

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LOI APPLICABLE

*établi par le Président
du Groupe de travail, Andrea Bonomi*

* * *

REPORT OF THE WORKING GROUP ON APPLICABLE LAW

*drawn up by the Chair
of the Working Group, Andrea Bonomi*

*Document préliminaire No 27 d'avril 2007
à l'intention de la Commission spéciale de mai 2007
sur le recouvrement international des aliments
envers les enfants et d'autres membres de la famille*

*Preliminary Document No 27 of April 2007
for the attention of the Special Commission of May 2007
on the International Recovery of Child Support
and other Forms of Family Maintenance*

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LOI APPLICABLE

*établi par le Président
du Groupe de travail, Andrea Bonomi*

* * *

REPORT OF THE WORKING GROUP ON APPLICABLE LAW

*drawn up by the Chair
of the Working Group, Andrea Bonomi*

TABLE DES MATIÈRES

	Page
I. Remarques introductives	4
II. La disposition de l'article 28(5) de l'avant-projet de Convention.....	4
III. L'Esquisse de texte optionnel sur la loi applicable	5
Article A	5
Article B	5
Article C	6
Article D	7
Article E	10
Article F	11
Article G	12
Article H	13
Article I	14
Article J	14
Article K	15

I. Remarques introductives

1. Le Groupe de travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après le « GTLA »), constitué par la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille de mai 2003, a poursuivi son activité conformément au mandat reçu de la Commission spéciale de juin 2006.

2. Il convient de rappeler que lors de cette Commission spéciale, la composition du GTLA a été ultérieurement élargie dans le but de le rendre plus représentatif des États intéressés par la question de la loi applicable aux obligations alimentaires. Il est actuellement composé des membres suivants : Patricia Albuquerque Ferreira (Chine, RAS Macao), Nádia de Araújo (Brésil), Antoine Buchet (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), et Andrea Bonomi (Suisse, Président). Les co-Rapporteurs Alegria Borrás et Jennifer Degeling et les membres du Bureau Permanent sont *ex officio* membres du GTLA.

3. Le mandat conféré au GTLA par la Commission spéciale de juin 2006 était double. Il s'agissait, d'une part, de rediscuter la disposition de l'article 27(3) de l'Esquisse d'un projet de Convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille (Doc. trav. No 98 du 26 juin 2006, ci-après « Esquisse d'un projet de Convention »), disposition qui avait été introduite dans le projet de Convention sur proposition du GTLA mais qui a fait l'objet de quelques critiques lors de la Commission spéciale de juin 2006. Cette disposition figure maintenant, inchangée, dans l'avant-projet de Convention qui apparaît dans le Document préliminaire No 25 de janvier 2007 (ci-après « avant-projet de Convention »), dans l'article 28(5). D'autre part, le GTLA était chargé de perfectionner l'esquisse de texte optionnel sur la loi applicable, en vue d'une discussion approfondie des questions relatives à la loi applicable qui aura lieu lors de la Commission spéciale de mai 2007.

4. Le GTLA s'est réuni une fois à La Haye, en novembre 2006 ; pour le reste, les travaux ont été conduits par l'intermédiaire d'une liste de discussion électronique. Lors de sa réunion de novembre 2006, le GTLA, après avoir rediscuté la disposition de l'article 27(3) susmentionné, s'est principalement consacré à l'élaboration d'une esquisse de projet de texte optionnel sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Dans cette optique, l'esquisse de texte qui avait été présentée avec le Rapport du GTLA de juin 2006 (Doc. prélim. No 22, ci-après « l'Esquisse de juin 2006 ») a été complétée et amendée sur plusieurs points (Doc. prélim. No 24, Esquisse relative à la loi applicable). Ces ajouts et modifications visent à tenir compte des remarques faites par certaines délégations lors de la Commission spéciale de juin 2006, ainsi que des opinions des nouveaux membres du GTLA. Ils reflètent également le souci de parvenir à un texte qui soit acceptable au plus grand nombre d'États.

