

Conférence de La Haye de droit international privé  
Hague Conference on Private International Law

## Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires

## Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations

Texte adopté par la Vingt et unième session  
Text adopted by the Twenty-First Session

## Rapport explicatif de Explanatory Report by

Andrea Bonomi

Édité par le Bureau Permanent de la Conférence  
Scheveningseweg 6, La Haye, Pays-Bas

Edited by the Permanent Bureau of the Conference  
Scheveningseweg 6, The Hague, Netherlands

Conférence de La Haye de droit international privé  
Hague Conference on Private International Law

## Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires

## Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations

Texte adopté par la Vingt et unième session  
Text adopted by the Twenty-First Session

## Rapport explicatif de Explanatory Report by

Andrea Bonomi

Édité par le Bureau Permanent de la Conférence  
Scheveningseweg 6, La Haye, Pays-Bas

Edited by the Permanent Bureau of the Conference  
Scheveningseweg 6, The Hague, Netherlands

---

## Avertissement

---

1 *La présente publication contient les textes authentiques, en français et en anglais, du Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires et le Rapport explicatif de M. Andrea Bonomi.*

2 *Les textes du présent tirage figureront dans les Actes et documents de la Vingt et unième session (2007), publication qui contiendra en plus des pages ci-après reproduites, les documents préliminaires, rapports et procès-verbaux relatifs aux travaux de la Deuxième commission de la Vingt et unième session. Ce volume, qui paraîtra ultérieurement, pourra être commandé au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye (voir ci-dessous, paragraphe 5).*

3 *Le Rapport explicatif de M. Bonomi commente le Protocole adopté par la Vingt et unième session et figurant dans l'Acte final du 23 novembre 2007. Ce rapport a été traduit en anglais par M. Peter Wells.*

4 *Le Protocole a été adopté par la Vingt et unième session le 23 novembre 2007 et porte cette date. Il a été approuvé le 8 avril 2010 par l'Union européenne et signé par la Serbie le 18 avril 2012.*

5 *Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, 6 Scheveningseweg, 2517 KT La Haye, Pays-Bas, fournira très volontiers aux intéressés tous renseignements sur les travaux de la Conférence.*

*La Haye, mars 2013.*

---

## Preface

---

1 *This publication contains the authentic texts, in English and French, of the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations and the Explanatory Report by Mr Andrea Bonomi.*

2 *The texts set out in this edition will appear in the Proceedings of the Twenty-First Session (2007), and that publication will contain in addition to the pages reproduced herein the preliminary documents, reports and minutes relating to the work of the Second Commission of the Twenty-First Session. The volume, which will be published in due course, may be ordered from the Permanent Bureau of the Hague Conference (see below, paragraph 5).*

3 *The Explanatory Report by Mr Bonomi serves as a commentary on the Protocol adopted by the Twenty-First Session, which is set out in the Final Act of 23 November 2007. This Report was translated into English by Mr Peter Wells.*

4 *The Protocol was adopted by the Twenty-First Session on 23 November 2007 and bears that date. It was approved by the European Union on 8 April 2010 and signed by Serbia on 18 April 2012.*

5 *The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 6 Scheveningseweg, 2517 KT The Hague, Netherlands, will gladly provide information on the work of the Conference upon request.*

*The Hague, March 2013.*

# Protocole Protocol

---

Extrait de l'Acte final  
de la Vingt et unième session  
signé le 23 novembre 2007\*

---

PROTOCOLE SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS  
ALIMENTAIRES

Les États signataires du présent Protocole,

Désirant établir des dispositions communes concernant la  
loi applicable aux obligations alimentaires,

Souhaitant moderniser la *Convention de La Haye du  
24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations  
alimentaires envers les enfants* et la *Convention de  
La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux  
obligations alimentaires*,

Souhaitant développer des règles générales relatives à la  
loi applicable pouvant constituer un ajout utile à la  
*Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le  
recouvrement international des aliments destinés aux  
enfants et à d'autres membres de la famille*,

Ont résolu de conclure un Protocole à cet effet et sont  
convenus des dispositions suivantes :

*Article premier Champ d'application*

1 Le présent Protocole détermine la loi applicable aux  
obligations alimentaires découlant de relations de famille,  
de filiation, de mariage ou d'alliance, y compris les  
obligations alimentaires envers un enfant  
indépendamment de la situation matrimoniale de ses  
parents.

2 Les décisions rendues en application du présent  
Protocole ne préjugent pas de l'existence de l'une des  
relations visées au paragraphe premier.

*Article 2 Application universelle*

Le présent Protocole est applicable même si la loi qu'il  
désigne est celle d'un État non contractant.

*Article 3 Règle générale relative à la loi applicable*

1 Sauf disposition contraire du Protocole, la loi de  
l'État de la résidence habituelle du créancier régit les  
obligations alimentaires.

2 En cas de changement de la résidence habituelle du  
créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence  
habituelle s'applique à partir du moment où le  
changement est survenu.

*Article 4 Règles spéciales en faveur de certains  
créanciers*

1 Les dispositions suivantes s'appliquent en ce qui  
concerne les obligations alimentaires :

a) des parents envers leurs enfants ;

b) de personnes, autres que les parents, envers des  
personnes âgées de moins de 21 ans à l'exception des  
obligations découlant des relations mentionnées à  
l'article 5 ; et

c) des enfants envers leurs parents.

2 La loi du for s'applique lorsque le créancier ne peut  
pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi  
mentionnée à l'article 3.

3 Nonobstant l'article 3, la loi du for s'applique lorsque  
le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État où le  
débiteur a sa résidence habituelle. Toutefois, la loi de  
l'État de la résidence habituelle du créancier s'applique  
lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du  
débiteur en vertu de la loi du for.

4 La loi de l'État dont le créancier et le débiteur ont la  
nationalité commune, s'ils en ont une, s'applique lorsque  
le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en  
vertu des lois mentionnées à l'article 3 et aux  
paragraphe 2 et 3 du présent article.

*Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux*

En ce qui concerne les obligations alimentaires entre des  
époux, des ex-époux ou des personnes dont le mariage a  
été annulé, l'article 3 ne s'applique pas lorsque l'une des  
parties s'y oppose et que la loi d'un autre État, en  
particulier l'État de leur dernière résidence habituelle  
commune, présente un lien plus étroit avec le mariage.  
Dans ce cas, la loi de cet autre État s'applique.

*Article 6 Moyens de défense particuliers*

En ce qui concerne les obligations alimentaires autres que  
celles envers les enfants découlant d'une relation parent-  
enfant et que celles visées à l'article 5, le débiteur peut  
opposer à la prétention du créancier qu'une telle  
obligation à son égard n'existe ni selon la loi de l'État de  
la résidence habituelle du débiteur, ni selon la loi de l'État  
de la nationalité commune des parties, si elles en ont une.

*Article 7 Désignation de la loi applicable pour les  
besoins d'une procédure particulière (accord  
procédural)*

1 Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le  
débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins  
d'une procédure particulière se déroulant dans un État  
donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir  
une obligation alimentaire.

2 Une désignation antérieure à l'introduction de  
l'instance doit faire l'objet d'un accord, signé des deux  
parties, par écrit ou consigné sur tout support dont le  
contenu est accessible pour être consulté ultérieurement.

---

\* Pour le texte intégral de l'Acte final, voir *Actes et documents de la  
Vingt et unième session (2007)*.

---

Extract from the Final Act  
of the Twenty-First Session  
signed on the 23rd of November 2007\*

---

PROTOCOL ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE  
OBLIGATIONS

The States signatory to this Protocol,

Desiring to establish common provisions concerning the  
law applicable to maintenance obligations,

Wishing to modernise the *Hague Convention of  
24 October 1956 on the law applicable to maintenance  
obligations towards children* and the *Hague Convention  
of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance  
Obligations*,

Wishing to develop general rules on applicable law that  
may supplement the *Hague Convention of 23 November  
2007 on the International Recovery of Child Support and  
Other Forms of Family Maintenance*,

Have resolved to conclude a Protocol for this purpose and  
have agreed upon the following provisions –

*Article 1 Scope*

1 This Protocol shall determine the law applicable to  
maintenance obligations arising from a family  
relationship, parentage, marriage or affinity, including a  
maintenance obligation in respect of a child regardless of  
the marital status of the parents.

2 Decisions rendered in application of this Protocol  
shall be without prejudice to the existence of any of the  
relationships referred to in paragraph 1.

*Article 2 Universal application*

This Protocol applies even if the applicable law is that of  
a non-Contracting State.

*Article 3 General rule on applicable law*

1 Maintenance obligations shall be governed by the law  
of the State of the habitual residence of the creditor, save  
where this Protocol provides otherwise.

2 In the case of a change in the habitual residence of the  
creditor, the law of the State of the new habitual residence  
shall apply as from the moment when the change occurs.

*Article 4 Special rules favouring certain creditors*

1 The following provisions shall apply in the case of  
maintenance obligations of –

a) parents towards their children;

b) persons, other than parents, towards persons who  
have not attained the age of 21 years, except for  
obligations arising out of the relationships referred to in  
Article 5; and

c) children towards their parents.

2 If the creditor is unable, by virtue of the law referred  
to in Article 3, to obtain maintenance from the debtor, the  
law of the forum shall apply.

3 Notwithstanding Article 3, if the creditor has seized  
the competent authority of the State where the debtor has  
his habitual residence, the law of the forum shall apply.  
However, if the creditor is unable, by virtue of this law, to  
obtain maintenance from the debtor, the law of the State  
of the habitual residence of the creditor shall apply.

4 If the creditor is unable, by virtue of the laws referred  
to in Article 3 and paragraphs 2 and 3 of this Article, to  
obtain maintenance from the debtor, the law of the State  
of their common nationality, if there is one, shall apply.

*Article 5 Special rule with respect to spouses and ex-spouses*

In the case of a maintenance obligation between spouses,  
ex-spouses or parties to a marriage which has been  
annulled, Article 3 shall not apply if one of the parties  
objects and the law of another State, in particular the State  
of their last common habitual residence, has a closer  
connection with the marriage. In such a case the law of  
that other State shall apply.

*Article 6 Special rule on defence*

In the case of maintenance obligations other than those  
arising from a parent-child relationship towards a child  
and those referred to in Article 5, the debtor may contest a  
claim from the creditor on the ground that there is no such  
obligation under both the law of the State of the habitual  
residence of the debtor and the law of the State of the  
common nationality of the parties, if there is one.

*Article 7 Designation of the law applicable for the  
purpose of a particular proceeding*

1 Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance  
creditor and debtor for the purpose only of a particular  
proceeding in a given State may expressly designate the  
law of that State as applicable to a maintenance  
obligation.

2 A designation made before the institution of such  
proceedings shall be in an agreement, signed by both  
parties, in writing or recorded in any medium, the  
information contained in which is accessible so as to be  
usable for subsequent reference.

---

\* For the complete text of the Final Act, see *Proceedings of the Twenty-  
First Session (2007)*.

## *Article 8 Désignation de la loi applicable*

1 Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, à tout moment, désigner l'une des lois suivantes pour régir une obligation alimentaire :

- a) la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ;
- b) la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ;
- c) la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ;
- d) la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation.

2 Un tel accord est établi par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et est signé des deux parties.

3 Le paragraphe premier ne s'applique pas aux obligations alimentaires concernant une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts.

4 Nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments.

5 À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

## *Article 9 « Domicile » au lieu de « nationalité »*

Un État qui connaît le concept de « domicile » en tant que facteur de rattachement en matière familiale peut informer le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé que, pour les besoins des affaires portées devant ses autorités, le mot « nationalité » aux articles 4 et 6 est remplacé par le mot « domicile » tel qu'il est entendu dans cet État.

## *Article 10 Organismes publics*

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 cet organisme.

## *Article 11 Domaine de la loi applicable*

La loi applicable à l'obligation alimentaire détermine notamment :

- a) si, dans quelle mesure et à qui le créancier peut demander des aliments ;
- b) la mesure dans laquelle le créancier peut demander des aliments rétroactivement ;
- c) la base de calcul du montant des aliments et l'indexation ;
- d) qui est admis à intenter l'action alimentaire, sous réserve des questions relatives à la capacité procédurale et à la représentation en justice ;
- e) la prescription ou les délais pour intenter une action ;
- f) l'étendue de l'obligation du débiteur d'aliments, lorsque l'organisme public demande le remboursement de la prestation fournie au créancier en lieu et place d'aliments.

## *Article 12 Exclusion du renvoi*

Au sens du Protocole, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

## *Article 13 Ordre public*

L'application de la loi désignée en vertu du Protocole ne peut être écartée que dans la mesure où ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public du for.

## *Article 14 Fixation du montant des aliments*

Même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments.

## *Article 15 Non-application du Protocole aux conflits internes*

1 Un État contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière d'obligations alimentaires n'est pas tenu d'appliquer les règles du Protocole aux conflits concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.

2 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

## *Article 16 Systèmes juridiques non unifiés à caractère territorial*

1 Au regard d'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles ayant trait aux questions régies par le présent Protocole s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

- a) toute référence à la loi d'un État vise, le cas échéant, la loi en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;
- b) toute référence aux autorités compétentes ou organismes publics de cet État vise, le cas échéant, les

## *Article 8 Designation of the applicable law*

1 Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor may at any time designate one of the following laws as applicable to a maintenance obligation –

- a) the law of any State of which either party is a national at the time of the designation;
- b) the law of the State of the habitual residence of either party at the time of designation;
- c) the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their property regime;
- d) the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their divorce or legal separation.

2 Such agreement shall be in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference, and shall be signed by both parties.

3 Paragraph 1 shall not apply to maintenance obligations in respect of a person under the age of 18 years or of an adult who, by reason of an impairment or insufficiency of his or her personal faculties, is not in a position to protect his or her interest.

4 Notwithstanding the law designated by the parties in accordance with paragraph 1, the question of whether the creditor can renounce his or her right to maintenance shall be determined by the law of the State of the habitual residence of the creditor at the time of the designation.

5 Unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation, the law designated by the parties shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties.

## *Article 9 “Domicile” instead of “nationality”*

A State which has the concept of “domicile” as a connecting factor in family matters may inform the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law that, for the purpose of cases which come before its authorities, the word “nationality” in Articles 4 and 6 is replaced by “domicile” as defined in that State.

## *Article 10 Public bodies*

The right of a public body to seek reimbursement of a benefit provided to the creditor in place of maintenance shall be governed by the law to which that body is subject.

## *Article 11 Scope of the applicable law*

The law applicable to the maintenance obligation shall determine *inter alia* –

- a) whether, to what extent and from whom the creditor may claim maintenance;
- b) the extent to which the creditor may claim retroactive maintenance;
- c) the basis for calculation of the amount of maintenance, and indexation;
- d) who is entitled to institute maintenance proceedings, except for issues relating to procedural capacity and representation in the proceedings;
- e) prescription or limitation periods;
- f) the extent of the obligation of a maintenance debtor, where a public body seeks reimbursement of benefits provided for a creditor in place of maintenance.

## *Article 12 Exclusion of renvoi*

In the Protocol, the term “law” means the law in force in a State other than its choice of law rules.

## *Article 13 Public policy*

The application of the law determined under the Protocol may be refused only to the extent that its effects would be manifestly contrary to the public policy of the forum.

## *Article 14 Determining the amount of maintenance*

Even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor as well as any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments shall be taken into account in determining the amount of maintenance.

## *Article 15 Non-application of the Protocol to internal conflicts*

1 A Contracting State in which different systems of law or sets of rules of law apply to maintenance obligations shall not be bound to apply the rules of the Protocol to conflicts solely between such different systems or sets of rules of law.

2 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

## *Article 16 Non-unified legal systems – territorial*

1 In relation to a State in which two or more systems of law or sets of rules of law with regard to any matter dealt with in this Protocol apply in different territorial units –

- a) any reference to the law of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law in force in the relevant territorial unit;
- b) any reference to competent authorities or public bodies of that State shall be construed as referring, where



autorités compétentes ou organismes publics habilités à agir dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence à la résidence habituelle dans cet État vise, le cas échéant, la résidence habituelle dans l'unité territoriale considérée ;

d) toute référence à l'État dont les deux parties ont la nationalité commune vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle l'obligation alimentaire présente le lien le plus étroit ;

e) toute référence à l'État dont une partie a la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle la personne présente le lien le plus étroit.

2 Pour identifier la loi applicable en vertu du Protocole, lorsqu'un État comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou un ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le Protocole, les règles suivantes s'appliquent :

a) en présence de règles en vigueur dans cet État identifiant l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique ;

b) en l'absence de telles règles, la loi de l'unité territoriale identifiée selon les dispositions du paragraphe premier s'applique.

3 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

#### *Article 17 Systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel*

Pour identifier la loi applicable en vertu du Protocole, lorsqu'un État comprend deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à des catégories différentes de personnes pour les questions régies par le Protocole, toute référence à la loi d'un tel État est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État.

#### *Article 18 Coordination avec les Conventions de La Haye antérieures en matière d'obligations alimentaires*

Dans les rapports entre les États contractants, le présent Protocole remplace la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* et la *Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants*.

#### *Article 19 Coordination avec d'autres instruments*

1 Le présent Protocole ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont ou seront parties et qui contiennent des dispositions sur les matières régies par le Protocole, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par de tels instruments.

2 Le paragraphe premier s'applique également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les États concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

#### *Article 20 Interprétation uniforme*

Pour l'interprétation du présent Protocole, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

#### *Article 21 Examen du fonctionnement pratique du Protocole*

1 Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoque lorsque cela est nécessaire une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique du Protocole.

2 À cette fin, les États contractants collaborent avec le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé afin de recueillir la jurisprudence relative à l'application du Protocole.

#### *Article 22 Dispositions transitoires*

Le présent Protocole ne s'applique pas aux aliments réclamés dans un État contractant pour une période antérieure à son entrée en vigueur dans cet État.

#### *Article 23 Signature, ratification et adhésion*

1 Le présent Protocole est ouvert à la signature de tous les États.

2 Le présent Protocole est sujet à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 Tout État peut adhérer au présent Protocole.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire du Protocole.

#### *Article 24 Organisations régionales d'intégration économique*

1 Une Organisation régionale d'intégration économique constituée uniquement d'États souverains et ayant compétence pour certaines ou toutes les matières régies par le Protocole peut également signer, accepter ou approuver le Protocole ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par le Protocole.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par le Protocole pour lesquelles ses États membres ont transféré leur compétence à cette Organisation. L'Organisation notifie aussitôt au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans

appropriate, to those authorised to act in the relevant territorial unit;

c) any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring, where appropriate, to habitual residence in the relevant territorial unit;

d) any reference to the State of which two persons have a common nationality shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the maintenance obligation is most closely connected;

e) any reference to the State of which a person is a national shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the person has the closest connection.

2 For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which comprises two or more territorial units each of which has its own system of law or set of rules of law in respect of matters covered by this Protocol, the following rules apply –

a) if there are rules in force in such a State identifying which territorial unit's law is applicable, the law of that unit applies;

b) in the absence of such rules, the law of the relevant territorial unit as defined in paragraph 1 applies.

3 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

#### *Article 17 Non-unified legal systems – inter-personal conflicts*

For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which has two or more systems of law or sets of rules of law applicable to different categories of persons in respect of matters covered by this Protocol, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State.

#### *Article 18 Co-ordination with prior Hague Maintenance Conventions*

As between the Contracting States, this Protocol replaces the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations* and the *Hague Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children*.

#### *Article 19 Co-ordination with other instruments*

1 This Protocol does not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by the Protocol, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.

2 Paragraph 1 also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.

#### *Article 20 Uniform interpretation*

In the interpretation of this Protocol, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

#### *Article 21 Review of the practical operation of the Protocol*

1 The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall as necessary convene a Special Commission in order to review the practical operation of the Protocol.

2 For the purpose of such review Contracting States shall co-operate with the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law in the gathering of case law concerning the application of the Protocol.

#### *Article 22 Transitional provisions*

This Protocol shall not apply to maintenance claimed in a Contracting State relating to a period prior to its entry into force in that State.

#### *Article 23 Signature, ratification and accession*

1 This Protocol is open for signature by all States.

2 This Protocol is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 This Protocol is open for accession by all States.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Protocol.

#### *Article 24 Regional Economic Integration Organisations*

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by the Protocol may equally sign, accept, approve or accede to the Protocol. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by the Protocol.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by the Protocol in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as

la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du paragraphe.

3 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer, conformément à l'article 28, qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par le Protocole et que les États membres qui ont transféré leur compétence à l'Organisation régionale d'intégration économique dans ce domaine seront liés par le Protocole par l'effet de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.

4 Aux fins de l'entrée en vigueur du Protocole, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'Organisation régionale d'intégration économique ne fasse une déclaration conformément au paragraphe 3.

5 Toute référence à un « État contractant » ou à un « État » dans le Protocole s'applique également, le cas échéant, à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie. Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique conformément au paragraphe 3, toute référence à un « État contractant » ou à un « État » dans le Protocole s'applique également, le cas échéant, aux États membres concernés de l'Organisation.

#### *Article 25 Entrée en vigueur*

1 Le Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 23.

2 Par la suite, le Protocole entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique au sens de l'article 24 ratifiant, acceptant ou approuvant le Protocole ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles le Protocole a été étendu conformément à l'article 26, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans ledit article.

#### *Article 26 Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés*

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par ce Protocole peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer, conformément à l'article 28, que le Protocole s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles le Protocole s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, le Protocole s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

4 Le présent article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

#### *Article 27 Réserves*

Aucune réserve au présent Protocole n'est admise.

#### *Article 28 Déclarations*

1 Les déclarations visées aux articles 24(3) et 26(1) peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.

2 Les déclarations, modifications et retraits sont notifiés au dépositaire.

3 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur du présent Protocole pour l'État concerné.

4 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

#### *Article 29 Dénonciation*

1 Tout État contractant pourra dénoncer le présent Protocole par une notification écrite au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un État aux systèmes juridiques non unifiés auxquelles s'applique le Protocole.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de 12 mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

#### *Article 30 Notification*

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux Organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 23 et 24, les renseignements suivants :

a) les signatures et ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 23 et 24 ;

specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare, in accordance with Article 28, that it exercises competence over all the matters governed by the Protocol and that the Member States which have transferred competence to the Regional Economic Integration Organisation in respect of the matter in question shall be bound by the Protocol by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

4 For the purposes of the entry into force of the Protocol, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation makes a declaration under paragraph 3.

5 Any reference to a “Contracting State” or “State” in the Protocol applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate. In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation under paragraph 3, any reference to a “Contracting State” or “State” in the Protocol applies equally to the relevant Member States of the Organisation, where appropriate.

#### *Article 25 Entry into force*

1 The Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 23.

2 Thereafter the Protocol shall enter into force –

a) for each State or each Regional Economic Integration Organisation referred to in Article 24 subsequently ratifying, accepting or approving the Protocol or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which the Protocol has been extended in accordance with Article 26, on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the declaration referred to in that Article.

#### *Article 26 Declarations with respect to non-unified legal systems*

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Protocol, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare in accordance with Article 28 that the Protocol shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Protocol applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Protocol is to extend to all territorial units of that State.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

#### *Article 27 Reservations*

No reservations may be made to this Protocol.

#### *Article 28 Declarations*

1 Declarations referred to in Articles 24(3) and 26(1) may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2 Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

3 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Protocol for the State concerned.

4 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.

#### *Article 29 Denunciation*

1 A Contracting State to this Protocol may denounce it by a notification in writing addressed to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a State with a non-unified legal system to which the Protocol applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of 12 months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

#### *Article 30 Notification*

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 23 and 24 of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 23 and 24;

- b) la date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à l'article 25 ;
- c) les déclarations visées aux articles 24(3) et 26(1) ;
- d) les dénonciations visées à l'article 29.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé le présent Protocole.

Fait à La Haye, le 23 novembre 2007, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Vingt et unième session, ainsi qu'à chacun des autres États ayant participé à cette Session.

- b) the date on which this Protocol enters into force in accordance with Article 25;
- c) the declarations referred to in Articles 24(3) and 26(1);
- d) the denunciations referred to in Article 29.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Protocol.

Done at The Hague, on the 23rd day of November 2007, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Twenty-First Session and to each of the other States which have participated in that Session.



# Rapport Report



**Table du Rapport**

|                                                                                                                                           | page |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| PREMIÈRE PARTIE : HISTORIQUE                                                                                                              | 18   |
| DEUXIÈME PARTIE : TITRE, PRÉAMBULE ET STRUCTURE GÉNÉRALE DU PROTOCOLE                                                                     | 20   |
| TROISIÈME PARTIE : LES PRINCIPAUX ASPECTS DU RÉGIME PRÉVU PAR LE PROTOCOLE                                                                | 22   |
| QUATRIÈME PARTIE : COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE                                                                                        | 24   |
| <b>Article premier Champ d'application</b>                                                                                                | 24   |
| a La loi applicable aux obligations alimentaires                                                                                          | 24   |
| b Les obligations alimentaires découlant de relations de famille                                                                          | 24   |
| i Un champ d'application matériel plus étendu que celui de la Convention                                                                  | 24   |
| ii Les obligations alimentaires découlant d'une relation de famille                                                                       | 26   |
| c La portée des décisions rendues en application du Protocole                                                                             | 28   |
| <b>Article 2 Application universelle</b>                                                                                                  | 28   |
| <b>Article 3 Règle générale relative à la loi applicable</b>                                                                              | 28   |
| a La raison d'être de ce rattachement                                                                                                     | 28   |
| b La notion de résidence habituelle                                                                                                       | 30   |
| c Le changement de résidence habituelle                                                                                                   | 30   |
| <b>Article 4 Règles spéciales en faveur de certains créanciers</b>                                                                        | 32   |
| a Champ d'application de l'article 4                                                                                                      | 32   |
| b Le rattachement subsidiaire à la loi du for                                                                                             | 34   |
| c L'inversion des critères de rattachement lors d'une action intentée par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur | 36   |
| i Le rattachement principal à la loi du for                                                                                               | 36   |
| ii Le rattachement subsidiaire à la loi de la résidence habituelle du créancier                                                           | 38   |
| d Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties                                                                        | 38   |
| <b>Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux</b>                                                                            | 40   |
| a La raison d'être de la règle spéciale                                                                                                   | 40   |
| b Le fonctionnement de la clause échappatoire                                                                                             | 42   |
| i La demande de l'une des parties                                                                                                         | 42   |
| ii Les liens plus étroits                                                                                                                 | 44   |
| c Le champ d'application de l'article 5                                                                                                   | 44   |

|                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Article 6 Moyens de défense particuliers</b>                                                                     | 46 |
| a Le champ d'application de l'article 6                                                                             | 46 |
| b Le mécanisme prévu par l'article 6                                                                                | 48 |
| <b>Articles 7 et 8 Choix de la loi applicable</b>                                                                   | 50 |
| <b>Article 7 Désignation de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural)</b> | 50 |
| a Le champ d'application de l'article 7                                                                             | 50 |
| b Un choix effectué pour les besoins d'une procédure particulière                                                   | 50 |
| c Les modalités du choix                                                                                            | 52 |
| <b>Article 8 Désignation de la loi applicable</b>                                                                   | 52 |
| a Le champ d'application de l'article 8                                                                             | 54 |
| b L'éventail de lois pouvant être choisies                                                                          | 54 |
| c Les options supplémentaires des alinéas c) et d)                                                                  | 54 |
| i La loi désignée pour régir les relations patrimoniales                                                            | 56 |
| ii La loi effectivement appliquée aux relations patrimoniales                                                       | 56 |
| iii La loi désignée pour régir la séparation de corps ou le divorce                                                 | 58 |
| iv La loi effectivement appliquée à la séparation de corps ou au divorce                                            | 58 |
| d Les modalités du choix                                                                                            | 58 |
| e Restrictions aux effets du choix                                                                                  | 58 |
| i Application de la loi de la résidence habituelle du créancier au droit de renoncer aux aliments                   | 58 |
| ii Pouvoir modérateur du juge                                                                                       | 60 |
| f L'existence et la validité de l'accord entre les parties                                                          | 60 |
| <b>Article 9 « Domicile » au lieu de « nationalité »</b>                                                            | 60 |
| <b>Article 10 Organismes publics</b>                                                                                | 62 |
| <b>Article 11 Domaine de la loi applicable</b>                                                                      | 64 |
| <b>Article 12 Exclusion du renvoi</b>                                                                               | 66 |
| <b>Article 13 Ordre public</b>                                                                                      | 66 |
| <b>Article 14 Fixation du montant des aliments</b>                                                                  | 66 |
| <b>Articles 15 à 17 Systèmes juridique non unifiés</b>                                                              | 68 |
| <b>Article 15 Non-application du Protocole aux conflits internes</b>                                                | 68 |
| <b>Article 16 Systèmes juridiques non unifiés à caractère territorial</b>                                           | 68 |
| <b>Article 17 Systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel</b>                                             | 70 |
| <b>Article 18 Coordination avec les Conventions de La Haye antérieures en matière d'obligations alimentaires</b>    | 72 |
| <b>Article 19 Coordination avec d'autres instruments</b>                                                            | 72 |
| <b>Article 20 Interprétation uniforme</b>                                                                           | 72 |

(translation)

| <b>Contents of the Report</b>                                                                                                                   | <b>page</b> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| PART I: BACKGROUND                                                                                                                              | 19          |
| PART II: TITLE, PREAMBLE AND GENERAL STRUCTURE OF THE PROTOCOL                                                                                  | 21          |
| PART III: THE MAIN ASPECTS OF THE REGIME PROVIDED FOR BY THE PROTOCOL                                                                           | 23          |
| PART IV: ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY                                                                                                          | 25          |
| <b>Article 1</b> <b>Scope</b>                                                                                                                   | 25          |
| a <i>The law applicable to maintenance obligations</i>                                                                                          | 25          |
| b <i>Maintenance obligations arising from family relationships</i>                                                                              | 25          |
| i <i>A more extensive scope than the Convention in terms of subject matter</i>                                                                  | 25          |
| ii <i>Maintenance obligations arising from a family relationship</i>                                                                            | 27          |
| c <i>The scope of decisions rendered in application of the Protocol</i>                                                                         | 29          |
| <b>Article 2</b> <b>Universal application</b>                                                                                                   | 29          |
| <b>Article 3</b> <b>General rule on applicable law</b>                                                                                          | 29          |
| a <i>The reason for this connection</i>                                                                                                         | 29          |
| b <i>The concept of habitual residence</i>                                                                                                      | 31          |
| c <i>Change of habitual residence</i>                                                                                                           | 31          |
| <b>Article 4</b> <b>Special rules favouring certain creditors</b>                                                                               | 33          |
| a <i>The scope of Article 4</i>                                                                                                                 | 33          |
| b <i>The subsidiary connection to the law of the forum</i>                                                                                      | 35          |
| c <i>The switch of connecting factors in the case of proceedings instituted by the creditor in the State of the debtor's habitual residence</i> | 37          |
| i <i>Principal connection to the law of the forum</i>                                                                                           | 37          |
| ii <i>The subsidiary connection to the law of the creditor's habitual residence</i>                                                             | 39          |
| d <i>The subsidiary connection to the common nationality of the parties</i>                                                                     | 39          |
| <b>Article 5</b> <b>Special rule with respect to spouses and ex-spouses</b>                                                                     | 41          |
| a <i>The reason for the special rule</i>                                                                                                        | 41          |
| b <i>Operation of the escape clause</i>                                                                                                         | 43          |
| i <i>The request by one of the parties</i>                                                                                                      | 43          |
| ii <i>The closer connections</i>                                                                                                                | 45          |
| c <i>The scope of Article 5</i>                                                                                                                 | 45          |

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Article 6</b> <b>Special rule on defence</b>                                                           | 47 |
| a <i>The scope of Article 6</i>                                                                           | 47 |
| b <i>The mechanism provided by Article 6</i>                                                              | 49 |
| <b>Articles 7 and 8</b> <b>Choice of applicable law</b>                                                   | 51 |
| <b>Article 7</b> <b>Designation of the law applicable for the purpose of a particular proceeding</b>      | 51 |
| a <i>The scope of Article 7</i>                                                                           | 51 |
| b <i>A choice made for the purpose of a particular proceeding</i>                                         | 51 |
| c <i>The manner of the choice</i>                                                                         | 53 |
| <b>Article 8</b> <b>Designation of the applicable law</b>                                                 | 53 |
| a <i>The scope of Article 8</i>                                                                           | 55 |
| b <i>The range of laws eligible for choice</i>                                                            | 55 |
| c <i>The further options under sub-paragraphs c) and d)</i>                                               | 55 |
| i <i>The law designated to govern the property regime</i>                                                 | 57 |
| ii <i>The law in fact applied to the property regime</i>                                                  | 57 |
| iii <i>The law designated to govern the legal separation or divorce</i>                                   | 59 |
| iv <i>The law in fact applied to the legal separation or divorce</i>                                      | 59 |
| d <i>The manner of the choice</i>                                                                         | 59 |
| e <i>Restrictions on the effects of choice</i>                                                            | 59 |
| i <i>Application of the law of the creditor's habitual residence to the right to renounce maintenance</i> | 59 |
| ii <i>Mitigating powers of the court</i>                                                                  | 61 |
| f <i>The existence and validity of the agreement between the parties</i>                                  | 61 |
| <b>Article 9</b> <b>"Domicile" instead of "nationality"</b>                                               | 61 |
| <b>Article 10</b> <b>Public bodies</b>                                                                    | 63 |
| <b>Article 11</b> <b>Scope of the applicable law</b>                                                      | 65 |
| <b>Article 12</b> <b>Exclusion of renvoi</b>                                                              | 67 |
| <b>Article 13</b> <b>Public policy</b>                                                                    | 67 |
| <b>Article 14</b> <b>Determining the amount of maintenance</b>                                            | 67 |
| <b>Articles 15 to 17</b> <b>Non-unified legal systems</b>                                                 | 69 |
| <b>Article 15</b> <b>Non-application of the Protocol to internal conflicts</b>                            | 69 |
| <b>Article 16</b> <b>Non-unified legal systems – territorial</b>                                          | 69 |
| <b>Article 17</b> <b>Non-unified legal systems – inter-personal conflicts</b>                             | 71 |
| <b>Article 18</b> <b>Co-ordination with prior Hague Maintenance Conventions</b>                           | 73 |
| <b>Article 19</b> <b>Co-ordination with other instruments</b>                                             | 73 |
| <b>Article 20</b> <b>Uniform interpretation</b>                                                           | 73 |

|                         |                                                                       |    |
|-------------------------|-----------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Article 21</i>       | <i>Examen du fonctionnement<br/>pratique du Protocole</i>             | 74 |
| <i>Article 22</i>       | <i>Dispositions transitoires</i>                                      | 74 |
| <i>Article 23</i>       | <i>Signature, ratification et adhésion</i>                            | 74 |
| <i>Article 24</i>       | <i>Organisations régionales<br/>d'intégration économique</i>          | 74 |
| <i>Article 25</i>       | <i>Entrée en vigueur</i>                                              | 76 |
| <i>Article 26</i>       | <i>Déclarations relatives aux systèmes<br/>juridiques non unifiés</i> | 76 |
| <i>Article 27</i>       | <i>Réserves</i>                                                       | 78 |
| <i>Articles 28 à 30</i> | <i>Déclarations, dénonciation,<br/>notification</i>                   | 78 |
| <i>Article 28</i>       | <i>Déclarations</i>                                                   | 78 |
| <i>Article 29</i>       | <i>Dénonciation</i>                                                   | 78 |
| <i>Article 30</i>       | <i>Notification</i>                                                   | 78 |

|                          |                                                               |    |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------|----|
| <i>Article 21</i>        | <i>Review of the practical operation of the Protocol</i>      | 75 |
| <i>Article 22</i>        | <i>Transitional provisions</i>                                | 75 |
| <i>Article 23</i>        | <i>Signature, ratification and accession</i>                  | 75 |
| <i>Article 24</i>        | <i>Regional Economic Integration Organisations</i>            | 75 |
| <i>Article 25</i>        | <i>Entry into force</i>                                       | 77 |
| <i>Article 26</i>        | <i>Declarations with respect to non-unified legal systems</i> | 77 |
| <i>Article 27</i>        | <i>Reservations</i>                                           | 79 |
| <i>Articles 28 to 30</i> | <i>Declarations, denunciation, notification</i>               | 79 |
| <i>Article 28</i>        | <i>Declarations</i>                                           | 79 |
| <i>Article 29</i>        | <i>Denunciation</i>                                           | 79 |
| <i>Article 30</i>        | <i>Notification</i>                                           | 79 |

1 Le 23 novembre 2007, la Vingt et unième session de la Conférence de La Haye de droit international privé réunie à La Haye a adopté le texte de deux instruments internationaux visant à faciliter le recouvrement international d'aliments, la *Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (ci-après, « la Convention ») et le *Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après, « le Protocole »). Ce Rapport explicatif porte sur le Protocole, la Convention faisant l'objet d'un Rapport séparé, établi par Mmes Alegría Borrás (Espagne) et Jennifer Degeling (Australie) avec l'assistance de MM. William Duncan et Philippe Lortie, du Bureau Permanent (ci-après, « le Rapport Borrás-Degeling »).

