

**AVANT-PROJET DE PROTOCOLE
SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES**

RAPPORT EXPLICATIF

établi par Andrea Bonomi

VERSION PROVISOIRE

* * *

**PRELIMINARY DRAFT PROTOCOL
ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE OBLIGATIONS**

EXPLANATORY REPORT

drawn up by Andrea Bonomi

PROVISIONAL VERSION

*Document préliminaire No 33 d'août 2007
à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007*

*Preliminary Document No 33 of August 2007
for the attention of the Twenty-First Session of November 2007*

**AVANT-PROJET DE PROTOCOLE
SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES**

RAPPORT EXPLICATIF

établi par Andrea Bonomi

VERSION PROVISOIRE

* * *

**PRELIMINARY DRAFT PROTOCOL
ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE OBLIGATIONS**

EXPLANATORY REPORT

drawn up by Andrea Bonomi

PROVISIONAL VERSION

TABLE DES MATIÈRES

	Page
I. REMARQUES INTRODUCTIVES	4
II. ANALYSE ARTICLE PAR ARTICLE DES DISPOSITIONS PRINCIPALES	6
<i>Article premier Champ d'application</i>	6
<i>Article 2 Application universelle</i>	7
<i>Article 3 Règle générale relative à la loi applicable</i>	7
<i>Article 4 Règles spéciales relatives aux enfants et aux parents</i>	8
a) Le rattachement subsidiaire à la loi du for	8
b) Le rattachement à la loi du for lorsque l'action est intentée dans l'État de la résidence habituelle du débiteur.....	10
c) Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties.	11
<i>Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux</i>	12
Option 1	13
Option 2	13
Option 3	14
<i>Article 6 Moyens de défense particuliers</i>	14
<i>Article 7 Désignation de la loi applicable dans le contexte d'une procédure spécifique</i>	15
<i>Article 8 Désignation de la loi applicable</i>	16
<i>Article 9 Organismes publiques</i>	18
<i>Article 10 Domaine de la loi applicable</i>	18
<i>Article 11 Exclusion du renvoi</i>	19
<i>Article 12 Ordre public</i>	19
<i>Article 19 Signature, ratification et adhésion</i>	20

I. Remarques introductives

1. La question de la loi applicable aux obligations alimentaires était dès le départ comprise dans le mandat de la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille. En effet, la Commission spéciale sur les obligations alimentaire de 1999 avait recommandé que « la Conférence de La Haye entame des travaux en vue de l'établissement d'un nouvel instrument mondial » qui devrait « être complet »¹. Sur cette base, la Commission spéciale sur les Affaires générales de mai 2000 avait décidé que l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence devrait accorder une place prioritaire à « l'établissement d'une nouvelle Convention exhaustive en matière d'obligations alimentaires, qui devrait améliorer les Conventions de La Haye existantes en la matière et inclure des dispositions sur la coopération judiciaire et administrative ». Or, parmi les Conventions de La Haye existantes en matière d'obligations alimentaires, deux sont consacrées à la détermination de la loi applicable ; il s'agit de la *Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants* (ci-après, « la Convention de 1956 ») et de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après, « la Convention de 1973 »).

2. Lors de sa première réunion en mai 2003 et conformément à son mandat, la Commission spéciale a discuté de la question de savoir si le nouvel instrument devait contenir des dispositions sur la loi applicable par les autorités ou tribunaux qui rendent les décisions alimentaires et, dans l'affirmative, ce que devraient être ces règles. La discussion a révélé l'existence de deux positions opposées. Si la majorité des délégués des juridictions de droit civil favorisait l'inclusion (d'une certaine forme) de régime de loi applicable, les délégations des ressorts de *common law* y était en général opposées². Cette opposition s'explique aisément si l'on considère que, dans la plupart des pays de *common law*, les décisions en matière alimentaire sont prises traditionnellement sur la base de la loi du for. Cette tendance s'est encore renforcée avec l'introduction, dans plusieurs États, de systèmes administratifs de recouvrement des aliments, dans le cadre desquels la recherche et l'application du droit étranger sont difficilement praticables.

3. La plupart des délégations qui étaient favorables à l'inclusion d'un régime général de loi applicable considéraient que les présentes négociations représentaient une opportunité unique de revoir la Convention de 1973 et qu'il ne fallait pas la manquer. Si la Convention de 1973 était en générale assez satisfaisante et devait servir de point de départ pour l'élaboration d'un nouveau texte, certaines de ses solutions devaient être révisées et modernisées, dans le but de corriger ses défauts et d'attirer un plus grand nombre de ratifications. Pour ce faire, le processus de révision devait impliquer tous les États et non seulement ceux qui sont déjà parties aux Conventions de 1973 ou de 1956.

4. La Commission spéciale a décidé d'établir un Groupe de travail sur la loi applicable (ci-après « GTLA »), incluant des experts provenant des États parties aux Conventions de La Haye de 1956 et 1973 et d'autres États. À l'origine, le mandat du GTLA était défini de la manière suivante : (1) Examiner si la Convention de 1973 devait être révisée et dans quelle mesure ; (2) Explorer les possibilités de compromis entre les différentes approches relatives à la loi applicable ; (3) Examiner les possibilités de compromis sur certaines questions relatives à la loi applicable, telles que les délais de prescription quant à l'exécution, l'autonomie des parties dans le contexte des aliments envers les époux, l'éligibilité aux aliments et la représentation en justice d'un enfant. La Présidence du GTLA a été confiée au soussigné. Composée à l'origine de 10 membres, le GTLA a été

¹ Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires de 1999, élaboré par le Bureau Permanent, décembre 1999, p. 22.

² Le Canada, dont les provinces et territoires canadiens de *common law* adoptent une approche en cascade, quoique plus limitée que celle exposée dans la Convention de La Haye de 1973, était ouvert à l'inclusion d'une certaine forme de régime de loi applicable. Dans ces juridictions de *common law*, la loi applicable est celle de l'État où l'enfant réside habituellement et, lorsque l'enfant n'est pas éligible à obtenir des aliments en vertu de cette loi, c'est la loi du for (par exemple la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires*, (Manitoba), article 12(1)). Au Québec, juridiction de droit civil, la loi applicable est successivement la loi du domicile du créancier d'aliments, puis celle du domicile du débiteur.

progressivement élargi au fil des années. Il est actuellement composé des membres suivants : Patricia Albuquerque Ferreira (Chine, RAS Macao), Nádia de Araújo (Brésil), Katja Lenzing et Miloš Hatapka (Commission européenne), Raquel Correia (Portugal), Gloria DeHart (AIB), Edouard de Leiris (France), Michèle Dubrocard (France), Shinichiro Hayakawa (Japon), Michael Hellner (Suède), Dorothea van Iterson (Pays-Bas), Sarah Khabirpour (Luxembourg), Åse Kristensen (Norvège), Alberto Malatesta (Italie), David McClean (Secrétariat du Commonwealth), Tracy Morrow (Canada), Maria del Carmen Parra Rodriguez (Espagne), Angelika Schlunck (Allemagne), Marta Zavadilová (République tchèque), Robert Spector (États-Unis d'Amérique), Lixiao Tian (Chine), Rolf Wagner (Allemagne). Les co-Rapporteurs Alegria Borrás et Jennifer Degeling sont *ex officio* membres du GTLA.

5. Sur la base du mandat reçu, qui a été renouvelé et précisé lors des Commissions spéciales de 2004, 2005 et 2006, et à l'aide des réponses à un Questionnaire relatif à la loi applicable aux obligations alimentaires, que le GTLA a élaboré et diffusé en septembre 2004 (Doc. pré. No 12), le GTLA a élaboré des propositions concrètes qui ont fait l'objet de plusieurs Rapports rédigés par le soussigné dans sa qualité de président du Groupe (*cf.* le Doc. trav. No 13 du 10 juin 2004, ainsi que les Doc. pré. No 14 de mars 2005, No 22 de juin 2006 et No 27 d'avril 2007).

6. Dans son Rapport de mars 2005 (Doc. pré. No 14), le GTLA, après avoir constaté l'impossibilité de parvenir à un compromis entre les approches des États ouverts à l'application de la loi étrangère et ceux qui privilégient la *lex fori*, a proposé de renoncer à inclure dans la partie obligatoire de la Convention un ensemble de règles générales sur la loi applicable ; de l'avis du GTLA, cette problématique devait plutôt faire l'objet d'une partie optionnelle ou d'un protocole *ad hoc*. Ce rapport contenait également quelques indications quant au possible contenu des règles optionnelles sur la loi applicable.