5. L'Esquisse relative à la loi applicable (Doc. prélim. No 24 de janvier 2007) n'est qu'un projet (ci-après « l'Esquisse »). En effet, plusieurs des dispositions proposées sont encore controversées ; toutes ces propositions nécessitent une réflexion plus approfondie ou, tout au moins, des améliorations rédactionnelles. Dès lors, les commentaires inclus dans ce rapport sont entièrement provisoires et ne constituent qu'une tentative de synthèse de la part du président du GTLA.

II. La disposition de l'article 28(5) de l'avant-projet de Convention

6. Conformément au mandat reçu par la Commission spéciale, le GTLA a rediscuté la disposition de l'article 28(5) de l'avant-projet de Convention. Cette disposition prévoit que le délai de prescription relatif à l'exécution des arrérages est déterminé par la loi de l'État d'origine de la décision ou par celle de l'État requis, selon celle qui prévoit le délai plus long.

Cette disposition avait été critiquée par quelques délégations lors de la Commission spéciale de juin 2006.

7. Un premier groupe de critiques portaient sur les rattachements retenus. Certaines délégations avaient exprimé l'opinion que le délai de prescription devait être régi par la loi applicable à l'obligation alimentaire. Le GTLA a rejeté cette proposition à l'unanimité de ses membres. Il convient de souligner, en effet, que l'article 28(5) ne vise pas à trancher la question de la loi applicable au délai de prescription de l'obligation alimentaire au stade de l'établissement d'une décision sur les aliments mais celle, très différente, du délai de prescription relatif à l'exécution des arrérages sur la base d'une décision étrangère exécutoire. Si la première question est effectivement régie par la loi applicable à l'obligation alimentaire selon le droit international privé de l'État de l'autorité saisie (ce qui est du reste prévu à l'article J e) de l'Esquisse), la deuxième est plutôt une question de détermination des effets du jugement étranger ; comme telle elle relève de la loi de l'État d'origine de ce jugement, y compris ses règles de droit international privé. Dans une optique de faveur pour le créancier, le GTLA considère cependant approprié que la loi de l'État requis soit désignée, de manière alternative, si elle prévoit un délai plus long.

8. D'autres critiques étaient liées à la difficulté de déterminer les règles de prescription en vigueur dans l'État d'origine de la décision. Pour tenir compte de ces soucis et faciliter la tâche des autorités chargées de l'exécution, le GTLA propose d'imposer aux États contractants l'obligation de fournir et de tenir à jour ces informations. Dans ce but, la modification suivante de l'article 32 de l'avant-projet de Convention est proposée :

Article 32 Informations relatives aux règles et procédures d'exécution

Les États contractants, au moment où ils deviennent Partie à la Convention, fournissent au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye une description de leurs procédures et règles d'exécution, y compris les règles de protection du débiteur et les règles concernant la durée des obligations alimentaires et des délais de prescription. De telles informations sont tenues à jour par les États contractants.

III. L'Esquisse de texte optionnel sur la loi applicable

9. Les travaux du GTLA ont principalement porté sur l'élaboration d'un projet de texte optionnel sur la loi applicable aux obligations alimentaires. L'Esquisse est le résultat d'une réélaboration de l'Esquisse de juin 2006. Voici un bref commentaire des dispositions de ce texte.

Article A

10. Cet article définit le champ d'application matériel du futur instrument ; il ne contient aucune modification par rapport au même article de l'Esquisse de juin 2006. Son contenu devra être coordonné avec le texte de la future Convention (*cf.* art. 2 de l'avant-projet de Convention). La question de savoir si le texte optionnel doit contenir des réserves sera discutée dans le cadre de la Commission spéciale; elle dépend entre autre des solutions qui seront trouvées pour les obligations alimentaires naissant de certaines relations de famille (*cf. infra*, art. F).