2 La question de la loi applicable aux obligations alimentaires était dès le départ comprise dans le mandat officiel de la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, qui a élaboré les avant-projets de Convention et de Protocole. En effet, la Commission spéciale d'avril 1999<sup>1</sup> 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 complète 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<sup>2</sup>. 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 Obligations alimentaires de 1956 ») et de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après, « la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) »).

3 Conformément à la décision de la Dix-neuvième session, le Secrétaire général a convoqué une Commission spéciale qui s'est réunie à La Haye du 5 au 16 mai 2003, du 7 au 18 juin 2004, du 4 au 15 avril 2005, du 19 au 28 juin 2006 et du 8 au 16 mai 2007. M. Fausto Pocar (Italie) a été élu Président de la Commission spéciale et Mme Mária Kurucz (Hongrie), Mme Mary Helen Carlson (États-Unis d'Amérique) et M. Jin Sun (Chine) ont été élus vice-présidents. Mmes Alegría Borrás et Jennifer Degeling ont été élues co-Rapporteurs. Un Comité de rédaction a été constitué sous la présidence de Mme Jan Doogue (Nouvelle-Zélande). Le travail de la Commission spéciale et du Comité de rédaction a été grandement

facilité par d'importants documents préliminaires<sup>3</sup> et par les remarques de M. William Duncan, Secrétaire général adjoint, qui était chargé des travaux scientifiques du Secrétariat, et de M. Philippe Lortie, Premier secrétaire.

4 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 qui rendent les décisions alimentaires et, dans l'affirmative, ce que les règles incluses dans ces dispositions devraient être. 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 étaient en général opposées<sup>4</sup>. 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. La loi du for est également souvent appliquée dans les États disposant de systèmes administratifs de recouvrement des aliments, qui ne sont pas tous des pays de *common law*.

5 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 les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et 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<sup>5</sup>. Pour ce faire, le processus de révision devait impliquer tous les États et non seulement ceux qui sont déjà Parties aux Conventions de 1956 ou de 1973.

6 Suivant la proposition du Président, 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 Obligations alimentaires de 1956 et de 1973 et d'autres États et dont

<sup>1</sup> Pour l'historique et les décisions de cette session, cf. le Rapport Borrás-Degeling (accessible sur le site Internet de la Conférence à l'adresse <www.hcch.net>), para. 1 à 5.

<sup>2</sup> Voir Acte final de la Dix-neuvième session, dans Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2001/2002)*, tome I, *Matières diverses*, p. 34 à 47, à la p. 44.

<sup>3</sup> Voir, en particulier, W. Duncan, « Vers un nouvel instrument mondial sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille », Doc. prélim. No 3 d'avril 2003 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2003 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

<sup>4</sup> Le Canada, dont les provinces et territoires adoptent une approche en cascade quoique plus limitée que celle prévue dans la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), était ouvert à l'insertion dans le futur instrument d'une certaine forme de régime de loi applicable. Dans ses provinces et territoires de *common law*, la loi applicable est celle du lieu de résidence habituelle de l'enfant ; lorsque l'enfant n'est pas éligible aux aliments en vertu de cette loi, c'est la loi du for qui s'applique (cf. par ex. la Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires (Manitoba), art. 12(1)). Au Québec, ressort de droit civil, la loi applicable est successivement la loi du domicile du créancier d'aliments, puis celle du domicile du débiteur (art. 3094 du Code civil).

<sup>5</sup> À la date de rédaction, la Convention de 1973 est en vigueur dans 14 États (Allemagne, Espagne, Estonie, France, Grèce, Italie, Japon, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse et Turquie). Celle de 1956 est en vigueur dans 12 États (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suisse et Turquie).

1 On 23 November 2007, the Twenty-First Session of the Hague Conference on Private International Law, meeting in The Hague, adopted the text of two international instruments designed to facilitate the international recovery of maintenance, the *Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance* (hereinafter the “Convention”) and the *Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations* (hereinafter the “Protocol”). This Explanatory Report relates to the Protocol, while the Convention is the subject of a separate Report, drawn up by Ms Alegría Borrás (Spain) and Ms Jennifer Degeling (Australia), with the assistance of Messrs William Duncan and Philippe Lortie of the Permanent Bureau (hereinafter the “Borrás-Degeling Report”).

2 The issue of the law applicable to maintenance obligations was included from the outset in the official mandate of the Special Commission on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance, which drew up the preliminary draft Convention and Protocol: the Special Commission meeting of April 1999<sup>1</sup> had decided that the Agenda for future work of the Conference should grant priority to the establishment of a more comprehensive Convention with respect to maintenance obligations, which should improve the existing Hague Conventions on the subject and include provisions relating to judicial and administrative co-operation.<sup>2</sup> Of the existing Hague Conventions relating to maintenance obligations, two are dedicated to determination of the applicable law; these are the Hague Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children (hereinafter the “1956 Hague Maintenance Convention”) and the Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations (hereinafter the “1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law)”).

3 In accordance with the decision of the Nineteenth Session, the Secretary General convened a Special Commission that met in The Hague from 5 to 16 May 2003, from 7 to 18 June 2004, from 4 to 15 April 2005, from 19 to 28 June 2006 and from 8 to 16 May 2007. Mr Fausto Pocar (Italy) was elected as Chair of the Special Commission and Ms Mária Kurucz (Hungary), Ms Mary Helen Carlson (United States of America) and Mr Jin Sun (China) were elected as Vice-Chairs. Ms Alegría Borrás and Ms Jennifer Degeling were elected as co-*Rapporteurs*. A Drafting Committee was organised under the chairmanship of Ms Jan Doogue (New Zealand). The proceedings of the Special Commission and Drafting Committee were greatly facilitated by major

preliminary documents<sup>3</sup> and the observations of Mr William Duncan, Deputy Secretary General, who was in charge of the Secretariat’s scientific work, and of Mr Philippe Lortie, First Secretary.

4 At its first meeting in May 2003 and in accordance with its mandate, the Special Commission discussed the issue of whether the new instrument ought to contain provisions relating to the law applicable by authorities rendering maintenance decisions and, if so, what the rules contained in those provisions ought to be. The discussion showed that there were two opposite positions. While the majority of delegates from civil law jurisdictions favoured the inclusion of some form of applicable law regime, most of the delegations from common law jurisdictions were opposed.<sup>4</sup> This opposition is easily understood if it is borne in mind that, in most common law countries, maintenance decisions are traditionally made on the basis of the law of the forum. The law of the forum is also frequently applied in States that have administrative systems for the recovery of maintenance, not all of which are common law countries.

5 Most of the delegations favourable to inclusion of a general applicable law regime considered that these negotiations were a unique opportunity to revise the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions, which ought not to be missed. While the 1973 Convention was fairly satisfactory on the whole and was to be used as the starting point for the drafting of a new instrument, some of its solutions needed to be revised and modernised in order to remedy its deficiencies and attract a larger number of ratifications.<sup>5</sup> For that purpose, the revision process needed to involve all States and not merely those already Parties to the 1956 or 1973 Conventions.

6 Following the proposal by the Chair, the Special Commission decided to set up a Working Group on Applicable Law (hereinafter the “WGAL”), including experts from States Parties to the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions as well as experts from other

<sup>1</sup> For the history and decisions of that session, see the Borrás-Degeling Report (available on the Hague Conference website at <www.hcch.net>), paras 1 to 5.

<sup>2</sup> See Final Act of the Nineteenth Session, in Hague Conference on Private International Law, *Proceedings of the Nineteenth Session (2001/2002)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 35 to 47, at p. 45.

<sup>3</sup> See in particular W. Duncan, “Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance”, Prel. Doc. No 3 of April 2003 for the attention of the Special Commission of May 2003 on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance (available at <www.hcch.net>).

<sup>4</sup> Canada, the provinces and territories of which apply a cascading approach, though more limited than the one provided for under the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), was willing to include in the future instrument some form of applicable law regime. In its common law provinces and territories, the applicable law is that of the location of the child’s habitual residence; if the child is not eligible for maintenance under that law, the law of the forum applies (see for instance the Inter-Jurisdictional Support Orders Act (Manitoba), Art. 12(1)). In Quebec, a civil law jurisdiction, the applicable law is, in turn, the law of the maintenance creditor’s domicile, then that of the debtor’s domicile (Art. 3094 of the Civil Code).

<sup>5</sup> At the time of writing, the 1973 Convention was in force in 14 States (Estonia, France, Germany, Greece, Italy, Japan, Lithuania, Luxembourg, Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Switzerland and Turkey). The 1956 Convention was in force in 12 States (Austria, Belgium, France, Germany, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, Portugal, Spain, Switzerland and Turkey).

la présidence a été confiée au soussigné. Sur la base du mandat reçu, qui a été renouvelé et précisé lors des réunions de la Commission spéciale de 2004, 2005 et 2006, le GTLA a élaboré 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<sup>6</sup> et discutée lors de la Commission spéciale de juillet 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<sup>7</sup>, commentée dans le Rapport du GTLA d'avril 2007<sup>8</sup>, a constitué la base des travaux de la Commission spéciale de mai 2007.

7 Lors de la Commission spéciale de mai 2007, la question de la loi applicable a été au centre des travaux. La Commission a conclu, tout d'abord, que la réglementation de la loi applicable devrait faire l'objet d'un Protocole, formellement séparé de la Convention. Ensuite, elle a donné son accord à l'élaboration d'un avant-projet de Protocole<sup>9</sup> qui, accompagné d'un Rapport explicatif<sup>10</sup>, a servi de base aux discussions de la Vingt et unième session de la Conférence, qui s'est déroulée à La Haye du 5 au 23 novembre 2007. À cette occasion, le soussigné a été élu Rapporteur pour le Rapport explicatif concernant le Protocole.

8 La Séance plénière de la Vingt et unième session de la Conférence de La Haye était présidée par M. Teun Struycken (Pays-Bas). Les vice-présidents étaient : Mme Hlengiwe B. Mkhize (Ambassadeur de l'Afrique du Sud), M. Gilberto Vergne Saboia (Ambassadeur du Brésil), Mme Xue Hanqin (Ambassadeur de la Chine), Mme Mary Helen Carlson (États-Unis d'Amérique), M. Ioannis Voulgaris (Grèce), Mme Jan Doogue (Nouvelle-Zélande), Mme Dorothée van Iterson (Pays-Bas) et M. Alexander Y. Bavykin (Fédération de Russie).

9 La Session diplomatique de la Conférence a confié la rédaction de la Convention à sa Commission I, présidée par Mme Mária Kurucz (Hongrie), et celle du Protocole à

sa Commission II, présidée par le soussigné. Les vice-présidents de la Commission I étaient M. Lixiao Tian (Chine) et Mme Mary Helen Carlson (États-Unis d'Amérique) ; ceux de la Commission II étaient Mme Nádia de Araújo (Brésil) et M. Shinichiro Hayakawa (Japon). Outre les délégués des 68 Membres de la Conférence représentés à la Vingt et unième session, ont également participé des observateurs de 14 États non membres et de neuf organisations intergouvernementales et non gouvernementales.

10 Un Comité de rédaction présidé par Mme Jan Doogue (Nouvelle-Zélande) a été constitué pour traiter des travaux des Commissions I et II. Outre sa Présidente, le Comité de rédaction réunissait les Rapporteurs des deux Commissions, membres d'office, les membres du Bureau Permanent, ainsi que les experts suivants : Mmes Denise Gervais (Canada), Katja Lenzing (Communauté européenne), Mary Helen Carlson (États-Unis d'Amérique) et María Elena Mansilla y Mejía (Mexique), ainsi que MM. James Ding (Chine), Lixiao Tian (Chine), Miloš Hatapka (Communauté européenne), Robert Keith (États-Unis d'Amérique), Edouard de Leiris (France) et Paul Beaumont (Royaume-Uni).

11 La troisième lecture du projet de Protocole s'est achevée lors de la Séance plénière du 22 novembre 2007. Le projet de Protocole a été formellement adopté pendant la séance de clôture du 23 novembre 2007, par la signature de l'Acte final de la Vingt et unième session.

## DEUXIÈME PARTIE : TITRE, PRÉAMBULE ET STRUCTURE GÉNÉRALE DU PROTOCOLE

12 Le titre du Protocole – « Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires » – souligne l'objectif premier de cet instrument, qui est d'introduire des règles uniformes pour la détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce titre reprend celui de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), qui a le même objet.

13 Le Protocole ne contient pas de règles sur les conflits de juridictions (compétence des autorités et reconnaissance et exécution des décisions), ni de règles sur la coopération administrative entre les États. Une partie de ces questions (la coopération administrative en vue, et pendant, le processus de recouvrement international d'aliments, ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères) est réglée dans la Convention.

14 Contrairement à la Convention, dont le titre fait expressément référence aux aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, le titre du Protocole ne contient aucune indication à cet égard. Cela reflète le domaine d'application très large qui est conféré au Protocole par son article premier. Le Protocole détermine en effet la loi applicable aux obligations alimentaires découlant de toute relation de famille, sans restriction et sans possibilité de réserve (cf. art. 27). Les aliments destinés aux enfants sont compris dans son domaine

<sup>6</sup> « Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable », préparé par le président du Groupe de travail, Andrea Bonomi, Doc. pré. No 22 de juin 2006 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2006 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

<sup>7</sup> « Esquisse relative à la loi applicable », préparée par le Groupe de travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires réuni les 17 et 18 novembre 2006 à La Haye, Doc. pré. No 24 de janvier 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 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

<sup>8</sup> « Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable », établi par le président du Groupe de travail, Andrea Bonomi, Doc. pré. 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 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

<sup>9</sup> « Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires », établi sous l'autorité de la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille et approuvé par le Comité de rédaction, Doc. pré. No 30 de juin 2007 à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

<sup>10</sup> « Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires – Rapport explicatif », établi par Andrea Bonomi, Doc. pré. No 33 d'août 2007 à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

for an instrument on the law applicable to maintenance obligations (hereinafter the “Working Draft”). A first version of the Working Draft was presented as an appendix to the WGAL’s report of June 2006<sup>6</sup> and discussed at the meeting of the Special Commission in July 2006. That Commission decided to convene a Special Commission for May 2007 with the issue of applicable law as its main theme. The second version of the Working Draft,<sup>7</sup> commented upon in the WGAL’s report of April 2007,<sup>8</sup> served as the basis for the proceedings of the Special Commission of May 2007.

7 At the Special Commission meeting of May 2007, the issue of the applicable law was at the core of the proceedings. The Commission decided, first of all, that the rules relating to applicable law would be the object of a Protocol, formally separate from the Convention. Next, it agreed to the development of a preliminary draft Protocol,<sup>9</sup> which, accompanied by an Explanatory Report,<sup>10</sup> served as the basis for discussion at the Twenty-First Session of the Conference, which was held in The Hague from 5 to 23 November 2007. On that occasion, the author was elected as *Rapporteur* for the Explanatory Report on the Protocol.

8 The Plenary Session of the Twenty-First Session of the Hague Conference was chaired by Mr Teun Struycken (Netherlands). The Vice-Chairs were Mr Gilberto Vergne Saboia (Ambassador of Brazil), Ms Xue Hanqin (Ambassador of China), Mr Ioannis Voulgaris (Greece), Ms Dorothée van Iterson (Netherlands), Ms Jan Doogue (New Zealand), Mr Alexander Y. Bavykin (Russian Federation), Ms Hlengiwe B. Mkhize (Ambassador of South Africa) and Ms Mary Helen Carlson (United States of America).

9 The Conference’s Diplomatic Session entrusted drafting of the Convention to its Commission I, chaired by Ms Mária Kurucz (Hungary) and the Protocol’s

drafting to its Commission II, chaired by the author. The Vice-Chairs of Commission I were Mr Lixiao Tian (China) and Ms Mary Helen Carlson (United States of America); those of Commission II were Ms Nádia de Araújo (Brazil) and Mr Shinichiro Hayakawa (Japan). In addition to the delegates of the 68 Members of the Conference represented at the Twenty-First Session, observers from 14 non-Member States and nine intergovernmental and non-governmental organisations also attended.

10 A Drafting Committee chaired by Ms Jan Doogue (New Zealand) was set up to work on the proceedings of Commissions I and II. In addition to its Chair, the Drafting Committee consisted of the *Rapporteurs* to both Commissions, *ex officio*, the members of the Permanent Bureau, and the following experts: Mmes Denise Gervais (Canada), Katja Lenzing (European Community), María Elena Mansilla y Mejía (Mexico) and Mary Helen Carlson (United States of America), together with Messrs James Ding (China), Lixiao Tian (China), Miloš Hatapka (European Community), Edouard de Leiris (France), Paul Beaumont (United Kingdom) and Robert Keith (United States of America).

11 The third reading of the draft Protocol was completed at the Plenary Session of 22 November 2007. The draft Protocol was formally adopted at the closing session of 23 November 2007, by means of signature of the Final Act of the Twenty-First Session.

## PART II: TITLE, PREAMBLE AND GENERAL STRUCTURE OF THE PROTOCOL

12 The Protocol’s title – “Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations” – stresses that instrument’s primary purpose, which is to introduce uniform rules for determination of the law applicable to maintenance obligations. This title reproduces that of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), which has the same purpose.

13 The Protocol contains no rules relating to conflicts of jurisdiction (jurisdiction of authorities and recognition and enforcement of decisions), nor any rules relating to administrative co-operation between States. Some of these issues (administrative co-operation for and during the international recovery of maintenance, and the recognition and enforcement of foreign decisions) are settled by the Convention.

14 Unlike the Convention, the title of which expressly refers to child support and other forms of family maintenance, the Protocol’s title contains no indications in this respect. This reflects the very wide scope conferred on the Protocol by its Article 1: the Protocol determines the law applicable to maintenance obligations based on any family relationship, unrestrictedly and without any possible reservation (*cf.* Art. 27). Child support is

<sup>6</sup> “Report of the Working Group on Applicable Law”, prepared by the President of the Working Group, Andrea Bonomi, Prel. Doc. No 22 of June 2006 for the attention of the Special Commission of June 2006 on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance (available at <www.hcch.net>).

<sup>7</sup> “Working draft on applicable law”, prepared by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligations which met on 17-18 November 2006 in The Hague, Prel. Doc. No 24 of January 2007 for the attention of the Special Commission of May 2007 on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance (available at <www.hcch.net>).

<sup>8</sup> “Report of the Working Group on Applicable Law”, drawn up by the Chair of the Working Group, Andrea Bonomi, Prel. Doc. 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 (available at <www.hcch.net>).

<sup>9</sup> “Preliminary draft Protocol on the law applicable to maintenance obligations”, drawn up under the authority of the Special Commission on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance and approved by the Drafting Committee, Prel. Doc. No 30 of June 2007 for the attention of the Twenty-First Session of November 2007 (available at <www.hcch.net>).

<sup>10</sup> “Preliminary draft Protocol on the law applicable to maintenance obligations – Explanatory Report”, drawn up by Andrea Bonomi, Prel. Doc. No 33 of August 2007 for the attention of the Twenty-First Session of November 2007 (available at <www.hcch.net>).



d'application, au même titre que les aliments dus, selon la loi désignée par le Protocole, à des personnes adultes.

15 Le titre « Protocole » a été discuté dans la Commission II de la Session diplomatique, et ce, jusqu'à sa dernière séance du 22 novembre 2007 qui a été consacrée à la deuxième lecture du projet de Protocole. Suite à la décision de rendre le Protocole formellement indépendant de la Convention<sup>11</sup>, certaines délégations avaient en effet proposé de changer le titre de l'instrument de « Protocole » en « Convention », le lien de dépendance de ce texte par rapport à la Convention n'étant pas assez fort<sup>12</sup>. Après avoir discuté des avantages et des inconvénients des deux solutions, un consensus s'est finalement formé sur le terme « Protocole ».

16 Le terme « Protocole », bien qu'inusité pour un instrument adopté dans le cadre de la Conférence de La Haye, présente l'avantage de souligner les liens génétiques et fonctionnels qui existent entre le Protocole et la Convention. Mis à part l'historique (cf. *supra*, para. 2 et s.), il convient de souligner que le Protocole vise, comme la Convention, à faciliter le recouvrement international d'aliments. En effet, la détermination de la loi applicable (et, le cas échéant, l'application d'une loi étrangère) est l'une des difficultés auxquelles un créancier d'aliments peut se trouver confronté lorsqu'il fait valoir sa prétention contre un débiteur établi à l'étranger. Certaines solutions consacrées par le Protocole, en particulier le rôle accru que ce dernier reconnaît à la loi du for par rapport aux instruments existants (cf. art. 4 et 7), visent à faciliter l'obtention d'une décision en matière alimentaire, et s'inspirent ainsi du même souci qui est à la base de la Convention. Il convient enfin de noter que, compte tenu du caractère *erga omnes* du Protocole (cf. son art. 2), la ratification de ce dernier par un large nombre d'États pourra s'avérer bénéfique pour les créanciers, même pour ceux qui sont domiciliés dans des États qui n'auront pas adhéré à ce texte (et qui n'envisagent pas d'en devenir Parties). En effet, même les créanciers domiciliés dans ces États profiteront, lors d'une procédure ouverte dans un État contractant (par ex. dans l'État de domicile du débiteur), de l'application des règles uniformes et favorables au créancier qui sont consacrées par le Protocole.

17 Ce lien fonctionnel est également souligné dans le préambule, où l'on relève que le développement de règles générales relatives à la loi applicable constitue un ajout utile à la Convention. Pour le reste, le préambule résume les autres réflexions qui ont présidé à l'élaboration du Protocole, en mentionnant en particulier le souci d'uniformité des règles sur les conflits de lois et de modernisation des Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973.

18 Le Protocole comporte 30 articles. Il n'est pas divisé en chapitres, mais il est possible de regrouper ses dispositions en trois groupes. Les articles premier et 2 en définissent le champ d'application *ratione materiae* et *ratione loci*; les articles 3 à 14 déterminent la loi

applicable aux obligations alimentaires, en précisant également le domaine de cette dernière; les articles 15 à 30 sont des dispositions générales et finales, qui sont devenues habituelles dans la plupart des textes élaborés par la Conférence de La Haye.

### TROISIÈME PARTIE : LES PRINCIPAUX ASPECTS DU RÉGIME PRÉVU PAR LE PROTOCOLE

19 Fidèle à son but de réviser les Conventions antérieures relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires, sans en rejeter entièrement l'approche, le Protocole suit, sur bien des points, les solutions consacrées par celles-ci, en particulier par la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable). Tel est le cas notamment en ce qui concerne le domaine d'application, défini de manière très large aux articles premier et 2, le traitement de l'obligation alimentaire justifiant sa propre règle de conflit (« catégorie de rattachement ») indépendamment du rapport de famille sous-jacent (art. 1(2)), la règle générale fondée sur le rattachement de l'obligation alimentaire à la loi de la résidence habituelle du créancier (art. 3), l'admission de certains rattachements subsidiaires « en cascade » visant à favoriser le créancier d'aliments (art. 4), et la définition très large des questions régies par la loi désignée comme applicable à l'obligation alimentaire (art. 11). Les solutions du Protocole peuvent aussi, à plusieurs égards, être rapprochées de celles de la *Convention interaméricaine de Montevideo du 15 juillet 1989 sur les obligations alimentaires* (ci-après, « Convention de Montevideo de 1989 »)<sup>13</sup>.

20 Par rapport à la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), les principales innovations sont au nombre de trois. Tout d'abord, le renforcement du rôle de la *lex fori* qui est promue, pour les prétentions avancées par certaines catégories « privilégiées » de créanciers, au rang de critère principal, la loi de la résidence habituelle du créancier n'ayant dans ce cas qu'un rôle subsidiaire (art. 4(3)). Ensuite, l'introduction pour les obligations entre époux et ex-époux d'une clause échappatoire fondée sur l'idée de proximité (art. 5), en rupture avec le rattachement immuable à la loi appliquée au divorce qui résulte de l'article 8 de la Convention de 1973. Enfin, l'introduction d'un certain degré d'autonomie des parties, qui se décline sous deux formes : un accord procédural permettant aux parties, pour n'importe quelle obligation alimentaire, de choisir la loi du for pour les besoins d'une procédure particulière (art. 7) et un choix quant à la loi applicable pouvant être exercé à tout moment par les personnes adultes et capables de défendre leurs intérêts, sous réserve de certaines conditions et restrictions (art. 8).

<sup>11</sup> Cf. art. 23, qui permet la signature, la ratification et l'adhésion par tous les États, même s'ils ne sont pas Parties à la Convention.

<sup>12</sup> Cf. P.-v. No 6, para. 11 et s., 178 et s.

<sup>13</sup> Voir *infra*, para. 33, 36, 39, 57, 66, 67 et 166.

included in its scope, and likewise maintenance due, according to the law designated by the Protocol, to adults.

15 The title of “Protocol” was discussed in Commission II of the Diplomatic Session until its last meeting on 22 November 2007, dedicated to the second reading of the draft Protocol. Pursuant to the decision to make the Protocol formally independent from the Convention,<sup>11</sup> some delegations had suggested changing the instrument’s title from “Protocol” to “Convention”, as the dependency between that text and the Convention was not sufficiently marked.<sup>12</sup> After discussing the benefits and drawbacks of both solutions, a consensus was eventually reached on the term “Protocol”.

16 The term “Protocol”, though unusual for an instrument adopted at the Hague Conference, has the advantage of emphasising the genetic and functional connections existing between the Protocol and the Convention. Apart from its background (see above, paras 2 *et seq.*), it should be pointed out that the Protocol, like the Convention, is designed to facilitate the international recovery of maintenance: determination of the applicable law (and if relevant, application of a foreign law) is one of the difficulties that may be faced by a maintenance creditor when claiming against a debtor established abroad. Certain solutions provided by the Protocol, including in particular the heightened role that it confers on the law of the forum in relation to existing instruments (*cf.* Arts 4 and 7), are designed to facilitate the rendering of a maintenance decision, and are accordingly inspired by the same concern that founds the Convention. Finally, it should be noted that having regard to the *erga omnes* nature of the Protocol (*cf.* its Art. 2), its ratification by a large number of States may be beneficial for creditors, even those who are domiciled in States that have not acceded to it (and which do not contemplate becoming Parties to it): even creditors domiciled in such States will enjoy the benefit, in the course of proceedings initiated in a Contracting State (*e.g.*, in the State of the debtor’s domicile), of the application of uniform rules favourable to the creditor, which are laid down in the Protocol.

17 This functional connection is also stressed in the Preamble, where it is noted that the development of general rules on applicable law constitutes a useful supplement to the Convention. For the remainder, the Preamble summarises the other considerations that determined the Protocol’s drafting, mentioning in particular the concern for uniformity of rules of conflict of laws and modernisation of the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions.

18 The Protocol has 30 Articles. It is not divided into Chapters but its provisions may be classified into three groups. Articles 1 and 2 define its scope *ratione materiae* and *ratione loci*; Articles 3 to 14 determine the law

applicable to maintenance obligations, also specifying its scope; Articles 15 to 30 are general and final provisions, which are now customary in most of the instruments developed by the Hague Conference.

### PART III: THE MAIN ASPECTS OF THE REGIME PROVIDED FOR BY THE PROTOCOL

19 True to its aim of revising the earlier Conventions relating to the law applicable to maintenance obligations without repudiating their approach entirely, the Protocol follows in many respects the solutions applied by them, and in particular by the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law). That is the case in particular as regards the scope, defined very widely in Articles 1 and 2, the treatment of maintenance obligations as worthy of their own choice of law rule (“a connection category”) independent of the underlying family relationship (Art. 1(2)), the general rule based on connection of the maintenance obligation to the law of the creditor’s habitual residence (Art. 3), the admission of certain “cascading” subsidiary connections designed to favour the maintenance creditor (Art. 4), and the very wide definition of the issues governed by the law designated as being applicable to the maintenance obligation (Art. 11). The Protocol’s solutions may also, in several respects, be compared to those of the *Inter-American Convention of Montevideo of 15 July 1989 on support obligations* (hereinafter the “1989 Montevideo Convention”).<sup>13</sup>

20 In relation to the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), there are three main innovations: first, the reinforced role of the *lex fori*, which is promoted, for claims made by certain “privileged” classes of creditors, to the rank of principal criterion, with the law of habitual residence of the creditor in those cases playing only a subsidiary role (Art. 4(3)); next, the introduction for obligations between spouses and ex-spouses of an escape clause based on the idea of close connection (Art. 5), in a break from the immutable connection to the law applied to the divorce under Article 8 of the 1973 Convention; finally, the introduction of a measure of party autonomy, in two variations: a procedural agreement enabling the parties, with respect to any maintenance obligation, to select the law of the forum for the purposes of a specific proceeding (Art. 7), and an option regarding the applicable law that may be exercised at any time by adults capable of defending their interests, subject to certain conditions and restrictions (Art. 8).

<sup>11</sup> *Cf.* Art. 23, allowing signature, ratification and accession by all States, even if not Parties to the Convention.

<sup>12</sup> See Minutes No 6, paras 11 *et seq.*, 178 *et seq.*

<sup>13</sup> See *infra*, paras 33, 36, 39, 57, 66, 67 and 166.

**Article premier** *Champ d'application*

21 L'article premier définit le champ d'application matériel du Protocole. Selon le premier paragraphe de cet article, le Protocole détermine la loi applicable à toute obligation alimentaire découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance.

**Paragraphe premier – Le présent Protocole détermine la loi applicable aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant indépendamment de la situation matrimoniale de ses parents.**

a *La loi applicable aux obligations alimentaires*

22 L'objet du Protocole est de déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires. Ainsi, il ne contient pas de règles sur les conflits de juridictions, ni sur la coopération administrative, des questions qui sont réglées, au moins en partie, dans la Convention.

23 Par ailleurs, il est important de souligner que le Protocole règle uniquement la loi applicable à l'obligation alimentaire, conçue comme une catégorie autonome de rattachement. Ainsi, il n'entend pas déterminer la loi applicable aux relations de famille dont découle l'obligation alimentaire. Ce principe est important, et il est clairement exprimé dans la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), dont l'article 2(1) indique que « [l]a Convention ne règle que les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires ». Cette formule n'a pas été reprise dans le Protocole, probablement parce qu'elle a été considérée superflue, compte tenu du titre de cet instrument (« Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires », c'est nous qui soulignons), ainsi que du texte de son article 1(1) (« Le présent Protocole détermine la loi applicable aux obligations alimentaires [...] », *id.*). Malgré ce silence, l'approche du Protocole est sur ce point la même que celle de la Convention de 1973, dans le sens où la loi applicable aux relations de famille visées à l'article 1(1) (par ex. la filiation ou le mariage) n'est pas directement régie par le Protocole. Ceci est confirmé par l'article 1(2) du Protocole, qui reprend l'article 2(2) de la Convention de 1973, en précisant que « [l]es décisions rendues en application du présent Protocole ne préjugent pas de l'existence de l'une des relations visées au paragraphe premier ». Cette règle n'est en effet qu'un corollaire du rattachement autonome de l'obligation alimentaire.

24 Le rattachement autonome de l'obligation alimentaire a pour conséquence que la loi applicable aux relations de famille visées à l'article 1(1) doit être déterminée, dans chaque État contractant, sur la base des règles de conflit de droit commun qui sont en vigueur dans cet État. Ceci ne pose pas de problème lorsque l'existence ou l'inexistence de la relation de famille constitue la question principale de la procédure en cours (par ex. lorsque la demande porte sur l'établissement de la filiation, sur la validité du mariage, sur la séparation de corps ou le divorce), et ce, même si une prétention

alimentaire est avancée à titre accessoire dans le cadre de la même procédure. Le problème est plus délicat lorsque la question de l'existence de la relation de famille se pose à titre préalable dans le cadre d'une procédure ayant pour objet principal la créance alimentaire (par ex. si le débiteur présumé conteste l'existence du lien de filiation ou la validité du mariage). Vu le silence du Protocole, rien n'empêche de reprendre l'interprétation qui avait été proposée pour les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973, selon laquelle la loi désignée pour régir l'obligation alimentaire peut également s'appliquer à la question préalable relative à l'existence d'une relation de famille au sens de l'article 1(1)<sup>14</sup>. Cette solution ne s'impose cependant pas aux États contractants, qui pourraient légitimement opter pour un rattachement séparé et indépendant de la question préalable ; dans ce cas, cette dernière sera tranchée selon la loi désignée par les règles de conflit du for. De toute manière, selon l'article 1(2), la décision rendue sur la demande d'aliments en application de la loi désignée par le Protocole ne préjuge pas de l'existence de la relation de famille concernée.

b *Les obligations alimentaires découlant de relations de famille*

25 Selon l'article 1(1), le Protocole détermine les obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance. Cette formule correspond à celle de l'article premier de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable). Contrairement à cette dernière<sup>15</sup>, le Protocole ne prévoit cependant pas de réserves permettant aux États contractants de limiter son champ d'application à certaines obligations alimentaires ou d'en exclure d'autres<sup>16</sup>. Le champ d'application du Protocole est dès lors très étendu.

i *Un champ d'application matériel plus étendu que celui de la Convention*

26 Le champ d'application du Protocole est notamment plus large que le champ d'application obligatoire de la Convention, ce dernier étant limité, selon l'article 2(1) :

« a) aux obligations alimentaires découlant d'une relation parent-enfant à l'égard d'une personne âgée de moins de 21 ans ;

b) à la reconnaissance et à l'exécution ou à l'exécution d'une décision relative aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux lorsque la demande est présentée conjointement à une action comprise dans le champ d'application de l'alinéa a) ; et

c) à l'exception des chapitres II et III, aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux ».

<sup>14</sup> Rapport explicatif sur les Conventions Obligations alimentaires de 1973 (Exécution – Loi applicable), rédigé par M. Verwilghen (ci-après, « Rapport Verwilghen »), *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome IV, *Obligations alimentaires*, p. 383 à 465, para. 125 et s. (également accessible à l'adresse <www.hcch.net>).

<sup>15</sup> Cf. notamment ses art. 13 et 14.

<sup>16</sup> Cf. art. 27, selon lequel « [a]ucune réserve au présent Protocole n'est admise ».

**Article 1 Scope**

21 Article 1 defines the scope of the Protocol in terms of subject matter. According to the first paragraph of that Article, the Protocol shall determine the law applicable to any maintenance obligation arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity.

**Paragraph 1 – This Protocol shall determine the law applicable to maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity, including a maintenance obligation in respect of a child regardless of the marital status of the parents.**

*a The law applicable to maintenance obligations*

22 The purpose of the Protocol is to determine the law applicable to maintenance obligations. Accordingly, it contains no rules relating to conflicts of jurisdiction, nor to administrative co-operation, matters which are settled, at least in part, by the Convention.

23 In addition, it is important to point out that the Protocol determines only the law applicable to the maintenance obligation, conceived as an autonomous class of connection. Thus, it is not intended to determine the law applicable to the family relationships from which the maintenance obligation arises. This principle is important, and is clearly expressed in the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), Article 2(1) of which provides that “[t]his Convention shall govern only conflicts of laws in respect of maintenance obligations”. This phrasing was not reproduced in the Protocol, probably because it was considered superfluous having regard to the instrument’s title (“Protocol on the Law Applicable to *Maintenance Obligations*”, emphasis added), and the text of its Article 1(1) (“This Protocol shall determine the law applicable to *maintenance obligations* [...]”, *id.*). Despite that silence, the Protocol’s approach to this issue is the same as that of the 1973 Convention, in the sense that the law applicable to the family relationships to which Article 1(1) refers (*e.g.*, parentage or marriage) is not governed by the Protocol directly. This is confirmed by Article 1(2) of the Protocol, reproducing Article 2(2) of the 1973 Convention, and specifying that “[d]ecisions rendered in application of this Protocol shall be without prejudice to the existence of any of the relationships referred to in paragraph 1”: this rule is a mere corollary of the autonomous connection of the maintenance obligation.

