importation de modèles étrangers⁶⁰. Plusieurs exemples en témoignent. Lors de la dernière grande réforme du divorce en droit belge, l'exposé des motifs qui accompagnait le projet n'a fait allusion au droit comparé qu'à propos de la place à réserver à la faute dans le nouvel édifice. Le projet indiquait à ce propos que la France avait supprimé en 2004 toute référence à la faute, ce qui permettait au 'coupable' d'obtenir une prestation compensatoire. Encore ce choix était-il critiqué, le projet indiquant qu'il ne se concevait pas qu'un conjoint coupable d'un comportement odieux vis-à-vis de l'autre puisse obtenir une aide financière⁶¹. La prégnance du contexte local contribue également à expliquer pourquoi le *eingetragene Lebenspartnerschaft* de droit allemand n'est pas un mariage. La puissance de la protection constitutionnelle du mariage en droit allemand (art. 6 *Grundgesetz*) n'y est pas étrangère⁶².

De manière plus fondamentale, l'examen sommaire des développements récents en droit familial fait apparaître que l'argument de droit comparé n'est jamais utilisé dans l'espoir de prévenir une fuite éventuelle de citoyens désireux d'obtenir sous des cieux meilleurs ce que le droit local ne permet pas encore. Les réformes affectant les relations familiales sont au contraire justifiées par le souci d'offrir un cadre juridique adapté à des circonstances nouvelles, à des besoins nouveaux ou encore à des difficultés liées au cadre juridique existant. S'il conviendrait bien entendu d'explorer de manière plus détaillée ce point, il semble peu probable que les Etats se laissent guider dans ces

57 Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, 24 novembre 2010, *Doc. Parl.*, Chambre, 53-0682/001, p. 5.

58 La récente réforme qui a permis en droit belge sous certaines conditions l'accès de l'euthanasie aux mineurs a suscité des commentaires aux quatre coins du globe – par ex. A. HIGGINS, “Belgian Senate Votes to Allow Euthanasia for Terminally Ill Children”, *NY Times*, 12 décembre 2013, B. DÜRR, “Sterbehilfe in Belgien : Entscheidung über Leben und Tod von Kindern”, *Der Spiegel*, 12 février 2014 et “Eutanasia en Bélgica: el primer país donde los niños pueden pedir la muerte”, *La Nacion*, 13 février 2014.

59 C'est ainsi qu'une récente proposition de loi 'modifiant la législation en vue d'instaurer le plan de parentalité en cas de divorce' (Proposition de loi du 7 janvier 2013, *Doc. Parl.*, Chambre, 53-2595/001) s'inspire directement de l'expérience des Pays-Bas pour proposer l'introduction d'un 'plan de parentalité'. Dans d'autres cas, toute référence aux expériences étrangères est absente. C'est le cas d'une proposition de loi du 28 février 2008 modifiant le Code civil en vue d'objectiver le calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants, *Doc. Parl.*, Chambre, 52-0899/001.

60 Quand ils ne constituent pas une barrière à l'adoption d'instruments de droit international privé en matière familiale. On sait que les Etats membres de l'Union se sont accordé pour s'octroyer un droit de veto susceptible d'être mis en oeuvre à chaque fois que l'unification de règles de droit international privé porte sur des questions relatives aux relations familiales (art. 81 par. 3 TFUE).

61 Projet de loi réformant le divorce, 15 mars 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2341/001, p. 9.

62 On pourrait aussi mentionner les circonstances particulières qui ont conduit à la création de la 'cohabitation légale' de droit belge, circonstances qui expliquent que cette forme de partenariat est ouverte de façon très large, permettant par exemple à une mère et sa fille de se lier.

matières par le souci de rivaliser avec l'offre d'Etats limitrophes. Il n'y aurait dès lors pas de véritable 'offre' de la part des Etats, du moins telle qu'on l'entend dans la théorie économique des avantages comparatifs.

En guise de conclusion

L'autonomie de la volonté a conquis droit de cité dans les relations familiales et patrimoniales internationales. Elle suscite des appétits déjà bien aiguisés – il suffit pour s'en convaincre d'évoquer la question avec les spécialistes de la planification successorale qui multiplient depuis l'adoption du Règlement successions les interventions et les publications mettant en exergue les ressources de la *professio iuris* pour les futurs défunts⁶³.

Conjuguée à une politique fort libérale en matière de compétence internationale, la reconnaissance du choix de loi ne manquera pas de conduire à des comportements opportunistes. L'exemple du 'divorce Eurostar' est à cet égard bien connu⁶⁴. De manière plus large, les possibilités de choix reconnues tant en ce qui concerne la sélection du juge que celle du droit applicable, peuvent contribuer à aiguïser la conscience dans le chef des praticiens de l'existence d'un espace judiciaire européen au sein duquel ils se doivent de mobiliser non seulement les ressources locales, mais aussi les ressources offertes par les autres Etats membres. Il se pourrait même que dans certaines hypothèses, le développement de l'autonomie de la volonté conduise un Etat à adapter son droit interne⁶⁵.

L'étude limitée qui précède, permet néanmoins d'avancer que la consécration du choix de loi en matière familiale ne fait pas naître un risque exacerbé de concurrence réglementaire. Sans vouloir condamner ce phénomène au rang de 'mythe', les conditions indispensables au développement d'une telle concurrence ne semblent tout simplement pas réunies en matière familiale⁶⁶.

Ceci doit-il conduire à accepter sans autre forme de procès toute avancée de l'autonomie de la volonté comme constituant un 'progrès'? Comme toute règle de conflit, la règle fondée sur l'autonomie de la volonté doit faire l'objet d'une réflexion approfondie. Ecarter le spectre de la concurrence normative ne suffit dès lors pas à embrasser pleinement l'autonomie de la volonté. Celle-ci mérite de plus amples réflexions qui seront sans nul doute au coeur de nombreux travaux à venir!

* * *

63 Voy. N. GEELHAND, "Le nouveau droit international privé en matière de successions : déjà utile?", *Rev. not.*, 2013, 463-480 ainsi que nos observations in « De Erfrechtverordening : toekomstmuziek of reeds bruikbaar? », *T.E.P.*, 2013, 49-60.

64 Voy. les indications de A. BOICHÉ, "Le divorce Eurostar", *AJFamille*, juin 2006, 243-244. Sur le rôle de Londres comme 'capitale mondiale du divorce', voy. A. FIORINI, "Bruxelles sans Rome : la réticence du Royaume-Uni face à l'harmonisation du droit européen du divorce", in *Droit européen du divorce*, S. CORNELOUP (éd.), LexisNexis, 2013, (701), 720-721, n° 27.

65 Sur cette hypothèse, voy. M. TORGA, « Party Autonomy of the Spouses under the Rome III Regulation in Estonia : can Private International Law change Substantive Law ? », *NIPR*, 2012, 547-554.

66 Comp. avec l'analyse de E. LOQUIN, "La création d'un marché européen du divorce?", in *Droit européen du divorce*, S. CORNELOUP (éd.), LexisNexis, 2013, 741-751.