Article B

11. Cet article ne fait que définir certaines notions qui sont utilisées dans d'autres dispositions de l'Esquisse. Par rapport au texte de juin 2006, deux définitions ont été ajoutées.

12. La première, celle d'« accord par écrit » telle qu'utilisée aux articles G et H de l'Esquisse, vise à préciser qu'il suffit que l'accord sur la loi applicable à l'obligation alimentaire soit consigné sur quelque support que ce soit, dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement. Il n'est donc pas nécessaire que l'accord ressorte d'un texte en papier, l'utilisation de techniques plus modernes étant suffisant. Par ailleurs, il n'est pas exigé que l'accord soit contenu dans un seul et même texte, les déclarations des parties pouvant résulter de documents séparés.

13. La deuxième nouveauté n'en est pas vraiment une. En précisant que le terme « loi » désigne toujours le droit en vigueur dans l'État concerné, à l'exclusion des règles de conflit de lois, ce texte ne fait que reprendre l'article K de l'Esquisse de juin 2006 et réaffirmer l'exclusion du renvoi.

14. Il convient de souligner enfin que les définitions de créancier et de débiteur doivent être coordonnées avec celles consacrées par le texte de la future Convention (*cf.* art. 3 de l'avant-projet de Convention)

Article C

15. Cette disposition correspond à l'article C(1) de l'Esquisse de juin 2006. Elle 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 La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après, « la Convention de 1973 ») et, pour les aliments envers les enfants, dans 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 »). Ce rattachement présente plusieurs avantages, qui ont été mis en exergue dans le Rapport du GTLA de juin 2006. Voici un extrait de ce texte (Nos 13-14) :

« [L]e principal [avantage] 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. 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.

14. 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 ».

16. Dans le cas d'un changement de résidence habituelle du créancier, l'article C(2) retient, comme le faisait l'article C(1) de l'Esquisse de juin 2006, la solution de la Convention de 1973 (art. 4(2)). Selon cette approche, 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. Cette solution s'impose, compte tenu des raisons sur lesquelles repose le rattachement à la résidence habituelle. Comme indiqué dans le Rapport du GTLA de juin 2006 (Nos 15-16),

« [d]ans 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, ainsi que dans l'optique de la coïncidence entre compétence et droit applicable.

16. 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 de la loi applicable ».

17. Contrairement à la disposition correspondante de l'Esquisse de juin 2006, le nouveau texte de l'article C ne prévoit pas de rattachements en cascade à la loi du for et à la loi de la nationalité commune des parties (cf. art. C(2) et (3) de l'Esquisse de juin 2006). En effet, le GTLA a estimé que le principe des rattachements en cascade, particulièrement favorable au créancier d'aliments, n'est réellement justifié qu'au profit des enfants. Les dispositions pertinentes se retrouvent donc, avec quelques modifications, à l'article D qui dicte des règles spéciales relatives aux aliments envers les enfants.

18. Par ailleurs, et pour la même raison, le nouvel article C ne prévoit pas de dérogation au rattachement à la résidence habituelle en faveur de la loi du for, telle que celle envisagée au paragraphe 2 *bis* de l'article C de l'Esquisse de juin 2006 ; pareille dérogation est en revanche prévue à l'article D *b)* pour les obligations alimentaires relatives aux enfants.

Article D

19. Cette disposition prévoit, pour l'hypothèse d'obligations alimentaires envers les enfants, des dérogations au rattachement de principe à la résidence habituelle du créancier d'aliments. Elle naît d'une réélaboration des dispositions de l'article C(2), (2) *bis* et (3) de l'Esquisse de juin 2006.

a) Le rattachement subsidiaire à la loi du for

20. L'article D *a)* prévoit un rattachement subsidiaire à la loi du for dans le cas où le créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu de la loi de l'État de sa résidence habituelle. 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 de ces deux critères de rattachement subsidiaires proposée dans l'Esquisse (loi du for avant la loi nationale commune) se justifie pour plusieurs raisons qui avaient déjà été indiquées dans le Rapport du GTLA de juin 2006 (No 19):

« D'une part, [cette inversion] réduit l'importance pratique du rattachement à la nationalité, dont la pertinence en matière alimentaire est contestée [...] 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 ».