24 The autonomous connection of the maintenance obligation implies that the law applicable to the family relationships to which Article 1(1) refers needs to be determined, in each Contracting State, on the basis of the rules of conflicts of laws in force and generally applicable in that State. This raises no difficulty when the existence or non-existence of the family relationship is the principal issue of the proceedings concerned (*e.g.*, when the claim relates to the proof of parentage, the validity of marriage, or legal separation or divorce), even if a maintenance

claim is made on an accessory basis in the course of the same proceedings. The problem is more difficult when the issue of existence of the family relationship arises on a preliminary basis in the course of proceedings, the main object of which is the maintenance claim (*e.g.*, if the presumed debtor disputes the existence of the parentage or the validity of a marriage). Given the Protocol’s silence, there is nothing to prevent reemploying the interpretation that had been proposed for the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions, whereby the law designated to govern the maintenance obligation can also apply to the preliminary issue of the existence of a family relationship within the meaning of Article 1(1).<sup>14</sup> This solution is not binding on the Contracting States, however, and they may legitimately opt for a separate and autonomous connection of the preliminary issue; in such case, the latter will be determined according to the law designated by the conflict rules of the forum. In any event, under Article 1(2), the decision rendered regarding the maintenance claim in accordance with the law designated by the Protocol is without prejudice to the existence of the relevant family relationship.

*b Maintenance obligations arising from family relationships*

25 Under Article 1(1), the Protocol shall determine the law applicable to maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage, or affinity. This phrasing corresponds to that of Article 1 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law). Unlike the latter,<sup>15</sup> however, the Protocol does not provide for reservations enabling Contracting States to limit its scope to specific maintenance obligations or to exclude others.<sup>16</sup> The Protocol’s scope is accordingly very broad.

*i A more extensive scope than the Convention in terms of subject matter*

26 The Protocol’s scope is broader, in particular, than the mandatory scope of the Convention, which is limited, under Article 2(1):

- “a) to maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 21 years;
- b) to recognition and enforcement or enforcement of a decision for spousal support when the application is made with a claim within the scope of sub-paragraph a); and
- c) with the exception of Chapters II and III, to spousal support.”

<sup>14</sup> Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions (Enforcement – Applicable Law), drawn up by M. Verwilghen (hereinafter the “Verwilghen Report”), *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome IV, *Obligations alimentaires*, pp. 383-465, paras 125 *et seq.* (also available at <www.hcch.net>).

<sup>15</sup> Cf. in particular its Arts 13 and 14.

<sup>16</sup> Cf. Art. 27, under which “[n]o reservations may be made to this Protocol”.

Cette différence s'explique, d'une part, par la volonté de faire coïncider le champ d'application du Protocole avec celui de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), de manière que le premier puisse remplacer (au moins entre les États contractants) la deuxième (cf. art. 18). 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 et peut, à l'inverse, être ratifié par des États qui ne sont pas Partie à la Convention (cf. art. 23).

27 Du reste, les cas d'application des deux instruments ne pourraient de toute manière pas coïncider, car leurs conditions d'application *ratione loci* sont différentes. La Convention est un instrument *inter partes*, qui s'applique dans les relations entre les États contractants ; ceci est vrai tant pour la coopération administrative<sup>17</sup> que pour la reconnaissance et l'exécution des décisions<sup>18</sup>. Le Protocole, en revanche, est applicable *erga omnes*, même si la loi qu'il désigne est celle d'un État *non contractant* (cf. art. 2).

28 Il convient de souligner, par ailleurs, que le champ d'application matériel de la Convention peut également être élargi, de manière optionnelle (par une déclaration conformément à l'art. 63), « à d'autres obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance [...] » (son art. 2(3)). Par une telle déclaration, chaque État contractant pourra donc faire coïncider, s'il le souhaite, le champ d'application matériel des deux instruments. Même en présence d'une telle déclaration, cependant, la coïncidence ne sera que partielle. En effet, la déclaration prévue à l'article 2(3) de la Convention ne crée d'obligation entre deux États contractants que sur la base de la réciprocité, à savoir « dans la mesure où leurs déclarations recouvrent les mêmes obligations alimentaires et les mêmes parties de la Convention » ; en revanche, le Protocole, comme nous venons de le rappeler, est applicable *erga omnes*, indépendamment de toute réciprocité (cf. art. 2). Il se peut donc que, même dans un État partie aux deux instruments ayant fait ladite déclaration, la Convention ne soit pas applicable dans un cas concret, contrairement au Protocole.

## ii Les obligations alimentaires découlant d'une relation de famille

29 Le Protocole ne définit pas la notion de relation de famille, mais se limite à en donner quelques exemples, qui correspondent à ceux qui figurent dans la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable). Ainsi les relations de parenté, de filiation, de mariage ou d'alliance sont-elles expressément mentionnées. Cette énumération montre que la notion de famille adoptée par le Protocole est plutôt large ; en effet, les relations

d'alliance y sont comprises, même si elles ne sont pas reconnues dans tous les États.

30 Dans la dernière partie de l'article 1(1), il est précisé que, dans le cas d'aliments envers des enfants, l'application du Protocole est indépendante de la situation matrimoniale de leurs parents. Cette précision, qui figure également à l'article premier de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) et à l'article 2(4) de la Convention, établit que le Protocole s'applique sans discrimination entre les enfants nés dans ou hors mariage.

31 Le problème qui se pose actuellement est celui des différentes formes de mariage ou de partenariat entre personnes de même sexe. Ces relations sont reconnues dans un nombre croissant de systèmes juridiques, qui les considèrent bien souvent comme des relations de famille pouvant donner lieu à des prétentions de nature alimentaire. D'autres États refusent cependant de les reconnaître, en considérant parfois qu'elles sont contraires à leur ordre public. Le Protocole ne modifiera pas cette situation. En effet, les règles de conflit du Protocole ne déterminent que la loi applicable aux obligations alimentaires ; elles ne déterminent pas la loi applicable à ce qui constitue une relation de famille ni à l'établissement de telles relations fondant les obligations alimentaires (cf. *supra*, para. 23). L'existence et la validité des mariages ou partenariats entre personnes du même sexe restent donc soumises à la loi nationale des États contractants, y compris leurs règles de droit international privé. En outre, le Protocole ne précise pas si les obligations alimentaires résultant de ces types de relations sont comprises dans son domaine d'application ; ce silence est voulu, pour éviter que le Protocole ne se heurte aux oppositions fondamentales existant entre les États sur cette problématique. La question a néanmoins été discutée en relation avec certaines règles de rattachement, notamment celle de l'article 5 relative aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Certaines délégations avaient en effet proposé de préciser expressément dans le texte du Protocole que cette disposition pouvait, à la discrétion des États, s'appliquer à ces institutions proches du mariage. Bien que cette proposition n'ait pas obtenu le consensus nécessaire, la Commission II de la Session diplomatique a admis que les États qui connaissent de telles institutions dans leurs ordres juridiques, ou qui sont prêts à les reconnaître, puissent les soumettre à la règle de l'article 5 (cf. *infra*, para. 92 et s.), ce qui revient à admettre implicitement que le Protocole peut leur être appliqué. En revanche, rien n'a été décidé pour les États contractants qui ne sont pas disposés à traiter ces types d'institutions comme des mariages. Pour ces derniers, une solution envisageable consiste à considérer que ces relations ne sont pas assimilables au mariage (dans ce cas, la loi applicable sera déterminée sur la base d'autres règles du Protocole, notamment les art. 3 et 6). Vu le silence du Protocole et des travaux préparatoires, il faut admettre que cette solution est légitime, et ce, même si cela implique que l'application du Protocole ne sera pas uniforme dans les États contractants. Ce manque d'uniformité n'est cependant pas trop grave, si l'on considère que, quoi qu'il en soit, le tribunal ou l'autorité de l'État concerné aurait

<sup>17</sup> Cf. art. 9 de la Convention, qui se réfère à la demande transmise à l'Autorité centrale de l'État requis par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de l'État contractant dans lequel réside le demandeur.

<sup>18</sup> Cf. art. 20(1) de la Convention, qui fixe les conditions auxquelles « [u]ne décision rendue dans un État contractant [...] est reconnue et exécutée dans les autres États contractants » (c'est nous qui soulignons).

This difference is due, first, to the desire to make the Protocol's scope coincide with that of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) so as to enable the former to replace (at least between Contracting States) the latter (*cf.* Art. 18). It also reflects the wish not to restrict too excessively the scope of a text which, being the object of a Protocol separate from the Convention, is optional in any event for States ratifying the latter and, conversely, may be ratified by States which are not Parties to the Convention (*cf.* Art. 23).

27 In fact, the cases where both instruments apply could not coincide in any event, because their conditions for application *ratione loci* are different: the Convention is an instrument *inter partes*, applying in relations between Contracting States; this is true both for administrative co-operation<sup>17</sup> and for the recognition and enforcement of decisions.<sup>18</sup> The Protocol, on the other hand, is applicable *erga omnes*, even if the law it designates is that of a *non-Contracting* State (*cf.* Art. 2).

28 It should also be pointed out that the Convention's scope in terms of subject matter may also be extended, on an optional basis (by a declaration in accordance with Art. 63), "to any maintenance obligation arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity [...]" (its Art. 2(3)). By means of such a declaration, therefore, each Contracting State may, if it so wishes, make the scope of both instruments *in terms of subject matter* coincide. Even in the presence of such a declaration, however, the coincidence will not be complete: the declaration provided for under Article 2(3) of the Convention creates obligations between two Contracting States only on the basis of reciprocity, *i.e.*, "only in so far as their declarations cover the same maintenance obligations and parts of the Convention"; on the other hand, the Protocol, as mentioned above, is applicable *erga omnes*, independent of any reciprocity (*cf.* Art. 2). It is accordingly possible, even in a State Party to both instruments having made that declaration, for the Convention, unlike the Protocol, not to be applicable to a case in point.

ii *Maintenance obligations arising from a family relationship*

29 The Protocol does not define the concept of a family relationship, but merely provides a few examples, which correspond to those contained in the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law). Thus parent-child relationships, parentage, marriage and affinity are expressly mentioned. This list shows that the concept of a family relationship adopted by the Protocol is rather

broad: it includes affinity, even though not all States recognise such relationships.

30 The final part of Article 1(1) specifies that in the case of child support, application of the Protocol is independent of the parents' marital status. This specification, which also appears in Article 1 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) and Article 2(4) of the Convention, establishes the fact that the Protocol applies without discrimination to children born in or out of wedlock.

31 The problem that is currently posed is that of the various forms of same-sex marriage or partnership. These relationships are recognised in a growing number of legal systems, which often consider them as family relationships that may give rise to maintenance claims. Other States refuse to recognise them, however, considering in some cases that they are inconsistent with their public policy. This situation will not change with the Protocol. Indeed, the conflict rules in the Protocol determine only the law applicable to maintenance obligations; they do not determine the law applicable to what constitutes a family relationship nor to the establishment of such relationship on which the maintenance obligation is based (see *supra*, para. 23). The existence and the validity of same-sex marriages or partnerships therefore continue to be covered by the internal law of the Contracting States, including their rules of private international law. Moreover, the Protocol does not specify whether maintenance obligations arising out of such relationships are included within its scope; this omission is intentional, in order to avoid the Protocol running up against the fundamental opposition existing between States on these issues. The matter was nevertheless discussed in relation to certain connecting rules, and in particular that under Article 5 relating to maintenance obligations between spouses or ex-spouses: certain delegations had suggested an express statement in the Protocol's text that this provision could, at States' discretion, apply to these institutions similar to marriage. Though that proposal did not achieve the necessary consensus, Commission II of the Diplomatic Session accepted that those States which recognise such institutions in their legal systems, or are willing to recognise them, may make them subject to the rule under Article 5 (*cf. infra*, paras 92 *et seq.*), which is equivalent to an implied admission that the Protocol may be applied to them. On the other hand, nothing was decided as regards Contracting States that are not willing to treat such institutions like marriage. For the latter, a solution may be to consider that these relationships may not be treated like marriage (in that case, the applicable law will be determined on the basis of other rules in the Protocol, and in particular Arts 3 and 6). Given the silence of the Protocol and preparatory instruments, it must be admitted that this solution is legitimate, even though this implies that the Protocol's application will not be uniform among the Contracting States. This lack of uniformity is not too serious, however, if one considers that, in any event, the court or authority concerned could on grounds of public

<sup>17</sup> *Cf.* Art. 9 of the Convention, which refers to applications made to the Central Authority of the requested State through the Central Authority of the Contracting State where the applicant resides.

<sup>18</sup> *Cf.* Art. 20(1) of the Convention, which sets the conditions in which "[a] decision made in one Contracting State [...] shall be recognised and enforced in other Contracting States" (emphasis added).

la possibilité dans un cas d'espèce de refuser pour des raisons d'ordre public l'application d'une loi étrangère qui reconnaît une obligation alimentaire découlant de ces relations controversées (cf. art. 13 ; *infra*, para. 178).

32 Le Protocole ne précise pas s'il est applicable aux obligations alimentaires résultant d'un accord relatif à l'existence ou à l'étendue d'une prétention alimentaire. De tels accords sont souvent conclus entre les conjoints au moment du mariage ou en cas de divorce, ou entre partenaires non mariés. Rappelons que cette question n'avait pas pu être tranchée lors de l'élaboration de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), et que cette dernière laissait donc au juge « toute latitude », lui permettant de soumettre ces obligations aux dispositions du traité ou aux règles de conflit de droit commun<sup>19</sup>. Malgré le silence du Protocole sur ce point, ce dernier contient des éléments permettant d'affirmer qu'il est également applicable aux accords relatifs aux aliments, dans la mesure où ces accords visent à modifier ou préciser une obligation découlant de relations de famille. En effet, contrairement à la Convention de 1973, le Protocole permet à certaines conditions le choix de la loi applicable à l'obligation alimentaire<sup>20</sup>. Or, l'une des raisons – sinon la raison principale – pour admettre ce choix était justement de garantir une certaine stabilité aux accords conclus en matière alimentaire entre des époux ou d'autres personnes adultes (cf. *infra*, para. 126). S'il est admis que la loi désignée par les parties en vertu du Protocole est applicable aux contrats relatifs aux aliments, la même conclusion s'impose forcément pour la loi désignée par le Protocole lui-même à l'aide d'un rattachement objectif.

c *La portée des décisions rendues en application du Protocole*

**Paragraphe 2 – Les décisions rendues en application du présent Protocole ne préjugent pas de l'existence d'une des relations visées au paragraphe premier.**

33 Le deuxième paragraphe de l'article premier précise que les décisions rendues en application du Protocole ne préjugent pas de l'existence de l'une des relations visées au paragraphe premier. Cette disposition reprend la formule utilisée à l'article 2(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) ; la même solution a été retenue à l'article 5 de la Convention de Montevideo de 1989. Elle indique que 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 affirmer l'existence d'une relation de famille comme celles visées à l'article 1(1). Cette règle est un corollaire du rattachement autonome de l'obligation alimentaire (cf. *supra*, para. 23). Elle constitue le pendant de l'article 19(2) de la Convention, selon lequel, 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<sup>21</sup>. Pour une analyse plus approfondie de cette approche, déjà bien connue dans les

États contractants à la Convention de 1973, on peut renvoyer au Rapport Verwilghen<sup>22</sup>.

**Article 2 Application universelle**

**Le présent Protocole est applicable même si la loi qu'il désigne est celle d'un État non contractant.**

34 Cette disposition ne fait que préciser le caractère universel du Protocole. Ce dernier sera applicable dans les États contractants même si la loi désignée par ses dispositions est celle d'un État non contractant. Cette approche correspond à celle adoptée par la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) (art. 2), ainsi que par plusieurs autres Conventions de La Haye en matière de loi applicable.

35 En vertu de cette règle, si une autorité dans un État contractant est saisie d'une demande relative à une obligation alimentaire comprise dans le champ d'application matériel du Protocole, elle devra appliquer ce texte pour déterminer la loi applicable au fond, et ce, même si l'affaire présente (de par la résidence des parties ou pour d'autres raisons) des liens très étroits avec un ou plusieurs États non contractants. Il en est de même si la loi désignée par le Protocole est celle d'un État non contractant (ce qui peut être le cas, par exemple, si le créancier est résident dans un tel État ou si les parties ont désigné cette loi comme applicable à l'obligation alimentaire, cf. art. 3 et 8).

**Article 3 Règle générale relative à la loi applicable**

36 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 Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) et, pour les aliments envers les enfants, dans la Convention Obligations alimentaires de 1956. Il est également prévu à l'article 6(a) de la Convention de Montevideo de 1989 (qui le met cependant sur un plan d'alternativité avec la résidence habituelle du débiteur). Cette solution a été admise unanimement au cours des négociations.

**Paragraphe premier – Sauf disposition contraire du Protocole, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier régit les obligations alimentaires.**

a *La raison d'être de ce rattachement*

37 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 Verwilghen, « c'est pour vivre que [le créancier] utilisera sa pension alimentaire ». Dès lors, « il est judicieux d'apprécier le problème concret qui se pose par rapport à une société concrète : celle où le demandeur d'aliments vit et vivra »<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Rapport Verwilghen (*op. cit.* note 14), para. 120.

<sup>20</sup> Cf. en particulier l'art. 8, qui permet aux parties de désigner la loi applicable « à tout moment ».

<sup>21</sup> Cf. le Rapport Borrás-Degeling, para. 438.

<sup>22</sup> *Op. cit.* (note 14), para. 122 et s.

<sup>23</sup> *Op. cit.* (note 14), para. 138.

policy refuse application on a case-by-case basis of a foreign law that recognises a maintenance obligation arising from these controversial relationships (*cf.* Art. 13; *infra*, para. 178).

32 The Protocol does not specify whether it is applicable to maintenance obligations arising from an agreement relating to the existence or extent of a maintenance obligation. Such agreements are frequently made between spouses at the time of marriage or in the event of divorce, or between unmarried partners. It will be recalled that it had not been possible to settle this issue when drafting the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), and the latter accordingly allowed the courts “a large degree of latitude”, enabling them to make such obligations subject to the treaty provisions or to the conflict rules that are generally applicable.<sup>19</sup> Despite the Protocol’s silence on this point, it contains elements allowing an assertion that it is also applicable to agreements relating to maintenance, in so far as such agreements are designed to modify or further specify an obligation arising from a family relationship: unlike the 1973 Convention, the Protocol allows, subject to certain conditions, choice of the law applicable to the maintenance obligation.<sup>20</sup> Yet one of the reasons – if not the primary reason – to allow that choice was precisely to provide a measure of stability to agreements made with respect to maintenance matters between spouses or other adults (*cf. infra*, para. 126). If it is accepted that the law designated by the parties under the Protocol applies to agreements relating to maintenance, the same conclusion must be reached for the law designated by the Protocol itself through an objective connection.

c *The scope of decisions rendered in application of the Protocol*

**Paragraph 2 – Decisions rendered in application of this Protocol shall be without prejudice to the existence of any of the relationships referred to in paragraph 1.**

33 The second paragraph of Article 1 specifies that decisions rendered in application of the Protocol shall be without prejudice to the existence of any of the relationships referred to in paragraph 1. This provision reproduces the phrasing used in Article 2(2) of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law); the same solution was used in Article 5 of the 1989 Montevideo Convention. It states that no one may rely on a decision ordering the debtor to pay maintenance to the creditor on the basis of the law designated by the Protocol to affirm the existence of a family relationship such as those referred to in Article 1(1). This rule is a corollary of the autonomous connection of the maintenance obligation (*cf. supra*, para. 23). It is the counterpart of Article 19(2) of the Convention, according to which, if a foreign decision does not relate solely to the maintenance obligation, the effect of the Convention’s rules on recognition and enforcement is limited to the maintenance obligation.<sup>21</sup> For a deeper analysis of this approach,

already well known in the Contracting States of the 1973 Convention, reference may be made to the Verwilghen Report.<sup>22</sup>

**Article 2 Universal application**

**This Protocol applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State.**

34 This provision merely specifies the universal nature of the Protocol. It will be applicable in the Contracting States even if the law designated by its provisions is that of a non-Contracting State. This approach is the same as that adopted by the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) (Art. 2), and by several other Hague Conventions relating to applicable law.

35 In accordance with this rule, if an authority in a Contracting State is seized of an application relating to a maintenance obligation included within the material scope of the Protocol, it will have to apply that text to determine the law applicable on the merits, even if the case has very close links (as a result of the parties’ residence or for other reasons) with one or more non-Contracting States. The same applies if the law designated by the Protocol is that of a non-Contracting State (which may be the case, for instance, if the creditor resides in such a State or if the parties have designated that law as the law applicable to the maintenance obligation; *cf.* Arts 3 and 8).

**Article 3 General rule on applicable law**

36 This provision lays down the principle of connection of the maintenance obligations to the law of the State of the creditor’s habitual residence. This connection corresponds to the one used on a principal basis in the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) and, for child support, in the 1956 Hague Maintenance Convention. It is also provided for by Article 6(a) of the 1989 Montevideo Convention (albeit as an alternative to the debtor’s habitual residence). This solution was accepted unanimously during the negotiations.

**Paragraph 1 – Maintenance obligations shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the creditor, save where this Protocol provides otherwise.**

a *The reason for this connection*

37 This connection offers several advantages. The main one is that it allows a determination of the existence and amount of the maintenance obligation with regard to the legal and factual conditions of the social environment in the country where the creditor lives and engages in most of his or her activities. As rightly noted by the Verwilghen Report, “[the creditor] will use his maintenance to enable him to live”. Accordingly, “it is wise to appreciate the concrete problem arising in connection with a concrete society: that in which the petitioner lives and will live”.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Verwilghen Report (*op. cit.* note 14), para. 120.

<sup>20</sup> *Cf.* in particular Art. 8, which allows the parties to designate the applicable law “at any time”.

<sup>21</sup> *Cf.* Borrás-Degeling Report, para. 438.

<sup>22</sup> *Op. cit.* (note 14), paras 122 *et seq.*

<sup>23</sup> *Op. cit.* (note 14), para. 138.



38 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, dans les mêmes circonstances, traité différemment par rapport à un créancier ayant la nationalité de l'État où il réside.

39 Il convient enfin 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<sup>24</sup> que dans plusieurs lois nationales. Dès lors, l'utilisation de ce même critère pour la détermination de la loi 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. Ces avantages sont particulièrement précieux en matière d'aliments où les montants en jeu, et par conséquent les ressources disponibles pour la recherche du droit étranger, sont généralement très modestes.

40 Comme souligné par l'article 3(1), le rattachement à la résidence habituelle du créancier ne vaut pas si le Protocole en dispose autrement. Cette précision est importante, car ce rattachement est soumis, dans le système du Protocole, à plusieurs exceptions, prévues aux articles 4 à 8. Dans l'ensemble, il sied de constater que la portée de cette règle est ici plus restreinte que dans les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973.

#### b *La notion de résidence habituelle*

41 La notion de résidence habituelle n'est pas définie par le Protocole. Il en est de même dans les nombreuses Conventions de La Haye qui adoptent cette notion comme critère pour la détermination de la loi applicable ou de la compétence des autorités, y compris la Convention<sup>25</sup>. La tâche d'établir dans un cas concret si le créancier est résident dans un État ou dans l'autre appartient à l'autorité saisie ; cette dernière doit cependant rechercher une notion uniforme, fondée sur le but du Protocole, plutôt que d'appliquer des critères de droit interne<sup>26</sup>.

42 Il convient de noter que le critère retenu est celui de la résidence *habituelle*, ce qui implique une certaine stabilité. Une simple résidence à caractère temporaire ne suffit pas pour déterminer la loi applicable à l'obligation alimentaire. Si par exemple le créancier d'aliments vit pendant quelques mois dans un pays autre que celui où il est établi, pour y suivre des cours ou y accomplir une activité à caractère temporaire, cela ne devrait en principe pas modifier sa résidence habituelle, ni la loi applicable à l'obligation alimentaire selon l'article 3.

<sup>24</sup> Par ex. l'art. 5(2) du Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »), ainsi que la disposition « parallèle » de l'art. 5(2) de la *Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (ci-après, « Convention de Lugano de 1988 ») ; l'art. 8(a) de la Convention de Montevideo de 1989.

<sup>25</sup> Cf. le Rapport Borrás-Degeling, para. 61 et 62.

<sup>26</sup> Art. 20, cf. para. 202.

43 Le critère de « résidence habituelle » est aussi utilisé dans la Convention, outre celui de « résidence ». À l'article 20(1) c) et d) de la Convention, le critère de « résidence habituelle » est utilisé pour déterminer les bases de reconnaissance des décisions étrangères<sup>27</sup> alors que celui de « résidence » est utilisé à l'article 9 de la Convention pour déterminer la compétence de l'Autorité centrale de l'État requérant et rendre applicable les dispositions conventionnelles relatives à la coopération administrative. En effet, selon l'article 9, « [t]oute demande prévue au présent chapitre est transmise à l'Autorité centrale de l'État requis par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de l'État contractant dans lequel réside le demandeur ». Dans le cadre de cette disposition, une simple résidence suffit même si elle n'a pas un caractère habituel ; en revanche, une simple présence occasionnelle n'est pas suffisante. Cette solution a été choisie pour faciliter le plus possible les demandes de recouvrement international d'aliments<sup>28</sup>.

#### c *Le changement de résidence habituelle*

**Paragraphe 2 – En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu.**

44 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, qui correspond à celle retenue par les Conventions Obligations alimentaires de 1956 (art. 1(2)) 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 habituelle, 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.

45 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 fori*). En revanche, sur le plan de la loi applicable, le changement de résidence habituelle du créancier devra être pris en compte lors de la décision alimentaire, et ce, même s'il s'est 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.

46 Néanmoins, le délai ultime pour faire valoir cette modification lorsqu'elle se produit en cours de procédure n'est pas déterminé par le Protocole. Il dépendra ainsi des

<sup>27</sup> Cf. le Rapport Borrás-Degeling, para. 444.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 228.

38 The connection to the law of the habitual residence also secures equal treatment among creditors living in the same country, regardless of nationality. One fails to see why a creditor who is a foreign national should be, in the same circumstances, treated differently from a creditor having the nationality of the State where he resides.

39 Finally, it should be noted that the criterion of the creditor's habitual residence is extensively used for determination of the appropriate court with respect to maintenance, both under uniform law instruments<sup>24</sup> and in several internal laws. Accordingly, use of that same criterion to determine the applicable law often leads to application of the law of the authority seized, which provides obvious benefits in terms of simplicity and efficiency. These advantages are particularly valuable in maintenance cases where the amounts at issue, and accordingly the resources available for the determination of foreign law, are usually very small.

40 As stressed by Article 3(1), the connection to the creditor's habitual residence is not applicable if the Protocol provides otherwise. This is an important restriction since this connection is subject, under the Protocol's system, to several exceptions provided for under Articles 4 to 8. On the whole, it should be observed that the scope of this rule is more limited here than under the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions.

#### b *The concept of habitual residence*

41 The Protocol does not define the concept of habitual residence. The same is true of the many Hague Conventions that use this concept as a criterion for determination of the applicable law or the authorities' jurisdiction, including the Convention.<sup>25</sup> The task of determining in a specific case whether the creditor is resident in one State or the other falls on the authority seized; the latter is required, however, to seek a uniform concept, based on the Protocol's purpose, rather than apply internal law criteria.<sup>26</sup>

42 It should be noted that the criterion selected is that of *habitual* residence, which implies a measure of stability. Mere residence of a temporary nature is not sufficient to determine the law applicable to the maintenance obligation. If, for instance, the maintenance creditor lives for a few months in a country other than that in which he is established, for the purposes of schooling or to engage in a temporary activity, this should not in principle modify the habitual residence, nor the law applicable to the maintenance obligation under Article 3.

43 The criterion "habitual residence" is also used in the Convention as well as the concept of "residence". In Article 20(1) *c*) and *d*) of the Convention, the criterion "habitual residence" is used to determine the bases for the recognition of foreign decisions<sup>27</sup> while the criterion "residence" is used in Article 9 of the Convention to determine the jurisdiction of the Central Authority of the requesting State and make the Convention provisions relating to administrative co-operation applicable: under Article 9, "An application under this Chapter shall be made through the Central Authority of the Contracting State in which the applicant resides to the Central Authority of the requested State." Pursuant to that provision, mere residence is sufficient even if it is not habitual; on the other hand, mere occasional presence is not sufficient. This solution was chosen to facilitate applications for the international recovery of maintenance as much as possible.<sup>28</sup>

#### c *Change of habitual residence*

**Paragraph 2 – In the case of a change in the habitual residence of the creditor, the law of the State of the new habitual residence shall apply as from the moment when the change occurs.**

44 When the creditor changes residence, the law of the State of the new habitual residence becomes applicable as from the moment when the change occurs. This solution, corresponding to that used in the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions (Art. 1(2) and Art. 4(2), respectively), is required having regard to the reasons on which the connection to the habitual residence is based. In the case of a change of habitual residence, it is logical for determination of the existence and amount of the maintenance obligation to be made according to the law of the country where the creditor lives. Application of that law is equally justified on the basis of considerations relating to the equal treatment of all creditors residing in the same country.

45 It should be noted that the solution provided to the mobile conflict is not necessarily consistent with the concern to secure coinciding of the jurisdiction of the authorities with the applicable law: when the authority's jurisdiction depends on the creditor's habitual residence, the latter is usually determined at the time of the application without regard to a later change (principle of *perpetuatio fori*). On the other hand, as regards applicable law, the change of the creditor's habitual residence ought to be taken into account in the maintenance decision, even if it occurred in the course of the proceedings. In so far as the decision determines maintenance for the future, it would be illogical not to take into account such a significant change in circumstances.

46 Nevertheless, the latest time when that change may be asserted if it occurs during the proceedings is not

<sup>24</sup> E.g., Art. 5(2) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ("Brussels I") and the "parallel" provision in Art. 5(2) of the *Lugano Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters* (hereinafter the "1988 Lugano Convention"); Art. 8(a) of the 1989 Montevideo Convention.

<sup>25</sup> Cf. Borrás-Degeling Report, paras 61 and 62.

<sup>26</sup> Art. 20, cf. para. 202.

<sup>27</sup> Cf. Borrás-Degeling Report, para. 444.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 228.

règles procédurales applicables dans chaque État contractant.

47 Notons que le changement de résidence ne doit être pris en compte que si et à partir du moment où le créancier acquiert une nouvelle résidence habituelle, à savoir lorsque la nouvelle résidence acquiert le degré de stabilité qui est impliqué par le caractère habituel. Si le créancier se déplace dans un autre pays pour y rester à titre purement temporaire<sup>29</sup>, il n'y a en principe pas de changement de la résidence habituelle, sauf si la nouvelle résidence acquiert à un certain moment un caractère stable (si par ex. le créancier qui suivait une formation dans un État étranger y trouve un travail lui permettant de s'y installer de manière durable).

48 Le changement de la loi applicable se produit à partir du moment du changement de la résidence habituelle, 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 en faveur de certains créanciers**

49 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 être contraire à leurs intérêts.

##### **a Champ d'application de l'article 4**

#### **Paragraphe premier – Les dispositions suivantes s'appliquent en ce qui concerne les obligations alimentaires :**

50 Conformément à sa raison d'être, la règle de l'article 4 ne profite qu'à certaines catégories de créanciers, qui sont définis à son paragraphe premier. Pour éviter tout équivoque, il convient de souligner que le but de ce paragraphe n'est pas de fixer les conditions d'obtention d'aliments (question qui relève de la loi interne désignée), mais uniquement de déterminer les catégories de créanciers qui, pour la détermination de la loi applicable à leur créance, bénéficieront – par dérogation à l'article 3 – des critères de rattachement prévus à l'article 4. L'existence du droit à une prestation alimentaire dépendra de la loi (ou des lois) désignée(s) par cet article. Pour les catégories de créanciers non visées par l'article 4, la loi applicable à leurs prétentions alimentaires sera déterminée par l'article 3 ou par d'autres dispositions du Protocole.

51 Il convient également de noter que l'article 4 n'exclut pas l'application, pour certaines catégories de créanciers qu'il vise, d'autres dispositions du Protocole : l'article 3 demeure applicable sous réserve de dérogations

prevues par l'article 4, l'article 6 permet dans certains cas au débiteur de s'opposer à la prétention du créancier, et les articles 7 et 8 régissent les accords sur la loi applicable.

52 Contrairement à la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), dans laquelle le système « en cascade » fondé sur des rattachements subsidiaires a une portée générale (cf. art. 5 et 6), il n'est prévu dans le Protocole qu'au profit des catégories de créanciers visées par l'article 4(1) (cf. *infra*, para. 53 et s.). 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 (son art. 8). Il en était de même en cas de séparation de corps, de nullité et d'annulation du mariage. Dès lors, si l'on compare les deux textes, on constate qu'ils divergent quant au traitement des époux toujours mariés<sup>30</sup>, et de certains créanciers adultes dont les prétentions alimentaires ne font pas l'unanimité sur le plan du droit comparé (par ex. les collatéraux et les alliés) et pour lesquels le Protocole prévoit l'introduction de certains moyens de défense particuliers en faveur du débiteur (cf. *infra*, art. 6). Compte tenu du fait que ces catégories de créanciers font l'objet de règles spéciales qui leur sont moins favorables, il est apparu peu logique, voire clairement contradictoire, de les faire profiter des rattachements en cascade de l'article 4.

53 Dans l'Esquisse du GTLA de janvier 2007<sup>31</sup>, les règles spéciales de ce qui est devenu l'article 4 n'étaient prévues qu'au profit des personnes âgées de moins de 21 ans. Lors de la réunion de la Commission spéciale de mai 2007, cette catégorie a été scindée en deux catégories distinctes. Ainsi l'article 4 s'applique-t-il, d'une part, aux obligations alimentaires des parents envers leurs enfants (art. 4(1) a)) et, de l'autre, aux obligations alimentaires de personnes autres que les parents envers toute personne âgée de moins de 21 ans (art. 4(1) b)). Dans le premier cas, la relation parent-enfant constitue l'élément déterminant ; dans le second le traitement favorable dépend en revanche de l'âge du créancier. En outre, toujours lors de la réunion de la Commission spéciale de mai 2007, l'application de cet article a été étendue aux obligations alimentaires des enfants envers leurs parents. Ces solutions se retrouvent dans le texte final du Protocole.

#### **Alinéa a) – des parents envers leurs enfants ;**

54 Selon l'article 4(1) a), l'article 4 est applicable aux obligations alimentaires des parents envers leurs enfants sans limite d'âge. L'existence d'une relation parent-enfant a été considérée suffisante pour justifier un traitement de faveur sur le plan de la détermination de la loi applicable. Ceci ne signifie pas que l'enfant aura le droit d'obtenir

<sup>29</sup> Cf. les exemples donnés au para. 42.

<sup>30</sup> Ces derniers étant compris dans le champ d'application de l'art. 5 du Protocole, tandis qu'ils étaient exclus de l'art. 8 de la Convention de 1973.

<sup>31</sup> Doc. prélim. No 24 de janvier 2007 (*op. cit.* note 7), art. D.

determined by the Protocol. It will thus depend on the procedural rules applicable in each Contracting State.

47 It should be noted that the change of residence is to be taken into account only if, and from the time when, the creditor acquires a new habitual residence, to wit, when the new residence acquires the degree of stability implied by the habitual nature. If the creditor moves to another country in order to stay there on a strictly temporary basis,<sup>29</sup> there is in principle no change of habitual residence unless the new residence at some point becomes stable (if, for instance, the creditor undergoing training in a foreign State finds a job enabling him to set up residence there on a durable basis).

48 The change of applicable law occurs as from the moment when the habitual residence changes, but only for the future (*ex nunc*). The creditor's claims relating to the period prior to the change accordingly remain subject to the law of the former habitual residence. This solution is justified if one considers that the right to obtain benefits for the earlier period has already accrued to the creditor and accordingly should not be subjected to further discussion because of a later change of the applicable law.

#### **Article 4 Special rules favouring certain creditors**

49 This provision lays down major exceptions from the connection in principle to the maintenance creditor's habitual residence. The reason for the existence of these exceptions is to provide slightly more favourable rules for certain classes of maintenance creditors in cases where application of the law of their habitual residences is found to be contrary to their interests.

##### **a The scope of Article 4**

#### **Paragraph 1 – The following provisions shall apply in the case of maintenance obligations of –**

50 In accordance with its purpose, the rule in Article 4 benefits only certain classes of creditors, defined under its first paragraph. In order to avoid any misunderstanding, it should be pointed out that this paragraph is not intended to set the requirements for maintenance to be granted (which is an issue for the designated internal law), but solely to determine the classes of creditors who, for the purpose of determination of the law applicable to their claims, will be granted – by way of exception from Article 3 – the benefit of the connecting criteria defined under Article 4. The existence of entitlement to maintenance will depend on the law (or laws) designated by that Article. For the classes of creditors not referred to under Article 4, the law applicable to their maintenance claims will be determined by Article 3 or other provisions of the Protocol.

51 It should also be noted that Article 4 does not rule out application, for certain classes of creditors that it mentions, of other provisions in the Protocol: Article 3

remains applicable subject to exceptions provided for under Article 4, Article 6 allows the debtor to contest the creditor's claim in certain cases, and Articles 7 and 8 govern agreements relating to the applicable law.