7. Ces indications ont été approfondies et systématisées lors des travaux successifs du Groupe qui ont abouti à l'élaboration d'une esquisse de texte sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après, « l'Esquisse »). Une première version de l'Esquisse a été présentée en annexe au Rapport du GTLA de juin 2006 (Doc. pré. No 22) et discutée lors de la Commission spéciale de juin 2006. Cette Commission a décidé la convocation d'une Commission spéciale pour mai 2007 dont l'objet principal serait la question de la loi applicable. La deuxième version de l'Esquisse (Doc. pré. No 24 de janvier 2007), commentée dans le rapport du GTLA d'avril 2007 (Doc. pré. No 27), a constitué la base pour les travaux de la Commission spéciale de mai 2007.

8. Lors de la Commission spéciale de mai 2007, la question de la loi applicable a été au centre des travaux. La Commission a décidé, tout d'abord, que les règles relatives à la loi applicable ferait l'objet d'un Protocole, formellement séparé de la Convention. Ensuite, elle a discuté de manière approfondie les dispositions de l'Esquisse présentée par le GTLA (Doc. pré. No 24 de janvier 2007) ; les grandes lignes de ce texte ont été maintenues dans l'avant-projet de Protocole, mais des modifications substantielles y ont été apportées. Enfin, la Commission spéciale a consacré une première discussion aux dispositions générales et aux clauses finales devant figurer dans l'avant-projet, sur la base des suggestions formulées par le Bureau Permanent (Doc. pré. No 28 de mai 2007), sans toutefois épuiser ce sujet.

9. Le présent Rapport explicatif porte sur l'avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires, issu de la Commission spéciale de mai 2007 (Doc. pré. No 30 de juin 2007). Nous analyserons surtout les dispositions relatives au champ d'application et aux règles de rattachement (art. 1 à 12). Quant aux dispositions générales et aux clauses finales (art. 13 à 27), nous nous limiterons à quelques brèves remarques sur l'article 19. Les autres dispositions n'ont pour l'instant pas été discutées de façon approfondie par la Commission spéciale ; elles reprennent pour l'essentiel les suggestions contenues dans le Doc. pré. No 28, élaboré par le Bureau Permanent.

II. Analyse article par article des dispositions principales

Article premier Champ d'application

10. Le premier paragraphe de cet article définit le champ d'application matériel du futur instrument. Selon cette disposition, toute obligation alimentaire découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance tombe sous le coup du Protocole.

11. Cette formule correspond à celle adoptée à l'article premier de la Convention de 1973. Contrairement à cette dernière (*cf.* les art. 13 et 14), l'avant-projet de Protocole ne prévoit cependant pas des réserves permettant aux États contractants d'exclure telle ou telle obligation alimentaire de son champ d'application.

12. Le champ d'application du Protocole est fixé de façon plus large que le champ d'application obligatoire de la Convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, ce dernier étant limité, selon l'article 2(1) de l'avant-projet révisé de Convention, « aux obligations alimentaires découlant d'une relation parent-enfant à l'égard d'un enfant de moins de 21 ans [y compris aux demandes d'aliments entre époux et ex-époux concomitantes aux demandes d'aliments envers un tel enfant] et, à l'exception des chapitres II et III, aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux ». Cette différence s'explique, d'une part, par la volonté de faire coïncider le champ d'application du Protocole avec celui de la Convention de 1973, de manière que le premier puisse remplacer (au moins entre les États contractants) la deuxième. Elle reflète d'autre part le souhait de ne pas excessivement restreindre le champ d'application d'un texte qui, faisant l'objet d'un Protocole séparé de la Convention, est de toute manière optionnel pour les États qui ratifieront cette dernière. Il convient de souligner que le champ d'application de la Convention peut également être élargi, de manière optionnelle (par une déclaration selon l'art. 58 de l'avant-projet révisé de Convention), « à l'une ou l'autre des obligations alimentaires découlant des relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance » (art. 2(2) de l'avant-projet révisé de Convention). Par une telle déclaration, chaque État contractant pourra donc faire coïncider, s'il le souhaite, le champ d'application des deux instruments ; l'effet de la déclaration ne se produira cependant qu'envers les États dont les champs d'application de la Convention coïncideront, alors que le futur Protocole est applicable *erga omnes* (*cf. infra*, art. 2).

13. Le texte entre parenthèses souligne que, dans le cas d'aliments envers des enfants, l'application du Protocole serait indépendante de la situation de famille de leurs parents, sans discrimination entre les enfants nés dans ou hors mariage. Cette précision figure également à l'article premier de la Convention de 1973 et, entre parenthèses, à l'article 2(3) de l'avant-projet révisé de Convention sur le recouvrement international des aliments. L'opportunité de le maintenir est discutée en raison des difficultés que cela pourrait créer dans certains États de droit musulman (*cf.* le projet de Rapport explicatif de l'avant-projet révisé de Convention, Nos 53-54). Quelle que soit la rédaction finale, la Commission spéciale estime de manière unanime que le Protocole sera applicable à tous les enfants, indépendamment de la situation familiale de leurs parents.

14. Le deuxième paragraphe reprend la formule utilisée à l'article 2(2) de la Convention de 1973. Elle clarifie que le Protocole ne concerne que la loi applicable à l'obligation alimentaire, conçue comme une catégorie autonome de rattachement, et n'entend pas déterminer la loi applicable aux relations de famille desquelles découle l'obligation alimentaire. La loi applicable à ces relations sera déterminée sur la base des règles de conflit de droit commun en vigueur dans chaque État contractant. De même, les décisions en matière alimentaire prises sur la base du futur Protocole ne préjugent pas de l'existence de l'une de ces relations de famille. Ainsi, personne ne peut se prévaloir d'une décision condamnant le débiteur à payer des aliments au créancier sur la base de la loi désignée par le Protocole pour soutenir l'existence d'une relation de famille comme celles visées à l'article premier, paragraphe 1. Cette disposition constitue le pendant de celle de l'article 16(2) de l'avant-projet révisé de Convention ; selon cet article, si une décision étrangère ne concerne pas seulement l'obligation alimentaire, l'effet des normes de la

Convention sur la reconnaissance et l'exécution reste limité à l'obligation alimentaire. Pour une analyse plus approfondie de cette approche, déjà bien connue dans les États contractants de la Convention de 1973, on peut renvoyer au Rapport explicatif de cette Convention³.

Article 2 Application universelle

15. Cette disposition ne fait que préciser le caractère universel du futur Protocole. Ce dernier sera applicable dans les États contractants même si la loi désignée par ses dispositions est celle d'un État tiers. Cette approche correspond à celle adoptée par la Convention de 1973 (art. 2), ainsi que par plusieurs autres conventions de La Haye en matière de loi applicable ; elle n'appelle pas de remarques particulières.

Article 3 Règle générale relative à la loi applicable

16. Cette disposition consacre le principe du rattachement des obligations alimentaires à la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier. Ce rattachement correspond à celui utilisé, à titre principal, dans la Convention de 1973 et, pour les aliments envers les enfants, dans la Convention de 1956.

17. Ce rattachement présente plusieurs avantages. Le principal est qu'il permet de déterminer l'existence et le montant de l'obligation alimentaire en tenant compte des conditions juridiques et de fait de l'environnement social du pays où le créancier vit et exerce l'essentiel de ses activités. Comme cela avait été relevé à juste titre dans le Rapport explicatif de la Convention de 1973, « c'est pour vivre que [le créancier] utilisera sa pension alimentaire » ; dès lors, « [...] il est judicieux d'appréhender le problème concret qui se pose par rapport à une société concrète : celle où le demandeur d'aliments vit et vivra »⁴. Le rattachement à la loi de la résidence habituelle permet également d'assurer l'égalité de traitement entre les créanciers qui vivent dans le même pays, sans distinction selon leur nationalité ; on voit mal, en effet, pourquoi un créancier de nationalité étrangère devrait être préterité ou favorisé, dans les mêmes circonstances, par rapport à un créancier ayant la nationalité de l'État où il réside.