21. Contrairement à l'Esquisse de juin 2006, cependant, le rattachement subsidiaire à la loi du for n'est prévu dans le texte actuel que pour les obligations alimentaires envers les enfants. Cette modification importante se justifie selon le GTLA pour plusieurs raisons. Il convient de constater, tout d'abord, que l'idée fondamentale qui est à la base des rattachements en cascade, à savoir le *favor creditoris*, a beaucoup plus de poids lorsque le

créancier d'aliments est un enfant. Il est vrai que dans la Convention de 1973 cette solution a une portée générale (*cf.* art. 4 à 6), de sorte que la restriction aux enfants pourrait être perçue comme un pas en arrière. 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, les rattachements en cascade ne bénéficiaient en réalité qu'à des catégories de créanciers adultes dont les prétentions alimentaires ne font pas l'unanimité sur le plan du droit comparé (par ex., aux parents vis-à-vis de leurs enfants, ainsi qu'aux collatéraux et aux alliés). Étant donné que justement pour ces hypothèses, l'Esquisse envisage l'introduction de certains moyens de défenses en faveur du débiteur (*cf. infra*, art. F), il ne paraît pas très logique, voire clairement contradictoire, de faire profiter ces créanciers des rattachements en cascade.

22. La limitation aux enfants suppose une définition de cette notion. Le GTLA a estimé que la limitation aux enfants âgés de moins de 21 ans était appropriée et cohérente avec la délimitation générale du champ d'application obligatoire de la future Convention tel que prévu à l'article 2 de l'avant-projet de Convention.

23. 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 le texte optionnel inclut une disposition comme celle qui est proposée à l'article D *b)* (voir ci-dessous), l'application subsidiaire de la loi du for ne sera pertinente 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 effet, selon l'article D *b)*, la loi du for est de toute manière applicable à titre principal si l'action est intentée par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur.

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

24. L'article D *b)* 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.

25. Il s'agit là d'une inversion importante des critères de rattachement prévus aux articles C(1) et D *a)* (loi du for avant la loi de la résidence habituelle du créancier). Cette disposition résulte d'un compromis au sein du GTLA entre les défenseurs d'une application indifférenciée de la loi de la résidence habituelle du créancier et les partisans de la loi du for. Elle correspond à l'une des formulations de l'article C(2) *bis* de l'Esquisse de juin 2006 (option 1). 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.

26. 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 du créancier. Comme indiqué dans son Rapport de juin 2006 (No 21), le GTLA a en effet constaté 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* [...] 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* ».

27. 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 modification). 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 du droit 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 voulaient la subordonner à une requête (option) de la part du créancier (cf. le Rapport du GTLA de juin 2006, 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 (*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 des parties), voire clairement exorbitant (*forum actoris*). Raison de plus pour écarter l'application de la loi du *for* dans ce cas de figure.

28. Contrairement aux solutions qui avaient été proposées dans l'Esquisse de 2006, le nouveau texte de l'article D *b*) ne prévoit l'application de la loi du *for* que pour les obligations alimentaires relatives aux enfants. Cette restriction s'explique par deux considérations principales. Il est apparu, d'une part, 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 le GTLA, pareil privilège ne peut se justifier que pour les enfants.

29. Par ailleurs, les mérites de l'application de la loi du *for* sont particulièrement évidents lorsqu'il s'agit d'obligations alimentaires envers les enfants. En effet, les économies procédurales qui résultent de l'application du droit interne sont particulièrement bénéfiques dans des procédures qui concernent les enfants, et ce notamment si ces procédures sont attribuées, comme cela arrive de plus en plus fréquemment, à la compétence d'autorités administratives. Puisque ces dernières 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 alimentaire de leurs enfants) ces dernières étant généralement tranchées par des autorités judiciaires.

c) *Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties*

30. 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.