52 Unlike the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), under which the “cascade” system based on subsidiary connections has a general scope (*cf.* Arts 5-6), the Protocol provides for it only in favour of the classes of creditors referred to under Article 4(1) (*cf. infra*, paras 53 *et seq.*). This difference might be regarded, in the Contracting States of the 1973 Convention, as a step back in relation to the current level of protection afforded to maintenance creditors. However, this view would not be entirely accurate: the 1973 Convention already excluded a cascade of connecting factors for maintenance between divorced spouses, which was governed in any case by the law applied to the divorce (its Art. 8). The same was true of legal separation, nullity and annulment of marriage. Accordingly, if the two instruments are compared, it is observed that they diverge as to the treatment of spouses remaining married,<sup>30</sup> and of certain adult creditors whose maintenance claims are not a matter of unanimous opinion in comparative law (*e.g.*, persons related collaterally or by affinity), and in respect of whom the Protocol provides for the introduction of certain specific defences for the debtor (*cf. infra*, Art. 6). Having regard to the fact that these classes of creditors are covered by less favourable special rules, it appeared to be less than logical, or even manifestly contradictory, to provide these creditors with the benefit of the cascade of connecting factors under Article 4.

53 In the WGAL's Working Draft of January 2007,<sup>31</sup> the special rules in what has become Article 4 were provided for only in favour of persons under the age of 21 years. At the meeting of the Special Commission in May 2007, this class was split into two separate classes. Thus Article 4 applies, on the one hand, to the maintenance obligations of parents towards their children (Art. 4(1) *a*)) and, on the other hand, to the maintenance obligations of persons other than parents towards any person who has not attained the age of 21 years (Art. 4(1) *b*)). In the former case, the parent-child relationship is the determining factor; in the latter, on the other hand, the favourable treatment depends on the creditor's age. In addition, again at the meeting of the Special Commission in May 2007, application of that Article was extended to the maintenance obligations of children towards their parents. These solutions are found in the final text of the Protocol.

#### **Sub-paragraph a) – parents towards their children;**

54 Under Article 4(1) *a*), Article 4 is applicable to the maintenance obligations of parents towards their children regardless of age. The existence of a parent-child relationship was considered to be sufficient justification for favourable treatment as regards determination of the applicable law. This does not mean that the child will be

<sup>29</sup> *Cf.* the examples provided under para. 42.

<sup>30</sup> Who are included in the scope of Art. 5 of the Protocol, whereas they were excluded by Art. 8 of the 1973 Convention.

<sup>31</sup> Prel. Doc. No 24 of January 2007 (*op. cit.* note 7), Art. D.

des aliments indépendamment de son âge, car cette question dépend des règles substantielles de la loi (ou des lois) désignée(s), mais uniquement qu'il pourra bénéficier des rattachements subsidiaires en cascade, ainsi que de l'inversion des rattachements, prévus aux paragraphes 2 à 4 de l'article 4.

**Alinéa b) – de personnes, autres que les parents, envers des personnes âgées de moins de 21 ans à l'exception des obligations découlant des relations mentionnées à l'article 5 ; et**

55 Selon l'article 4(1) b), les règles de l'article 4 bénéficient également aux personnes âgées de moins de 21 ans. Il s'agit dans ce cas d'obligations alimentaires qui reposent sur des relations de famille couvertes par le Protocole (cf. art. 1(1)), à l'exclusion des relations parent-enfant (déjà visées à l'art. 4(1) a)), ainsi que du mariage. En effet, l'article 4(1) b) précise expressément qu'il n'entend pas s'appliquer aux obligations alimentaires découlant des relations mentionnées à l'article 5, à savoir les obligations alimentaires entre des époux, des ex-époux ou des personnes dont le mariage a été annulé. En l'absence de choix de la loi applicable, les obligations entre époux et ex-époux sont en effet régies par les règles des articles 3 et 5 ; le *favor creditoris* qui est à la base de l'article 4 ne leur est pas applicable.

56 Les situations visées par l'alinéa b) sont donc essentiellement celles de prétentions alimentaires fondées sur une relation de parenté directe ou collatérale (par ex. une prétention avancée par un petit-enfant, par un frère ou une sœur, par un neveu ou une nièce) ou sur une relation d'alliance (par ex. un enfant envers le conjoint de son parent). Notons que ces obligations tombent également sous le coup de l'article 6, de sorte que le débiteur pourra faire valoir, le cas échéant, le moyen de défense prévu par cet article. La solution prévue par le Protocole n'est à cet égard pas très cohérente, car les mêmes relations sont d'une part privilégiées par l'article 4 et d'autre part défavorisées par l'article 6 (cf. *infra*, para. 100). Il s'agit évidemment d'une solution de compromis.

57 Après une longue hésitation sur la fixation d'un âge limite de 18 ou de 21 ans, ce dernier a été finalement retenu lors de la Session diplomatique. L'argument principal en faveur de cette solution est qu'elle est cohérente avec la tendance qui se manifeste en droit comparé de favoriser l'obtention d'aliments par de jeunes personnes qui suivent des études supérieures, notamment de niveau universitaire. Cette tendance a été prise en compte dans certains textes de source internationale ; ainsi, la Convention de Montevideo de 1989 prévoit que les bénéfices résultant de ce texte s'appliquent en faveur des personnes qui, après avoir atteint l'âge de 18 ans, continuent selon la loi applicable à être éligibles pour des aliments. Soulignons qu'en tout cas la possibilité d'obtenir des aliments dépend de la (ou des) loi(s) désignée(s) ; le Protocole se limite en effet à régir les conflits de lois et n'impose aux États aucune obligation de modifier leur droit interne.

**Alinéa c) – des enfants envers leurs parents.**

58 L'article 4(1) c) rend applicable l'article 4 aux obligations alimentaires des enfants envers leurs parents.

Cet élargissement du champ d'application de cette règle spéciale a été proposé par une majorité des délégations lors de la réunion de la Commission spéciale de mai 2007, au motif que les parents méritent eux aussi, au même titre que les enfants, un traitement favorable sur le plan des conflits de lois. Cette solution a été finalement adoptée lors de la Session diplomatique. Comme dans le cas de l'alinéa b), les relations visées par l'alinéa c) tombent également sous le coup de la règle de l'article 6, ce qui permet au débiteur d'invoquer le moyen de défense prévu par cette disposition (*ibid.*).

**b Le rattachement subsidiaire à la loi du for**

**Paragraphe 2 – La loi du for s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi mentionnée à l'article 3.**

59 Le premier avantage reconnu aux catégories de créanciers définies 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. 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.

60 Cette solution est classique. Elle est actuellement prévue dans les Conventions Obligations alimentaires 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 le Protocole de ces deux critères de rattachement subsidiaires (loi du for avant la loi nationale commune, cf. l'art. 4(4)) 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*, para. 74). 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.

61 Comme dans les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973, le rattachement subsidiaire n'est prévu que si le créancier « ne peut pas obtenir d'aliments » selon la loi de la résidence habituelle du créancier, applicable à titre principal. La signification exacte qu'il convient d'attribuer à cette expression était controversée lors de la réunion de la Commission spéciale de mai 2007. Il est clair que le créancier pourra bénéficier de l'application subsidiaire de la 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, elle 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

entitled to obtain maintenance regardless of his or her age, which issue depends on the substantive rules of the designated law (or laws), but solely that he may enjoy the benefit of the cascade of subsidiary connections, and the switch of connections, provided for under paragraphs 2 to 4 of Article 4.

**Sub-paragraph b) – persons, other than parents, towards persons who have not attained the age of 21 years, except for obligations arising out of the relationships referred to in Article 5; and**

55 Under Article 4(1) *b*), the benefit of the rules of Article 4 is extended to persons under the age of 21 years. This refers to maintenance obligations based on family relationships governed by the Protocol (*cf.* Art. 1(1)), exclusive of parent-child relationships (already provided for under Art. 4(1) *a*)) and marriage: Article 4(1) *b*) provides expressly that it is not to apply to maintenance obligations arising out of the relationships referred to in Article 5, to wit, maintenance obligations between spouses, ex-spouses or parties to a marriage that has been annulled. In the absence of a choice of applicable law, the obligations between spouses and ex-spouses are governed by the rules of Articles 3 and 5; the *favor creditoris* on which Article 4 is based does not apply to them.

56 The situations referred to in sub-paragraph *b*) are accordingly essentially those of maintenance claims based on a direct or collateral relationship (*e.g.*, a claim made by a grandchild, sister or brother, nephew or niece) or affinity (*e.g.*, a child towards his or her parent's spouse). It should be noted that these obligations are also subject to Article 6, so that the debtor may, if applicable, raise the defence provided for under that Article. The solution provided for by the Protocol in this respect is not very consistent, as the same relationships are privileged under Article 4 and disadvantaged under Article 6 (*cf. infra*, para. 100). This is obviously a compromise outcome.

57 After lengthy hesitation regarding the setting of an age limit of 18 or 21 years, the Diplomatic Session finally opted for the latter. The principal argument in support of this solution is that it is consistent with the trend observed in comparative law of favouring the award of maintenance to young persons in higher education, in particular at university. This trend has been taken into account in certain internationally-based instruments; thus the 1989 Montevideo Convention provides that the benefits arising out of that instrument apply in favour of persons who, after reaching the age of 18 years, remain eligible for maintenance under the applicable law. It should be emphasised in any event that the possibility of obtaining maintenance depends on the designated law (or laws); the Protocol merely governs the conflicts of laws but imposes no obligation on States to amend their internal laws.

**Sub-paragraph c) – children towards their parents.**

58 Article 4(1) *c*) makes Article 4 applicable to the maintenance obligations of children towards their parents.

This extension of this special rule's scope was proposed by a majority of delegations at the May 2007 meeting of the Special Commission, on the grounds that parents, like their children, also deserve favourable treatment in terms of conflicts of law. This solution was eventually adopted at the Diplomatic Session. As in the case of sub-paragraph *b*), the relationships to which sub-paragraph *c*) refers are also subject to the rule in Article 6, enabling the debtor to assert the defence provided for under that provision (*ibid.*).

*b The subsidiary connection to the law of the forum*

**Paragraph 2 – If the creditor is unable, by virtue of the law referred to in Article 3, to obtain maintenance from the debtor, the law of the forum shall apply.**

59 The first advantage afforded to the classes of creditors defined under Article 4(1) consists of the provision of a subsidiary connection to the law of the forum in cases where the creditor is unable to obtain maintenance by virtue of the law of the State of his or her habitual residence. This solution is inspired by *favor creditoris* and is designed to ensure that the creditor has the possibility of obtaining maintenance if provided for by the law of the authority seized.

60 This is a traditional solution. It is currently provided for by the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions (Arts 3 and 6, respectively). The latter provides for it, however, only as a last resort, after application, again on a subsidiary basis, of the law of the common nationality of the parties (Art. 5). The switch in the Protocol of these two subsidiary connecting criteria (law of the forum before law of the common nationality, *cf.* Art. 4(4)) is justified for several reasons. First, it reduces the importance in practice of connection to the law of the common nationality, the relevance of which in maintenance matters is disputed (*cf. infra*, para. 74). Second, it facilitates the work of the authority seized, which may apply its own law on a subsidiary basis without being required first to be informed of the substance of the law of the parties' common nationality. As a result, this solution is also beneficial to the creditor since it allows a decision to be made more quickly and at lower cost.

61 As under the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions, the subsidiary connection is provided for only if the creditor "is unable to obtain maintenance" according to the law of the creditor's habitual residence, applicable on a principal basis. The precise meaning to be given to this phrase was controversial during the meeting of the Special Commission in May 2007. The creditor clearly may enjoy the benefit of subsidiary application of the law of the forum not only if the law of his or her habitual residence does not provide for any maintenance obligation arising from the relevant family relationship (*e.g.*, it provides for no obligation of children towards their parents), but also if, while recognising such an obligation in principle, it makes the obligation subject to a condition that is not satisfied in the case at hand (*e.g.*, it provides that the parents' obligation towards children ceases when they reach the age of 18 years, whereas the

l'espèce)<sup>32</sup>. La question de savoir 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 ou des ressources du débiteur (c.-à-d. 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) reste controversée. 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 une majorité des 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.

62 Le recours au rattachement subsidiaire est en tout cas exclu lorsque la loi de la résidence habituelle du créancier prévoit une obligation alimentaire d'un montant plus réduit que la loi du for. Dans ce cas, la loi désignée par l'article 3 s'appliquera, même si elle est concrètement moins favorable au créancier que la loi de l'autorité saisie.

63 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, la portée de l'article 4(2) est ultérieurement réduite par la disposition de l'article 4(3) du Protocole. En effet, selon cette dernière, 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 (cf. *infra*, para. 64 et s.). Dès lors, l'application subsidiaire de la loi du for selon l'article 4(2) ne pourra s'envisager que si l'action est ouverte par le débiteur (par ex. dans l'hypothèse où celui-ci introduit une procédure devant l'autorité compétente de l'État de sa propre résidence habituelle à condition que le tribunal saisi puisse en connaître<sup>33</sup> ; 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).

<sup>32</sup> Cf. le Rapport Verwilghen (*op. cit.* note 14), para. 145.

<sup>33</sup> Ce ne sera normalement pas le cas dans les États parties à la Convention lorsque le débiteur engage une procédure afin d'être libéré d'une obligation alimentaire après une décision antérieure rendue dans l'État contractant où le créancier est habituellement résident. Selon l'art. 18(1) de la Convention, et sous réserve de certaines exceptions, « [l]orsqu'une décision a été rendue dans un État contractant où le créancier a sa résidence habituelle, des procédures pour modifier la décision ou obtenir une nouvelle décision ne peuvent être introduites par le débiteur dans un autre État contractant, tant que le créancier continue à résider habituellement dans l'État où la décision a été rendue ».

c *L'inversion des critères de rattachement lors d'une action intentée par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur*

**Paragraphe 3 – Nonobstant l'article 3, la loi du for s'applique lorsque le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle. Toutefois, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi du for.**

64 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. 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.

i *Le rattachement principal à la loi du for*

65 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.

66 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, cf. *supra*, para. 62). Dans une telle situation, l'application de la loi de la résidence habituelle 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, qui est également dans ce cas la loi de la résidence habituelle du débiteur (notons que d'autres instruments internationaux rendent applicable à certaines conditions la loi de la résidence habituelle du débiteur ; tel est notamment le cas de la Convention de Montevideo de 1989, dont l'art. 6 prévoit l'application de cette loi à titre alternatif par rapport à celle de la résidence habituelle du créancier, si elle est plus favorable au créancier d'aliments).

67 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

creditor has reached that age in the case at hand).<sup>32</sup> Whether the subsidiary application of the law of the forum should also apply when maintenance is not due under the law of the habitual residence for economic reasons, to wit, on the basis of the criteria laid down by that law for determination of the creditor's needs and / or the debtor's resources (*i.e.*, if, according to the law of the habitual residence, the creditor does not require maintenance or the debtor is unable to provide it to him), remains a matter for debate. In strictly theoretical terms, it is difficult to distinguish this situation from those mentioned above, as this is also a case in which the grant of maintenance is denied on the basis of absence of a requirement laid down by the law applicable on a principal basis. According to a majority of delegations, however, *favor creditoris* (and the subsidiary connection which constitutes its expression as a norm) ought not to apply in the latter case.

62 In any event, recourse to the subsidiary connection will be excluded when the law of the creditor's habitual residence provides for a maintenance obligation in a lesser amount than the law of the forum. In that case, the law designated by Article 3 will apply, even if it is less favourable in practice to the creditor than the law of the authority seized.

63 In those cases where it is applicable, the subsidiary connection to the law of the forum is obviously only of use if the maintenance proceedings are instituted in a State other than that of the creditor's habitual residence, since otherwise the law of the creditor's habitual residence and the law of the forum are the same. In addition, the scope of Article 4(2) is subsequently reduced by the provision of Article 4(3) of the Protocol. Under the latter, the law of the forum is applicable on a principal basis in any event if the proceedings are instituted by the creditor in the State of the debtor's habitual residence (*cf. infra*, paras 64 *et seq.*). As a result, subsidiary application of the law of the forum under Article 4(2) may be contemplated only if the proceedings are instituted by the debtor (*e.g.*, in a case where the latter brings proceedings before the competent authority of the State of his or her own habitual residence provided the court seized can hear the case,<sup>33</sup> in such case, the creditor may raise the law of the forum in his or her defence) or if the authority seized is that of a State in which neither party is resident (if, for instance, the maintenance claim is brought on an accessory basis before the court having jurisdiction to determine affiliation or the dissolution of marriage).

c *The switch of connecting factors in the case of proceedings instituted by the creditor in the State of the debtor's habitual residence*

**Paragraph 3 – Notwithstanding Article 3, if the creditor has seized the competent authority of the State where the debtor has his habitual residence, the law of the forum shall apply. However, if the creditor is unable, by virtue of this law, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of the habitual residence of the creditor shall apply.**

64 Article 4(3) provides that the law of the forum is applicable on a principal basis if the creditor has seized the competent authority of the State where the debtor has his habitual residence. In that case, however, if the maintenance creditor is unable to obtain maintenance under the law of the forum, the law of the creditor's habitual residence becomes applicable again on a subsidiary basis. This is a major switch of the connecting factors provided for under Articles 3 and 4(2) (law of the forum before law of the creditor's habitual residence). This provision is the outcome of a compromise between supporters of undifferentiated application of the law of the creditor's habitual residence and those of the law of the forum.

i *Principal connection to the law of the forum*

65 Application of the law of the forum is subject to two conditions: first, the authority seized must be that of the State of the debtor's habitual residence and, second, the proceedings must be instituted by the creditor.

66 The first such condition is the one justifying application of the law of the forum instead of the law of the creditor's habitual residence. It must be observed that when the maintenance proceedings are instituted in the State of the debtor's habitual residence, the connecting factor of the creditor's habitual residence loses some of its virtues. In such a case, that criterion does not result in application of the *lex fori* and thus the authority seized will be required to determine the substance of a foreign law, an operation that may be time-consuming and costly. In addition, that foreign law will have to be applied even if, in the case in point, it is *less favourable* to the creditor than the law of the forum (the only exception provided for under Article 4(2) being the situation in which the creditor *is not entitled to any maintenance* under the law of his or her habitual residence, *cf. supra*, para. 62). In such a situation, application of the law of the creditor's habitual residence leads to a result contrary to the concern for the creditor's protection on which it is based. It accordingly appeared that it would be appropriate to replace this connection by application of the law of the forum, which in this case is also the law of the debtor's habitual residence (it should be noted that other international instruments make the law of the debtor's habitual residence applicable in certain cases; this is true in particular of the 1989 Montevideo Convention, Art. 6 of which provides for application of that law as an alternative to the law of the creditor's habitual residence, if more favourable to the maintenance creditor).

67 The second condition for application of the law of the forum is that the proceedings be instituted by the creditor; it is designed to restrict, in the creditor's

<sup>32</sup> *Cf.* Verwilghen Report (*op. cit.* note 14), para. 145.

<sup>33</sup> This will normally not be the case in the States parties to the Convention where the debtor brings an action to be released from a maintenance obligation after a previous decision rendered in the Contracting State where the creditor is habitually resident. Under Art. 18(1) of the Convention, and subject to certain exceptions, "[w]here a decision is made in a Contracting State where the creditor is habitually resident, proceedings to modify the decision or to make a new decision cannot be brought by the debtor in any other Contracting State as long as the creditor remains habitually resident in the State where the decision was made".



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 souvent le choix d'agir dans le pays où il réside ou dans celui de la résidence du débiteur (tel est notamment le cas dans l'espace judiciaire européen grâce aux art. 2 et 5(2) du Règlement (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 et de la Convention de Lugano de 1988 ; une option similaire est prévue à l'art. 8 de la Convention de Montevideo de 1989, cf. *supra*, para. 39). S'il opte pour la deuxième solution, il ne pourra pas se plaindre de l'application de la loi interne du pays du débiteur. 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 auraient préféré la subordonner à une requête (option) de la part du créancier<sup>34</sup>. 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 habituelle 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 la loi du for) pourra reposer 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.

68 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) (enfants, créanciers âgés de moins de 21 ans et parents). Cette solution restrictive, qui diffère de la solution proposée par le GTLA dans l'Esquisse de 2006<sup>35</sup>, 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 Session diplomatique, pareil privilège ne peut se justifier que pour les catégories favorisées par l'article 4.

69 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. Ces autorités peuvent ne pas disposer de la compétence ni des moyens pour la recherche et l'application du droit étranger. Dès lors, l'application de la loi du for peut être plus appropriée pour certains systèmes de recouvrement des aliments de type administratif. Ce souci est évidemment beaucoup

moins fort lorsqu'il s'agit de prétentions alimentaires de créanciers adultes, ces dernières étant généralement tranchées par des autorités judiciaires (au moins lorsqu'elles ne sont pas liées aux prétentions alimentaires de leurs enfants).

## ii *Le rattachement subsidiaire à la loi de la résidence habituelle du créancier*

70 Étant donné que l'application à titre principal de la loi du for s'inspire du *favor creditoris*, elle ne peut pas être maintenue lorsqu'elle conduit à priver le créancier de toute prestation alimentaire. C'est la raison pour laquelle l'article 4(3) *in fine* prévoit, de manière analogue à l'article 4(2) mais dans le sens inverse, 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 pas obtenir d'aliments » est évidemment le même qu'à l'article 4(2) (cf. *supra*, para. 61 et 62).

## d *Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties*

**Paragraphe 4 – La loi de l'État dont le créancier et le débiteur ont la nationalité commune, s'ils en ont une, s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois mentionnées à l'article 3 et aux paragraphes 2 et 3 du présent article.**

71 Si le créancier ne peut obtenir d'aliments, que ce soit en vertu de la loi de son État de résidence habituelle ou de la loi du for (applicables dans cet ordre ou, dans le cas de l'art. 4(3), dans l'ordre inverse), 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 pas obtenir d'aliments » est évidemment le même qu'à l'article 4(2) (*ibid.*).

72 Le rattachement à la loi nationale commune est également prévu par la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) (art. 5) mais, dans ce texte, il prime la loi du for. Les raisons qui ont conduit à inverser ces deux critères ont été déjà indiquées (cf. *supra*, para. 60).

73 Contrairement à la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), 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 à 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*, para. 52).

74 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 commune avec le débiteur<sup>36</sup>. Une autre critique est liée au

<sup>34</sup> Cf. le Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable, Doc. prélim. No 22 de juin 2006 (*op. cit.* note 6), para. 24 et 25.

<sup>35</sup> *Ibid.*, para. 20 et s.

<sup>36</sup> Dans ce sens, déjà, le Rapport Verwilghen (*op. cit.* note 14), para. 144.

interests, the departure from the principle of connection to the law of his or her habitual residence. It appeared that this departure could be justified if the creditor himself decides to institute the proceedings in the State of his debtor's habitual residence, whereas it seems excessive if the proceedings are instituted in that country at the debtor's initiative (e.g., for the purposes of an application for modification of a maintenance decision). The creditor often has the option of bringing proceedings in the country where he resides or the country where the debtor resides (such is the case in particular within the European judicial area by virtue of Arts 2 and 5(2) of Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 and of the 1988 Lugano Convention; Art. 8 of the 1989 Montevideo Convention provides for a similar option, *cf. supra*, para. 39). If he opts for the second solution, he cannot complain of application of the internal law of the debtor's country. With this in mind, the solution settled upon constitutes a kind of compromise between the supporters of automatic application of the law of the forum and those who would have preferred making it subject to an option on the part of the creditor.<sup>34</sup> Furthermore, it should be noted that if the proceedings are instituted by the creditor, the jurisdiction of the authorities of the State of the debtor's habitual residence will be very solidly grounded (as it will be based on the principle of *actor sequitur forum rei*), providing sounder justification for application of the law of the forum. If, on the other hand, the proceedings are instituted by the debtor in his State of residence, the jurisdiction of that State's authorities (if it exists under the law of the forum) may be based on a jurisdiction criterion that is far less significant (such as the nationality of one of the parties), or even clearly exorbitant (*forum actoris*). All the more reason to rule out application of the law of the forum in such a case.

68 Application of the law of the forum on a principal basis is provided only for the classes of creditors referred to under Article 4(1) (children, creditors under 21 years of age and parents). This restrictive solution, differing from the solution proposed by the WGAL in the 2006 Working Draft,<sup>35</sup> is due mainly to the following reason. It appeared that application of the law of the forum to the conditions laid down by the provision in question is of substantial benefit to the creditor: by seizing the authorities of the State of his residence or those of the State of the debtor's residence, the creditor is granted the right to choose indirectly the law applicable to his maintenance claim (forum shopping). According to the Diplomatic Session, such a privilege is justifiable only for the classes benefiting from Article 4.

69 As regards maintenance obligations towards children, application of the law of the forum also rests on a further consideration. In a growing number of countries, the task of determining these obligations is assigned to administrative authorities. These authorities may not have the expertise nor the means required to determine and apply the foreign law. Accordingly, application of the law of the forum may be more appropriate for certain administrative-based systems for the recovery of

maintenance. This is naturally far less of a concern with respect to the maintenance claims of adult creditors, which are usually determined by the judicial authorities (at least when they are not linked to their children's maintenance claims).

ii *The subsidiary connection to the law of the creditor's habitual residence*

70 Since application on a principal basis of the law of the forum is based on *favor creditoris*, it cannot be maintained where it would result in the creditor being denied any maintenance. This is why Article 4(3) *in fine* provides, in similar fashion to Article 4(2) but in the reverse order, a subsidiary connection to the law of the creditor's habitual residence when the latter is unable to obtain maintenance by virtue of the law of the authority seized. Article 4(3) thus merely switches the connections provided for in the general rules. The meaning of the phrase "is unable to obtain maintenance" is naturally the same as in Article 4(2) (*cf. supra*, paras 61 and 62).

d *The subsidiary connection to the common nationality of the parties*

**Paragraph 4 – If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Article 3 and paragraphs 2 and 3 of this Article, to obtain maintenance from the debtor, the law of the State of their common nationality, if there is one, shall apply.**

71 If the creditor is unable to obtain maintenance, whether under the law of his State of habitual residence or the law of the forum (applicable in that order or, in the case of Art. 4(3), in the reverse order), the law of the common nationality of the parties is applicable as a last resort. This second subsidiary connection completes the protection of the maintenance creditor in cases where the laws designated by the first two criteria do not provide for any maintenance obligation. The meaning of the phrase "is unable to obtain maintenance" is naturally the same as in Article 4(2) (*ibid.*).

72 The connection to the law of the common nationality of the parties is also provided for under the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) (Art. 5), but in that instrument it prevails over the law of the forum. The reasons for switching these two criteria have already been mentioned (*cf. supra*, para. 60).

73 Unlike the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), the subsidiary connection to the nationality of the parties (as indeed to the law of the forum) is provided only for the classes of creditors referred to under Article 4(1). The reasons for that restriction of the scope of the cascading connections have already been explained (*cf. supra*, para. 52).

74 Use of the connection to the common nationality for maintenance obligations has been the subject of many criticisms, the main one being that this criterion is discriminatory since its benefit is provided only to creditors having a common nationality with the debtor.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Cf.* Report of the Working Group on Applicable Law, Prel. Doc. No 22 of June 2006 (*op. cit.* note 6), paras 24 and 25.

<sup>35</sup> *Ibid.*, paras 20 *et seq.*

<sup>36</sup> In support, see already the Verwilghen Report (*op. cit.* note 14), para. 144.

caractère équivoque du rattachement en question, lorsque la nationalité commune est celle d'un État plurilégislatif<sup>37</sup>. Malgré ces critiques, plusieurs délégations se sont battues pour le maintien de ce rattachement subsidiaire dans le Protocole, ce qui a conduit à la formation d'un consensus en ce sens. Il convient de relever que son cantonnement aux seules catégories de créanciers visées par l'article 4(1) (alors que dans la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), ce rattachement a une portée générale), ainsi que son « reclassement » 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.

75 Dans le cas d'enfants mineurs, en particulier, 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 plus important dans les autres cas visés par l'article 4(1), notamment pour les prétentions alimentaires d'enfants majeurs envers leurs parents, de personnes âgées de moins de 21 ans envers d'autres membres de la famille, ainsi que de parents envers leurs enfants.

76 Le Protocole ne prévoit pas le cas de pluralité de nationalités. Il se peut en effet que le créancier ou le débiteur, ou les deux, possède deux ou plusieurs nationalités. Les méthodes généralement utilisées pour résoudre ces cas dans le droit international privé des États ne se prêtent pas à utilisation dans le cadre du Protocole. En effet, la priorité accordée par certains États à la nationalité du for conduit à des résultats peu uniformes. Quant à la recherche de la nationalité la plus étroite ou effective, elle comporte d'importantes marges d'incertitude et peut aboutir, elle aussi, à des résultats divergents entre les États contractants. Le *favor creditoris*, qui est à la base de l'article 4(4), devrait plutôt conduire à l'application de la loi nationale commune dans tous les cas où elle existe et ce, même si cette nationalité n'est, pour l'une ou l'autre des parties, pas la plus étroite ou effective. Les mêmes considérations devraient s'appliquer lorsque les parties ont plusieurs nationalités en commun, avec pour conséquence que la prétention du créancier pourra être admise sur la base de l'une ou de l'autre de ces lois nationales communes.

#### **Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux**

**En ce qui concerne les obligations alimentaires entre des époux, des ex-époux ou des personnes dont le mariage a été annulé, l'article 3 ne s'applique pas lorsque l'une des parties s'y oppose et que la loi d'un autre État, en particulier l'État de leur dernière résidence habituelle commune, présente un lien plus étroit avec le mariage. Dans ce cas, la loi de cet autre État s'applique.**

77 Cet article contient une règle spéciale pour le rattachement des obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Pour ces obligations, le rattachement de principe à la résidence habituelle du créancier doit céder le pas, lorsque l'une des parties le demande, à l'application de la loi d'un autre État, en particulier l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux, si cette loi présente des liens plus étroits avec le mariage.

#### **a La raison d'être de la règle spéciale**

78 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 qu'avec beaucoup de retenue et dans des situations exceptionnelles (en Europe, cette attitude restrictive caractérise notamment le droit des États scandinaves). Dans ce contexte, une application indistincte des règles inspirées du *favor creditoris* est perçue, dans certains États, 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 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, puis réclame des aliments selon la loi de l'État de sa nouvelle résidence habituelle. Selon la règle de rattachement général de l'article 3, cette demande devrait être accueillie. Dans de telles circonstances cependant, l'application de la loi de l'État B, État 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.

79 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 Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable). 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 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 n'entraîne une modification de la loi applicable.

80 Cette solution comporte cependant plusieurs inconvénients qui lui ont valu de vives critiques de la part

<sup>37</sup> La solution retenue pour ce cas dans le Protocole est le recours à la notion de lien le plus étroit, cf. art. 16(1) d) et e); *infra*, para. 193.

Another criticism relates to the equivocal nature of that connection when the common nationality is that of a multi-unit State.<sup>37</sup> Despite these criticisms, several delegations fought for maintenance of that subsidiary connection in the Protocol, leading to the formation of a consensus in support. It should be noted that its limitation to only the classes of creditors referred to under Article 4(1) (whereas under the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), that connection is general in scope), and its “demotion” to the rank of a *second* subsidiary connection (whereas in the system of the 1973 Convention, it was the *first* subsidiary connection, after habitual residence and ahead of *lex fori*), will greatly reduce both its practical impact and its drawbacks.

75 In the case of minor children in particular, recourse to this third connecting criterion ought to be fairly rare, as most internal laws recognise a right to maintenance in such cases. On the other hand, the common nationality can play a more important part in the other cases referred to under Article 4(1), as regards in particular the maintenance claims of adult children towards their parents, of persons under the age of 21 years towards other family members, and of parents towards their children.

76 The Protocol does not provide for the case of multiple nationalities; the creditor and debtor, or both, may have two or more. The methods generally used to resolve these cases in the private international law of States are not suited for use pursuant to the Protocol. Indeed, the priority conferred by certain States on the nationality of the forum leads to results that are hardly uniform. As for determination of the closest or most effective nationality, it contains a considerable margin for uncertainty and it, too, may lead to divergent results between Contracting States. *Favor creditoris*, which is the basis of Article 4(4), ought rather to lead to application of the law of common nationality in all cases where it exists, even if that nationality is not, for one or other of the parties, the closest or most effective. The same considerations ought to apply when the parties share several nationalities, with the result that the creditor’s claim may be admitted on the basis of one or other of those laws of common nationality.

#### **Article 5    *Special rule with respect to spouses and ex-spouses***

**In the case of a maintenance obligation between spouses, ex-spouses or parties to a marriage which has been annulled, Article 3 shall not apply if one of the parties objects and the law of another State, in particular the State of their last common habitual residence, has a closer connection with the marriage. In such a case the law of that other State shall apply.**

77 This Article contains a special rule for the connecting factor concerning maintenance obligations between spouses and ex-spouses. For such obligations, the connection in principle to the creditor’s habitual residence is to yield, if one of the parties so requests, to application of the law of another State, in particular the State of the spouses’ last common habitual residence if that law has a closer connection with the marriage.

#### **a    *The reason for the special rule***

78 The provision of a special rule for this class of maintenance obligations is based on the observation that application of the law of the creditor’s habitual residence is not always suitable for obligations between spouses or ex-spouses. It should be taken into consideration that in certain domestic systems, maintenance is granted to a spouse only with great restraint and in exceptional cases (in Europe, this restrictive attitude is a feature of the law of Scandinavian States in particular). Against that background, indiscriminate application of the rules inspired by *favor creditoris* is seen in certain States as being excessive. In particular, the possibility for one of the spouses to influence the existence and substance of the maintenance obligation through a unilateral change of residence may lead to a result that is less than fair and contrary to the debtor’s legitimate expectations. Take for instance the case of a couple of citizens of State A, the law of which does not in principle provide for maintenance after a divorce. After living all their married life in that State, the spouses divorce and one of them moves to State B, where the law is more generous to divorced spouses, and then claims maintenance on the basis of the law of his or her new habitual residence. According to the general connecting rule under Article 3, that claim ought to be allowed. In such circumstances, however, application of the law of State B, a State where the spouses never lived during their marriage, seems less than fair to the other spouse and contrary to the legitimate expectations the spouses may have had during their marriage.

79 The weaknesses of the connection to the creditor’s habitual residence in the case of maintenance obligations between divorced spouses had already been observed during the drafting of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law). The latter provides a special rule for this situation, whereby the maintenance obligations between divorced spouses are governed by the law applied to the divorce (Art. 8). The same is true *mutatis mutandis* of cases of legal separation, and of marriages declared void or annulled (Art. 8(2)). This solution applies not only when the maintenance claim is settled in the course of the divorce proceedings (or at the time of divorce), but also to proceedings instituted subsequently to revise or supplement the divorce decree. The reason stated for this *perpetuatio juris* is the requirement of securing continuity by preventing the change of the creditor spouse’s residence from leading to a change of the applicable law.

80 This solution has several drawbacks, however, which attracted lively criticism from the Contracting States of

<sup>37</sup> The solution settled upon for such a case in the Protocol is the recourse to the concept of the closest connection, cf. Art. 16(1) d) and e); *infra*, para. 193.

des États contractants à la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable). Il convient de relever, d'une part, que les règles de conflit en matière de divorce n'ayant pas fait l'objet d'harmonisation 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 ; le juge ne pourra en effet tenir compte de la loi de la résidence actuelle du créancier ou 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, ce qui ne semble pas justifié dans les situations où cette loi ne présente pas de rattachement particulièrement étroit avec le cas d'espèce. 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. Toutes ces considérations sont également valables *mutatis mutandis* pour les cas de séparation de corps, de nullité et d'annulation du mariage.

81 À la recherche d'un équilibre entre le souci de 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'était orientée dans un premier temps vers l'utilisation du rattachement à la dernière résidence habituelle commune des époux ou des ex-époux. Dans certaines circonstances, ce critère représente sans doute un lien plus significatif que la résidence habituelle du seul créancier d'aliments et jouit donc d'une plus grande légitimité<sup>38</sup>. Tel n'est cependant pas toujours le cas. Si la dernière résidence habituelle commune est située dans l'État A où les époux venaient de s'établir après avoir vécu plusieurs années dans l'État B, et que le créancier retourne après la séparation dans ce dernier État, le rattachement à la résidence habituelle du créancier (qui est également dans ce cas l'État d'une ancienne résidence habituelle commune) correspond mieux aux attentes des parties. Dans d'autres circonstances, un autre rattachement peut s'avérer encore plus significatif, par exemple une résidence habituelle commune antérieure ou la nationalité commune des parties.