18. Il convient également de relever que le critère de la résidence habituelle du créancier est largement utilisé pour la détermination du tribunal compétent en matière alimentaire, tant dans des instruments de droit uniforme (par ex. l'art. 5(2) du Règlement CE No 44/2001 et la disposition « parallèle » de l'art. 5(2) de la Convention de Lugano de 1988) que dans plusieurs législations nationales. Dès lors, l'utilisation de ce même critère pour la détermination du droit applicable conduit souvent à l'application de la loi de l'autorité saisie, ce qui comporte d'évidents avantages en termes de simplicité et d'efficacité.

19. La notion de résidence habituelle n'est pas définie par l'avant-projet de Protocole, mais elle correspond à celle utilisée dans l'avant-projet révisé de Convention pour déterminer les bases de reconnaissance des décisions étrangères (art. 17 *c*). Il convient de noter que le critère retenu est celui de la résidence habituelle, ce qui implique une certaine stabilité. Une simple résidence (ou demeure) à caractère temporaire ne suffit pas pour déterminer la loi applicable à l'obligation alimentaire.

20. Comme il est souligné dans la dernière partie de l'article 3(1), le rattachement à la résidence habituelle du créancier ne vaut pas si l'avant-projet de Protocole en dispose autrement. Cette précision est importante, car ce rattachement est soumis, dans le système du protocole, à plusieurs importantes exceptions, prévues aux articles 4 à 8. Il s'ensuit que la portée de cette règle est ici plus restreinte que dans les Conventions de 1956 et de 1973.

³ *Rapport explicatif*, rédigé par M. Verwilghen, No 122 ss.

⁴ *Rapport explicatif*, rédigé par M. Verwilghen, No 138.

21. Lors d'un changement de résidence de la part du créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle devient applicable à partir du moment où le changement s'est produit (art. 3(2)). Cette solution, qui correspond à celle retenue par les Conventions de 1956 et de 1973 (art. 4(2)), s'impose compte tenu des raisons sur lesquelles repose le rattachement à la résidence habituelle. Dans le cas de changement de résidence, il est en effet logique que la détermination de l'existence et du montant de l'obligation alimentaire s'opère selon la loi du pays où le créancier vit. L'application de cette loi se justifie également pour des considérations liées à l'égalité de traitement de tous les créanciers résidant dans le même pays.

22. Il convient de noter que la solution donnée au conflit mobile n'est pas nécessairement cohérente avec le souci d'assurer la coïncidence entre la compétence des autorités et le droit applicable. En effet, lorsque la compétence de l'autorité dépend de la résidence habituelle du créancier, cette dernière est généralement appréciée au moment de la demande, sans tenir compte d'une modification successive (principe de la *perpetuatio jurisdictionis*). En revanche, sur le plan de la loi applicable le changement de résidence du créancier devra être pris en compte lors de la décision alimentaire, même s'il se produit en cours de procédure. Dans la mesure où la décision fixe une pension pour l'avenir, il serait en effet illogique de ne pas tenir compte d'une modification des circonstances de telle envergure. Le délai ultime pour faire valoir cette modification n'est pas déterminé par l'avant-projet de Protocole, mais dépendra des règles procédurales applicables dans chaque État contractant.

23. Le changement de la loi applicable se produit à partir du moment du changement de résidence, mais uniquement pour l'avenir (*ex nunc*). Les prétentions du créancier relatives à la période précédant le changement demeurent ainsi soumises à la loi de l'ancienne résidence habituelle. Cette solution se justifie si l'on considère que le droit d'obtenir des prestations pour la période précédente est déjà acquis au créancier et ne devrait donc pas être remis en discussion par une modification successive de la loi applicable.

Article 4 Règles spéciales relatives aux enfants et aux parents

24. Cette disposition prévoit des dérogations importantes au rattachement de principe à la résidence habituelle du créancier d'aliments. La raison d'être de ces dérogations est d'introduire un régime plus favorable à certaines catégories de créanciers d'aliments dans des cas où l'application de la loi de leur résidence habituelle s'avère pour eux contreproductive.

25. Dans l'Esquisse du GTLA de janvier 2007 (Doc. prélim. No 24, art. D), ces dérogations n'étaient prévues qu'au profit des enfants âgés de moins de 21 ans. Lors de la Commission spéciale de mai 2007, une majorité des délégations s'est prononcée pour son extension aux obligations alimentaires des enfants envers leurs parents, au motif que ces derniers méritent eux aussi, au même titre que les enfants, un traitement favorable sur le plan des conflits de lois.

26. De plus, afin de mieux préciser le contenu de la notion d'obligations envers les enfants, deux catégories ont été distinguées ; d'une part, celle des obligations alimentaires des parents envers leurs enfants sans limite d'âge et, de l'autre, celle des obligations alimentaires de personnes autre que les parents envers tout enfant âgé de moins de 18 (ou 21) ans. Dans le premier cas, la relation parent-enfant constitue l'élément déterminant, tandis que dans le second le traitement favorable dépend de l'âge du créancier. Dans ce dernier cas de figure, l'âge limite n'a pas été fixé de manière définitive ; le choix dépendra aussi de la solution choisie en matière d'âge dans la Convention.

a) Le rattachement subsidiaire à la loi du for

27. Le premier avantage reconnu aux catégories de créanciers définis à l'article 4(1), est constitué par la prévision d'un rattachement subsidiaire à la loi du for pour le cas où le

créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu de la loi de l'État de sa résidence habituelle (art. 4(2)). Cette solution s'inspire du *favor creditoris* et vise à assurer au créancier la possibilité d'obtenir une prestation alimentaire si celle-ci résulte de la loi de l'autorité saisie.

28. Cette solution est classique. Elle est actuellement prévue dans les Conventions de 1956 (art. 3) et de 1973 (art. 6). Cette dernière ne la prévoit cependant qu'en dernier ressort, après l'application, toujours à titre subsidiaire, de la loi nationale commune des parties (art. 5). L'inversion dans l'avant-projet de Protocole de ces deux critères de rattachement subsidiaires (loi du for avant la loi nationale commune) se justifie pour plusieurs raisons. D'une part, elle réduit l'importance pratique du rattachement à la nationalité commune, dont la pertinence en matière alimentaire est contestée (*cf. infra*, No 42). D'autre part, elle facilite la tâche de l'autorité saisie, qui pourra appliquer à titre subsidiaire sa propre loi, sans devoir constater au préalable le contenu de la loi nationale commune des parties ; du coup, cette solution comporte également des avantages pour le créancier, car elle permet de parvenir à une décision plus rapide et moins coûteuse.

29. Comme dans les Conventions de 1956 et de 1973, le rattachement subsidiaire n'est prévu que si le créancier « ne peut pas obtenir d'aliments » selon la loi applicable à titre principal. La signification exacte qu'il convient d'attribuer à cette expression était controversée lors de la Commission spéciale de mai 2007. Il est clair que le créancier pourra bénéficier de l'application subsidiaire de loi du for non seulement si la loi de la résidence habituelle ne prévoit pas du tout d'obligation alimentaire découlant de la relation de famille dont il s'agit (par ex., elle ne prévoit pas d'obligation des enfants envers leurs parents), mais également si, tout en connaissant en principe une telle obligation, la fait dépendre d'une condition qui fait défaut dans le cas d'espèce (par ex., elle prévoit que l'obligation des parents envers les enfants s'éteint à l'âge de 18 ans, alors que le créancier a atteint cet âge en l'occurrence)⁵. Il est en revanche controversé si l'application subsidiaire de la loi du for doit également jouer lorsque des aliments ne sont pas dus selon la loi de la résidence habituelle pour des raisons économiques, à savoir en raison des critères prévus par cette loi pour l'appréciation des besoins du créancier et / ou des ressources du débiteur (c'est-à-dire, si, selon la loi de la résidence habituelle, le créancier n'a pas besoin d'aliments ou le débiteur n'a pas les moyens pour les lui fournir). Sur le plan strictement théorique, il est difficile de distinguer ce cas de figure des situations précitées, car il s'agit également d'une hypothèse dans laquelle l'octroi de la prestation alimentaire est refusé en raison de l'absence d'une condition posée par la loi applicable à titre principal. Selon beaucoup de délégations, cependant, le *favor creditoris* (et le rattachement subsidiaire qui en constitue l'expression normative) ne devrait pas s'appliquer dans ce dernier cas de figure.