31. 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 le GTLA à proposer une inversion de ces deux critères ont été déjà indiquées dans le Rapport du GTLA de juin 2006 (No 19). Il n'est pas question de les rappeler ici.

32. Contrairement à l'Esquisse de juin 2006, le rattachement subsidiaire à la nationalité des parties (comme d'ailleurs celui à la loi du for) n'est prévu que pour les obligations alimentaires envers les enfants. Les raisons pour limiter de la sorte le champ d'application des rattachements en cascade ont déjà été expliquées (*cf. supra*, No 21). Il convient de noter que dans le cas d'enfants, le recours à ce troisième critère de rattachement devrait s'avérer relativement rare, car la plupart des lois nationales reconnaissent à l'enfant le droit à une prestation alimentaire.

Article E

33. Cet article contient une règle spéciale pour le rattachement des obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Comme l'article D(1) de l'Esquisse de juin 2006, cette disposition prévoit une clause échappatoire permettant à l'autorité saisie d'écarter, à certaines conditions, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, désignée par l'article C, pour appliquer à sa place la loi de l'État dans lequel les époux ont eu leur dernière résidence habituelle commune. Les raisons qui ont conduit à prévoir cette solution ont été en grande partie expliquées dans le Rapport du GTLA de juin 2006 (Nos 36-37) :

« [...] 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 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 simple changement de sa résidence habituelle peut conduire, dans certains cas, à des résultats peu équitables et contraires aux attentes légitimes du débiteur [...]

37. Pour tenir compte de ces situations, la proposition avait été avancée à l'intérieur du GTLA de soumettre les obligations alimentaires entre époux à une règle de conflit indépendante de celle de l'article C et fondée sur le critère de rattachement de la résidence habituelle commune ou de la dernière résidence habituelle commune des époux. Pareille proposition a cependant soulevé des réactions très mitigées auprès de certains membres du GT, car elle apparaît comme peu cohérente avec le souci de protection du créancier et avec l'architecture générale du texte proposé ».

34. L'article E est une solution de compromis entre ces deux différentes approches (application des règles générales de l'art. C ou règle *ad hoc* fondée sur la résidence commune des époux). L'opportunité de prévoir cette règle est cependant encore très controversée, ce qui explique pourquoi l'article en question figure entre parenthèses.

35. Contrairement à l'article D(1) de l'Esquisse de juin 2006, l'article E proposé ne donne au tribunal saisi que le droit d'appliquer la loi de l'État de la dernière résidence commune des époux. Cette précision a été introduite pour limiter l'incertitude liée à l'application de la

clause d'exception, tout en respectant le souhait des membres du GTLA qui plaident pour l'application de la loi de la dernière résidence commune des époux.

36. Par ailleurs, et toujours dans un souci de limiter la marge d'incertitude, les conditions d'application de la clause échappatoire ont été définies de manière plus précise. Il faudra d'une part que l'un des époux ou des ex-époux soit encore résidant dans l'État de la dernière résidence commune au moment de l'introduction de la demande. Il est apparu en effet que l'application de la loi de ce pays ne peut se justifier qu'en présence d'un lien fort et actuel avec cet État, lien qui n'existe plus si les deux époux ont quitté l'État en question au moment de l'action. D'autre part, la loi de l'État de la dernière résidence commune ne pourra être appliquée que si les obligations alimentaires en question présentent un lien manifestement plus étroit avec cet État qu'avec l'État de la résidence habituelle du créancier. Tel pourrait être par exemple le cas si au moment de la demande d'aliments l'époux créancier a établi sa résidence dans un État avec lequel les époux n'avaient aucun lien pendant leur mariage.

37. Malgré une certaine simplification par rapport à l'Esquisse de juin 2006, l'article en question demeure une source d'incertitude quant à la loi applicable et risque de multiplier la durée et le coût du contentieux. De plus, comme toute règle fondée sur la notion de liens étroits, le risque existe qu'elle soit appliquée de manière non uniforme dans les États contractants, n'aboutissant qu'à une uniformité de façade.