82 Compte tenu des particularités de chaque cas d'espèce et de la difficulté de fixer une règle de rattachement rigide de portée générale, la Session diplomatique a opté pour une solution flexible. Le rattachement à la résidence habituelle du créancier prévu à l'article 3 reste en principe applicable aux obligations

alimentaires entre époux et ex-époux. Il peut cependant être écarté, sur demande de l'une des parties, si le mariage présente des liens plus étroits avec un autre État, notamment avec celui de la dernière résidence habituelle commune. Cette solution résulte d'une proposition de la délégation de la Communauté européenne<sup>39</sup>.

## b *Le fonctionnement de la clause échappatoire*

### i *La demande de l'une des parties*

83 La nouvelle règle se présente comme une clause échappatoire fondée sur l'idée de proximité (les liens les plus étroits), dont l'application est cependant subordonnée à la demande de l'une des parties. Il s'agit d'une solution originale, qui ne correspond pas à la structure des clauses échappatoires « classiques » qui figurent dans plusieurs textes de droit international privé au niveau domestique<sup>40</sup> et aux niveaux international ou régional<sup>41</sup>, y compris dans certaines Conventions de La Haye<sup>42</sup>. Ces dispositions permettent au juge de s'écarter des rattachements rigides lorsque cela s'impose pour une raison de proximité, mais elles ne sont généralement pas subordonnées à la demande de l'une des parties. L'avantage de la solution consacrée dans le Protocole est de réduire l'incertitude qui est inhérente à toute clause échappatoire, en limitant la recherche des liens les plus étroits aux seules hypothèses où l'une des parties le demande. Il convient de noter qu'en présence d'une demande dans ce sens, la tâche de l'autorité sera généralement facilitée par les éléments qui lui seront fournis par la partie requérante.

84 Le Protocole n'indique pas à quel moment la demande doit être présentée, mais il ressort des discussions qu'elle doit être présentée dans le cadre d'une procédure spécifique, y compris les procédures alternatives de résolution de litiges, comme la médiation<sup>43</sup>. Le délai ultime pour présenter cette demande dépendra des règles procédurales applicables dans chaque État contractant, une proposition de la délégation de la Suisse visant à établir une règle uniforme à cet égard<sup>44</sup> n'ayant pas obtenu le consensus nécessaire<sup>45</sup>. Pour éviter que cette demande ne soit utilisée, notamment par le débiteur, dans un but dilatoire, il est souhaitable qu'elle ne puisse plus être présentée lorsque la procédure se trouve à un stade trop avancé. Ainsi, il conviendrait d'exclure qu'elle puisse être présentée pour la première fois lors des dernières conclusions sur le fond ou en appel. Une approche pourrait être d'exiger qu'elle soit présentée au plus tard lors de la première défense au fond, mais d'autres solutions sont aussi envisageables.

<sup>39</sup> Doc. trav. No 4.

<sup>40</sup> Cf. art. 15 de la Loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

<sup>41</sup> Cf. art. 4(5) de la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* et art. 4(3) du Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>42</sup> Cf. art. 15(2) de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*.

<sup>43</sup> P.-v. No 1, para. 25 à 29, P.-v. No 3, para. 21.

<sup>44</sup> Doc. trav. No 9.

<sup>45</sup> P.-v. No 4, para. 74 et s.

<sup>38</sup> Cf. le cas de figure envisagé *supra*, para. 78.

the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law). It should first be noted that, since the conflict rules with respect to divorce have not been harmonised at the international level, Article 8 in fact in no way standardises the law applicable to maintenance obligations. That law continues to depend on the private international law of the State of the court seized of the divorce proceedings, and this solution inevitably favours forum shopping. In addition, the selection of a connecting factor that is invariable in time can cause, when the maintenance obligation between spouses needs to be determined after the divorce, application of a law that has become entirely irrelevant to the ex-spouses' situation and their respective interests; the court in effect could not take into account the law of the creditor's or debtor's current residence. The divorce decree may also contain no provision relating to maintenance; in such case, the concern for continuity on which Article 8 rests is less relevant. This is especially true when the spouses have divorced in a country that does not provide for maintenance to a divorced spouse. In this case, application of the law of the divorce results in denial of any maintenance, which does not seem justified in situations where this law does not have a particularly close connection to the case in question. Finally, application of the law of the divorce can give rise to practical difficulties because it may be difficult to detect in the decision the law on the basis of which the divorce was decreed. All these considerations are equally valid, *mutatis mutandis*, for cases of legal separation or of nullity or annulment of the marriage.

81 In its search for a balance between the concern for protection of the creditor and the concern for application of the law of a State with which the marriage is significantly connected, the Special Commission turned initially towards use of the connection to the last common habitual residence of the spouses or ex-spouses. In certain circumstances, that criterion probably represents a more significant link than the habitual residence of the maintenance creditor only, and accordingly enjoys greater legitimacy.<sup>38</sup> This is not always the case, however. If the last common habitual residence is located in State A where the spouses had recently established themselves after having lived for several years in State B, and the creditor returns to the latter State after the separation, the connection to the creditor's habitual residence (which in this case is also the State of a former common habitual residence) is better suited to the parties' expectations. In other circumstances a different connection may be even more significant, such as a previous common habitual residence or the common nationality of the parties.

82 Having regard to the specific features of each particular case and the difficulty of setting a rigid and comprehensive connecting rule, the Diplomatic Session settled upon a flexible solution. The connection to the creditor's habitual residence provided for under Article 3 remains applicable in principle to maintenance obligations

between spouses and ex-spouses. It may be excluded, however, upon the request of one party, if the marriage has closer connections with another State, in particular that of the last common habitual residence. This solution is based on a proposal from the delegation of the European Community.<sup>39</sup>

#### b *Operation of the escape clause*

##### i *The request by one of the parties*

83 The new rule is in the form of an escape clause based on the idea of closeness (the closest connections), application of which is contingent, however, upon a request by one of the parties. This is an original solution which does not correspond to the structure of the "traditional" escape clauses contained in several private international law texts at the domestic level<sup>40</sup> and at international or regional level,<sup>41</sup> including certain Hague Conventions.<sup>42</sup> Such provisions allow the court to deviate from inflexible connections when this is required for reasons of closeness, but they are usually not contingent upon a request by one of the parties. The advantage of the solution contained in the Protocol is that it reduces the uncertainty inherent in any escape clause by restricting the search for the closest connections to only those cases where one party asks for it. It should be noted that when such a request is made, the task of the authority will usually be facilitated by the information provided by the requesting party.

84 The Protocol does not state when the request is to be made, but it appears from the discussions that it is to be made in the course of specific proceedings, including alternative dispute resolution proceedings, such as mediation.<sup>43</sup> The final deadline for making that request will depend on the procedural rules applicable in each Contracting State, since a proposal from the delegation of Switzerland aimed at establishing a uniform rule in this respect<sup>44</sup> did not achieve the necessary consensus.<sup>45</sup> In order to avoid such a request being used, in particular by the debtor, for dilatory purposes, it is desirable that it should not be possible to submit it when the proceedings are too far advanced. Thus its submission for the first time with the final brief on the merits or in appeal proceedings ought to be excluded. One approach might be to require its submission at the latest at the time of the first defence on the merits, but other solutions may also be contemplated.

<sup>39</sup> Work. Doc. No 4.

<sup>40</sup> Cf. Art. 15 of the Swiss Federal Act of 18 December 1987 on Private International Law.

<sup>41</sup> Cf. Art. 4(5) of the *Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations* and Art. 4(3) of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

<sup>42</sup> Cf. Art. 15(2) of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*.

<sup>43</sup> Minutes No 1, paras 25-29, Minutes No 3, para. 21.

<sup>44</sup> Work. Doc. No 9.

<sup>45</sup> Minutes No 4, paras 74 *et seq.*

<sup>38</sup> Cf. the situation contemplated *supra*, para. 78.

## ii Les liens plus étroits

85 La demande de l'une des parties n'a pas automatiquement pour effet d'écarter la loi de la résidence habituelle du créancier désignée par l'article 3. Encore faut-il que, selon l'appréciation faite par l'autorité saisie, la loi dont l'application est demandée présente un lien plus étroit avec le mariage. Le principe de proximité constitue donc bel et bien le fondement de la règle. Ceci implique que le juge, suite à une demande dans ce sens, vérifie si le mariage présente des liens plus étroits avec une loi autre que celle de la résidence habituelle du créancier. Pour ce faire, il devra tenir compte de tous les liens que le mariage présente avec les différents pays concernés, tels que la résidence habituelle ou le domicile des époux pendant le mariage, leur nationalité, le lieu de célébration du mariage et celui de la séparation ou du divorce. Il devra en outre les peser pour établir s'ils sont plus ou moins significatifs que l'actuelle résidence habituelle du créancier d'aliments.

86 Parmi ces critères, l'article 5 confère un rôle de premier plan à la dernière résidence habituelle commune des époux. Il ne s'agit pas d'une véritable présomption, comme celle utilisée dans d'autres textes<sup>46</sup>, mais d'une simple indication<sup>47</sup>, qui reflète la conviction de la Session diplomatique que, dans bien des cas, la loi de la dernière résidence habituelle commune présente des liens très significatifs avec le mariage. Notons que l'expression « résidence habituelle commune » n'implique pas que les époux doivent avoir habité ensemble, mais il suffit qu'ils aient résidé en même temps dans un seul et même État pendant le mariage. En revanche, une résidence habituelle commune antérieure au mariage ne correspond pas à l'hypothèse envisagée à l'article 5, bien que rien n'empêche qu'elle soit prise en considération, comme tout autre lien, pour apprécier l'existence de liens plus étroits.

87 La résidence habituelle commune actuelle des époux n'est pas mentionnée à l'article 5, pour la simple et bonne raison qu'elle coïncide avec la résidence habituelle du créancier et ne peut donc pas conduire à une dérogation au rattachement de l'article 3. Cela ne signifie pas que la résidence habituelle actuelle des époux dans le même État ne joue aucun rôle dans l'application de l'article 5. Bien au contraire, le fait que les époux résident dans le même État au moment de la demande permettra plus difficilement (bien que cela reste théoriquement possible) d'écarter l'article 3, au motif que la loi d'un autre État (par ex. celle de l'État d'une résidence habituelle commune antérieure) présente un lien plus étroit avec le mariage.

88 Si le critère de la dernière résidence habituelle commune est destiné à jouer un rôle de premier plan dans le cadre de l'article 5, d'autres critères peuvent également être significatifs pour l'application de cet article. Tel est le cas d'une ancienne résidence habituelle commune des époux, qui peut constituer dans certaines circonstances un lien très fort. Si les époux ont vécu de nombreuses années dans un État A, puis résidé pendant une très brève période dans l'État B, avant que le créancier ne déménage vers un

État C, il n'existe pas un lien étroit avec l'État B de la dernière résidence habituelle commune des époux, mais un tel lien existe avec l'État A de l'ancienne résidence habituelle commune.

89 D'autres critères, tels que la nationalité commune des époux ou le lieu de célébration du mariage, pourraient théoriquement entrer en ligne de compte, mais ils ne semblent revêtir qu'une importance secondaire. Ils peuvent certainement jouer un rôle pour accroître le poids reconnu à la résidence habituelle (actuelle ou antérieure) des époux (cette dernière aura par ex. plus de poids si elle coïncide avec la nationalité commune des époux). Pris de manière isolée, ils ne seront significatifs que dans des cas exceptionnels (par ex. lorsque les époux n'ont jamais eu de résidence habituelle dans le même État ou lorsqu'ils ont déménagé très souvent au cours du mariage).

### c Le champ d'application de l'article 5

90 Il convient de noter que le champ d'application de l'article 5 est large, car il couvre tant les époux que les ex-époux. Contrairement à l'article 8 de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), en effet, cette disposition du Protocole se veut applicable non seulement aux obligations entre époux divorcés, séparés ou dont le mariage a été annulé ou déclaré nul, mais également aux obligations alimentaires entre époux pendant leur mariage. La Commission spéciale a estimé en effet qu'il était préférable d'avoir une seule et même règle de rattachement pour les obligations en cours de mariage et après le divorce (ou la séparation), pour éviter que la loi applicable ne change suite au divorce (ou *a fortiori* suite à une simple séparation de corps). Par ailleurs, ce choix se justifie dans la mesure où le critère de rattachement retenu à titre indicatif dans cette disposition, celui de la dernière résidence habituelle commune, a encore plus de poids pour les obligations entre époux pendant le mariage.

91 Comme l'article 8 de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), la règle spéciale de l'article 5 s'applique également aux personnes dont le mariage a été annulé. Il s'agit des cas de mariage putatif dans lesquels la loi reconnaît parfois des droits de nature alimentaire en faveur de l'un des conjoints. Bien que l'article 5 – contrairement à l'article 8 de la Convention de 1973 – ne mentionne pas le cas du mariage déclaré nul, ce silence n'a pas été voulu et il convient dès lors d'admettre que cette hypothèse tombe également sous le coup de cette disposition.

92 Malgré les propositions en ce sens de certaines délégations<sup>48</sup>, l'article 5 ne fait pas mention des institutions proches du mariage, telles que certaines formes de partenariats enregistrés ayant, en matière d'obligations alimentaires, des effets comparables au mariage. Malgré le silence du texte, la Session diplomatique a admis que les États qui connaissent de telles institutions dans leurs ordres juridiques, ou qui sont prêts à les reconnaître, puissent les soumettre à la règle de l'article 5<sup>49</sup>. Cette solution permettra aux autorités de ces

<sup>46</sup> Cf. art. 4(2) de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

<sup>47</sup> Cf. Doc. trav. No 2.

<sup>48</sup> Cf. les Doc. trav. Nos 8 et 15 ; P.-v. No 5, para. 84 et s. ; P.-v. No 6, para. 56 et s.

<sup>49</sup> P.-v. No 6, para. 59 et s.

## ii *The closer connections*

85 The objection by one of the parties does not automatically result in setting aside the law of the creditor's habitual residence designated under Article 3. It is also necessary, according to the assessment of the authority seized, for the law whose application is requested to have closer connections with the marriage. The closeness principle is accordingly indeed the basis for that rule. This implies that the court, pursuant to such a request, will ascertain whether the marriage has closer connections with a law other than that of the creditor's habitual residence. In so doing, it shall have regard to all the connections of the marriage with the various countries concerned, such as the spouses' habitual residence and / or domicile during the marriage, their nationalities, the location where the marriage was celebrated and the location of the legal separation or divorce. In addition, it will have to assess them to determine whether they are more or less significant than the current habitual residence of the maintenance creditor.

86 Among these criteria, Article 5 confers a leading role on the spouses' last common habitual residence. This is not a real presumption, as used in other instruments,<sup>46</sup> but a mere indication<sup>47</sup> reflecting the belief of the Diplomatic Session that, in many cases, the law of the last common habitual residence has very significant connections with the marriage. It shall be noted that the phrase "common habitual residence" does not imply that the spouses must have lived together, but that they resided at the same time in one and the same State during the marriage. On the other hand, common habitual residence prior to marriage does not fit the case envisaged in Article 5, even though there is nothing to prevent its being taken into consideration, like any other connection, to evaluate the existence of closer connections.

87 The spouses' current common habitual residence is not mentioned in Article 5, for the simple reason that it coincides with the creditor's habitual residence and may therefore not result in an exception from the connection under Article 3. This does not mean that the spouses' current habitual residence in the same State plays no part in the application of Article 5. Quite the opposite, the fact that both spouses reside in the same State at the time of the request will make it more difficult (though it remains theoretically possible) to set Article 3 aside, on the grounds that the law of another State (*e.g.*, that of the State of an earlier common habitual residence) has a closer connection with the marriage.

88 While the criterion of the last common habitual residence is destined to play a leading role pursuant to Article 5, other criteria may also be significant for that Article's application. This is the case of a former common habitual residence of the spouses, which may, in certain circumstances, constitute a very close connection. If spouses lived for many years in State A, then very briefly in State B, before the creditor moved to State C, there is no close connection with State B of the spouses' last

common habitual residence, but there is such a connection with State A of the former common habitual residence.

89 Other criteria, such as the spouses' common nationality or the location of celebration of the marriage, could be taken into account theoretically, but they seem to be of secondary importance only. They can certainly play a part to increase the significance attributed to the habitual residence (present or past) of the spouses (it will count more for example if it coincides with the spouses' common nationality). Taken in isolation, they will be significant only in exceptional cases (*e.g.*, where the spouses never had any habitual residence in the same State, or moved very frequently during the marriage).

## c *The scope of Article 5*

90 It should be noted that the scope of Article 5 is extensive, as it covers both spouses and ex-spouses. Unlike Article 8 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), this provision of the Protocol is meant to be applicable not only to obligations between divorced or separated spouses, or spouses whose marriage has been annulled or declared void, but also to maintenance obligations between spouses during their marriage. The Special Commission considered that it was preferable to have a single connecting rule for obligations during the marriage and after the divorce (or separation), in order to avoid changing the applicable law as a result of the divorce (or *a fortiori* as a result of mere legal separation). Furthermore, this choice is justified in so far as the connecting criterion settled upon as an example in that provision, the last common habitual residence, is even weightier for obligations between the spouses during the marriage.

91 Like Article 8 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), the special rule in Article 5 also applies to parties to a marriage which has been annulled. These are the cases of putative marriages for which the law sometimes recognises maintenance rights in favour of one of the spouses. Although Article 5 – unlike Article 8 of the 1973 Convention – does not mention the situation of a marriage that has been declared void, this silence is not deliberate and it should be admitted accordingly that such a case is also subject to this provision.

92 Despite the proposals to that effect made by certain delegations,<sup>48</sup> Article 5 does not mention the institutions similar to marriage, such as certain forms of registered partnership having, with respect to maintenance obligations, effects comparable to marriage. Despite the silence of the instrument, the Diplomatic Session admitted that States recognising such institutions in their legal systems, or willing to recognise them, may subject them to the rule in Article 5.<sup>49</sup> This solution will enable the

<sup>46</sup> Cf. Art. 4(2) of the Rome Convention of 19 June 1980.

<sup>47</sup> Cf. Work. Doc. No 2.

<sup>48</sup> Cf. Work. Docs Nos 8 and 15; Minutes No 5, paras 84 *et seq.*; Minutes No 6, paras 56 *et seq.*

<sup>49</sup> Minutes No 6, paras 59 *et seq.*



États d'éviter de traiter de manière différente des institutions qui, selon leur droit interne, sont équivalentes au mariage. Ceci vaut, à plus forte raison, pour le mariage entre personnes de même sexe, admis dans certains États.

93 Cette solution est facultative, dans le sens qu'elle ne s'impose pas aux États qui refusent ce type de relations. Nous avons déjà indiqué les solutions envisageables pour ces États (cf. *supra*, para. 31). Il convient également de rappeler que, si la loi désignée par le Protocole prévoit des obligations alimentaires en faveur d'un partenaire enregistré ou d'un conjoint de même sexe, un tribunal ou autorité d'un État qui ne reconnaît aucun effet à une pareille relation (y compris sur le plan alimentaire) pourrait refuser l'application de la loi étrangère dans la mesure où ses effets seraient manifestement contraire à l'ordre public du for (cf. art. 13).

94 Rappelons enfin que les obligations alimentaires découlant des relations mentionnées à l'article 5 sont expressément exclues du champ d'application de l'article 4 (cf. para. 1 b)). Il s'ensuit que les obligations entre époux ou ex-époux ne bénéficient pas des rattachements en cascade, ni de l'inversion des critères de rattachement résultant de cette disposition. En l'absence d'un choix de la loi applicable (cf. art. 7 et 8), elles sont régies soit par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier en vertu de l'article 3, soit par la loi désignée par l'article 5. La loi du for et celle de la nationalité commune ne peuvent entrer en ligne de compte, dans ce cas de figure, que si elles présentent un lien plus étroit avec le mariage au sens de l'article 5.

#### **Article 6 Moyens de défense particuliers**

**En ce qui concerne les obligations alimentaires autres que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant et que celles visées à l'article 5, le débiteur peut opposer à la prétention du créancier qu'une telle obligation à son égard n'existe ni selon la loi de l'État de la résidence habituelle du débiteur, ni selon la loi de l'État de la nationalité commune des parties, si elles en ont une.**

95 Pour les obligations alimentaires autres que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant et que celles entre époux et ex-époux (art. 5), l'article 6 prévoit que le débiteur peut s'opposer à la prétention du créancier au motif 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.

96 Ce moyen de défense s'inspire de la solution prévue à l'article 7 de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), selon lequel, entre collatéraux ou alliés, le débiteur peut s'opposer à une demande d'aliments 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.

##### **a Le champ d'application de l'article 6**

97 Contrairement à l'article 7 de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), 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.

98 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 Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), ce souhait était pris en compte par la prévision de plusieurs réserves permettant de restreindre le champ d'application matériel de la Convention (cf. art. 13 et 14 de cette dernière). Dans le souci d'éviter la possibilité de soulever des réserves dans le cadre du Protocole (cf. art. 27), il a été estimé qu'il était préférable que la réticence de certains États envers des prétentions alimentaires fondées sur les relations de famille susmentionnées soit prise en compte à un stade antérieur, en prévoyant des règles de rattachement plus restrictives pour ces cas de figure.

99 Dans certains cas, l'article 6 peut être invoqué pour refuser une prestation alimentaire résultant de la loi désignée par l'article 3 (loi de la résidence habituelle du créancier). Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'une obligation alimentaire envers un adulte fondée :

- sur une relation de parenté en ligne directe autre que la relation parent-enfant (par ex. l'obligation d'un petit-enfant envers l'un de ses grands-parents, et vice-versa) ;
- sur une relation collatérale (par ex. l'obligation envers un frère ou une sœur) ;
- sur une relation d'alliance (par ex. l'obligation envers les enfants de son conjoint).

Dans ces cas, la loi applicable à l'obligation alimentaire est celle de la résidence habituelle du créancier en vertu de l'article 3. Si cette loi prévoit une obligation alimentaire, le débiteur pourra invoquer le moyen de défense de l'article 6.

100 Dans d'autres cas, le moyen de défense de l'article 6 pourra être invoqué contre une prétention alimentaire résultant de l'une des lois désignées par l'article 3 ou par l'article 4. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de l'obligation alimentaire :

- d'un enfant envers son parent ;
- de toute personne autre que les parents et le conjoint envers une personne de moins de 21 ans (par ex. l'obligation d'un collatéral ou d'un allié).

Dans ces deux cas de figure, les règles spéciales des articles 4 et 6 seront donc 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 6. Cette application concurrente du système de la cascade et des moyens de défense est non seulement très compliquée, mais aussi peu satisfaisante sur le plan strictement logique ; il semble en effet peu cohérent que

authorities of those States to avoid treating differently institutions which, under their internal law, are equivalent to marriage. This is all the more so for same-sex marriage, which is recognised in certain States.

93 This solution is optional in that it is not binding on States which refuse such relationships. We have already mentioned the solutions that may be contemplated for such States (*cf. supra*, para. 31). It should also be pointed out that if the law designated by the Protocol provides for maintenance obligations in favour of a registered partner or same-sex partner, a court or authority in a State which does not recognise any effect of such a relationship (including in maintenance matters) could refuse the application of the foreign law to the extent that its effects would be manifestly contrary to the public policy of the forum (*cf. Art. 13*).

94 Finally, it should be pointed out that maintenance obligations arising from the relationships mentioned under Article 5 are expressly excluded from the scope of Article 4 (*cf. para. 1 b*). It follows that obligations between spouses or ex-spouses do not enjoy the benefit of the cascade of connecting factors, or of the switch of the connecting criteria based on that provision. In the absence of a choice of applicable law (*cf. Arts 7 and 8*), they are governed either by the law of the State of the creditor's habitual residence by virtue of Article 3, or by the law designated by Article 5. The law of the forum and that of the common nationality may be taken into account in such a case only if they are more closely connected with the marriage within the meaning of Article 5.

#### **Article 6 Special rule on defence**

**In the case of maintenance obligations other than those arising from a parent-child relationship towards a child and those referred to in Article 5, the debtor may contest a claim from the creditor on the ground that there is no such obligation under both the law of the State of the habitual residence of the debtor and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one.**

95 As regards maintenance obligations other than those towards children which arise from a parent-child relationship and those between spouses or ex-spouses (Art. 5), Article 6 provides that the debtor may contest the creditor's claim on the grounds that there is no such obligation under both the law of the State of the debtor's habitual residence and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one.

96 This defence was inspired by the solution provided by Article 7 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), according to which, between parties related collaterally or by affinity, the debtor may contest a claim for maintenance on the grounds that there is no maintenance obligation under the common national law of the debtor and creditor or, in the absence of a common nationality, under the internal law of the debtor's habitual residence.

##### **a The scope of Article 6**

97 Unlike Article 7 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), the rule in the Protocol is

not only applicable to relations between parties related collaterally or by affinity, but also to any maintenance obligation other than those towards children arising out of a parent-child relationship or those between spouses or ex-spouses.

98 This extension was decided upon for several reasons. It should be observed first that the desirability of granting maintenance on the basis of the family relationship to which this rule refers was not a matter of international consensus, hence the concern by certain States to be able to limit its impact. Under the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), that wish was taken into account by the provision of several reservations allowing a restriction on the material scope of the Convention (*cf. its Arts 13 and 14*). In order to avoid the making of reservations under the Protocol (*cf. Art. 27*), it was thought preferable to take account of the reluctance of certain States regarding maintenance obligations based on the aforementioned family relationships at an earlier stage, by providing for more restrictive connecting rules in such cases.

99 In some cases, Article 6 may be asserted to refuse maintenance based on the law designated by Article 3 (law of the creditor's habitual residence). This is the case of a maintenance obligation towards an adult based on:

- parentage in the direct line other than the parent-child relationship (*e.g.*, the obligation of a grandchild towards a grandparent or vice versa);
- a collateral relationship (*e.g.*, the obligation towards a brother or sister);
- a relationship by affinity (*e.g.*, the obligation towards one's spouse's children).

In such cases, the law applicable to the maintenance obligation is that of the creditor's habitual residence under Article 3. If that law provides for a maintenance obligation, the debtor may contest it using the defence in Article 6.

100 In other cases, the defence in Article 6 may be raised against a maintenance claim based on one of the laws designated by Article 3 or by Article 4. This is the case of a maintenance obligation:

- of a child towards his or her parent;
- of any person other than parents and the spouse towards a person under the age of 21 years (*e.g.*, the obligation of a party related collaterally or by affinity).

In both these cases, the special rules of Articles 4 and 6 will accordingly be applicable concurrently, with the consequence that a maintenance claim due under one of the laws designated by the cascading connections of Article 4 may be denied if it does not exist under the laws specified by Article 6. This concurrent application of the cascading system and the defences is not only highly complex, but also less than satisfactory in strictly logical terms: it seems lacking in consistency to wish both to

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 souligner que ce système n'est pas entièrement nouveau, car il correspond à celui qui est actuellement applicable dans le cadre de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), bien qu'uniquement pour les collatéraux et alliés<sup>50</sup>.

101 Le moyen de défense de l'article 6 ne peut pas être invoqué pour s'opposer à une obligation alimentaire entre époux ou ex-époux, ce cas étant expressément exclu par la lettre de la disposition. Bien que les obligations alimentaires découlant du mariage ne fassent pas l'unanimité en droit comparé, elles sont néanmoins beaucoup plus largement acceptées que celles découlant des autres relations de famille visées par l'article 6. La solution de l'article 5, qui est déjà moins favorable au créancier que celle des articles 3 et 4, ne doit pas être ultérieurement durcie par l'admission d'un moyen de défense.

102 Les obligations alimentaires découlant d'une relation de famille similaire au mariage, par exemple certaines formes de partenariats, occupent une position particulière. Dans les États qui connaissent de telles institutions dans leur droit interne, ou qui sont de toute manière prêts à les reconnaître, de telles relations pourront être assimilées au mariage, avec pour conséquence que les obligations alimentaires qui en résultent seront régies par l'article 5 et qu'elles échapperont par conséquent à l'article 6. Il en ira autrement dans les États qui refusent pareille assimilation ; dans ces États, le débiteur pourra écarter de telles obligations en invoquant le moyen de défense de l'article 6. Bien qu'elle ne soit pas inscrite en toute lettre dans le texte du Protocole, cette solution « à géométrie variable » a été admise lors de la Session diplomatique (cf. *supra*, para. 92 et s.).

#### b Le mécanisme prévu par l'article 6

103 La règle de l'article 6 ne contient pas une règle de rattachement, mais un simple moyen de défense, qui peut être invoqué pour refuser une prestation alimentaire, bien que celle-ci soit prévue par la loi applicable désignée par l'article 3 ou l'article 4.

104 Le mécanisme prévu par l'article 6 est donc le suivant. L'autorité devra d'abord déterminer la loi applicable à l'obligation alimentaire sur la base de l'article 3 ou de l'article 4. Si la loi de la résidence habituelle du créancier ou la loi du for, désignée par l'une de ces dispositions, prévoit une obligation alimentaire, le débiteur pourra s'opposer à la prétention du créancier au motif que cette obligation n'existe pas selon la loi de sa propre résidence habituelle. Cela suffira à rejeter la prétention si les parties n'ont pas de nationalité en commun. Si par exemple le neveu du débiteur, résident et ressortissant de l'État A, avance sur la base de la loi de cet État une prétention alimentaire contre son oncle, résident de l'État B et ressortissant de l'État C, ce dernier pourra refuser toute prestation au motif que la loi de

l'État B ne reconnaît pas d'obligation alimentaire entre collatéraux. La nationalité des parties ne joue dans ce cas aucun rôle.

105 En revanche, si les parties ont une nationalité commune, le moyen de défense ne pourra être utilement invoqué que si l'obligation alimentaire en question n'est prévue ni par la loi de la résidence habituelle du débiteur, ni par la loi nationale commune. Dans ce dernier cas, pour être efficace, le moyen de défense devra donc se fonder, de manière cumulative, sur les deux lois mentionnées. Pour reprendre l'exemple, si le neveu du débiteur avait lui aussi la nationalité de l'État C, son oncle ne pourrait s'opposer à sa prétention que si l'obligation prévue par la loi de l'État A était inconnue tant de la loi de l'État B que de celle de l'État C. La prise en compte de la loi nationale commune se justifie par la considération que, si les parties ont une nationalité commune et que leur loi nationale prévoit l'obligation en question, il paraît inéquitable de permettre au débiteur d'y échapper pour la seule raison que cette obligation est inconnue dans l'État de sa résidence habituelle. Cette solution permet notamment d'éviter des possibles abus. Prenons le cas d'un père qui réclame des aliments à son fils sur la base de la loi du pays de sa résidence habituelle, qui est aussi leur loi nationale commune ; il ne paraît pas équitable que le débiteur puisse se soustraire à son obligation en transférant sa résidence habituelle dans un État dont la loi ne connaît pas cette obligation.

106 L'article 6 (comme du reste l'art. 4(4)) ne précise pas si la nationalité commune doit être prise en compte, et à quelles conditions, lorsque l'une des parties possède également d'autres nationalités. Dans ce cas, le souci d'interprétation uniforme du Protocole conduit à rejeter une approche fondée sur la primauté de la nationalité de l'État du for, telle qu'elle est pratiquée dans le droit commun de nombreux États. Par ailleurs, la recherche de la nationalité la plus étroite ou effective, autre solution très répandue en droit comparé, n'est pas toujours facile à mettre en œuvre et peut aboutir, elle aussi, à des interprétations peu uniformes du Protocole. Pour ces raisons, et à l'instar de ce que nous avons suggéré pour l'article 4(4) (cf. *supra*, para. 76), il paraît préférable que la nationalité commune soit en tout cas prise en compte, même si pour l'une des parties elle n'est pas la plus effective. Cette solution est plus favorable au créancier d'aliments, car elle rend plus difficile le recours au moyen de défense de l'article 6. Il s'agit donc d'une solution qui est conforme à l'esprit général du Protocole (*favor creditoris*), ainsi qu'à la nature de règle d'exception qui est attribuée à l'article 6.

107 L'article 6 ne précise pas non plus quelle solution doit être suivie lorsque les parties ont plusieurs nationalités en commun. Compte tenu des arguments téléologiques et systématiques que nous venons de mentionner, la solution la plus appropriée est de tenir compte de toutes les lois nationales communes, en n'admettant le moyen de défense du débiteur que si l'obligation alimentaire n'est prévue par aucune d'entre elles (*ibid.*).

108 Il convient de noter que le moyen de défense n'est admissible que si l'obligation alimentaire en question

<sup>50</sup> Rapport Verwilghen (*op. cit.* note 14), para. 149.

favour the creditor through subsidiary connections and to protect the debtor through cumulative connections. This is naturally a compromise solution. It should be stressed, however, that this system is not entirely new, as it corresponds to the one currently applicable pursuant to the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), albeit only for persons related collaterally or by affinity.<sup>50</sup>

101 The defence under Article 6 may not be raised to contest a maintenance obligation between spouses or ex-spouses, as the letter of the provision expressly excludes that case. Even though maintenance obligations arising from marriage are not a matter of unanimous agreement in comparative law, they are nevertheless accepted far more widely than those arising from the other family relationships mentioned by Article 6. The solution of Article 5, which is already less favourable to the creditor than those of Articles 3 and 4, should not be subsequently made harsher through the admission of a defence.

102 Maintenance obligations arising from a family relationship similar to marriage, such as certain forms of partnership, are in a special position. In the States that recognise such institutions in their internal law, or which are willing in any event to accept them, such relationships can be treated in the same way as marriage such that the resulting maintenance obligations will be governed by Article 5 and accordingly escape Article 6. It will be otherwise in States that refuse such an assimilation; in these States, the debtor will be able to set such obligations aside using the defence in Article 6. Even though it is not spelt out in the text of the Protocol, this “double-standard” solution was accepted at the Diplomatic Session (*cf. supra*, paras 92 *et seq.*).

#### b *The mechanism provided by Article 6*

103 The rule in Article 6 does not contain a connecting rule, but a simple means of defence that may be raised to deny maintenance, even if the latter is provided for by the applicable law designated by Article 3 or 4.

104 The mechanism provided by Article 6 is thus the following. The authority shall first determine the law applicable to the maintenance obligation on the basis of Article 3 or Article 4. If the law of the creditor’s habitual residence or the law of the forum, designated by one of these provisions, provides for a maintenance obligation, the debtor may contest the creditor’s claim on the grounds that this obligation does not exist under the law of his or her own habitual residence. This will be sufficient to dismiss the claim if the parties have no common nationality. If for instance the debtor’s nephew, a resident and citizen of State A, makes, on the basis of that State’s law, a maintenance claim against his uncle who is resident in State B and a citizen of State C, the latter will be able to deny maintenance on the grounds that the law of

State B does not recognise maintenance obligations between persons related collaterally. The parties’ nationalities have no part to play in this case.

105 On the other hand, if the parties have a common nationality, the defence may be raised effectively only if the maintenance obligation at issue is provided for neither by the law of the debtor’s habitual residence nor by the law of the common nationality. In the latter case, to be effective, the defence must be based, cumulatively, on both of the laws mentioned. Using the same example, if the debtor’s nephew were also a citizen of State C, his uncle could contest the claim only if the obligation provided for by the law of State A were unknown to the laws of both State B and State C. Taking the law of the common nationality into account is justified by the consideration that, if the parties have a common nationality and the law of their common nationality provides for the obligation concerned, it seems inequitable to allow the debtor to evade it on the sole ground that this obligation is unknown in the State of his habitual residence. This solution allows in particular to avoid possible abuses. As an example, if a father claims maintenance from his son on the basis of the law of his country of habitual residence, which is also the law of their common nationality, it seems inequitable for the debtor to be able to evade his obligation by transferring his habitual residence to a State where the law does not recognise such an obligation.

106 Article 6 (as indeed Art. 4(4)) does not specify whether the common nationality is to be taken into account, or under what conditions, when one of the parties also has other nationalities. In such case, the concern for uniform interpretation of the Protocol results in dismissing an approach based on primacy of the nationality of the State of the forum, as practised in the generally-applicable law of many States. In addition, determination of the closest or most effective nationality, another very common solution in comparative law, is not always easy to implement and it, too, may lead to interpretations of the Protocol that are less than uniform. For these reasons, and in the image of what we suggested for Article 4(4) (*cf. supra*, para. 76), it seems preferable for the common nationality to be taken into account in any event, even if it is not the most effective for one of the parties. This solution is more favourable to the maintenance creditor, as it makes the use of the defence under Article 6 more difficult. This is accordingly a solution consistent with the general spirit of the Protocol (*favor creditoris*), and with the characteristic of exceptional rule attributed to Article 6.

107 Nor does Article 6 specify which solution is to be applied when the parties have several nationalities in common. Having regard to the teleological and systematic arguments we have just mentioned, the most appropriate solution is to take into account all the common national laws, and to accept the debtor’s defence only if none of them provides for the maintenance obligation (*ibid.*).

108 It should be noted that the defence is admissible only if “there is no such” obligation under the laws to which

<sup>50</sup> Verwilghen Report (*op. cit.* note 14), para. 149.