30. Contrairement à la Convention de 1973, dans laquelle le rattachement subsidiaire à la loi du for a une portée générale (*cf. art. 4 à 6*), il n'est prévu dans l'avant-projet de Protocole qu'au profit des catégories de créanciers visés par l'article 4(1). Cette différence pourrait être perçue, dans les États contractants de la Convention de 1973, comme un pas en arrière par rapport au niveau actuel de protection des créanciers d'aliments. Cette analyse ne serait cependant pas entièrement exacte. En effet, la Convention de 1973 écartait déjà les rattachements en cascade pour les aliments entre époux divorcés, ces derniers étant régis en tout cas par la loi appliquée au divorce (art. 8). Dès lors, mis à part les enfants et les parents, les rattachements en cascade bénéficiaient en réalité à des catégories de créanciers adultes dont les prétentions alimentaires ne font pas l'unanimité sur le plan du droit comparé (par ex., aux collatéraux et aux alliés) et pour lesquels l'avant-projet de Protocole envisage l'introduction de certains moyens de défense particuliers en faveur du débiteur (*cf. infra*, art. 6) ; dans ce contexte, il ne paraît pas très logique, voire clairement contradictoire, de faire profiter ces créanciers des rattachements en cascade.

31. Dans les cas où il est applicable, le rattachement subsidiaire à la loi du for n'est évidemment utile que si l'action alimentaire est intentée dans un État autre que celui de la résidence habituelle du créancier car, dans le cas contraire, la loi de la résidence habituelle et la loi du for coïncident. Par ailleurs, il convient de noter que si l'avant-projet de Protocole inclut une disposition comme celle de l'article 4(3) (voir ci-dessous), l'application subsidiaire

⁵ *Cf. le Rapport explicatif* de la Convention de 1973, rédigé par M. Verwilghen, No 145.

de la loi du for ne pourra s'envisager que si l'action est ouverte par le débiteur (par ex., dans l'hypothèse où celui-ci porte une demande devant l'autorité compétente de l'État de sa propre résidence habituelle afin d'être libéré, en vertu de la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, d'une obligation alimentaire ; le créancier pourra alors se protéger en invoquant la loi du for) ou si l'autorité saisie est celle d'un État dans lequel aucune des parties n'est résidente (si, par ex., la demande alimentaire est portée à titre accessoire devant le tribunal compétent pour l'établissement de la filiation ou la dissolution du mariage). En revanche, si l'action est intentée par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur, la loi du for est de toute manière applicable à titre principal selon l'article 4(3).

b) *Le rattachement à la loi du for lorsque l'action est intentée dans l'État de la résidence habituelle du débiteur*

32. L'article 4(3) prévoit que la loi du for est applicable à titre principal si le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle du débiteur. Dans ce cas, cependant, si le créancier d'aliments ne peut obtenir d'aliments selon la loi du for, la loi de la résidence habituelle du créancier redevient applicable à titre subsidiaire.

33. Il s'agit là d'une inversion importante des critères de rattachement prévus aux articles 3 et 4(2) (loi du for avant la loi de la résidence habituelle du créancier). Cette disposition résulte d'un compromis entre les défenseurs d'une application indifférenciée de la loi de la résidence habituelle du créancier et les partisans de la loi du for. L'application de la loi du for est subordonnée à deux conditions : il faut, d'une part, que l'autorité saisie soit celle de l'État de la résidence habituelle du débiteur et, d'autre part, que l'action soit intentée par le créancier.

34. La première de ces conditions est celle qui justifie l'application de la loi du for en lieu et place de celle de la résidence habituelle du créancier. Il faut constater, en effet, que lorsque l'action alimentaire est intentée dans l'État de la résidence habituelle du débiteur, le facteur de rattachement de la résidence habituelle du créancier perd une partie de ses mérites. En pareil cas, ce critère n'entraîne en effet pas l'application de la *lex fori*, de sorte que l'autorité saisie devra déterminer la teneur d'une loi étrangère, une opération qui peut s'avérer longue et coûteuse. En outre, cette loi étrangère devra être appliquée même si, dans le cas concret, elle est *moins favorable* au créancier que la loi du for [la seule exception prévue à l'article 4(2) étant la situation où le créancier *n'a droit à aucune prestation* alimentaire selon la loi de sa résidence habituelle]. Dans une telle situation, l'application de la loi de la résidence du créancier conduit à un résultat contraire au souci de protection du créancier qui l'inspire. Il est donc apparu que ce rattachement pourrait être utilement remplacé par l'application de la loi du for.

35. La deuxième condition pour l'application de la loi du for est que l'action soit intentée par le créancier ; elle vise à limiter, dans l'intérêt du créancier, l'entorse au rattachement de principe à la loi de sa résidence habituelle. Il est apparu en effet que cette dérogation peut se justifier si le créancier décide lui-même d'intenter l'action dans l'État de la résidence de son débiteur, alors qu'elle paraît excessive dans le cas où l'action aurait été intentée dans ce pays à l'initiative du débiteur (par ex., lors d'une demande en révision d'une décision alimentaire). En effet, le créancier a dans la plupart des cas le choix d'agir dans le pays où il réside ou dans celui de la résidence du débiteur ; s'il opte pour cette deuxième solution, il ne pourra pas se plaindre de l'application de la loi interne de ce pays. Dans cette optique, la solution retenue constitue une sorte de compromis entre les partisans d'une application d'office de la loi du for et ceux qui aurait préféré la subordonner à une requête (option) de la part du créancier (cf. le Rapport du GTLA de juin 2006, Doc. prélim. No 22, Nos 24 et 25). Par ailleurs, il convient de noter que si l'action est intentée par le créancier, la compétence des autorités de l'État de la résidence du débiteur aura un fondement très solide (elle reposera en effet sur le principe *actor sequitur forum rei*), ce qui peut mieux justifier l'application de la loi du for. Si en revanche l'action est ouverte par le débiteur dans son État de résidence, la compétence des autorités de cet État (si elle existe selon le droit du for) reposera sur un critère de compétence beaucoup moins significatif (par ex., la nationalité de

l'une des parties), voire clairement exorbitant (*forum actoris*). Raison de plus pour écarter l'application de la loi du for dans ce cas de figure.

36. Contrairement aux solutions qui avaient été proposées dans l'Esquisse de 2006 (*cf.* le Rapport du GTLA de juin 2006, Doc. prélim. No 22, Nos 20 ss), l'application à titre principal de la loi du for n'est prévue que pour les catégories de créanciers visés par l'article 4(1). Cette restriction s'explique principalement pour la raison suivante. Il est apparu que l'application de la loi du for aux conditions prévues par la disposition dont il s'agit, constitue un avantage important pour le créancier. En effet, par la saisie des autorités de l'État de sa résidence ou de celles de l'État de la résidence du débiteur, le créancier se voit accorder le droit de choisir indirectement la loi applicable à sa prétention alimentaire (*forum shopping*). Selon la Commission spéciale, pareil privilège ne peut se justifier que pour les enfants et les parents.

37. En ce qui concerne les obligations alimentaires envers les enfants, l'application de la loi du for repose également sur une autre considération. Dans un nombre croissant de pays la tâche de trancher sur ces obligations est attribuée à des autorités administratives, qui n'ont généralement pas la compétence ni les moyens pour la recherche et l'application du droit étranger. Seule l'application de la loi du for semble compatible avec l'instauration d'un système de recouvrement des aliments de type administratif. Ce souci est évidemment beaucoup moins fort lorsqu'il s'agit de prétentions alimentaires de créanciers adultes, (au moins lorsque celles-ci ne sont pas liées aux prétentions alimentaires de leurs enfants) ces dernières étant généralement tranchées par des autorités judiciaires.

38. Etant donné que l'application à titre principale de la loi du for s'inspire du *favor creditoris*, elle ne peut pas être maintenue lorsqu'elle conduit au résultat de priver le créancier de toute prestation alimentaire. C'est la raison pour laquelle l'article 4(3) *in fine* prévoit, comme l'article 4(2), un rattachement subsidiaire à la loi de la résidence habituelle du créancier lorsque ce dernier ne peut obtenir d'aliments selon la loi de l'autorité saisie. L'article 4(3) se limite donc à inverser les rattachements prévus par les règles générales. Le sens de l'expression « ne peut obtenir d'aliments » est évidemment le même qu'à l'article 4(2) (*cf. supra*, No 29).

c) Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties

39. Si le créancier ne peut obtenir d'aliments ni en vertu de la loi de son État de résidence habituelle, ni en vertu de la loi du for, la loi nationale commune des parties est applicable en dernier ressort. Ce deuxième rattachement subsidiaire complète la protection du créancier d'aliments dans le cas où les lois désignées par les deux premiers critères ne prévoient aucune obligation alimentaire. Le sens de l'expression « ne peut obtenir d'aliments » est évidemment le même qu'à l'article 4(2) (*cf. supra*, No 29).