38. Il convient de noter que la portée de cette disposition a été étendue. Contrairement au texte de juin 2006, 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 majorité des membres du GTLA 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.

39. Relevons enfin qu'un élément de simplification par rapport au texte de juin 2006 résulte de la proposition du GTLA de limiter les rattachements en cascade aux seules obligations alimentaires envers les enfants (*cf. supra*, art. D). 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 C, soit par celle de la dernière résidence commune si les conditions de l'article E sont réunies. Ni la loi du for, ni celle de la nationalité commune n'entrent en ligne de compte dans ce cas de figure.

Article F

40. Pour les obligations alimentaires autres que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant, l'article F 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.

41. Ce droit de veto 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.

42. Contrairement à la disposition de 1973, la règle proposée par le GTLA 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. Le droit de veto pourra donc être invoqué, entre autres, lors de prétentions alimentaires avancées par un parent (ou un autre ascendant) envers son enfant (ou son descendant) ou par un enfant adulte envers l'un de ses parents ou ascendants. Il sera également disponible

lors de prétentions fondées sur d'autres relations de famille éventuellement reconnues par la loi de la résidence habituelle ou par la loi du for (par ex., entre partenaires homo- ou hétérosexuels).

43. 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, le GTLA est de l'avis que la possibilité de déclarer des réserves devrait être autant que possible restreinte dans le cadre du futur instrument sur la loi applicable, qui sera de toute manière purement optionnel. Il est dès lors 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.

44. Compte tenu de l'élargissement du champ d'application de cette disposition, le GTLA a préféré éviter une formulation trop sévère pour le créancier. C'est pour cette raison que, contrairement à ce qui avait été envisagé dans l'Esquisse de juin 2006, la nouvelle Esquisse propose de maintenir la référence alternative à la loi nationale commune des parties. Autrement dit, l'existence de l'obligation alimentaire selon la loi nationale commune conduira à admettre l'existence de la prétention, bien que cette dernière ne soit pas prévue par la loi de la résidence habituelle du débiteur. Cette approche a permis de fondre dans une seule règle les deux dispositions qui figuraient à l'article D(2) et (3) de l'Esquisse de juin 2006.

Article G

45. 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 déterminée. Cette disposition correspond à celle de l'article E de l'Esquisse de juin 2006. Dans le Rapport du GTLA de juin 2006, son introduction était justifiée par les considérations suivantes (Nos 49-50) :

« 49. Cette ouverture limitée offerte à la volonté des parties ne semble pas rencontrer d'obstacles de principe. 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.

50. L'accord des parties ne produit d'effet que pour une procédure déterminée. Dès lors, si une nouvelle demande ou une demande en modification 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 ».

46. 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, et comme déjà dans l'Esquisse de 2006, 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 D b), selon laquelle les obligations alimentaires envers les enfants de moins de 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.

47. Étant donné que le choix de la loi applicable selon l'article G peut également avoir lieu avant l'introduction de l'instance, le GTLA a estimé utile d'avancer quelques précisions au niveau de la forme, en prévoyant au paragraphe 2 que, dans ce cas, la désignation du droit applicable doit faire l'objet d'un accord par écrit. 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. Pour cette raison, une partie des membres du GTLA suggère d'aller plus loin, en exigeant que la déclaration écrite des parties quant au droit applicable soit accompagnée par leur signature.

Article H

48. 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 G, le choix de la loi applicable de l'article H n'est pas uniquement effectué « pour les besoins d'une procédure » ; 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 modifier leur choix. Comme indiqué dans le Rapport du GTLA de juin 2006 (No 56),

« [L]e principal avantage du choix de la loi applicable est de garantir une certaine stabilité et prévisibilité. 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. »

49. 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. Le choix de la loi applicable une fois admis pour les époux, il est apparu qu'il pouvait être étendu à tous les adultes, à l'exception de ceux qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts. Cette catégorie d'« adultes vulnérables » correspond à celle qui bénéficie des mécanismes de protection mis en place par la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*.