« n'existe pas » selon les lois désignées à l'article 6. Cette expression doit s'entendre dans le même sens que l'expression « le créancier ne peut pas obtenir d'aliments », telle qu'elle est utilisée aux paragraphes 2 à 4 de l'article 4 (cf. *supra*, para. 61 et 62) ; il faut donc qu'aucune obligation ne soit prévue ou que les conditions légales auxquelles elle est soumise ne soient pas réunies. En revanche, si la loi de la résidence habituelle du débiteur et, le cas échéant, la loi nationale commune prévoient une obligation d'un montant plus réduit que celui prévu par la loi applicable, cette circonstance ne suffira pas pour s'opposer à la demande, ni pour demander une réduction de la prestation due au créancier.

#### **Articles 7 et 8    Choix de la loi applicable**

109 Les dispositions des articles 7 et 8 permettent aux parties, à des conditions et avec des effets différents, de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire. L'admission de l'autonomie de la volonté constitue l'une des principales nouveautés introduites dans le Protocole par rapport aux Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973. Cette solution correspond à une forte tendance sur le plan international à reconnaître la liberté de choix de la loi applicable, même dans des domaines dont elle était traditionnellement écartée.

110 Si l'admission de l'autonomie des parties en matière d'obligations alimentaires constitue pour la plupart des États une nouveauté sur le plan des conflits de lois, il en va autrement pour les conflits de juridictions. En effet, la possibilité de conclure des accords relatifs à la compétence est d'ores et déjà reconnue dans plusieurs instruments internationaux. Tel est notamment le cas dans l'espace judiciaire européen en vertu de l'article 23 du Règlement (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 et de l'article 17 de la Convention de Lugano de 1988. La Convention admet elle aussi la légitimité d'une prorogation de la compétence, en disposant que les États sont tenus de reconnaître et exécuter une décision rendue dans un autre État contractant au for élu par les parties, à l'exception des obligations alimentaires à l'égard d'un enfant<sup>51</sup>. Dans ce contexte, l'admission du choix de la loi applicable rétablit une certaine cohérence entre les solutions admises en matière de conflits de lois et de juridictions.

111 Le choix de la loi est soumis à plusieurs restrictions, visant à protéger les parties (et en particulier le créancier d'aliments) contre le risque d'abus. Ce risque est plus sérieux lorsque le choix est fait antérieurement à la survenance d'un litige. C'est pour cette raison que l'autonomie de la volonté se décline dans le système du Protocole en deux dispositions distinctes ; l'article 7 régit le choix de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural), tandis que l'article 8 permet – de manière plus limitée – un choix à tout moment.

#### **Article 7    Désignation de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural)**

112 Cette disposition accorde aux parties le droit de désigner expressément la loi du for comme loi applicable à l'obligation alimentaire pour les besoins d'une procédure particulière. Il s'agit d'un accord procédural sur la loi applicable, qui porte sur la loi interne de l'autorité saisie et dont l'effet est limité à une procédure spécifique.

**Paragraphe premier – Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins d'une procédure particulière se déroulant dans un État donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir une obligation alimentaire.**

##### *a    Le champ d'application de l'article 7*

113 Le choix de la loi applicable tel que prévu par cette disposition devrait jouer un rôle important surtout dans les relations entre adultes. En cas de séparation de corps ou de divorce, en particulier, les époux auront la possibilité de soumettre les prétentions de nature alimentaire à la loi interne de l'autorité saisie, ce qui ne manquera pas de faciliter le déroulement de la procédure.

114 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 compensés par les avantages en termes 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 personnes 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 sur les obligations alimentaires envers les enfants est destiné à rester plutôt limité. L'article 7 pourra néanmoins être utile lorsque la demande est introduite par le débiteur devant les autorités de l'État de sa résidence habituelle ou devant celles d'un État autre que celui de la résidence habituelle du créancier, à condition que l'autorité saisie puisse en connaître<sup>52</sup>.

##### *b    Un choix effectué pour les besoins d'une procédure particulière*

115 Il convient de souligner que le choix prévu à l'article 7 s'effectue pour les besoins d'une procédure particulière ; il suppose donc que le créancier ou débiteur 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) de l'existence et de la nature des prestations alimentaires prévues par la loi du for. Le risque d'abus est dès lors limité.

116 Le choix des parties prévu à l'article 7 ne produit d'effets que pour la procédure particulière en vue de

<sup>51</sup> Cf. art. 20(1) e) de la Convention ; Rapport Borrás-Degeling, para. 455.

<sup>52</sup> Voir *supra*, note 33.

Article 6 refers. This phrase is to be understood in the same way as the phrase “the creditor is unable to obtain maintenance” as used in paragraphs 2 to 4 of Article 4 (*cf. supra*, paras 61 and 62); accordingly, it is necessary that no obligation be provided for or that the statutory conditions to which it is subject not be satisfied. On the other hand, if the law of the debtor’s habitual residence and, if applicable, the law of the common nationality provide for an obligation in a lower amount than provided for by the applicable law, that fact will not be sufficient to contest the claim, nor to apply for a reduction of the maintenance due to the creditor.

#### **Articles 7 and 8    Choice of applicable law**

109 The provisions of Articles 7 and 8 allow the parties, subject to different conditions and with different effects, to choose the law applicable to the maintenance obligation. The admission of party autonomy is one of the main novelties introduced by the Protocol in relation to the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions. This solution corresponds to a strong international trend towards recognition of the freedom to choose the applicable law, even in areas from which it was traditionally excluded.

110 While the admission of party autonomy with respect to maintenance obligations is a novelty for most States as regards conflicts of laws, the same cannot be said of conflicts of jurisdictions: the possibility of entering into agreements relating to jurisdiction is already recognised in several international instruments. This is the case in particular in the European judicial area under Article 23 of Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 and Article 17 of the 1988 Lugano Convention. The Convention also recognises the legitimacy of an extension of jurisdiction, by providing that States are bound to recognise and enforce a decision made in one Contracting State in the forum designated by the parties, except for maintenance obligations towards a child.<sup>51</sup> In this context, the admission of choice of the applicable law re-establishes a measure of consistency between the solutions accepted with respect to conflicts of laws and of jurisdictions.

111 The choice of law is subject to several restrictions, designed to protect the parties (and in particular the maintenance creditor) against risks of abuse. This risk is more serious where the choice is made before the occurrence of a dispute. This is why the Protocol’s system includes two variations for party autonomy, in two separate provisions; Article 7 governs the choice of law applicable for the purpose of a particular proceeding (procedural agreement), whereas Article 8 allows – on a more limited basis – a choice at any time.

#### **Article 7    Designation of the law applicable for the purpose of a particular proceeding**

112 This provision allows the parties to designate expressly the law of the forum as the law applicable to the maintenance obligation for the purpose of a particular proceeding. This is a procedural agreement on the applicable law, relating to the internal law of the authority seized and the effect of which is limited to a particular proceeding.

**Paragraph 1 – Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor for the purpose only of a particular proceeding in a given State may expressly designate the law of that State as applicable to a maintenance obligation.**

##### *a    The scope of Article 7*

113 The choice of applicable law as provided for under this provision ought to play an important role especially in relations between adults. In cases of legal separation or divorce, in particular, the spouses will have the option of making the maintenance claims subject to the internal law of the authority seized, which cannot fail to facilitate the proceedings.

114 However, the opportunity to choose is also provided for as regards maintenance obligations towards children. It appeared that the possible risks connected with the introduction of party autonomy are amply counterbalanced by the benefits in terms of simplicity that arise from application of the law of the forum. Having regard to the special rule under Article 4(3), whereby the parents’ maintenance obligations towards their children and those of any other person towards persons under the age of 21 years are in any event governed by the law of the forum when the claim is brought by the creditor in the State of the debtor’s habitual residence, the impact of the choice of applicable law on maintenance obligations towards children is bound to remain rather limited. Article 7 may be useful, nevertheless, when the claim is brought by the debtor before the authorities of the State of his habitual residence or those of a State other than that of the creditor’s habitual residence, provided the authority seized can hear the case.<sup>52</sup>

##### *b    A choice made for the purpose of a particular proceeding*

115 It should be emphasised that the choice provided for under Article 7 is made for the purpose of a particular proceeding; it accordingly assumes that the maintenance creditor or debtor has already brought, or is about to bring, a maintenance claim before a specific authority. At the time of that choice, the parties have the opportunity to obtain information (or will sometimes be informed by the authority seized) regarding the existence and nature of the maintenance provided for under the law of the forum. The risk of abuse is accordingly low.

116 The parties’ choice under Article 7 produces effects only for the particular proceeding for the purpose of

<sup>51</sup> *Cf.* Art. 20(1) *e*) of the Convention; Borrás-Degeling Report, para. 455.

<sup>52</sup> See *supra*, note 33.

laquelle il a été effectué. En revanche, 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.

117 Il convient cependant de noter que, lorsqu'il s'agit d'obligations alimentaires concernant une personne âgée de plus de 18 ans, le créancier et le débiteur peuvent également choisir la loi applicable en vertu de l'article 8. Ce choix est plus large que celui prévu à l'article 7. D'une part, il n'est pas limité à la loi du for mais il peut porter sur un éventail de lois énumérées au paragraphe premier de cette disposition (cf. *infra*, para. 129). D'autre part, le choix de l'article 8 n'est pas opéré pour les besoins d'une procédure spécifique ; ses effets ne sont donc pas limités à une procédure que le créancier a déjà intentée ou s'apprête à intenter, mais ils perdurent également pour l'avenir, tant que le choix n'a pas été révoqué ou modifié par les parties (cf. *infra*, para. 124). Ce choix peut être effectué, comme il est précisé à l'article 8, « à tout moment ». Si des adultes font un choix de la loi applicable en cours de procédure, ou juste avant l'introduction de celle-ci, la question se posera de savoir si ce choix tombe sous le coup de l'article 7 ou de l'article 8. La question n'est pas anodine, les effets du choix étant différents selon ces deux dispositions. La réponse est facile si la loi choisie n'est pas celle du for ; dans ce cas, l'admissibilité et les effets du choix ne peuvent être déterminés que par l'article 8. En revanche, un doute est permis lorsque la loi choisie est celle de l'autorité saisie. Si la loi du for ne correspond pas à l'éventail de lois énumérées à l'article 8(1) (loi nationale de l'une des parties, loi de la résidence habituelle de l'une des parties, etc. ; cf. *infra*, para. 129), il s'agit forcément d'un choix régi par l'article 7, qui aura donc des effets limités à la procédure spécifique. En effet, si on appliquait dans ce cas l'article 8, le choix serait nul. En revanche, si la loi du for est en même temps l'une des lois énumérées à l'article 8(1), comme cela sera souvent le cas, la réponse dépendra de l'interprétation de la volonté des parties.

118 Le problème de coordonner les articles 7 et 8 ne se pose pas lorsque l'obligation alimentaire concerne une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en état de pourvoir à ses intérêts car, dans ces cas, le choix de l'article 8 est exclu (art. 8(3)). Les parties n'ont donc que la faculté de choisir la loi du for pour les besoins d'une procédure particulière aux conditions et avec les effets de l'article 7.

#### c Les modalités du choix

**Paragraphe 2 – Une désignation antérieure à l'introduction de l'instance doit faire l'objet d'un accord, signé des deux parties, par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement.**

119 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 en ce qui concerne la forme, en prévoyant que, dans ce cas, la désignation de la loi 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, en évitant toute contestation, 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. Dans l'esprit des délégués de la Session diplomatique, cette disposition prévoit seulement un formalisme minimum relatif à l'accord ; il est loisible aux États de prévoir d'autres exigences, en vue par exemple d'assurer que le consentement des parties est libre et suffisamment éclairé (par ex. le recours à un conseil juridique avant la signature de l'accord).

120 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 dans la mesure où les parties auront précisé la loi qu'elles entendent désigner, ou tout au moins l'autorité devant laquelle la procédure envisagée devra être introduite. 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 effets (à moins qu'il ne remplisse les conditions prévues à l'art. 8). Par contre, 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 ont été informées et conscientes de l'objet de leur choix.

121 Après des discussions sur ce point, l'on a finalement renoncé à prévoir une limite temporelle entre le moment du choix et celui de 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, et ce, même si une période relativement longue s'est écoulée entre les deux moments. En revanche, si aucune procédure n'est introduite dans cet État, le choix, comme indiqué, ne produit de toute manière aucun effet.

122 Le Protocole n'établit aucune règle quant aux modalités et au moment du choix lorsque ce dernier est effectué en cours de procédure. Ces questions sont réglées par la loi de l'autorité saisie.

#### **Article 8 Désignation de la loi applicable**

**Paragraphe premier – Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, à tout moment, désigner l'une des lois suivantes pour régir une obligation alimentaire :**

123 Cette disposition permet aux parties de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire à tout moment, avant même la survenance d'un litige.

124 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 effectué « uniquement pour les besoins d'une procédure particulière » ; ses effets ne sont donc pas limités à une procédure que le créancier d'aliments a déjà

which it is made. On the other hand, if a further claim or an application for modification is made subsequently before the same authority or the authority of another State, the choice of law made previously will no longer have any effect and the applicable law will have to be determined according to the objective connections. This limitation of the effects of choice is justified since the law chosen is that of the forum.

117 It should be noted, however, that with respect to maintenance obligations towards a person aged over 18 years, the creditor and debtor may also choose the applicable law under Article 8. This choice is broader than the one provided for under Article 7. First, it is not limited to the law of the forum but may relate to a selection of laws listed in the first paragraph of that provision (*cf. infra*, para. 129). Second, the choice under Article 8 is not made for the purpose of a particular proceeding; its effects are accordingly not limited to a proceeding that the creditor has already instituted or is about to institute, but they also last into the future, as long as the choice has not been cancelled or modified by the parties (*cf. infra*, para. 124). This choice may be made, as specified by Article 8, “at any time”. If adults make a choice of applicable law during the proceedings, or just before they are initiated, the issue will arise whether that choice is subject to Article 7 or to Article 8. This issue is not academic, as the effects of the choice differ between the two provisions. The answer is easy if the law chosen is not that of the forum; in that case, the admissibility and effects of the choice may only be determined by Article 8. On the other hand, doubts may arise where the law chosen is that of the authority seized. If the law of the forum is not consistent with the selection of laws listed under Article 8(1) (internal law of one of the parties, law of the habitual residence of one of the parties, etc.; *cf. infra*, para. 129), it will necessarily be a choice governed by Article 7, which will accordingly have effect limited to the specific proceeding: if Article 8 were applied in this case, the choice would be void. On the other hand, if the law of the forum is also one of the laws listed under Article 8(1), as will frequently be the case, the answer will depend on the interpretation of the parties’ intention.

118 The issue of co-ordination of Articles 7 and 8 does not arise when the maintenance obligation concerns a person under the age of 18 years or an adult who, by reason of an impairment or insufficiency of his or her personal faculties, is not in a position to protect his or her interests since, in such cases, the choice of Article 8 is ruled out (Art. 8(3)). The parties accordingly only have the option to choose the law of the forum for the purpose of a particular proceeding, subject to the conditions and with the effects of Article 7.

#### *c The manner of the choice*

**Paragraph 2 – A designation made before the institution of such proceedings shall be in an agreement, signed by both parties, in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference.**

119 Since the choice of applicable law under Article 7(1) may also occur before the proceedings are instituted,

Article 7(2) includes some details as to form by providing that, in such case, the designation of applicable law shall be in an agreement in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference. It appeared essential, first, for the existence of the agreement to be easy to prove, avoiding any dispute and, second, that the parties’ attention should be drawn to the important consequences that the choice of applicable law can have in relation to the existence and extent of the maintenance obligation. In the minds of the delegates to the Diplomatic Session, this provision contains only minimal formal requirements with respect to the agreement; States may provide other requirements, for instance to ensure that the parties’ consent is freely given and sufficiently informed (*e.g.*, recourse to legal advice before signature of the agreement).

120 Finally, it should be noted that if the choice provided for under Article 7 is made before the proceedings are instituted, it will only be valid in so far as the parties have specified the law they intend to designate, or at least the authority before which the proceedings contemplated are to be instituted. If, subsequently, no claim is brought before the authorities of the State whose law has been chosen, the choice will remain ineffective (unless it meets the requirements of Art. 8). By contrast, it will not be sufficient for the parties to designate “the law of the forum” in general fashion since, until an authority has been seized, the “forum” has not been determined. Such a choice made blindly does not provide an assurance that the parties have been informed, and are aware, of the object of their choice.

121 After discussions of this matter, it was finally decided not to include a time limit between the time of the choice and the time of initiation of proceedings. In effect, if a claim is brought in the State whose law has been chosen, it is reasonable for that choice to produce its effects even if a fairly long time has elapsed between the two events. On the other hand, if no proceedings are instituted in that State, the choice, as mentioned, will be ineffective in any event.

122 The Protocol does not contain any rule as to the manner and timing of the choice when it is made during the proceedings. These issues are determined by the law of the authority seized.

#### **Article 8 Designation of the applicable law**

**Paragraph 1 – Notwithstanding Articles 3 to 6, the maintenance creditor and debtor may at any time designate one of the following laws as applicable to a maintenance obligation –**

123 This provision allows the parties to choose the law applicable to the maintenance obligation at any time and even before a dispute arises.

124 Unlike the choice of the law of the forum provided for under Article 7, the choice of applicable law under Article 8 is not made “for the purpose only of a particular proceeding”; its effects are accordingly not limited to a proceeding that the maintenance creditor has already



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 révoquer ou de le modifier.

125 Le principal avantage du choix de la loi applicable tel que prévu à l'article 8 est celui de garantir une certaine stabilité et prévisibilité quant à la loi applicable. En effet, si les parties ont effectué 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 n'entraîne pas de modification de la loi applicable (cf. *infra*, para. 133), contrairement à ce qui résulte de l'absence de choix de l'article 3(2).

#### a *Le champ d'application de l'article 8*

126 Le choix de la loi applicable est particulièrement utile dans les relations entre les époux, lorsque ces derniers concluent, avant ou en cours de mariage, une convention relative aux obligations alimentaires pendant le mariage ou après divorce. Grâce au choix, la loi applicable à l'obligation alimentaire est déterminée à l'avance, ce qui évite que la validité de la convention puisse être remise en question par la suite dans le cas d'un changement de résidence habituelle des époux ou de l'époux créancier. Du reste, même en l'absence d'une convention relative aux obligations alimentaires, le choix de la loi peut éviter les changements de la loi applicable résultant d'un conflit mobile.

127 Une fois le choix de la loi applicable admis pour les époux, il est apparu qu'il pouvait être utilement étendu à tous les adultes, à l'exception des 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. Bien que ces adultes « vulnérables » soient généralement protégés par des mécanismes mis en place dans les différents systèmes de droit interne (sous forme, par ex., de nomination d'un tuteur ou d'un curateur), la Session diplomatique a fini par exclure le choix de la loi applicable pour les obligations alimentaires envers ces personnes, pour prévenir tout risque d'abus (art. 8(3)). La définition des adultes vulnérables utilisée par cette disposition est reprise de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (cf. art. 1(1)).

128 Le choix de la loi applicable a été également exclu pour les obligations alimentaires envers les mineurs, car les risques potentiels de ce choix semblent supérieurs aux possibles bénéfices. Il convient de considérer que le mineur est généralement représenté par l'un ou l'autre de ses parents, ces derniers étant aussi tenus de pourvoir à ses besoins ; la Session diplomatique a dès lors considéré que l'admission du choix de la loi applicable comporte, dans ce cas, un trop grand risque de conflit d'intérêts. Après quelques hésitations quant à la fixation de l'âge à partir duquel le choix devait être admis (18 ou 21 ans), l'âge de 18 ans a été finalement retenu, car c'est dans la plupart des pays l'âge de la majorité légale.

#### b *L'éventail de lois pouvant être choisies*

129 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 des options ouvertes aux parties.

##### **Alinéa a) – la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ;**

130 La première option ouverte aux parties est celle de choisir la loi nationale de l'une d'elles au moment de la désignation. Cette possibilité a été admise sans discussion particulière et ne nécessite pas de grandes explications. Il convient de noter que contrairement au critère de rattachement subsidiaire à la nationalité commune de l'article 4(4), il suffit ici que la désignation porte sur la loi d'un État dont l'une des parties seulement a la nationalité (créancier ou débiteur).

131 En cas de pluralité de nationalités, il convient d'admettre dans le silence du Protocole que le choix peut porter indifféremment sur l'une ou l'autre des lois nationales des parties ; en effet, la recherche de la nationalité la plus étroite ou effective risquerait de créer des incertitudes quant à la validité du choix, en fragilisant l'autonomie des parties.

##### **Alinéa b) – la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ;**

132 La deuxième option porte sur la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation. Cette possibilité n'a jamais été contestée pendant les travaux préparatoires du Protocole. La notion de résidence habituelle n'appelle pas de considérations particulières ; elle correspond à celle de l'article 3 (cf. *supra*, para. 41 et s.).

133 Dans le cas de la nationalité, comme dans celui de la résidence habituelle, le moment déterminant est celui de la désignation. Cette solution correspond au but principal du choix de la loi applicable, qui consiste à garantir une stabilité, quels que soient les changements qui interviennent après la désignation. Malgré le silence du Protocole sur ce point, il faut donc considérer qu'un changement de nationalité ou de résidence habituelle de la partie concernée après le choix n'affecte pas la validité de ce dernier. À l'inverse, on peut se demander si le choix de la loi d'un État dont aucune des parties n'a la nationalité, ni la résidence au moment du choix, peut être validé après coup par l'acquisition successive de la nationalité ou de la résidence habituelle en question. La référence expresse au moment de la désignation contenue aux alinéas a) et b) de l'article 8(1) semble l'exclure.

#### c *Les options supplémentaires des alinéas c) et d)*

134 Les troisième et quatrième options (art. 8(1) c) et d)) portent sur la loi désignée pour régir les relations patrimoniales entre époux, respectivement la séparation de corps ou le divorce, ainsi que sur la loi ayant été effectivement appliquée à ces questions. Il est dès lors évident que ces possibilités sont ouvertes aux époux et ex-époux.

instituted or is about to institute. The law chosen by the parties is intended to govern the maintenance obligations between the parties from the time of the choice and until such time, if applicable, as they choose to cancel or modify it.

125 The main advantage of the choice of applicable law as provided for under Article 8 is to secure a measure of stability and foreseeability with respect to the applicable law: if the parties have made such a choice, the chosen law remains applicable despite any changes in their personal situations, and regardless of the authority seized in the event of a dispute. In particular, the change of the creditor's habitual residence does not cause a change of the applicable law (*cf. infra*, para. 133), unlike in the case of an absence of choice under Article 3(2).

#### a *The scope of Article 8*

126 The choice of applicable law is particularly useful in the relationship between spouses when they enter into an agreement, before or during marriage, relating to maintenance obligations during marriage and /or after divorce. As a result of that choice, the law applicable to the maintenance obligation is determined in advance, which prevents subsequent challenges to the validity of the agreement in the case of a change of habitual residence of the spouses or of the creditor spouse. In fact, even in the absence of an agreement relating to maintenance obligations, the choice of law can avoid the changes of applicable law caused by a mobile dispute.

127 Once the choice of applicable law was accepted for spouses, it appeared that it could be useful to extend it to all adults with the exception of persons who, by reason of an impairment or insufficiency of personal faculties, are not in a position to protect their interests. Though such "vulnerable" adults are usually protected by mechanisms set up in the various systems of internal law (in the form, *e.g.*, of appointment of a guardian or trustee), the Diplomatic Session eventually excluded the choice of applicable law to maintenance obligations for these persons, in order to avoid any risk of abuse (Art. 8(3)). The definition of vulnerable adults used by this provision is reproduced from the *Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults* (*cf.* Art. 1(1)).

128 The choice of applicable law was also excluded for maintenance obligations towards minors since the potential risks of that choice seem to outweigh the possible benefits. It should be borne in mind that a minor is usually represented by either of his or her parents, who are also bound to provide for him or her; the Diplomatic Session considered, therefore, that admitting the choice of applicable law involves an excessive risk of conflicts of interest in such cases. After some hesitation as to determination of the age from which the choice might be accepted (18 or 21 years), the age of 18 years was eventually settled upon, being the age of legal adulthood in most countries.

#### b *The range of laws eligible for choice*

129 With a concern for protection of the maintenance creditor, Article 8 makes the option for the parties to choose the applicable law subject to several conditions and restrictions. The first restriction concerns the object of the choice and is designed to limit the range of options available to the parties.

##### **Sub-paragraph a) – the law of any State of which either party is a national at the time of the designation;**

130 The first option open to the parties is choice of the national law of one of them at the time of designation. This option was accepted without particular discussion and does not require lengthy explanation. It should be noted that unlike the subsidiary criterion of connection with the common nationality under Article 4(4), it is sufficient in this case for the designation to relate to the law of a State of which only one party (creditor or debtor) is a national.

131 In the event of plurality of nationalities, given that the Protocol is silent on the matter, it should be accepted that the choice may relate to any of the national laws of the parties: determination of the closest or most effective nationality would risk creating uncertainty as to the validity of the choice, thus weakening party autonomy.

##### **Sub-paragraph b) – the law of the State of the habitual residence of either party at the time of designation;**

132 The second option concerns the habitual residence of either party at the time of the designation. This possibility was never disputed during the Protocol's preparatory work. The concept of habitual residence calls for no particular observations; it corresponds to that under Article 3 (*cf. supra*, paras 41 *et seq.*).

133 In the case of nationality, as with habitual residence, the decisive time is the time of designation. This solution corresponds to the main purpose of the choice of applicable law, which is to secure stability, regardless of the changes that occur after the designation. Despite the Protocol's silence on this point, it should be considered, therefore, that a change of nationality or habitual residence of the party concerned after the choice does not affect its validity. On the other hand, one may wonder whether the choice of the law of a State of which neither of the parties is a national or resident at the time of the choice can be validated subsequently by later acquisition of the relevant nationality or habitual residence. The express reference to the time of designation contained in sub-paragraphs a) and b) of Article 8(1) seems to rule this out.

#### c *The further options under sub-paragraphs c) and d)*

134 The third and fourth options (Art. 8(1) c) and d)) relate to the law *designated* to govern the property regime between spouses, respectively, legal separation or divorce, and the law that was *actually applied* to those matters. It is accordingly obvious that these options are open to spouses and ex-spouses.

135 L'opportunité d'admettre ces options supplémentaires a été longtemps discutée. Contre leur admission, il a été observé qu'elles créent un système très compliqué, sans que cela soit vraiment nécessaire, compte tenu des possibilités de choix très larges résultant déjà des alinéas *a)* et *b)*. De plus, les options additionnelles prévues par les alinéas *c)* et *d)* dépendent des règles nationales de conflits en matière de relations patrimoniales, de divorce et de séparation de corps, et elles ne créent donc qu'une uniformité de façade. En outre, dans les situations où les parties ont soumis l'obligation alimentaire à la loi *désignée* comme étant applicable à leurs relations patrimoniales ou à leur séparation / divorce, la validité de ce choix en ce qui concerne les aliments dépend en fait de la validité du choix de loi à l'égard des relations patrimoniales / de la séparation / du divorce. Comme le choix de la loi applicable aux relations patrimoniales entre époux et de celle applicable à la séparation ou au divorce n'est pas régi par le Protocole, il dépend entièrement du droit international privé du for. Si celui-ci ne permet pas un tel choix, son invalidité entraînera l'invalidité du choix de la loi applicable à l'obligation alimentaire. Ce risque est particulièrement grand en matière de divorce, car l'autonomie des parties n'est reconnue en cette matière que par un nombre limité d'États. Dès lors, le choix valablement effectué selon le droit international privé d'un État contractant risque d'être considéré comme nul par les autorités d'un autre État contractant appliquant ses propres règles de conflits de loi.

136 Malgré ces inconvénients, les options des alinéas *c)* et *d)* ont été retenues par la Session diplomatique, car elles permettent aux époux de faire en sorte qu'une loi unique soit applicable aux différentes questions devant être tranchées dans le cas de désunion du couple (divorce et séparation de corps, dissolution du régime matrimonial et obligations alimentaires). Cette coïncidence est particulièrement importante en considération des liens qui existent entre ces différents aspects dans plusieurs systèmes juridiques internes. Ainsi, la détermination des conséquences patrimoniales est considérée parfois comme une condition pour l'obtention du divorce (tel est notamment le cas lors de procédures fondées sur le consentement mutuel des époux). Par ailleurs, dans certains droits (notamment dans plusieurs ressorts de *common law*), la distinction entre dissolution du régime et obligations alimentaires n'est pas nette, voire inexistante, le règlement de tout effet patrimonial du divorce étant confié au juge.

137 Il convient de noter que l'article 8 ne permet pas aux époux de choisir la loi *applicable* au régime ou au divorce. Étant donné que cette question est régie par les règles internes de droit international privé des États contractants (y compris celles trouvant leur source au niveau international ou régional), et que les solutions prévues peuvent être très différentes, la détermination de la loi applicable au régime ou au divorce peut varier selon les règles en vigueur dans l'État de l'autorité saisie. Dès lors, la désignation de cette loi pour régir l'obligation alimentaire serait faite à l'aveugle, une situation qui n'a pas été jugée souhaitable.

#### **Alinéa c) – la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ;**

##### *i La loi désignée pour régir les relations patrimoniales*

138 Selon l'article 8(1) *c)*, les époux ont en premier lieu le droit de choisir la loi qu'ils ont *désignée* pour régir leurs relations patrimoniales. Dans ce cas, la loi désignée pour régir le régime des biens sera également applicable aux obligations alimentaires, l'avantage étant évidemment de soumettre ces deux questions à une réglementation cohérente.

139 Le choix de la loi applicable au régime matrimonial n'est pas réglé par le Protocole, mais par le droit international privé de chaque État contractant (y compris d'éventuels instruments d'origine internationale ou régionale). Ce choix est largement admis en droit comparé ; il est prévu, notamment, par la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*. Souvent, les époux se voient accorder le droit de choisir la loi nationale ou celle de la résidence habituelle de l'un d'eux<sup>53</sup> ; dans ce cas, cette option n'ajoute rien à celles résultant des alinéas *a)* et *b)*. Il arrive cependant que pour leur régime matrimonial, les époux jouissent de certaines options additionnelles, non prévues par le Protocole, comme par exemple la loi du domicile (qui ne coïncide pas nécessairement avec la résidence habituelle) ou la loi du lieu de situation de certains biens, notamment les immeubles<sup>54</sup>. Dans ces hypothèses, les obligations alimentaires pourront elles aussi être soumises à ces autres lois.

140 Si le choix fait par les parties ne correspond pas aux règles de conflits de loi en vigueur dans l'État du for (parce qu'un tel choix n'y est pas admis ou que les conditions prévues n'ont pas été respectées, ou que la loi choisie est autrement en conflit avec ces règles), il sera considéré comme nul et non avenue. Cette invalidité entraîne également celle de la désignation de la loi applicable à l'obligation alimentaire, qui se greffe là-dessus selon le Protocole.

##### *ii La loi effectivement appliquée aux relations patrimoniales*

141 L'alinéa *c)* permet également aux époux de soumettre les obligations alimentaires à la loi qui a été effectivement *appliquée* à leurs relations patrimoniales. La situation visée est celle où la loi applicable à ces relations a déjà été déterminée par l'autorité saisie (notamment dans un cas de séparation ou de divorce). Par leur choix, les époux peuvent soumettre les obligations alimentaires à cette même loi. Cela permet d'élargir le choix des parties, mais surtout de soumettre toutes les questions de caractère patrimonial à une loi unique. Il convient de noter que, si la loi appliquée aux relations patrimoniales est la loi du for, le choix de cette loi pour les obligations alimentaires ne se confond pas avec celui qui est prévu par l'article 7 ; il ne s'agit en effet pas d'un choix effectué pour les besoins d'une procédure

<sup>53</sup> Cf. art. 3 et 6 de la Convention de 1978.

<sup>54</sup> Cf. art. 3(4) et 6(4) de la Convention de 1978.

135 The desirability of allowing these further options was debated at length. Against their admission it was pointed out that they create a very complex system, which is not really necessary, having regard to the very broad options for choice already created by sub-paragraphs *a)* and *b)*. Furthermore, the additional options provided for under sub-paragraphs *c)* and *d)* depend on the national conflict rules concerning property regimes, divorce and legal separation, and they accordingly create only a semblance of uniformity. Moreover, in situations where the parties have submitted the maintenance obligations to the law *designated* as applicable to their property regime or legal separation / divorce, the validity of that choice as far as maintenance is concerned depends in fact on the validity of the choice of law with respect to property regimes / legal separation / divorce. Since the choice of law applicable to property regimes between spouses and that applicable to the separation or divorce is not governed by the Protocol, it depends solely on the private international law of the forum. If that law does not allow such a choice, its invalidity will entail the invalidity of the choice of law applicable to the maintenance obligation. This risk is particularly acute with respect to divorce, as party autonomy in such matters is recognised by a small number of States only. As a result, there is a risk that the choice validly made under the private international law of one Contracting State may be considered as being void by the authorities of another Contracting State applying its own conflict of law rules.

136 Despite these drawbacks, the options of sub-paragraphs *c)* and *d)* were agreed upon by the Diplomatic Session since they enable spouses to ensure that a single law is applicable to the various issues to be determined in the case of dissolution of the couple (divorce and legal separation, dissolution of matrimonial property regime and maintenance obligations). This concurrence is particularly important with regard to the links between these various aspects in several domestic legal systems. Thus, the determination of property consequences is sometimes considered as a condition for the grant of divorce (such is the case in particular for procedures based on mutual consent of the spouses). In addition, in certain laws (and in several common law jurisdictions in particular), the distinction between dissolution of the property regime and maintenance obligations is unclear or even non-existent, with the settlement of any property effects of the divorce being entrusted to the courts.

137 It should be noted that Article 8 does not allow the spouses to choose the law *applicable* to the property regime or divorce. Since this issue is governed by the domestic rules of private international law of the Contracting States (including those which arise at an international or regional level), and the solutions provided for may be very different, determination of the law applicable to the property regime or divorce may vary according to the rules in force in the State of the authority seized. In such case, designation of that law to govern the maintenance obligation would be made blindly, a situation which was not considered desirable.

**Sub-paragraph *c)* – the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their property regime;**

*i The law designated to govern the property regime*

138 Under Article 8(1) *c)*, the spouses in the first place have the right to choose the law they have *designated* to govern their property regime. In such case, the law designated to govern the property regime will also be applicable to the maintenance obligations, the obvious advantage being to make both these issues subject to consistent legislation.

139 The choice of the law applicable to the property regime is not determined by the Protocol, but by the private international law of each Contracting State (including any instruments of an international or regional origin). This choice is widely accepted in comparative law; it is provided for, *inter alia*, by the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*. Spouses are often allowed the right to choose the national law or the law of the habitual residence of one of them;<sup>53</sup> in such case, this option adds nothing to those under sub-paragraphs *a)* and *b)*. It may occur, however, for their property regime, that spouses are granted certain additional options that are not provided for in the Protocol, such as for instance the law of the domicile (which is not necessarily identical to the habitual residence), or the law of the location of certain assets, and real property in particular.<sup>54</sup> In such cases, the maintenance obligations may also be subject to those other laws.

140 If the choice made by the parties does not comply with the conflict of law rules in force in the State of the forum (because such a choice is not accepted there or because the conditions have not been satisfied, or that the chosen law is otherwise in conflict with these rules), it will be considered null and void. This invalidity will also entail that of the designation of the law applicable to the maintenance obligation since the latter, according to the Protocol, is grafted onto the former.

*ii The law in fact applied to the property regime*

141 Sub-paragraph *c)* also allows the spouses to make the maintenance obligations subject to the law in fact *applied* to their property regime. The situation referred to is one in which the law applicable to that regime has already been determined by the authority seized (in a case of separation or divorce in particular). Through their choice, the spouses may make the maintenance obligations subject to that same law. This widens the range of choices open to the parties, but above all it makes all the issues relating to property subject to a single law. It should be noted that if the law applied to the property regime is the law of the forum, choice of that law for the maintenance obligations is not the same as the choice provided for under Article 7: this is not a choice made for the purpose of a particular

<sup>53</sup> Cf. Arts 3 and 6 of the 1978 Convention.

<sup>54</sup> Cf. Arts 3(4) and 6(4) of the 1978 Convention.

particulière, mais d'un choix qui continuera à produire ses effets à l'avenir, y compris lors de nouvelles demandes (notamment de modification) intentées par le créancier ou par le débiteur. Par ailleurs, le choix prévu à l'article 8(1) c) ne doit pas avoir nécessairement lieu en cours de procédure, mais il peut être effectué après qu'une décision définissant les relations patrimoniales entre les époux a été rendue.