40. Le rattachement à la loi nationale commune est également prévu par la Convention de 1973 (art. 5) mais, dans ce texte, il prime la loi du for. Les raisons qui ont amené à inverser ces deux critères ont été déjà indiquées (*cf. supra*, No 28).

41. Contrairement à la Convention de 1973, le rattachement subsidiaire à la nationalité des parties (comme d'ailleurs celui à la loi du for) n'est prévu que pour les catégories de créanciers visés par l'article 4(1). Les raisons pour limiter de la sorte le champ d'application des rattachements en cascade ont déjà été expliquées (*cf. supra*, No 30). Il convient de noter que dans le cas d'enfants mineurs, le recours à ce troisième critère de rattachement devrait s'avérer relativement rare, car la plupart des lois nationales reconnaissent dans ce cas le droit à une prestation alimentaire. En revanche, la nationalité commune peut jouer un rôle beaucoup plus important dans les cas de prétentions alimentaires d'enfants majeurs envers leurs parents, ainsi que de parents envers leurs enfants.

42. L'utilisation du rattachement à la nationalité commune en matière d'obligations alimentaires a fait l'objet de nombreuses critiques. La principale est qu'il s'agit d'un critère discriminatoire, car il ne bénéficie qu'aux seuls créanciers qui possèdent une nationalité en commun avec le débiteur (dans ce sens, déjà le Rapport explicatif à la Convention de

1973)⁶. Une autre critique est liée au caractère ambigu du rattachement en question, lorsque la nationalité commune est celle d'un État plurilégislatif. Malgré ces critiques, plusieurs délégations se sont prononcées pour le maintien de ce rattachement subsidiaire dans l'avant-projet. Il convient de relever que son cantonnement aux seules catégories de créanciers visées par l'article 4(1) (alors que dans la Convention de 1973, il a une portée générale), ainsi que sa « rétrocession » au rang de *deuxième* rattachement subsidiaire (alors que dans le système de la Convention de 1973, il était le *premier* rattachement subsidiaire, après la résidence habituelle et avant la *lex fori*) en réduiront grandement à la fois l'impact pratique et les inconvénients.

Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux

43. Cet article contient une règle spéciale pour le rattachement des obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Le contenu exact de cette règle doit encore être défini, mais il y a un point ferme : pour des obligations alimentaires entre époux et ex-époux, le rattachement de principe à la résidence habituelle du créancier doit céder le pas, au moins dans certaines hypothèses, à l'application de la loi d'un État avec lequel le mariage présente des liens plus étroits, notamment à la loi de la dernière résidence habituelle commune des époux. L'opportunité de prévoir cette règle est cependant encore controversée, ce qui explique pourquoi l'article en question figure entre crochets.

44. La prévision d'une règle spéciale pour cette catégorie d'obligations alimentaires repose sur le constat que l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier n'est pas toujours appropriée pour les obligations entre époux ou ex-époux. Il convient de considérer que, dans certains systèmes nationaux, des aliments ne sont octroyés à un époux divorcé qu'avec beaucoup de retenue et dans des situations exceptionnelles (en Europe, cette attitude restrictive caractérise notamment les droits des États scandinaves et certains ressorts de *common law*). Dans ce contexte, une application indistincte des règles générales inspirées du *favor creditoris* est perçue, par certaines délégations, comme excessive. En particulier, la possibilité pour l'un des époux d'influer sur l'existence et le contenu de l'obligation alimentaire par un changement unilatéral de sa résidence habituelle peut conduire à un résultat peu équitable et contraire aux attentes légitimes du débiteur. Prenons le cas d'un couple formé par deux ressortissants d'un État A, dont la loi ne prévoit en principe pas d'aliments après divorce. Après avoir vécu pendant toute leur vie conjugale dans cet État, les époux divorcent et l'un d'eux déménage dans un État B, dont la loi est plus généreuse envers les époux divorcés, et réclame des aliments selon la loi de l'État de sa nouvelle résidence habituelle. Selon la règle de rattachement générale de l'article 3 cette demande devrait être admise. Dans des telles circonstances, cependant, l'application de la loi de l'État B, où les époux n'ont jamais vécu pendant leur mariage, apparaît peu équitable par rapport à l'autre conjoint et contraire aux attentes légitimes que les époux ont pu former pendant leur mariage.

45. Les faiblesses du rattachement à la résidence habituelle du créancier dans le cas d'obligations alimentaires entre époux divorcés avaient déjà été constatées lors de l'élaboration de la Convention de 1973. Cette dernière consacre à ce cas de figure une règle spéciale selon laquelle les obligations entre époux divorcés sont régies par la loi appliquée au divorce (art. 8). Il en est de même *mutatis mutandis* dans les cas de séparation de corps, de déclarations de nullité et d'annulation du mariage (art. 8(2)). Cette solution s'applique non seulement lorsque la demande d'aliments est tranchée dans le cadre de la procédure de divorce (ou au moment du divorce), mais également aux actions intentées par la suite en révision ou en complément du jugement de divorce. La raison invoquée pour cette *perpetuatio juris* est l'exigence de garantir la continuité, en évitant que le changement de résidence de l'époux créancier entraîne une modification de la loi applicable.

46. Cette solution comporte cependant plusieurs inconvénients qui lui ont valu des vives critiques dans les États contractants de la Convention de 1973. Il convient de relever, d'une part, que les règles de conflit en matière de divorce n'ayant pas fait l'objet d'harmonisation

⁶ Rapport explicatif, rédigé par M. Verwilghen, No 144.

au niveau international, l'article 8 n'a en fait aucun effet d'uniformisation de la loi applicable aux obligations alimentaires ; cette loi continue en effet à dépendre du droit international privé de l'État du tribunal saisi de l'instance de divorce, et cette solution favorise inévitablement le *forum shopping*. Par ailleurs, le choix d'un facteur de rattachement invariable dans le temps peut entraîner, lorsque l'obligation alimentaire entre époux doit être réglée après le divorce, l'application d'une loi qui a perdu toute pertinence à l'égard de la situation des ex-époux et de leurs intérêts respectifs. Autant surprenant que cela soit, le juge ne pourra tenir compte de la loi de la résidence actuelle ni du créancier ni du débiteur. Il est également possible que le jugement de divorce ne comporte aucune disposition relative aux aliments ; en ce cas, le souci de continuité sur lequel repose l'article 8 est moins pertinent. Cela est particulièrement vrai lorsque les époux ont divorcé dans un pays qui ne prévoit pas d'aliments pour un époux divorcé ; dans ce cas, l'application de la loi du divorce entraîne le refus de toute prestation, sauf si cette application est écartée par l'ordre public. Enfin, l'application de la loi du divorce peut créer des difficultés pratiques du fait qu'il peut s'avérer difficile de déceler dans le jugement la loi en vertu de laquelle le divorce a été prononcé.

47. A la recherche d'un équilibre entre le souci de la protection du créancier et celui de l'application de la loi d'un État avec lequel le mariage présente des liens significatifs, la Commission spéciale s'est orientée vers l'utilisation du rattachement à la dernière résidence habituelle commune des époux ou des ex-époux. Ce critère exprime un lien plus significatif que la résidence du seul créancier d'aliments. Bien évidemment, ce critère ne peut jouer un rôle autonome que si les conjoints ne résident plus dans le même État au moment de la demande d'aliments, car dans le cas contraire il coïncide avec le rattachement général de l'article 3.

48. Les conditions pour la mise en œuvre de la règle spéciale sont encore controversées. Lors de la Commission spéciale de mai 2007, trois options ont été proposées.

Option 1

49. Selon la première option, la loi de la dernière résidence habituelle des époux n'est applicable que si les époux n'ont jamais vécu pendant leur mariage dans l'État de la résidence habituelle du créancier. La dérogation au rattachement de principe de l'article 3 serait donc limitée à un cas particulier, dans lequel le mariage présente de toute évidence un lien très faible avec l'État de la résidence habituelle du créancier, au point que l'application de la loi de cet État apparaît injustifié. La situation visée est celle de l'exemple donné auparavant (*cf. supra*, No 44). Cette option présente l'avantage de la prévisibilité, car elle ne laisse aucune marge d'appréciation à l'autorité saisie. Bien évidemment, sa rigidité a pour contrepartie qu'elle ne permet pas d'appréhender d'autres situations dans lesquelles l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier peut également s'avérer inappropriée (par ex., si le créancier a déménagé dans un État où les époux ont effectivement résidé en cours de mariage, mais pendant une très brève période).