50. Le choix de la loi applicable a été exclu lorsqu'il s'agit d'aliments envers les enfants. À cet égard, il y a une hésitation à l'intérieur du GTLA 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 un souci de protection pour des jeunes personnes qui peuvent encore être particulièrement vulnérables.

51. Dans un souci de protection du créancier d'aliments, l'article H prévoit – comme l'article F de l'Esquisse de juin 2006 – certaines restrictions à la faculté des parties de choisir la loi applicable.

52. Selon une première restriction, de nature formelle, 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. Pour cette raison, certains membres du GTLA ont proposé de prévoir des exigences formelles encore plus élevées, en imposant notamment que la déclaration des parties quant à la loi applicable soit accompagnée par leur signature.

53. Une deuxième restriction concerne l'objet du choix et vise à limiter l'éventail d'options qui sont ouvertes aux parties. Parmi les options prévues par l'Esquisse de juin 2006, certaines ont été maintenues sans modification (la loi du pays de la résidence habituelle de l'une des parties, la loi applicable à leurs relations patrimoniales). Le GTLA a décidé cependant d'élargir la palette de choix disponibles en y ajoutant, d'une part, la loi nationale de l'une des parties au moment du choix (alors que l'Esquisse de 2006 ne prévoyait que la loi nationale commune) et, d'autre part, la loi désignée par les parties comme applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps. Cette dernière possibilité a été introduite pour tenir compte de l'évolution qui 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.

54. La troisième restriction concerne l'efficacité du choix de la loi applicable (art. H(3)). À cet égard, aucune modification n'ayant été apportée au texte de l'Esquisse de juin 2006 (ancien art. F(2)), il est possible de reprendre encore une fois les considérations du Rapport du GTLA de juin 2006 (No 60) :

« [...] Étant donné que le choix d'une loi restrictive en matière alimentaire peut priver le créancier de toute prétention alimentaire, ou limiter ces 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'Esquisse. 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. »

Article I

55. Cette disposition correspond à celle de l'article 9 de la Convention de 1973 et peut compter sur un large appui à l'intérieur du GTLA. Une règle de la même teneur a été introduite, sur proposition du GTLA, dans la partie obligatoire de la Convention (art. 33(2) de l'avant-projet de Convention). La seule modification par rapport à l'Esquisse de juin 2006 est rédactionnelle (« organisme public » au lieu d'« institution publique »), pour harmoniser ce texte avec la terminologie utilisée dans l'avant-projet de Convention.

Article J

56. Cette disposition correspond en grande partie à l'article 10 de la Convention de 1973 et peut compter sur un large appui à l'intérieur du GTLA. La seule modification par rapport à l'Esquisse de juin 2006 est rédactionnelle (« organisme public » au lieu d'« institution publique »), pour harmoniser ce texte avec la terminologie utilisée dans l'avant-projet de Convention.

Article K

57. 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. Cette disposition est largement acceptée à l'intérieur du GTLA.

58. Le paragraphe 2 correspond à la disposition de l'article 11(2), de la Convention de 1973, mais avec une importante différence. Au lieu d'imposer à l'autorité saisie de prendre en compte, dans tous les cas, les besoins du créancier et les ressources du débiteur, l'Esquisse permet de le faire même si la loi applicable en dispose autrement. Cette modification clarifie que le but de la disposition n'est pas d'introduire une règle de droit matériel uniforme visant à niveler les différences entre les lois nationales, mais uniquement de permettre à l'autorité saisie d'écarter la loi étrangère dans la mesure où celle-ci ne tient pas compte des besoins du créancier ou des ressources du débiteur. Cette règle ne fait cependant pas l'unanimité à l'intérieur du GTLA.