**Alinéa d) – la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation.**

iii *La loi désignée pour régir la séparation de corps ou le divorce*

142 Selon l'article 8(1) d), les époux peuvent également soumettre l'obligation alimentaire à la loi qu'ils ont désignée pour régir leur séparation de corps ou leur divorce. Les considérations que nous avons faites par rapport au choix de la loi désignée pour les relations patrimoniales sont, *mutatis mutandis*, également applicables à ce cas. Il convient cependant de souligner que la désignation de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps n'est pas très répandue en droit international privé comparé. Cela augmente évidemment la probabilité qu'un tel choix soit considéré comme nul dans l'État du for, y compris pour ce qui est de l'obligation alimentaire. Les époux seront donc bien avisés de faire preuve de prudence. Cependant, une évolution s'est produite dans certains États européens, suite à l'adoption du Règlement « Rome III »\*.

iv *La loi effectivement appliquée à la séparation de corps ou au divorce*

143 L'alinéa d) permet également aux époux de soumettre les obligations alimentaires à la loi qui a été effectivement appliquée à la séparation de corps ou au divorce. La situation visée est celle où la loi applicable a déjà été déterminée par l'autorité saisie ; par leur choix, les époux peuvent soumettre les obligations alimentaires à cette même loi. Cela permet d'élargir le choix des parties, mais surtout de soumettre les obligations alimentaires à la même loi qui est appliquée à la séparation ou au divorce. Les considérations faites ci-dessus sur la différence entre ce choix et celui régi par l'article 7 (cf. *supra*, para. 141) sont également applicables dans ce cas.

d *Les modalités du choix*

**Paragraphe 2 – Un tel accord est établi par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et est signé des deux parties.**

144 Sur le plan formel, le choix de la loi applicable doit être fait par écrit et être signé par les parties. 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.

145 L'écrit peut être remplacé par tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement. Cette précision tend à permettre l'utilisation des technologies de l'information. Cela n'exempte cependant pas de l'exigence d'un document signé ; un document électronique ne sera donc suffisant que s'il est accompagné d'une signature électronique.

**Paragraphe 3 – Le paragraphe premier ne s'applique pas aux obligations alimentaires concernant une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts.**

146 Ce paragraphe n'appelle pas de commentaire particulier.

e *Restrictions aux effets du choix*

147 D'importantes restrictions ont été introduites quant aux effets du choix de la loi applicable (art. 8(4) et (5)). Étant donné que le choix d'une loi restrictive en matière alimentaire peut priver le créancier de son droit à une prestation, ou limiter ses prétentions de manière importante, il est apparu indispensable d'en limiter les effets.

i *Application de la loi de la résidence habituelle du créancier au droit de renoncer aux aliments*

**Paragraphe 4 – Nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments.**

148 L'article 8(4) prévoit que, nonobstant la loi désignée par les parties, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier au moment de la désignation détermine si ce dernier peut renoncer à son droit aux aliments. Cette règle a été introduite dans le texte du Protocole lors de la Session diplomatique, suite à une proposition de la Communauté européenne<sup>55</sup>. Elle comporte une limitation au domaine d'application de la loi choisie par les parties ; quel que soit le contenu de cette loi, la possibilité de renoncer au droit aux aliments, ainsi que les conditions d'une telle renonciation, restent soumises à la loi de la résidence habituelle du créancier. Le but de la disposition est évidemment d'éviter que, par le biais du choix d'une loi particulièrement libérale et peu protectrice, le créancier puisse être amené à renoncer à la prestation alimentaire à laquelle il aurait droit selon la loi applicable à défaut de choix.

149 Selon la proposition qui est à l'origine de cette disposition, l'attribution au créancier d'un montant en capital destiné à couvrir des besoins futurs de ce dernier ne constitue pas une renonciation au droit aux aliments au sens de cet article. Dans ce cas, la loi de la résidence habituelle du créancier n'entre donc pas en ligne de compte.

\* Règlement (UE) No 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Cette note a été ajoutée par le Rapporteur suite à la rédaction définitive du Rapport.

<sup>55</sup> Doc. trav. No 5.

proceeding, but a choice that will continue to produce effects in future, including for new claims (for amendment in particular) made by the creditor or debtor. Furthermore, the choice provided for under Article 8(1) c) does not necessarily have to be made during the proceedings, but may be made after a decision defining the property regime between the spouses has been delivered.

**Sub-paragraph d) – the law designated by the parties as applicable, or the law in fact applied, to their divorce or legal separation.**

iii *The law designated to govern the legal separation or divorce*

142 Under Article 8(1) d), the spouses may also make the maintenance obligation subject to the law they have *designated* to govern their legal separation or divorce. The considerations above regarding the choice of law designated for the property regime also apply, *mutatis mutandis*, to this situation. It should be pointed out, however, that designation of the law applicable to the divorce or legal separation is not very common in comparative private international law. This naturally increases the likelihood of such a choice being considered null and void in the forum State, including as regards the maintenance obligation. The spouses would be well advised, therefore, to be cautious. However, an evolution has occurred in the private international law of certain European countries following the adoption of the “Rome III” Regulation.\*

iv *The law in fact applied to the legal separation or divorce*

143 Sub-paragraph d) also allows the spouses to make the maintenance obligations subject to the law that was in fact *applied* to the legal separation or divorce. The situation referred to is that in which the applicable law has already been determined by the authority seized; by their choice, the spouses may make their maintenance obligations subject to that same law. This widens the choices open to the parties, but most of all it makes all the maintenance obligations subject to the same law as was applied to the separation or divorce. The considerations above regarding the difference between that choice and the choice governed by Article 7 (*cf. supra*, para. 141) are also applicable in this case.

d *The manner of the choice*

**Paragraph 2 – Such agreement shall be in writing or recorded in any medium, the information contained in which is accessible so as to be usable for subsequent reference, and shall be signed by both parties.**

144 In formal terms, the choice of applicable law is to be made in writing and signed by the parties. Without even mentioning its evidential advantages, the requirement of writing serves to draw the creditor’s attention to the

importance of the choice and to shelter him or her from the consequences of a heedless choice.

145 The writing may be replaced by any medium, the contents of which are accessible so as to be usable for future reference. This provision is intended to allow the use of information technologies. This does not dispense, however, with the requirement of a signed document; an electronic document will be sufficient, therefore, only if accompanied by an electronic signature.

**Paragraph 3 – Paragraph 1 shall not apply to maintenance obligations in respect of a person under the age of 18 years or of an adult who, by reason of an impairment or insufficiency of his or her personal faculties, is not in a position to protect his or her interest.**

146 This paragraph calls for no particular comments.

e *Restrictions on the effects of choice*

147 Major restrictions have been introduced with respect to the effects of the choice of applicable law (Art. 8(4) and (5)). Since the choice of a law that is restrictive in maintenance matters may deprive the creditor of his or her right to maintenance, or limit his or her entitlement to a large extent, it seemed indispensable to restrict its effects.

i *Application of the law of the creditor’s habitual residence to the right to renounce maintenance*

**Paragraph 4 – Notwithstanding the law designated by the parties in accordance with paragraph 1, the question of whether the creditor can renounce his or her right to maintenance shall be determined by the law of the State of the habitual residence of the creditor at the time of the designation.**

148 Article 8(4) provides that notwithstanding the law designated by the parties, the question of whether the creditor can renounce his or her right to maintenance shall be determined by the law of the State of the habitual residence of the creditor at the time of the designation. This rule was introduced into the text of the Protocol at the Diplomatic Session, pursuant to a proposal by the European Community.<sup>55</sup> It implies a restriction of the scope of the law designated by the parties; regardless of the contents of that law, the possibility to renounce maintenance, and the conditions of such a renunciation, shall remain subject to the law of the creditor’s habitual residence. This provision is naturally intended to prevent the creditor, through the choice of a particularly liberal and unprotective law, from being made to renounce the maintenance to which he or she would be entitled under the applicable law if there had been no choice.

149 According to the proposal on which this provision is based, the award to the creditor of a lump sum to cover his or her future needs does not constitute renunciation of the right to maintenance for the purposes of this Article. In such case, therefore, the law of the creditor’s habitual residence is not taken into account.

\* Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced co-operation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. This note was added by the *Rapporteur* subsequent to the finalisation of the Report.

<sup>55</sup> Work. Doc. No 5.

150 Dans sa teneur littérale, la disposition semble vouloir s'appliquer dans le cas où le créancier a renoncé à ses droits, et cette renonciation est accompagnée par le choix d'une loi qui la permet. La raison d'être de la disposition suggère cependant de l'appliquer également dans le cas où le choix d'une loi déterminée comporte, en lui-même, une renonciation, la loi choisie ne prévoyant aucune prestation alimentaire en faveur du créancier.

## ii Pouvoir modérateur du juge

**Paragraphe 5 – À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inévitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.**

151 Les effets du choix de la loi applicable sont, en plus, limités par la prévision d'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 inévitables ou déraisonnables, la loi choisie pourra être écartée au profit de celle désignée par les critères de rattachement objectifs des articles 3 à 5. 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 inévitables ou déraisonnables. Cependant, les délégations étaient également préoccupées de ce qu'un pouvoir illimité du tribunal d'écarter la loi choisie compromettrait entièrement la possibilité pour les parties de conclure des accords de choix de loi en vertu de l'article 8. Il a donc été convenu de limiter le pouvoir modérateur du juge en disposant que le paragraphe 5 ne serait pas applicable si les parties étaient pleinement informées et conscientes des conséquences de leur désignation. Cette expression vise à permettre aux parties de réduire le risque de voir leur accord écarté en demandant un conseil juridique quant aux conséquences de leur accord avant sa conclusion. La condition exigeant que les parties soient « pleinement informées et conscientes » signifie que les parties doivent non seulement avoir obtenu les renseignements pertinents, mais également avoir été en mesure de les comprendre ; l'expression n'est pas redondante car une personne peut être pleinement informée sans être consciente des conséquences de son choix.

## f L'existence et la validité de l'accord entre les parties

152 Hormis certaines limitations à l'admissibilité du choix de la loi applicable et quelques indications quant au moment et à la forme de ce choix, le Protocole passe sous silence d'autres questions relatives à l'existence et à la validité de l'accord par lequel les parties désignent la loi applicable (il ne détermine pas par ex. l'effet d'un éventuel vice du consentement). Ces questions devront être tranchées selon la loi applicable au contrat de choix conclu entre les parties, mais cette loi n'est pas expressément déterminée par le Protocole. La solution préférable pour combler cette lacune est de considérer que

ces questions sont régies par la loi désignée par les parties. Cette approche, consistant à soumettre la validité de l'*optio legis* à la loi qui serait applicable si l'accord entre les parties était valable, est en effet très répandue dans les instruments internationaux qui reconnaissent l'autonomie des parties, notamment pour ce qui concerne l'existence et la validité du consentement<sup>56</sup>. Son principal avantage est d'assurer que ces questions sont tranchées de manière uniforme dans les différents États contractants au Protocole.

## Article 9 « Domicile » au lieu de « nationalité »

**Un État qui connaît le concept de « domicile » en tant que facteur de rattachement en matière familiale peut informer le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé que, pour les besoins des affaires portées devant ses autorités, le mot « nationalité » aux articles 4 et 6 est remplacé par le mot « domicile » tel qu'il est entendu dans cet État.**

153 Cette disposition prévoit qu'un État qui connaît le concept de « domicile » en tant que facteur de rattachement en matière familiale peut informer le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye que, pour les besoins des affaires portées devant ses autorités, le mot « nationalité » aux articles 4 et 6 est remplacé par le mot « domicile » tel qu'il est entendu dans cet État.

154 Cette disposition a été introduite dans le Protocole lors de la Session diplomatique à la suite d'une proposition de la Communauté européenne<sup>57</sup>. Elle vise à faciliter l'application du Protocole par les États (en particulier les ressorts de *common law*) qui n'ont pas l'habitude d'utiliser la nationalité comme critère de rattachement en droit international privé. Ces États sont donc autorisés à remplacer le critère de la nationalité utilisé aux articles 4 et 6 par celui du domicile, tel qu'il est entendu dans ces États. Des dispositions similaires figurent dans certains instruments de droit communautaire au profit du Royaume-Uni et de l'Irlande<sup>58</sup>.

155 Bien que la définition du cercle d'États qui peuvent bénéficier de cette règle particulière ne soit pas très précise, il est clair qu'il est permis aux ressorts de *common law* qui utilisent le « domicile » comme facteur de rattachement en matière familiale de faire usage de l'article 9. La formule utilisée par l'article 9, en faisant référence à « [u]n État qui connaît le concept de 'domicile' en tant que facteur de rattachement en matière familiale », ne limite pas expressément l'application de cet article aux seuls États de *common law*. Il existe en effet plusieurs ressorts de tradition civiliste qui utilisent

<sup>56</sup> Cf. art. 10 de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* ; art. 10(1) de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* ; art. 5(2) de la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* ; art. 3(4) et 8(1) de la *Convention de Rome du 19 juin 1980*, art. 3(5) et 10(1) du *Règlement Rome I (Règlement (CE) No 593/2008 du 17 juin 2008)*.

<sup>57</sup> Doc. trav. Nos 2, 6 et 11.

<sup>58</sup> Cf. art. 3(2) et 6(b) du *Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) No 1347/2000 (« Règlement Bruxelles II bis »).*

150 In its literal sense, the provision seems designed to apply to cases in which the creditor has renounced his or her rights, and that renunciation is accompanied by the choice of a law allowing it. The justification for the provision suggests, however, that it should also be applied in cases where the choice of a particular law implies, in itself, a renunciation, as the designated law provides for no maintenance in favour of the creditor.

ii *Mitigating powers of the court*

**Paragraph 5 – Unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation, the law designated by the parties shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties.**

151 The effects of the choice of applicable law are, moreover, limited by the provision of mitigating power to the authority seized of the claim. If the authority finds that application of the law chosen by the parties leads, in the specific case, to manifestly unfair or unreasonable consequences, the law chosen may be set aside in favour of that designated by the objective connecting criteria in Articles 3 to 5. This escape clause is based on considerations of substantive justice and corresponds to the powers that several internal laws confer on courts to amend, or even set aside, maintenance agreements made between the parties when they lead to unfair or unreasonable results. However, delegations were also concerned that an unlimited power of the court to set aside the chosen law would completely undermine the possibility of the parties to conclude choice of law agreements under Article 8. It was therefore agreed to limit the mitigating powers of the court by providing that paragraph 5 would not apply if the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation. This phrase is intended to allow parties to reduce the risk of having their agreement set aside by seeking legal advice about the consequences of their choice prior to its conclusion. The requirement that the parties have to be “fully informed and aware” signifies that parties must not only have received relevant information but also have been able to understand it; the expression is not redundant because someone can be fully informed without being aware of the consequences of his / her choice.

f *The existence and validity of the agreement between the parties*

152 Apart from certain restrictions regarding admissibility of the choice of applicable law and a few indications as to the timing and form of that choice, the Protocol leaves unanswered other questions relating to the existence and validity of the agreement whereby the parties designate the applicable law (for instance, it does not determine the effect of a possible defect of consent). These issues will have to be settled according to the law applicable to the designation agreement made between the parties, but that law is not expressly determined by the Protocol. The preferred solution for dealing with this deficiency is to consider that these issues will be

governed by the law designated by the parties. This approach, consisting of subjecting the validity of the *optio legis* to the law that would apply if the agreement between the parties were valid, is very common in international instruments recognising party autonomy, in particular as regards the existence and validity of consent.<sup>56</sup> Its main advantage is to ensure that these issues are determined in a uniform manner in the various Contracting States to the Protocol.

**Article 9 “Domicile” instead of “nationality”**

**A State which has the concept of “domicile” as a connecting factor in family matters may inform the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law that, for the purpose of cases which come before its authorities, the word “nationality” in Articles 4 and 6 is replaced by “domicile” as defined in that State.**

153 This provision provides that a State which has the concept of “domicile” as a connecting factor in family matters may inform the Permanent Bureau of the Hague Conference that, for the purpose of cases which come before its authorities, the word “nationality” in Articles 4 and 6 is replaced by “domicile” as defined in that State.

154 This provision was included in the Protocol at the Diplomatic Session pursuant to a proposal from the European Community.<sup>57</sup> It is designed to facilitate application of the Protocol by those States (in particular the common law jurisdictions) which are not accustomed to using nationality as a connecting criterion in private international law. These States are accordingly permitted to replace the criterion of nationality used in Articles 4 and 6 by that of domicile, as defined in those States. There are similar provisions in certain European Community instruments, in favour of the United Kingdom and Ireland.<sup>58</sup>

155 Although the definition of the circle of States that may benefit from this special rule is not very precise, it is clear that it is open to common law jurisdictions that use “domicile” as a connecting factor in family matters to make use of Article 9. The phrasing used in Article 9, referring to “[a] State which has the concept of ‘domicile’ as a connecting factor in family matters”, does not expressly limit that Article’s application to the common law States only. There are several civil law jurisdictions

<sup>56</sup> Cf. Art. 10 of the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*; Art. 10(1) of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*; Art. 5(2) of the *Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*; Arts 3(4) and 8(1) of the *Rome Convention of 19 June 1980*; Arts 3(5) and 10(1) of the *Rome I Regulation (Regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008)*.

<sup>57</sup> Work. Docs Nos 2, 6 and 11.

<sup>58</sup> Cf. Arts 3(2) and 6(b) of Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (“Brussels IIa Regulation”).



eux aussi le rattachement au domicile en matière familiale<sup>59</sup>. Selon la lettre de l'article 9, il semblerait que ces États peuvent eux aussi exercer la faculté reconnue par cette disposition. Cette lecture n'est cependant pas conforme à l'esprit de la proposition de la Communauté européenne, dont le but déclaré était de faciliter la tâche des États qui n'ont pas l'habitude d'utiliser le critère de la nationalité comme critère de rattachement dans leurs systèmes internes de droit international privé<sup>60</sup>. Il semble donc que si un État connaît et fait généralement usage de la notion de nationalité en matière de conflit de lois, même à titre subsidiaire, il ne pourra pas bénéficier de la règle spéciale de l'article 9.

156 Dans l'État qui aura fait usage de la faculté prévue à l'article 9, le critère de domicile devra être utilisé tel qu'il est « entendu dans cet État ». Il y a donc là un renvoi au droit interne de l'État concerné et à sa propre notion de domicile. Cette approche n'est évidemment pas très propice à l'application uniforme du Protocole, mais son impact ne doit pas être surestimé, car il restera cantonné aux dispositions de l'article 4(4) et de l'article 6 du Protocole. Il convient également de noter que le renvoi à la notion interne de domicile est également utilisé dans d'autres instruments de droit international privé uniforme, sans que cela ne comporte d'inconvénients majeurs dans l'application de ces textes<sup>61</sup>.

157 Le remplacement de la notion de nationalité par celle de domicile au sens de l'article 9 n'est prévu que dans l'application des articles 4 et 6 du Protocole, à savoir dans les deux dispositions qui utilisent le critère de la nationalité commune des parties. Dans l'article 4(4), ce remplacement aura pour conséquence que, dans les États contractants au Protocole qui auront fait usage de cette faculté, le créancier qui ne peut obtenir d'aliments ni selon la loi de sa résidence habituelle, ni selon celle du for (dans cet ordre ou dans l'ordre inverse, cf. art. 4(3)) pourra néanmoins fonder sa prétention sur la loi de l'État dans lequel les deux parties ont leur domicile. À l'article 6, le remplacement implique que, dans les États en question, un débiteur d'aliments pourra s'opposer à la prétention du créancier, si l'obligation n'existe ni selon la loi de sa résidence habituelle, ni selon la loi de l'État dans lequel les parties sont toutes deux domiciliées.

158 Dans les deux cas visés par l'article 9, le remplacement de la nationalité par le domicile n'aura d'effets que pour l'État contractant ayant fait usage de la faculté prévue par cette disposition. Cela signifie que les autres États ne seront pas tenus d'appliquer le critère du domicile et devront, au contraire, continuer d'appliquer celui de la nationalité. L'article 9 n'est en effet pas soumis à la condition de la réciprocité. Cela a pour corollaire la non-obligation des autres États d'appliquer la notion de domicile telle qu'elle est prévue dans l'État en question ; la tâche de leurs autorités n'est donc pas rendue plus compliquée par l'article en question.

<sup>59</sup> Par ex. la Suisse, où le domicile est défini comme le lieu où une personne « réside avec l'intention de s'y établir », cf. art. 20, al. 1 a, de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

<sup>60</sup> Cf. P.-v. No 5, para. 31.

<sup>61</sup> Cf. art. 52 de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* et de la Convention de Lugano de 1988.

159 Le remplacement prévu à l'article 9 n'aura en revanche pas d'impact sur l'article 8, bien que cette disposition utilise elle aussi le critère de la nationalité au paragraphe premier a) (choix par les parties de la loi nationale de l'une d'elles). Cela s'explique par le souci d'éviter que la désignation de la loi nationale de l'une des parties, effectuée conformément à l'article 8, puisse s'avérer nulle dans un autre État contractant ayant fait usage de l'article 9, en raison du fait qu'aucune des parties n'était domiciliée dans l'État dont la loi a été choisie, ou que, à l'inverse, la désignation de la loi du domicile puisse être considérée comme nulle dans un État contractant qui reste fidèle au critère de la nationalité.

160 Il convient de souligner que le remplacement du critère de la nationalité par celui du domicile est soumis selon l'article 9 à l'obligation d'en informer le Bureau Permanent, qui portera cette information à la connaissance des autres États contractants.

#### **Article 10 Organismes publics**

**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 cet organisme.**

161 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.

162 Cette règle ne constitue pas une nouveauté, puisqu'elle figurait déjà à l'article 9 de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), avec quelques petites différences rédactionnelles. Ainsi, dans la version française, l'expression « institution publique » qui figure dans l'ancienne Convention a été remplacée par « organisme public », pour uniformiser le texte du Protocole avec celui de la Convention<sup>62</sup>.

163 C'est une règle qui est très largement reconnue sur le plan international, comme le confirme le fait qu'une disposition de la même teneur a également été introduite dans le texte de la Convention (art. 36(2) de cette dernière). Cette règle sera donc applicable dans tous les États parties à ce dernier instrument, et ce, même s'ils ne sont pas Parties au Protocole (quelle que soit donc la loi qu'ils appliquent à l'obligation alimentaire).

164 Il convient de noter que le rattachement à la loi de l'organisme public ne vaut que pour le droit de ce dernier de *demande* le remboursement (que ce soit sur la base d'une subrogation ou d'une cession légale), alors que l'existence et l'étendue de la créance alimentaire sont régies par la loi applicable à cette obligation (cf. art. 11 f)). C'est pour clarifier la relation entre ces deux dispositions que l'expression « droit d'obtenir le remboursement », qui figurait dans la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), a été changée en « droit de demander le remboursement ». En effet, l'obtention du remboursement ne dépend pas de la loi de l'organisme public, mais de la loi applicable à l'obligation alimentaire. Dans certains cas, ces deux lois

<sup>62</sup> Cf. art. 36 de cette dernière.

that also use connection with the domicile in family matters.<sup>59</sup> According to the letter of Article 9, it would seem that such States may also exercise the option recognised by this provision. This reading is not consistent, however, with the spirit of the European Community's proposal, the stated purpose of which was to facilitate the task of States that are not accustomed to using nationality as a connecting factor in their domestic systems of private international law.<sup>60</sup> It seems, therefore, that if a State has and generally uses the concept of nationality in matters of conflicts of laws, even on a subsidiary basis, it will not enjoy the benefit of the special rule in Article 9.

156 In the State exercising the option provided for under Article 9, the criterion of domicile must be used "as defined in that State". This is accordingly a referral to the internal law of the State concerned and its own definition of domicile. This approach is naturally not very favourable to uniform application of the Protocol, but its impact should not be over-estimated, since it will remain restricted to the provisions of Article 4(4) and Article 6 of the Protocol. It should also be noted that the referral to the domestic concept of domicile is also used in other instruments of uniform private international law, without having created major drawbacks in the application of those instruments.<sup>61</sup>

157 Replacing the concept of nationality by that of domicile within the meaning of Article 9 is provided for only with respect to application of Articles 4 and 6 of the Protocol, to wit, the two provisions that use the common nationality of the parties as a criterion. In Article 4(4), this replacement will imply that, in the Contracting States to the Protocol that have exercised this option, the creditor who is unable to obtain maintenance under both the law of his or her habitual residence and the law of the forum (in that order or the reverse, *cf.* Art. 4(3)) may nevertheless base his or her claim on the law of the State in which both parties have their domicile. In Article 6 the replacement implies that, in the States concerned, a maintenance debtor may contest the creditor's claim if the obligation exists neither under the law of his or her habitual residence, nor under the law of the State in which both parties are domiciled.

158 In both cases referred to in Article 9, the replacement of nationality by domicile will have effects only for the Contracting State having exercised the option allowed by that provision. This means that other States will not be bound to apply the criterion of domicile and, on the contrary, shall continue to apply that of nationality. Article 9 is not subject to a requirement of reciprocity. The corollary is that other States are not bound to apply the concept of domicile as defined in the State in question; their authorities' task is accordingly not made more difficult by this Article.

<sup>59</sup> *E.g.*, Switzerland, where domicile is defined as the location where a person "resides with the intention of establishment", *cf.* Art. 20, para. 1 a, of the Federal Act of 18 December 1987 on Private International Law.

<sup>60</sup> *Cf.* Minutes No 5, para. 31.

<sup>61</sup> *Cf.* Art. 52 of the *Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters* and of the 1988 Lugano Convention.

159 On the other hand, the replacement provided for by Article 9 will have no impact on Article 8, although that provision also uses the criterion of nationality in paragraph 1 a) (choice by the parties of the national law of one of them). This is due to the concern to prevent the designation of the national law of one party, made in accordance with Article 8, being found void in another Contracting State having made use of Article 9, on the grounds that neither party was domiciled in the State whose law was chosen, or, conversely, designation of the law of the domicile being considered void in a Contracting State remaining true to the nationality criterion.

160 It should be emphasised that the replacement of nationality by domicile as a criterion is subject, under Article 9, to the obligation to inform the Permanent Bureau, which will notify that information to the other Contracting States.

### Article 10 Public bodies

**The right of a public body to seek reimbursement of a benefit provided to the creditor in place of maintenance shall be governed by the law to which that body is subject.**

161 This provision provides that the right of a public body to seek reimbursement of a benefit provided to the creditor in place of maintenance shall be governed by the law to which that body is subject.

162 This rule is not novel, since it already appeared in Article 9 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), with a few drafting differences. Thus, in the French version, the phrase "*institution publique*" in the former Convention was replaced by "*organisme public*" to make the Protocol's text consistent with that of the Convention.<sup>62</sup>

163 This rule is very widely recognised internationally, as confirmed by the fact that a provision with the same substance was also included in the text of the Convention (its Art. 36(2)). This rule will apply, therefore, in all States parties to the latter instrument, whether or not they are parties to the Protocol (and regardless therefore of the law they apply to the maintenance obligation).

164 It should be noted that the connection to the law of the public body applies only to the latter's right to *seek* reimbursement (whether on the basis of subrogation or a statutory assignment), whereas the existence and extent of the maintenance claim are governed by the law applicable to that obligation (*cf.* Art. 11 *f*). It was in order to clarify the relationship between these two provisions that the phrase "right to obtain reimbursement", which appeared in the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), was replaced by "right to seek reimbursement": obtaining the reimbursement does not depend on the law of the public body, but on the law applicable to the maintenance obligation. In some cases, these two laws

<sup>62</sup> *Cf.* the latter's Art. 36.

coïncident ; tel est généralement le cas si l'obligation alimentaire est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier (art. 3), car l'organisme public qui fournit des prestations au créancier opère normalement dans l'État de la résidence de ce dernier, conformément à la loi locale. Une dissociation des deux lois peut se produire plus facilement lorsque l'obligation alimentaire relève d'une loi autre que celle de l'État de la résidence habituelle du créancier en vertu de l'article 4, 5, 7 ou 8.

165 Il est clair par ailleurs que la règle ne vaut que pour le remboursement des prestations versées au lieu d'aliments, et non pour les prestations de nature autre, par exemple les subsides publics, que le débiteur n'est pas obligé de rembourser.

#### **Article 11** *Domaine de la loi applicable*

##### **La loi applicable à l'obligation alimentaire détermine notamment :**

166 Cette disposition précise les questions réglées par la loi applicable à l'obligation alimentaire, désignée à l'article 3, 4, 5, 7 ou 8 du Protocole. Le domaine d'application de cette loi est défini de manière assez large, conformément à l'approche qui caractérise la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable)<sup>63</sup>, ainsi que d'autres instruments internationaux<sup>64</sup>.

167 Il convient de noter que l'énumération contenue à l'article 11, 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.

##### **Paragraphe a) – si, dans quelle mesure et à qui le créancier peut demander des aliments ;**

168 La loi applicable à l'obligation alimentaire régit en premier lieu l'existence de l'obligation alimentaire et la détermination du débiteur. Elle détermine entre autres l'éligibilité d'une personne à une prestation alimentaire, compte tenu de la relation de famille qui la lie au débiteur et de son âge.

##### **Paragraphe b) – la mesure dans laquelle le créancier peut demander des aliments rétroactivement ;**

169 La même loi détermine également l'étendue de l'obligation. Le Protocole est resté fidèle à l'approche des Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973, en prévoyant qu'une loi unique détermine si, et dans quelle mesure, le créancier peut demander des aliments. Le dépeçage entre l'existence et l'étendue de la créance, qui est pratiqué dans certains systèmes juridiques (notamment dans certaines provinces du Canada) n'a pas été suivi.

##### **Paragraphe c) – la base de calcul du montant des aliments et l'indexation ;**

170 L'étendue de l'obligation comprend non seulement les modalités de calcul de la prestation, mais également la mesure dans laquelle le créancier peut rétroactivement demander des aliments pour le passé (cf. art. 11 b)). Les

différents systèmes juridiques limitent généralement cette possibilité aux montants dus dans les années précédant immédiatement la demande du créancier.

171 La loi applicable à l'obligation alimentaire régit également la question de l'indexation du montant dû à titre d'aliments. 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.

##### **Paragraphe d) – qui est admis à tenter l'action alimentaire, sous réserve des questions relatives à la capacité procédurale et à la représentation en justice ;**

172 La loi applicable à l'obligation alimentaire détermine également la personne ayant la qualité pour agir en matière d'aliments. Cette solution correspond à celle consacrée par la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) (art. 10(2)). La qualité pour agir appartient normalement au créancier d'aliments mais, lorsque ce dernier est un mineur, l'action peut être parfois intentée par l'un de ses parents ou par un organisme public. Cette question est distincte de celle de la représentation des incapables, qui échappe au champ d'application du Protocole. 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.

##### **Paragraphe e) – la prescription ou les délais pour tenter une action ;**

173 La prescription de l'action alimentaire et les autres délais prévus pour l'intenter (par ex. des délais de forclusion) tombent également sous le coup de la loi applicable à l'obligation alimentaire. Ces questions se voient donc attribuer une qualification substantielle et non procédurale, comme cela était déjà le cas dans le cadre de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) (art. 10(2)). Une question distincte concerne le délai pendant lequel l'exécution des arriérés peut être obtenue sur la base d'une décision étrangère. Cette question n'est pas régie par le Protocole mais par l'article 32, paragraphe 5, de la Convention, qui dispose que « [I]e délai de prescription relatif à l'exécution des arrérages est déterminé par la loi, de l'État d'origine de la décision ou de l'État requis, qui prévoit le délai le plus long ».

##### **Paragraphe f) – l'étendue de l'obligation du débiteur d'aliments, lorsque l'organisme public demande le remboursement de la prestation fournie au créancier en lieu et place d'aliments.**

174 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, alors que le droit de demander le remboursement dépend de la loi de l'institution concernée (art. 9). Cette règle, qui correspond à celle

<sup>63</sup> Cf. art. 10 de cette Convention.

<sup>64</sup> Cf. art. 7 de la Convention de Montevideo de 1989.

coincide; this is usually the case if the maintenance obligation is governed by the law of the creditor's habitual residence (Art. 3), since the public body providing benefits to the creditor usually operates in the latter's State of residence, in accordance with local law. A split of the two laws is more likely to occur when the maintenance obligation is subject to a law other than the law of the State of the creditor's habitual residence by virtue of Article 4, 5, 7 or 8.

165 Moreover, it is clear that the rule applies only to the reimbursement of benefits provided in place of maintenance, and not to benefits of another nature, such as public allowances, that the debtor is not required to reimburse.

#### **Article 11 Scope of the applicable law**

##### **The law applicable to the maintenance obligation shall determine *inter alia* –**

166 This provision further details the issues determined by the law applicable to the maintenance obligation, designated by Article 3, 4, 5, 7 or 8 of the Protocol. The scope of that law is defined fairly broadly, in accordance with the approach characterising the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law),<sup>63</sup> and other international instruments.<sup>64</sup>

167 It should be noted that the list in Article 11, as indicated by the expression "*inter alia*", does not claim to be comprehensive, and other issues not mentioned may be subject to the same law.

##### **Paragraph a) – whether, to what extent and from whom the creditor may claim maintenance;**

168 The law applicable to the maintenance obligation governs, first of all, the existence of the maintenance obligation and the determination of the debtor. It determines, without limitation, a person's eligibility for maintenance, having regard to that person's family relationship with the debtor, and age.

##### **Paragraph b) – the extent to which the creditor may claim retroactive maintenance;**

169 The same law also determines the extent of the obligation. The Protocol has remained true to the approach of the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions, by providing that a single law determines whether, and to what extent, the creditor may claim maintenance. The split between the existence and extent of the claim, which is applied in certain legal systems (in certain Canadian provinces in particular), was not followed.

##### **Paragraph c) – the basis for calculation of the amount of maintenance, and indexation;**

170 The extent of the obligation includes not only the basis on which the benefit is calculated, but also the extent to which the creditor may claim retroactive maintenance (*cf.* Art. 11 *b*). The various legal systems

usually restrict this possibility to the amounts due in the years immediately preceding the creditor's action.

171 The law applicable to the maintenance obligation also governs the issue of indexation of the amount due as maintenance. This issue was discussed at the Special Commission, as other solutions are theoretically conceivable (*e.g.*, systematic application of the law of the creditor's habitual residence or of the law of the forum). The Special Commission eventually considered that this issue was connected with that of determination of the extent of the maintenance obligation and was accordingly to be governed by the law applicable to the latter.

##### **Paragraph d) – who is entitled to institute maintenance proceedings, except for issues relating to procedural capacity and representation in the proceedings;**

172 The law applicable to the maintenance obligation also determines who is entitled to institute maintenance proceedings. This solution corresponds to that in the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) (Art. 10(2)). The right usually lies with the maintenance creditor but, if the latter is a minor, the proceedings may sometimes be instituted by one of his or her parents or a public body. This issue is separate from that of the representation of incapacitated persons, which is outside the scope of the Protocol. Likewise, it should not be confused with those of procedural capacity and judicial representation, which are subject to the law of the forum.

##### **Paragraph e) – prescription or limitation periods;**

173 The limitation period for maintenance proceedings and other time requirements to institute them (*e.g.*, peremptory time limits) are also subject to the law applicable to the maintenance obligation. These issues are accordingly characterised as substantive and not procedural, as was already the case under the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) (Art. 10(2)). A different question is that concerning the period for which arrears may be enforced on the basis of a foreign decision. This issue is not regulated in the Protocol, but in Article 32, paragraph 5, of the Convention, according to which "[a]ny limitation on the period for which arrears may be enforced shall be determined either by the law of the State of origin of the decision or by the law of the State addressed, whichever provides for the longer limitation period".

##### **Paragraph f) – the extent of the obligation of a maintenance debtor, where a public body seeks reimbursement of benefits provided for a creditor in place of maintenance.**

174 In the case of proceedings for reimbursement brought by a public body, the law applicable to the maintenance obligation governs the existence and extent (and therefore the limits) of that obligation, whereas the right to seek reimbursement is governed by the law of the body concerned (Art. 9). This rule, corresponding to that

<sup>63</sup> *Cf.* Art. 10 of that Convention.

<sup>64</sup> *Cf.* Art. 7 of the 1989 Montevideo Convention.

contenue dans l'article 10(3) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), est parfaitement logique ; en effet, si la loi applicable à l'obligation alimentaire ne prévoit pas de créance, l'organisme public ne saurait réclamer au débiteur le remboursement des prestations qu'il a consenties.

#### **Article 12 Exclusion du renvoi**

**Au sens du Protocole, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois.**

175 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. Cette solution est conforme à celle consacrée par la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) et par de nombreux autres textes élaborés par la Conférence de La Haye<sup>65</sup>. Elle n'appelle pas de commentaire particulier.

#### **Article 13 Ordre public**

**L'application de la loi désignée en vertu du Protocole ne peut être écartée que dans la mesure où ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public du for.**

176 Cet article 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 Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) (art. 11(1)), ainsi qu'à de nombreux instruments de droit international privé uniforme.