50. Selon certaines délégations, la dérogation au droit de la résidence habituelle du créancier doit être définie de manière encore plus étroite, en exigeant que l'un des époux (notamment le débiteur) ait maintenu sa résidence habituelle dans l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux. Cette condition additionnelle, qui figure entre parenthèses, vise à éviter l'application de la loi d'un État dans lequel ni le créancier ni le débiteur ne résident plus au moment de la demande d'aliments.

Option 2

51. Selon la deuxième option, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier peut être écartée au profit de celle de l'État de la dernière résidence commune des époux chaque fois où il ressort de l'ensemble des circonstances que le mariage est ou a été (ou, selon une autre version, les obligations alimentaires sont) manifestement plus étroitement lié(es) à cet État. Dans ce cas, la décision d'appliquer une loi ou l'autre appartient à l'autorité saisie qui devra trancher sur la base d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas

concret. Comme toute clause échappatoire fondée sur l'idée de la proximité, celle-ci aurait l'avantage d'offrir une certaine flexibilité, ce qui permettrait de faire jouer l'exception dans les situations décrites ci-dessus et qui ne sont pas couvertes par l'option 1. Le prix à payer est bien évidemment celui de l'imprévisibilité.

52. Dans ce cas aussi, certaines délégations estiment que la dérogation au droit de la résidence habituelle du créancier ne doit être possible que si l'un des époux (notamment le débiteur) réside toujours dans l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux.

Option 3

53. La troisième option est celle qui offre le maximum de flexibilité. Contrairement aux options 1 et 2, elle ne prévoit pas une clause échappatoire à la règle générale de l'article 3, mais elle énonce une règle de rattachement tout à fait indépendante, fondée directement sur le principe de proximité. L'autorité saisie est appelée en effet à appliquer la loi de l'État ayant les liens les plus étroits avec le mariage. Pour concrétiser cette clause générale, et pour réduire le degré d'incertitude qui en résulte, la disposition précise que ces liens existent en général avec l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux. Bien que la disposition ne l'indique pas, il faut évidemment entendre que si les époux résident actuellement tous les deux dans le même État, les liens les plus étroits existent en général avec la loi de cet État.

54. Quelle que soit l'option adoptée, il reste à déterminer si la règle spéciale de l'article 5 est applicable d'office par l'autorité saisie ou uniquement sur demande d'une partie ou du débiteur. Certaines délégations sont en effet de l'avis que la dérogation au rattachement de principe de l'article 3 ne devrait être conçu que comme un moyen de défense du débiteur (comme prévu à l'art. 6) ou, dans un souci d'égalité, sur requête de l'une ou de l'autre des époux. Il convient de noter que cette solution, concevable si l'on retient l'option 1 ou l'option 2, paraît difficilement conciliable avec l'option 3, comme cette dernière prévoit une véritable règle de rattachement fondée sur les liens les plus étroits, entièrement indépendante de l'article 3 ; l'application de cette règle (contrairement à celle d'une clause échappatoire) ne peut pas dépendre de la demande des parties.

55. Il convient de noter que la portée de cette disposition a été étendue. Contrairement à l'article 8 de la Convention de 1973, en effet, elle se veut applicable non seulement aux obligations entre époux divorcés, séparé ou dont le mariage a été annulé ou déclaré nul, mais également aux obligations alimentaires entre époux en cours de mariage. La Commission spéciale a estimé en effet qu'il était préférable d'avoir une même règle de rattachement pour les obligations en cours de mariage et après le divorce, pour éviter que la loi applicable ne change pour la seule raison que le mariage a été dissout.

56. Relevons enfin qu'un élément de simplification résulte de la limitation des rattachements en cascade aux seules obligations alimentaires envers les enfants et les parents (*cf. supra*, art. 4). Il s'ensuit que (à défaut de choix de la loi applicable), les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux sont régies soit par la loi de la résidence habituelle du créancier en vertu de l'article 3, soit par celle désignée par l'article 5. Ni la loi du for, en tant que telle, ni celle de la nationalité commune n'entrent en ligne de compte dans ce cas de figure.

Article 6 Moyens de défense particuliers

57. Pour les obligations alimentaires autres que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant et que celles entre époux et ex-époux, l'article 6 prévoit que le débiteur peut opposer à la prétention du créancier qu'il n'existe pas d'obligation à son égard en vertu de la loi de l'État de la résidence habituelle du débiteur, ni en vertu de la loi de la nationalité commune des parties, s'ils en ont une.

58. Cette défense s'inspire de la solution prévue à l'article 7 de la Convention de 1973. Cette règle permet en effet au débiteur de s'opposer à une demande d'aliments entre collatéraux ou alliés au motif qu'il n'existe aucune obligation alimentaire selon la loi nationale commune du débiteur et du créancier ou, en l'absence de nationalité commune, selon la loi interne de la résidence habituelle du débiteur.

59. Contrairement à la disposition de 1973, la règle du Protocole n'est pas applicable aux seules relations entre collatéraux ou alliés, mais à toute obligation alimentaire autre que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant et que celles entre époux ou ex-époux. Cet élargissement a été voulu pour plusieurs raisons. Il convient de constater, d'abord, que l'opportunité d'accorder des aliments fondés sur les relations de famille visées par cette règle ne fait pas l'objet d'un consensus sur le plan international, d'où le souci de certains États de pouvoir en limiter l'impact. Dans le cadre de la Convention de 1973 ce souci était pris en compte par la prévision de plusieurs réserves portant sur le champ d'application de la Convention (*cf.* les art. 13 et 14 de cette Convention). Or, dans le souci d'éviter autant que possible la prévision de réserves dans le cadre d'un instrument qui est de toute manière purement optionnel, la Commission spéciale estime qu'il est préférable que la réticence de certains États à l'encontre des prétentions alimentaires fondées sur les relations de famille susmentionnées soit prise en compte à un stade antérieur, par la prévision de règles de rattachement plus restrictives pour ces cas de figure.

60. Cette défense pourra donc être invoqué, entre autres, lors de prétentions alimentaires avancées par un parent envers son enfant, ainsi que par un mineur envers une personne autre que ses parents (par ex., entre collatéraux ou alliés). Dans ces deux cas de figure, les règles des articles 4 et 6 seront applicables de manière concurrente, avec la conséquence qu'une prétention alimentaire due selon l'une des lois désignées par les rattachements en cascade de l'article 4 pourra être refusée si elle n'existe pas selon les lois prévues à l'article 7. Cette application concurrente du système de la cascade et des moyens de défense est très compliquée et pas très satisfaisante sur le plan strictement logique ; il semble en effet peu cohérent que l'on veuille à la fois favoriser le créancier par des rattachements subsidiaires et protéger le débiteur par des rattachements cumulatifs. Il s'agit évidemment d'une solution de compromis. Il convient néanmoins de reconnaître que le système n'est pas entièrement nouveau, car il correspond à celui qui actuellement applicable dans le système de la Convention de 1973 pour les collatéraux et alliés⁷.

61. Cette défense pourra également être opposé aux prétentions avancées par un créancier adulte sur la base d'une relation de famille autre que le mariage, éventuellement reconnue par la loi de la résidence habituelle ou par la loi du for (par ex., entre partenaires homo- ou hétérosexuels). Dans ces cas, la cohérence est assurée, car ces catégories de créanciers ne bénéficient pas des rattachements en cascade de l'article 4.

Article 7 Désignation de la loi applicable dans le contexte d'une procédure spécifique

62. Cette disposition accorde aux parties le droit de désigner expressément la loi du for comme loi applicable à l'obligation alimentaire. Ce choix de la loi applicable suppose que le créancier d'aliments ait déjà intenté ou s'apprête à intenter une action alimentaire devant une autorité déterminée. L'accord des parties vise à rendre applicable la loi interne de l'autorité saisie et son effet est limité à une procédure spécifique.

63. Il convient de souligner qu'il s'agit d'un choix effectué au moment d'une procédure ; il suppose que le créancier d'aliments ait déjà intenté ou s'apprête à intenter une action alimentaire devant une autorité déterminée. Au moment d'effectuer ce choix, les parties ont la possibilité de s'informer (ou seront parfois informées par l'autorité saisie) quant à l'existence et à l'entité des prestations alimentaires prévues par la loi du for.

⁷ *Rapport explicatif*, rédigé par M. Verwilghen, No 149.

64. L'accord des parties ne produit d'effet que pour une procédure spécifique. Dès lors, si une nouvelle demande ou une demande en révision est introduite par la suite devant la même autorité ou devant l'autorité d'un autre État, le choix de loi effectué antérieurement ne produira plus aucun effet et la loi applicable devra être déterminée selon les rattachements objectifs. Cette limitation des effets du choix se justifie, car la loi choisie est celle du for.

65. Le choix de la loi applicable devrait jouer un rôle important surtout dans les relations entre adultes. En cas de divorce, en particulier, les époux auront la possibilité de soumettre les prétentions alimentaires à la loi interne de l'autorité saisie, ce qui ne manquera pas de faciliter le déroulement de la procédure. Cependant, la faculté de choix a été également prévue pour les obligations alimentaires en faveur des enfants. Il est apparu en effet que les possibles risques liés à l'introduction de l'autonomie des parties sont largement contrebalancés par les avantages en terme de simplicité qui résultent de l'application de la loi du for. Compte tenu de la règle spéciale de l'article 4(3), selon laquelle les obligations alimentaires des parents envers leurs enfants et celles de toute autre personne envers des enfants de moins de 18 (ou 21) ans sont de toute manière régies par la loi du for lorsque la demande est introduite par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur, l'impact du choix de la loi applicable est néanmoins destiné à rester plutôt limité dans ce domaine.

66. Étant donné que le choix de la loi applicable selon l'article 7(1) peut également avoir lieu avant l'introduction de l'instance, l'article 7(2) donne quelques précisions au niveau de la forme, en prévoyant que, dans ce cas, la désignation du droit applicable doit faire l'objet d'un accord par écrit ou consigné sur quelque support que ce soit dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement. Il est apparu essentiel, d'une part, que l'existence de l'accord puisse être prouvée facilement et, d'autre part, que l'attention des parties soit attirée sur les conséquences importantes que le choix de la loi applicable peut engendrer par rapport à l'existence et à l'étendue de l'obligation alimentaire. Cette disposition prévoit seulement un formalisme minimum relatif à l'accord ; il est loisible aux États de prévoir d'autres exigences, en établissant par exemple des modalités visant à assurer que le consentement des parties est libre et suffisamment éclairé (par ex., la nécessité d'une signature ou le recours à un conseil juridique avant la signature de l'accord).

67. Il convient enfin de noter que si le choix prévu à l'article 7 est effectué avant l'introduction de l'instance, il ne sera valable que si les parties auront précisée la loi qu'elles entendent désigner, ou tout au moins l'autorité devant laquelle la procédure envisagée devra être introduite. Il ne suffira pas que les parties désignent de manière générale « la loi du for », car tant qu'une autorité n'a pas été saisie le « for » n'est pas déterminé. Un tel choix effectué de manière aveugle n'offre pas la garantie que les parties aient été informées et conscientes quant à l'objet de leur choix. Si par la suite aucune demande n'est introduite devant les autorités de l'État dont la loi a été choisie, le choix restera sans effet.

68. Après des discussions sur ce point, la Commission a finalement renoncé à prévoir une limite temporelle entre le moment du choix et l'introduction de l'instance. En effet, si une demande est introduite dans l'État dont la loi a été choisie, il est raisonnable que le choix puisse produire ses effets, même si une période relativement longue s'est écoulée entre ces deux moments. En revanche, si aucune procédure n'est introduite dans cet État, le choix, comme indiqué, ne produit de toute manière aucun effet.

Article 8 Désignation de la loi applicable

69. Cette disposition permet aux parties de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire à tout moment, avant même la survenance d'un litige. Contrairement au choix de la loi du for prévu à l'article 7, le choix de la loi applicable de l'article 8 n'est pas uniquement effectué « pour les besoins d'une procédure spécifique » ; ses effets ne sont donc pas limités à une procédure que le créancier d'aliments a déjà intentée ou qu'il s'apprête à intenter. La loi choisie par les parties est en effet destinée à régir les

obligations alimentaires entre les parties à partir du moment du choix, et ce jusqu'au moment où elles décident, le cas échéant, de le modifier.

70. Le principal avantage du choix de la loi applicable est de garantir une certaine stabilité et prévisibilité quant à la loi applicable. En effet, si les parties ont conclu un tel choix, la loi élue reste applicable en dépit des changements qui peuvent intervenir dans leur situation personnelle, et quelle que soit l'autorité saisie en cas de litige. En particulier, le changement de la résidence habituelle du créancier d'aliments ne comporte pas de modification de la loi applicable.

71. Le choix de la loi applicable est particulièrement utile dans les relations entre époux, lorsque ces derniers concluent, avant ou en cours de mariage, une convention relative aux obligations alimentaires et / ou à la propriété de leurs biens respectifs. Grâce à ce choix, la loi applicable à l'obligation alimentaire est déterminée à l'avance, ce qui évite que la convention puisse être remise en question par la suite.

72. Le choix de la loi applicable une fois admis pour les époux, il est apparu qu'il pouvait être étendu à tous les adultes. Un doute subsiste pour les personnes qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts. Certaines délégations estiment que ces personnes doivent être spécialement protégées contre les risques liés au choix de la loi applicable, alors que d'autres considèrent que les mécanismes de protection mis en place à cet effet dans les différents systèmes de droit interne (sous forme, par ex., de nomination d'un tuteur ou d'un curateur) sont suffisants. Bien évidemment, la loi applicable aux mesures de protection des adultes ne relève pas du domaine d'application du Protocole (*cf. la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*).

73. Le choix de la loi applicable a été exclu lorsqu'il s'agit d'aliments envers les enfants, car les risques potentiels de ce choix semblent dans ce cas supérieurs au possible bénéfiques. À cet égard, il y a une hésitation quant à la fixation de l'âge à partir duquel le choix devrait être admis. Si l'âge de 18 ans correspond dans la plupart des pays à l'obtention de la majorité légale, la proposition d'un âge plus élevé (par ex., 21 ans) reflète le souci de protéger des jeunes personnes qui peuvent encore être particulièrement vulnérables.

74. Dans un souci de protection du créancier d'aliments, l'article 8 soumet la faculté des parties de choisir la loi applicable à plusieurs conditions et restrictions. Une première restriction concerne l'objet du choix et vise à limiter l'éventail d'options qui sont ouvertes aux parties. Certaines options sont assez largement acceptées : ainsi, la loi nationale de l'une des parties ou la loi du pays de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation. De plus, les époux se voient accordés le droit de choisir la loi qu'ils ont désigné comme applicable, ou celle effectivement appliquée, à leurs relations patrimoniales, à leur divorce ou à leur séparation de corps. Cette possibilité vise à permettre aux époux d'établir une coïncidence entre la loi applicable aux obligations alimentaires, d'une part, et celle régissant le régime matrimonial et/ou le divorce ou la séparation de corps de l'autre. Il convient de noter que les époux ne peuvent pas choisir la loi *applicable* au régime ou au divorce ; étant donné que cette question est généralement régie par des règles de conflits nationales très divergentes, la loi applicable au régime ou au divorce peut varier selon les règles en vigueur dans l'État de l'autorité saisie ; dès lors, le choix de cette loi pour l'obligation alimentaire serait faite à l'aveugle. En revanche, les époux peuvent choisir la loi qui a été effectivement *appliquée* au régime ou au divorce, ce qui permet d'assurer sur une base volontaire la stabilité de la loi applicable. De plus, ils peuvent choisir la loi qu'ils ont *désignée* comme applicable au régime ou au divorce ; dans ce cas, le choix sera valable uniquement si le choix de la loi applicable au régime ou au divorce est possible et valable selon le droit international privé de l'État de l'autorité saisie. En ce qui concerne la désignation de la loi applicable au divorce, elle n'est pour l'instant pas très répandue en droit comparé, mais une évolution se dessine dans le droit international privé de source communautaire, étant donné que la *Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement No 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale* (« Rome III »), présentée par la Commission le

17 juillet 2006 (COM(2006) 399 final), prévoit, de manière très innovatrice, le choix de la loi applicable pour le divorce et la séparation de corps.

75. Sur le plan formel, le choix de la loi applicable doit être revêtu de la forme écrite. Sans mentionner les avantages qu'elle offre sur le plan probatoire, l'exigence de l'écrit sert à attirer l'attention du créancier sur l'importance du choix et à le mettre à l'abri des conséquences d'un choix irréfléchi. Cette disposition prévoit seulement un formalisme minimum relatif à l'accord ; il est loisible aux États de prévoir d'autres exigences, en établissant par exemple des modalités visant à assurer que le consentement des parties est libre et suffisamment éclairé.

76. Une troisième restriction concerne l'efficacité du choix de la loi applicable (art. 8(3)). Étant donné que le choix d'une loi restrictive en matière alimentaire peut priver le créancier de toute prétention alimentaire, ou limiter ses prétentions de manière importante, il est apparu indispensable de prévoir un pouvoir modérateur de l'autorité saisie de la demande. Si cette autorité constate que l'application de la loi choisie par les parties entraîne, dans le cas concret, des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables, la loi choisie pourra être écartée au profit de celle désignée par les critères de rattachement objectifs prévu par l'avant-projet. Cette clause échappatoire se fonde sur des considérations de justice matérielle et correspond au pouvoir que plusieurs droits nationaux accordent au juge de corriger, voire d'écarter, les accords alimentaires conclus entre les parties lorsqu'ils conduisent à des résultats inéquitables ou déraisonnables. Parmi les circonstances qui pourraient déclencher l'application de cette clause, on peut mentionner le fait que la loi choisie ne présente, au moment du litige, qu'un lien très faible avec les parties ou le fait que l'une des parties (notamment le créancier) a consenti au choix du droit applicable sans être suffisamment informé de ses conséquences. La formulation de cette règle ne fait cependant pas l'unanimité et devra faire l'objet de considérations supplémentaires.

Article 9 Organismes publiques

77. Cette disposition prévoit que le droit d'un organisme public de demander le remboursement de la prestation fournie au créancier en lieu et place d'aliments est soumis à la loi qui régit l'organisme. Une règle de la même teneur a été introduite dans la partie obligatoire de la Convention (art. 33(2) de l'avant-projet révisé de Convention). Elle ne constitue pas une nouveauté, puisqu'elle figurait déjà à l'article 9 de la Convention de 1973.

78. Il convient de noter que ce rattachement ne vaut que pour le droit de l'organisme public de demander le remboursement, alors que l'existence et l'étendue de la créance alimentaire sont régis par la loi applicable à l'obligation alimentaire (cf. art. 10 *f*). Il est clair par ailleurs que la règle ne vaut que pour le remboursement des prestations qui ont été effectuées à titre d'aliments, et non pas de prestations d'autre nature (par ex., subsides publics) au remboursement desquels le débiteur n'est pas obligé.

79. Cette règle ne constitue pas une nouveauté, puisqu'elle figurait déjà à l'article 9 de la Convention de 1973. La seule différence est rédactionnelle (« organisme public » au lieu d'« institution publique »), pour harmoniser ce texte avec la terminologie utilisée dans l'avant-projet révisé de Convention.

Article 10 Domaine de la loi applicable

80. Cette disposition précise les questions déterminées par la loi désignée par les articles 3, 4, 5, 7 ou 8 de l'avant-projet de Protocole. Le domaine d'application de la loi applicable à l'obligation alimentaire est défini de manière assez large, conformément à l'approche qui caractérise la Convention de 1973 (art. 10). Cette loi régit notamment l'existence de l'obligation alimentaire, la détermination du débiteur, l'étendue de l'obligation, y compris la base de calcul de la prestation et la mesure dans laquelle le créancier peut rétroactivement demander des aliments pour le passé (arriérés). Il convient de noter que

l'énumération contenue à l'article 10, comme l'indique l'adverbe « notamment », ne prétend pas à l'exhaustivité, d'autres questions non mentionnées pouvant éventuellement tomber sous le coup de la même loi.

81. La loi applicable à l'obligation alimentaire régit également la question de l'indexation du montant dû à titre d'aliments (art. 10, *c*). Cette question a été discutée lors de la Commission spéciale, car d'autres solutions pourraient théoriquement se concevoir (par ex., l'application systématique de la loi de la résidence habituelle du créancier ou de la loi du for). La Commission spéciale a finalement estimé que cette question était liée à celle de la détermination de l'étendue de l'obligation alimentaire et devait donc être régie par la loi applicable à cette dernière.

82. La loi applicable à l'obligation alimentaire détermine également la personne légitimée pour introduire l'action en matière d'aliments (art. 10 *d*). Cette solution correspond à celle consacrée par la Convention de 1973 (art. 10(2)). La légitimation appartient normalement au créancier d'aliments mais, lorsque ce dernier est mineur, l'action peut être parfois intentée par l'un de ces parents ou par un organisme public. Cette question est distincte de celle de la représentation des incapables, qui échappe au champ d'application de l'avant-projet. De même, elle ne doit pas être confondue avec celles de la capacité procédurale et de la représentation en justice, qui tombent sous le coup de la loi du for.

83. La prescription de l'action alimentaire et les autres délais prévus pour l'intenter (par ex., des délais de forclusion) tombent également sous les coups de la loi applicable à l'obligation alimentaire (art. 10 *e*). Ces questions se voient donc attribuer une qualification substantielle et non procédurale, comme cela était déjà le cas dans le cadre de la Convention de 1973 (art. 10(2)).

84. Lors d'une action en remboursement intentée par un organisme public, la loi applicable à l'obligation alimentaire régit l'existence et l'étendue (et donc les limites) de cette obligation (art. 10 *f*), alors que le droit de demander le remboursement dépend de la loi de l'institution concernée (art. 9).

Article 11 Exclusion du renvoi

85. Cette disposition précise que les règles de conflit du Protocole désignent la loi interne de l'État concerné, à l'exclusion des règles de conflit de lois. Le renvoi est donc exclu, et ce même si la loi désignée est celle d'un État non contractant.

Article 12 Ordre public

86. Le paragraphe premier de cette disposition se limite à prévoir la possibilité d'écarter la loi applicable lorsque ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public du for. La teneur de cette disposition correspond à celle de la Convention de 1973 (art. 11(1)), ainsi qu'à de nombreux instruments de droit international privé uniforme. Elle n'appelle pas de commentaire particulier.

87. Le paragraphe 2 correspond à la disposition de l'article 11(2), de la Convention de 1973, mais sa formulation définitive, ainsi que sa portée et son emplacement, sont encore controversés.

88. Selon une première formulation, qui correspond en gros à celle de 1973, les besoins du créancier et les ressources du débiteur « sont pris en compte » dans la détermination du montant des aliments, quelque soit la manière de disposer de la loi applicable. Dans cette version, il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé, qui oblige tout État contractant au Protocole à tenir compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur, et ce même si la loi désignée par l'avant-projet de Protocole en dispose autrement. De plus, cette règle matérielle serait susceptible de s'appliquer même si

l'obligation alimentaire est régie par la loi du for. Formulée de telle façon, la règle n'a rien à voir avec l'ordre public du for, de sorte qu'il conviendrait en faire une disposition séparée de l'article 12.

89. Selon une deuxième formulation, qui avait été suggérée par le GTLA (*cf.* l'Esquisse relative à la loi applicable, Doc. prélim. No 24 de janvier 2007, art. K(2)), la disposition autorise l'autorité saisie à prendre en compte les besoins du créancier et le ressource du débiteur (sans le lui imposer) dans la mesure où la loi étrangère applicable à l'obligation alimentaire ne le prévoit pas. Il s'agirait donc une simple concrétisation de la clause d'ordre public de l'article 12(1). Cette deuxième version est évidemment beaucoup moins intrusive dans les compétences des États contractants de régler les obligations alimentaires dans leur loi interne.

Article 19 Signature, ratification et adhésion

90. La Commission spéciale de mai 2007 a décidé que l'instrument sur la loi applicable aurait la forme d'un Protocole séparé de la Convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille. Elle n'a en revanche pas encore tranchée de manière définitive la question de savoir si ce Protocole sera lié à la Convention ou entièrement indépendant de celle-ci. Les deux options figurent actuellement dans le texte de l'article 19. Selon la première option, le Protocole serait ouvert à la ratification et à l'adhésion seulement des États parties à la Convention sur le recouvrement d'aliments. Selon la deuxième option, tout État pourrait en devenir partie, même s'il n'est pas partie à la Convention. Lors de la Commission spéciale de mai 2007 une majorité de délégation s'est exprimée pour la première option, mais aucune décision n'a été prise pour l'instant.