177 L'application de la réserve d'ordre public doit être très restrictive. En effet, l'article 13 exige que les effets de la loi étrangère soient *manifestement* contraires à l'ordre public du for, c'est-à-dire qu'ils soient en contradiction évidente avec un principe fondamental de l'État du for.

178 L'exception de l'ordre public est parfois invoquée lorsque la prétention alimentaire se base, selon la *lex causae* étrangère, sur une relation de famille qui n'est pas reconnue dans l'État du for et qui y est perçue comme choquante. À cet égard, il convient cependant de souligner que l'appréciation de l'ordre public doit se faire *in concreto*, par rapport aux effets de l'application de la loi étrangère désignée par le Protocole. Cette considération paraît particulièrement importante dans le domaine alimentaire, car ici l'effet de l'application d'une loi étrangère se produit en tout cas sur le plan patrimonial<sup>66</sup>. Pour pouvoir invoquer l'ordre public, il ne suffira donc pas que la relation de famille dont découle la prétention alimentaire heurte en tant que telle l'ordre public de l'État du for, mais il faudra que le fait d'obliger une certaine personne à payer des aliments à une autre sur la base d'une telle relation soit ressenti en soi comme

choquant. Cette distinction n'est pas anodine. Il est bien connu en effet que dans plusieurs États la jurisprudence est prête à reconnaître certains effets spécifiques (de nature patrimoniale ou personnelle) découlant d'une relation de famille, bien que cette dernière soit en soi contraire à l'ordre public du for. L'exemple le plus connu est celui de la reconnaissance dans des États européens (Allemagne, France) de certains effets de la polygamie ; bien que cette institution ne puisse pas être reconnue dans ces États en tant que telle, parce que contraire à des principes fondamentaux de la loi du for, l'existence d'une obligation alimentaire du mari en faveur des différentes femmes n'y est pas perçue comme choquante. Des considérations analogues pourraient s'appliquer, *mutatis mutandis*, à d'autres institutions controversées, comme le mariage ou le partenariat entre personnes de même sexe.

179 Contrairement à d'autres textes de source interne ou internationale, le Protocole ne réserve pas les lois de police (ou règles d'application immédiate) du for, c'est-à-dire les règles impératives qui, en raison de leur importance cruciale pour l'État du for, sont applicables quelle que soit la loi désignée par les règles sur les conflits de lois. Il semblerait donc que les autorités saisies soient en tout cas tenues de déterminer le contenu de la loi désignée par le Protocole, qui ne pourra être écartée que si ses effets sont dans un cas d'espèce incompatibles avec des principes d'ordre public de la loi du for.

#### **Article 14 Fixation du montant des aliments**

**Même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments.**

180 L'article 14 prévoit que, même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte, dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur, ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments. Il s'agit d'une règle matérielle qui s'impose comme telle aux États contractants, quelle que soit la manière de disposer de la loi applicable à l'obligation alimentaire.

181 Le texte de cette disposition correspond largement à l'article 11(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable), mais présente deux nouveautés importantes :

182 La première différence résulte du fait que l'article 14 fait l'objet d'une disposition indépendante et séparée de celle relative à l'ordre public, contrairement à l'article 11(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable). Après des longues discussions dans le cadre du GTLA et de la Commission spéciale, cette solution a été adoptée lors de la Session diplomatique. Elle a une conséquence importante ; la règle matérielle dont il est question ne constitue pas uniquement une limite à l'application d'une loi étrangère, mais elle doit être appliquée par les autorités d'un État contractant même si la loi désignée par le Protocole est, dans le cas concret, la loi du for.

<sup>65</sup> Cf. art. 10 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* ; art. 19 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*.

<sup>66</sup> Cf. également art. 1(2) du Protocole, selon lequel les décisions rendues en application du Protocole ne préjugent pas de l'existence d'une relation de famille.

in Article 10(3) of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), is entirely logical: if the law applicable to the maintenance obligation does not provide for a claim, the public body may not seek reimbursement by the debtor of the benefits that it has provided.

#### **Article 12 Exclusion of renvoi**

**In the Protocol, the term “law” means the law in force in a State other than its choice of law rules.**

175 This provision specifies that the conflict rules in the Protocol designate the internal law of the State concerned, exclusive of its choice of law rules. *Renvoi* is accordingly excluded, even if the designated law is that of a non-Contracting State. This solution is consistent with the one in the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) and many other instruments drawn up by the Hague Conference.<sup>65</sup> It calls for no particular comments.

#### **Article 13 Public policy**

**The application of the law determined under the Protocol may be refused only to the extent that its effects would be manifestly contrary to the public policy of the forum.**

176 This article provides an option to exclude the applicable law where its effects are manifestly contrary to the public policy of the forum. The substance of this provision corresponds to that of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) (Art. 11(1)), and to many instruments of uniform private international law.

177 Application of the public policy exception must be very restrictive: Article 13 requires the effects of the foreign law to be *manifestly* contrary to the public policy of the forum, *i.e.*, obviously contrary to a fundamental principle in the forum State.

178 The public policy exception is sometimes invoked when the maintenance claim is based, according to the foreign *lex causae*, on a family relationship that is not recognised in the forum State and that is considered in that State as being improper. In this respect, it should be pointed out, however, that the determination of public policy is to be performed *in concreto*, in relation to the effects of application of the foreign law designated by the Protocol. This consideration appears to be of particular importance in the area of maintenance, as in such cases the effect of application of a foreign law is felt in any case in the property area.<sup>66</sup> In order to be able to invoke public policy, it will not be sufficient, therefore, for the family relationship on which the maintenance claim is based to run up as such against the public policy of the forum State, but it will be necessary for the fact of compelling one person to pay maintenance to another on the basis of such a relationship to be seen as improper in itself. This

distinction is not academic. It is well known that in several States the case law is willing to recognise certain specific rights (of a property or personal nature) arising out of a family relationship, even though the latter is in itself in breach of the forum's public policy. The best known example is that of recognition in some European States (France, Germany) of certain effects of polygamy; even though that institution cannot be recognised as such by those States for being inconsistent with fundamental principles of the law of the forum, the provision of maintenance by the husband to the various wives is not regarded there as being improper. Similar considerations could apply, *mutatis mutandis*, to other controversial institutions, such as same-sex partnership or marriage.

179 Unlike other domestic or international instruments, the Protocol does not make a reservation for the forum's *lois de police* (or rules of immediate application), *i.e.*, the mandatory rules which, owing to their crucial importance for the forum State, are applicable regardless of the law designated by the choice of law rules. It would seem, therefore, that the authorities seized are bound in any case to determine the substance of the law designated by the Protocol, which could be set aside only if its effects are incompatible in a specific case with the public policy principles of the law of the forum.

#### **Article 14 Determining the amount of maintenance**

**Even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor as well as any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments shall be taken into account in determining the amount of maintenance.**

180 Article 14 provides that even if the applicable law provides otherwise, the needs of the creditor and the resources of the debtor as well as any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments shall be taken into account in determining the amount of maintenance. This is a substantive rule that is binding as such on the Contracting States, regardless of the manner in which the law applicable to the maintenance obligation is treated.

181 The text of this provision is largely the same as Article 11(2) of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), but includes two major novelties:

182 The first difference is based on the fact that Article 14 is the object of a separate provision independent of the one relating to public policy, unlike Article 11(2) of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law). After lengthy discussions within the WGAL and Special Commission, this solution was adopted at the Diplomatic Session. It has an important consequence: the substantive rule in question is not merely a restriction of application of a foreign law, but it is to be applied by the authorities of a Contracting State even if the law designated by the Protocol is the law of the forum in the specific case.

<sup>65</sup> Cf. Art. 10 of the *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*; Art. 19 of the *Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults*.

<sup>66</sup> Cf. also Art. 1(2) of the Protocol, whereby decisions rendered in application of the Protocol shall be without prejudice to the existence of a family relationship.

183 Il convient de noter que la prise en compte des besoins et des ressources ne doit pas nécessairement comporter un pouvoir d'appréciation de l'autorité dans le cas concret, mais qu'elle peut résulter de manière indirecte des modalités de calcul des aliments issues de la loi applicable, par exemple en fixant le montant des aliments dus à un créancier dans un cas particulier au moyen de barèmes suffisamment souples pour tenir compte des besoins et des ressources des parties. Cette précision est importante par rapport aux systèmes administratifs qui se basent généralement, eux aussi, sur les besoins du créancier et les ressources du débiteur, bien que ces facteurs soient pris en compte de manière plus abstraite que dans les systèmes judiciaires.

184 La deuxième différence par rapport à l'article 11(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) résulte de la référence qui est faite dans l'article 14 à « toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments ». Cette nouveauté a été introduite elle aussi lors de la Session diplomatique sur proposition de la délégation de la Communauté européenne<sup>67</sup>. Elle vise en particulier les cas où, au moment d'un divorce, l'un des époux a obtenu le paiement d'un montant en capital (*lump sum*), ou l'attribution d'une partie des biens (meubles ou immeubles) appartenant à l'autre époux (comme c'est par ex. le cas dans certains ressorts de *common law*), en liquidation de toutes ses prétentions, y compris alimentaires. Cette solution est utilisée dans plusieurs systèmes nationaux pour favoriser un règlement définitif des prétentions respectives des époux au moment du divorce, en mettant ainsi fin par une coupure nette à leurs relations, au moins sur le plan patrimonial (principe du « *clean break* »). Dans ce cas, il faut éviter que des prétentions alimentaires incompatibles avec le règlement antérieur puissent être avancées par la suite par l'un des époux sur la base d'une loi qui ne connaît pas ce mécanisme de compensation. En effet, si la loi désignée par le Protocole se base sur les besoins actuels du créancier, sans tenir compte de la compensation qu'il avait reçue, le résultat peut s'avérer inéquitable. Dès lors, la règle matérielle de l'article 14 pourra être utilisée pour corriger, le cas échéant, les solutions résultant de la loi applicable aux prétentions alimentaires.

#### **Articles 15 à 17    *Systèmes juridique non unifiés***

185 Ces articles contiennent des clauses concernant l'application du Protocole dans les États dont le système juridique n'est pas unifié. Ces clauses sont usuelles dans les Conventions de La Haye, mais leur rédaction doit être adaptée à l'objet de chaque convention. Dans le cas du Protocole, des projets d'articles ont été préparés par le Bureau Permanent<sup>68</sup>. Ces articles ont été adoptés avec peu de modifications par la Session diplomatique. L'article 15 établit que le Protocole ne s'applique pas dans les conflits purement internes à un État contractant, tandis que les articles 16 et 17 concernent l'application du Protocole aux systèmes juridiques non unifiés du point de vue territorial et personnel.

<sup>67</sup> Voir les Doc. trav. No 2, P.-v. No 1, para. 64 et s., et P.-v. No 2, para. 1 et s.

<sup>68</sup> Doc. trav. No 12.

#### **Article 15    *Non-application du Protocole aux conflits internes***

**Paragraphe premier – Un État contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière d'obligations alimentaires n'est pas tenu d'appliquer les règles du Protocole aux conflits concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.**

186 Cet article précise qu'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent en matière d'obligations alimentaires n'est pas tenu d'appliquer les règles du Protocole pour trancher les conflits internes qui en résultent. En effet, le Protocole est destiné à régler les conflits de lois dans les situations internationales et ne prétend pas à être appliqué dans des situations purement internes. Cela vaut tant pour les conflits interpersonnels (c.-à-d. lorsque l'application des différents systèmes internes se fonde sur un critère personnel, tel que la religion des personnes concernées) que pour les conflits interterritoriaux (lorsque les différents systèmes ou ensembles de règles s'appliquent dans des unités territoriales différentes).

187 L'État concerné pourrait, sur une base purement volontaire et unilatérale, décider d'appliquer le Protocole pour régler les conflits internes s'il le souhaite. Cette solution, certainement envisageable pour les conflits interterritoriaux, paraît cependant inappropriée pour les conflits interpersonnels.

**Paragraphe 2 – Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.**

188 Selon le paragraphe 2, l'article 15 ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique (ORIE). Les États qui composent cette Organisation sont en effet des États indépendants et ne peuvent donc pas être assimilés aux unités territoriales d'un État plurilégislatif.

#### **Article 16    *Systèmes juridiques non unifiés à caractère territorial***

**Paragraphe premier – Au regard d'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles ayant trait aux questions régies par le présent Protocole s'appliquent dans des unités territoriales différentes :**

**Alinéa a) – toute référence à la loi d'un État vise, le cas échéant, la loi en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;**

**Alinéa b) – toute référence aux autorités compétentes ou organismes publics de cet État vise, le cas échéant, les autorités compétentes ou organismes publics habilités à agir dans l'unité territoriale considérée ;**

**Alinéa c) – toute référence à la résidence habituelle dans cet État vise, le cas échéant, la résidence habituelle dans l'unité territoriale considérée ;**

183 It should be noted that taking the needs and resources into account does not necessarily involve a power of evaluation of the authority in the case in point, but may be based indirectly on the manner in which the maintenance arising from the applicable law is calculated, for instance by defining the amount of maintenance owed to a creditor in specific circumstances by way of tables that are flexible enough to take into account the parties' needs and resources. This point is important in relation to administrative systems which also rely on the needs of the creditor and the resources of the debtor, even though such factors are taken into account more abstractly than in judicial systems.

184 The second difference from Article 11(2) of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) is based on the reference in Article 14 to "any compensation which the creditor was awarded in place of periodical maintenance payments". This novelty, too, was introduced at the Diplomatic Session upon a proposal from the delegation of the European Community.<sup>67</sup> It refers in particular to cases where, at the time of divorce, one spouse has obtained the payment of a lump sum or the allocation of part of the property (real or personal) belonging to the other spouse (as is the case, for instance, in certain common law jurisdictions) to liquidate all his or her claims, including maintenance. This solution is used in several national systems to favour a final settlement of the spouses' respective claims at the time of divorce, thereby putting an end with a "clean break" to their relationship, at least as regards property. In such case, the subsequent assertion by one spouse of maintenance claims incompatible with the earlier settlement, on the basis of a law that does not recognise this form of compensation, should be avoided: if the law designated by the Protocol relies on the creditor's current needs, without having regard to the compensation previously received, the result could be unfair. As a result, the substantive rule in Article 14 can be used to remedy, if applicable, the solutions arising out of the law applicable to the maintenance claims.

#### **Articles 15 to 17 Non-unified legal systems**

185 These Articles contain provisions relating to application of the Protocol in States having non-unified legal systems. These provisions are customary in Hague Conventions, but their drafting needs to be suited to the material scope of each Convention. In the case of the Protocol, draft Articles were prepared by the Permanent Bureau.<sup>68</sup> These Articles were adopted with few changes by the Diplomatic Session. Article 15 provides that the Protocol does not apply to conflicts that are strictly internal in a Contracting State, whereas Articles 16 and 17 relate to application of the Protocol in legal systems that are not unified on a personal or territorial basis.

#### **Article 15 Non-application of the Protocol to internal conflicts**

**Paragraph 1 – A Contracting State in which different systems of law or sets of rules of law apply to maintenance obligations shall not be bound to apply the rules of the Protocol to conflicts solely between such different systems or sets of rules of law.**

186 This Article provides that a State in which two or more systems of law or sets of rules of law apply to maintenance obligations shall not be bound to apply the rules of the Protocol to settle the resulting internal conflicts. The Protocol is intended to settle conflicts of laws in international situations and does not claim to be applied in strictly internal situations. This applies to both interpersonal conflicts (*i.e.*, where application of the various internal legal systems is based on a personal criterion, such as the religion of the persons concerned) and inter-territorial conflicts (where the various systems or sets of rules apply in different territorial units).

187 The State concerned may, on a strictly voluntary and unilateral basis, decide to apply the Protocol to settle internal conflicts if it so wishes. This solution, which may certainly be contemplated for inter-territorial conflicts, seems however to be unsuitable for interpersonal conflicts.

**Paragraph 2 – This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.**

188 According to paragraph 2, Article 15 shall not apply to Regional Economic Integration Organisations (REIOs). The States making up such organisations are independent States and may therefore not be treated like the territorial units of a multi-unit State.

#### **Article 16 Non-unified legal systems – territorial**

**Paragraph 1 – In relation to a State in which two or more systems of law or sets of rules of law with regard to any matter dealt with in this Protocol apply in different territorial units –**

**Sub-paragraph a) – any reference to the law of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law in force in the relevant territorial unit;**

**Sub-paragraph b) – any reference to competent authorities or public bodies of that State shall be construed as referring, where appropriate, to those authorised to act in the relevant territorial unit;**

**Sub-paragraph c) – any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring, where appropriate, to habitual residence in the relevant territorial unit;**

<sup>67</sup> See Work. Doc. No 2, Minutes No 1, paras 64 *et seq.*, and Minutes No 2, paras 1 *et seq.*

<sup>68</sup> Work. Doc. No 12.



**Alinéa d) – toute référence à l'État dont les deux parties ont la nationalité commune vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle l'obligation alimentaire présente le lien le plus étroit ;**

**Alinéa e) – toute référence à l'État dont une partie a la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle la personne présente le lien le plus étroit.**

189 Cet article indique comment procéder lorsque, dans une situation internationale, la loi désignée par le Protocole est celle d'un système non unifié, dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent en matière d'obligations alimentaires dans des unités territoriales différentes. Il convient de noter que ce problème ne concerne pas uniquement les États plurilégislatifs, mais qu'il est susceptible de se poser pour tous les États contractants au Protocole, lorsque ce dernier désigne comme applicable la loi d'un État plurilégislatif. Si par exemple le Protocole désigne la loi d'un État A en raison du fait que le créancier a sa résidence habituelle dans cet État, et que cet État est un système non unifié, l'autorité saisie dans un autre État B (Partie au Protocole) sera confrontée au problème de savoir si les règles applicables sont celles de l'une ou de l'autre des différentes unités territoriales qui composent l'État A.

**Paragraphe 2 – Pour identifier la loi applicable en vertu du Protocole, lorsqu'un État comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou un ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le Protocole, les règles suivantes s'appliquent :**

**Alinéa a) – en présence de règles en vigueur dans cet État identifiant l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique ;**

**Alinéa b) – en l'absence de telles règles, la loi de l'unité territoriale identifiée selon les dispositions du paragraphe premier s'applique.**

190 L'article 16(2) précise que pour identifier dans ce cas la loi applicable selon le Protocole, on doit d'abord se baser sur les règles en vigueur dans l'État concerné identifiant l'unité territoriale dont la loi est applicable (art. 16(2) a)). Dans notre exemple, l'autorité dans l'État B devra donc se baser en premier lieu sur les règles qui sont applicables dans l'État A pour régler les conflits interterritoriaux ; ceci peut conduire, par exemple, à l'application de la loi d'une unité territoriale différente de celle où le créancier a sa résidence habituelle (par ex. la loi de la résidence habituelle du débiteur, si ce critère est retenu dans l'État A).

191 Ce n'est qu'en l'absence de telles règles internes, et donc à titre purement subsidiaire, que la loi applicable sera identifiée selon les règles du Protocole (art. 16(2) a)). À cet effet, l'article 16(1) précise comment doivent être interprétées les notions utilisées dans le Protocole ; cette disposition ne s'applique que si l'alinéa 2 b) s'applique.

L'idée générale qui inspire cette disposition est de localiser les éléments spatiaux de rattachement retenus par le Protocole dans l'unité territoriale où ils sont effectivement localisés.

192 Ainsi, toute référence à la loi d'un État vise, le cas échéant, la loi en vigueur dans l'unité territoriale considérée (art. 16(1) a) ; par ex., par « loi du for » on devra entendre la loi qui est en vigueur dans l'unité territoriale où siège l'autorité saisie). De même, toute référence aux autorités compétentes ou organismes publics de cet État vise, le cas échéant, les autorités compétentes ou organismes publics habilités à agir dans l'unité territoriale considérée (par ex. le droit d'un organisme public de demander le remboursement d'une prestation fournie au créancier selon l'art. 10 sera régie par la loi en vigueur dans l'unité territoriale où cet organisme est habilité à agir). Selon la même idée, toute référence à la résidence habituelle dans cet État vise, le cas échéant, la résidence habituelle dans l'unité territoriale considérée (dès lors, la loi applicable selon l'art. 3 sera celle qui est en vigueur dans l'unité territoriale où le créancier a sa résidence habituelle).

193 Certaines dispositions du Protocole utilisent la notion de nationalité (art. 4(4), 6 et 8(1) a)), et cette dernière s'adapte mal à la solution des conflits internes, pour la simple raison que généralement les unités territoriales dans un État plurilégislatif ne confèrent pas de nationalité distincte de celle de l'État en question. C'est pour cette raison que, dans ces cas, les alinéas d) et e) de l'article 16(1) prévoient qu'en l'absence de règles pertinentes dans l'État en question, la loi applicable est celle de l'unité territoriale avec laquelle la personne présente le lien le plus étroit. Cette solution n'est certes pas très simple à mettre en œuvre, mais elle permettra généralement de sortir de l'impasse.

**Paragraphe 3 – Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.**

194 Selon le paragraphe 3, l'article 16 ne s'applique pas à une ORIE. Les États qui composent cette Organisation sont en effet des États indépendants et ne peuvent donc pas être assimilés aux unités territoriales d'un État plurilégislatif.

**Article 17 *Systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel***

**Pour identifier la loi applicable en vertu du Protocole, lorsqu'un État comprend deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à des catégories différentes de personnes pour les questions régies par le Protocole, toute référence à la loi d'un tel État est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État.**

195 Cet article vise le cas où la loi désignée par le Protocole est celle d'un État comprenant divers systèmes juridiques ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes (en fonction, par exemple, de leur religion). Dans ce cas, le seul critère retenu est celui du renvoi aux règles de conflit internes de l'État considéré. Cette solution reflète celle adoptée dans toutes les Conventions de La Haye qui ont abordé ce

**Sub-paragraph d) – any reference to the State of which two persons have a common nationality shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the maintenance obligation is most closely connected;**

**Sub-paragraph e) – any reference to the State of which a person is a national shall be construed as referring to the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the person has the closest connection.**

189 This Article indicates the procedure to be applied when, in an international situation, the law designated by the Protocol is that of a non-unified system, in which two or more systems of law or sets of rules of law apply to maintenance obligations in different territorial units. It should be noted that this issue does not arise only in multi-unit States, but may occur in all Contracting States to the Protocol when the latter designates as applicable the law of a multi-unit State. If, for instance, the Protocol designates the law of State A because the creditor has his or her habitual residence in that State, and that State is a non-unified system, the authority seized in State B (Party to the Protocol) will be faced with the issue of determining whether the rules applicable are those of one or the other of the various territorial units of State A.

**Paragraph 2 – For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which comprises two or more territorial units each of which has its own system of law or set of rules of law in respect of matters covered by this Protocol, the following rules apply –**

**Sub-paragraph a) – if there are rules in force in such a State identifying which territorial unit's law is applicable, the law of that unit applies;**

**Sub-paragraph b) – in the absence of such rules, the law of the relevant territorial unit as defined in paragraph 1 applies.**

190 Article 16(2) provides that for the purpose of identifying in such case the applicable law under the Protocol, the rules in force in the State concerned identifying the territorial unit, the law of which is applicable, shall be applied first (Art. 16(2) a)). In our example, the authority in State B will accordingly rely first on the rules applicable in State A to settle inter-territorial conflicts; this may result, for instance, in application of the law of a different territorial unit from the one where the creditor has his or her habitual residence (e.g., the law of the debtor's habitual residence, if that criterion is used in State A).

191 It is only in the absence of such domestic rules, and therefore on a strictly subsidiary basis, that the applicable law will be identified according to the Protocol rules (Art. 16(2) a)). For this purpose, Article 16(1) specifies how the concepts used in the Protocol are to be interpreted; this provision only applies if sub-paragraph 2 b) applies. The general idea behind this

provision is to locate the spatial elements of connection settled upon by the Protocol in the territorial unit where they are actually located.

192 Thus, any reference to the law of a State shall refer, if applicable, to the law in force in the relevant territorial unit (Art. 16(1) a); e.g., "law of the forum" shall be understood as meaning the law in force in the territorial unit where the authority seized is located). Likewise, any reference to the competent authorities or public bodies of that State shall be construed as referring, where appropriate, to the competent authorities or public bodies authorised to act in the relevant territorial unit (e.g., the right of a public body to seek reimbursement of a benefit provided to the creditor under Art. 10 shall be governed by the law in force in the territorial unit where that body is authorised to act). By the same token, any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring, where appropriate, to habitual residence in the relevant territorial unit (as a result, the law applicable under Art. 3 will be that in force in the territorial unit where the creditor has his or her habitual residence).

193 Certain provisions of the Protocol use the concept of nationality (Arts 4(4), 6 and 8(1) a)), and the latter is poorly suited to the resolution of internal conflicts for the simple reason that the territorial units of a multi-unit State usually do not confer a separate nationality from that of the State in question. This is why, in such cases, sub-paragraphs d) and e) of Article 16(1) provide that in the absence of relevant rules in the State in question, the applicable law shall be that of the territorial unit with which the person is most closely connected. This solution is admittedly not very easy to implement, but it will usually break the deadlock.

**Paragraph 3 – This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.**

194 According to paragraph 3, Article 16 shall not apply to REIOs. The States making up such organisations are independent States and may therefore not be treated like the territorial units of a multi-unit State.

#### ***Article 17 Non-unified legal systems – inter-personal conflicts***

**For the purpose of identifying the applicable law under the Protocol in relation to a State which has two or more systems of law or sets of rules of law applicable to different categories of persons in respect of matters covered by this Protocol, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State.**

195 This Article refers to the situation in which the law designated by the Protocol is that of a State having various legal systems or sets of rules of law applicable to various categories of persons (on the basis of religion, for instance). In such case, the only criterion used is that of reference to the internal conflict rules of the State concerned. This solution reflects that adopted in all the Hague Conventions having considered the issue. It is

problème. Elle s'impose, car les règles du Protocole, se basant généralement sur un critère territorial, sont inappropriées pour résoudre des conflits interpersonnels. Contrairement à d'autres Conventions, le Protocole ne prévoit pas de critère subsidiaire, pour le cas où des règles internes n'existeraient pas dans l'État considéré. Il a été suggéré lors de la Session diplomatique que les États comprenant divers systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel dans le domaine des obligations alimentaires et n'ayant pas de règles de conflit internes à cet égard adoptent de telles règles avant de devenir Parties contractantes au Protocole.

#### **Article 18 Coordination avec les Conventions de La Haye antérieures en matière d'obligations alimentaires**

**Dans les rapports entre les États contractants, le présent Protocole remplace la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants.**

196 Cet article précise que le Protocole est destiné à remplacer, dans les rapports entre États contractants, les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973. Cette règle reprend, *mutatis mutandis*, celle qui figure à l'article 18 de la Convention de 1973.

197 Le remplacement ne se produit que dans les rapports entre États contractants, ce qui veut dire que les anciennes Conventions demeurent applicables, même dans un État qui est devenu Partie au Protocole, dans les relations avec les autres États qui sont Parties de ces textes et qui n'ont pas adhéré au Protocole.

198 La Convention Obligations alimentaires de 1956 n'est applicable que lorsqu'elle conduit à l'application de la loi d'un État contractant. Elle ne revendique dès lors pas d'effet *erga omnes*<sup>69</sup>. L'article 18 prévoit en outre que « dans les rapports entre États contractants » le Protocole remplace la Convention de 1956 sans nécessité de dénoncer celle-ci. Cette disposition fait donc clairement prévaloir l'application du Protocole par rapport à l'ancienne Convention, au moins entre États parties aux deux instruments. Il est vrai qu'on pourrait conclure de l'article 18 qu'il autorise un État partie aux deux instruments à déroger à l'application du Protocole dans ses relations avec un État partie à la Convention de 1956 mais pas lié par le Protocole. Ce cas sera de toute façon exceptionnel, mais surtout difficile à traiter faute de critère précis pour déterminer quand il est question de rapports avec un tel État. Au vu de cette ambiguïté l'on pourrait s'inspirer de l'objectif de l'article 18 pour favoriser l'application du Protocole également dans cette hypothèse.

199 La coordination avec la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) est plus délicate, car ce texte revendique, comme le Protocole, un domaine d'application universel<sup>70</sup>. L'effet de l'article 18 est, comme dans le cas de la Convention Obligations

alimentaires de 1956, qu'au moins « dans les rapports entre États contractants » le Protocole prévaudra sans qu'il soit nécessaire de dénoncer la Convention de 1973. Et on pourrait également en conclure que cette disposition autorise un État partie au Protocole et à la Convention de 1973 à déroger à l'application du Protocole dans ces relations avec un État partie à la Convention de 1973 mais non pas au Protocole. Cela ne résout tout de même pas le problème du conflit d'instruments dans les hypothèses où les deux instruments, dans un cas concret, conduisent à une solution différente, faute de critère pour déterminer quand il est question de « rapports entre États contractants ». Ces hypothèses risquent d'être plus fréquentes que celles visées au paragraphe précédent à cause du domaine universel des deux instruments. Au vu de cette difficulté, il y a d'autant plus de raison de s'inspirer de l'objectif de l'article 18 pour favoriser l'application du Protocole, système plus moderne et destiné à remplacer le jeu de règles de la Convention de 1973, par rapport à l'application de celle-ci. Cette solution reçoit un appui supplémentaire dans l'article 19 de la Convention de 1973, selon lequel « [l]a Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un État contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention ».

#### **Article 19 Coordination avec d'autres instruments**

**Paragraphe premier – Le présent Protocole ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont ou seront parties et qui contiennent des dispositions sur les matières régies par le Protocole, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par de tels instruments.**

200 La coordination avec d'autres conventions est plus simple. En effet, selon l'article 19, le Protocole ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires. Le Protocole n'aura priorité sur ces instruments antérieurs ou postérieurs qu'en cas de déclaration contraire des États liés par ces instruments.

**Paragraphe 2 – Le paragraphe premier s'applique également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les États concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.**

201 Il convient de souligner que selon l'article 19(2), cette solution s'applique également aux relations entre le Protocole et les lois uniformes reposant sur l'existence entre les États concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale. Il s'ensuit, par exemple, que le Protocole céderait le pas, le cas échéant, à un futur instrument régional régissant la même matière.

#### **Article 20 Interprétation uniforme**

**Pour l'interprétation du présent Protocole, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.**

202 Par cette clause désormais classique pour tous les textes de droit uniforme, les États parties au Protocole s'engagent, dans l'interprétation du Protocole, à tenir

<sup>69</sup> Cf. art. 6 de cette Convention.

<sup>70</sup> Cf. art. 3 de la Convention de 1973 et l'art. 2 du Protocole.

necessary because the Protocol rules, usually based on a territorial criterion, are unsuited to the resolution of interpersonal conflicts. Unlike other Conventions, the Protocol does not provide for a subsidiary criterion for cases where there are no internal rules in the State concerned. It was suggested at the Diplomatic Session that States having several non-unified systems of law applicable to different categories of person in the field of maintenance obligations and no related domestic conflict rules ought to adopt such rules before becoming Contracting Parties to the Protocol.

#### **Article 18 Co-ordination with prior Hague Maintenance Conventions**

**As between the Contracting States, this Protocol replaces the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations* and the *Hague Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children*.**

196 This Article specifies that the Protocol is intended, in relations between the Contracting States, to replace the 1956 and 1973 Hague Maintenance Conventions. This rule reproduces, *mutatis mutandis*, that contained in Article 18 of the 1973 Convention.

197 The replacement occurs only in relations between Contracting States, which means that the former Conventions remain applicable, even in a State that has become a Party to the Protocol, in relations with other States which are Parties to those instruments and have not acceded to the Protocol.

198 The 1956 Hague Maintenance Convention is applicable only where it leads to application of the law of a Contracting State. Accordingly, it claims no effect *erga omnes*.<sup>69</sup> Article 18 further provides that “as between the Contracting States”, the Protocol replaces the 1956 Convention without requiring its denunciation. This provision accordingly clearly causes application of the Protocol to prevail over the former Convention, at least between States Parties to both instruments. Admittedly, one might conclude from Article 18 that it allows a State Party to both instruments to deviate from application of the Protocol in relations with a State Party to the 1956 Convention but not bound by the Protocol. Such a situation will be exceptional in any case, but above all it will be difficult to deal with in the absence of a specific criterion to determine in which cases relations with such a State are at issue. In view of this ambiguity, the objective of Article 18 might be used as inspiration to favour application of the Protocol in such a case as well.

199 Co-ordination with the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law) is more difficult, as that instrument claims, like the Protocol, universal application.<sup>70</sup> As in the case of the 1956 Hague Maintenance Convention, the effect of Article 18 is that at

least “as between the Contracting States”, the Protocol will prevail without requiring a denunciation of the 1973 Convention. And it might also be concluded that this provision allows a State Party to the Protocol and the 1973 Convention to deviate from application of the Protocol in its relations with a State Party to the 1973 Convention but not to the Protocol. This does not, however, resolve the issue of conflict of instruments in situations where, in practice, the two instruments lead to different solutions, in the absence of a criterion to determine when the issue is one “as between the Contracting States”. These cases are likely to be more common than those under the previous paragraph, owing to both instruments’ universal application. In view of this difficulty, there is all the more reason to use the objective of Article 18 as inspiration to favour application of the Protocol, a more modern system destined to replace the effect of the rules in the 1973 Convention, over the latter’s application. This conclusion may be further supported by Article 19 of the 1973 Convention, according to which “[t]his Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party”.

#### **Article 19 Co-ordination with other instruments**

**Paragraph 1 – This Protocol does not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by the Protocol, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.**

200 Co-ordination with other instruments is easier: under Article 19, the Protocol shall not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions relating to the law applicable to maintenance obligations. The Protocol will prevail over such earlier or subsequent instruments only in the case of a declaration to the contrary by the States bound by such instruments.

**Paragraph 2 – Paragraph 1 also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.**

201 It should be pointed out that under Article 19(2), this solution shall also apply to relations between the Protocol and uniform laws based on the existence of special ties between the States concerned, of a regional nature in particular. It follows that, for instance, the Protocol would yield, if applicable, to a future regional instrument governing the same subject matter.

#### **Article 20 Uniform interpretation**

**In the interpretation of this Protocol, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.**

202 By this provision, which has become traditional in all uniform law instruments, the States Parties to the Protocol agree, in interpreting the Protocol, to have regard

<sup>69</sup> Cf. Art. 6 of that Convention.

<sup>70</sup> Cf. Art. 3 of the 1973 Convention and Art. 2 of the Protocol.

compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cela implique entre autres l'obligation des autorités des États contractants de tenir compte, dans la mesure du possible, des décisions qui ont été rendues en application du Protocole dans les autres États contractants. Bien évidemment, ces décisions n'ont qu'une autorité persuasive, les autorités des autres États n'étant pas obligées de les suivre.

#### **Article 21 Examen du fonctionnement pratique du Protocole**

**Paragraphe premier – Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoque lorsque cela est nécessaire une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique du Protocole.**

203 Pour garantir un suivi, il est prévu à l'article 21 que le Secrétaire général peut convoquer, lorsque cela s'avère nécessaire, une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique du Protocole.

**Paragraphe 2 – À cette fin, les États contractants collaborent avec le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé afin de recueillir la jurisprudence relative à l'application du Protocole.**

204 Toujours dans le même but, et pour faciliter l'accès des autorités des États contractants aux décisions rendues dans les autres États en application du Protocole, les États contractants s'engagent à collaborer avec le Bureau Permanent afin de recueillir la jurisprudence relative à l'application du Protocole.

#### **Article 22 Dispositions transitoires**

**Le présent Protocole ne s'applique pas aux aliments réclamés dans un État contractant pour une période antérieure à son entrée en vigueur dans cet État.**

205 Selon cet article, le Protocole ne s'applique pas aux aliments réclamés dans un État contractant pour une période antérieure à son entrée en vigueur. Le but de cette disposition est d'éviter que les nouvelles règles aient un impact sur les droits et obligations des parties préexistants à leur entrée en vigueur. Cette solution correspond à celle qui est prévue à l'article 12 de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable)<sup>71</sup>.

206 Contrairement à la Convention (cf. art. 56(1)), le Protocole ne s'appliquera donc pas dans toutes les procédures qui seront ouvertes après son entrée en vigueur ; à l'inverse, son application n'est pas exclue si la procédure a été ouverte antérieurement à cette date. Bien au contraire, il faudra établir dans les deux cas *pour quelle période* des aliments sont réclamés. S'ils sont réclamés pour une période antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau texte (par ex. si le créancier demande le versement d'arriérés), le Protocole ne s'appliquera pas, bien que la demande ait été déposée après son entrée en vigueur. L'obligation alimentaire restera régie, pour cette période, par les règles de droit international privé (de

source interne ou conventionnelle) qui étaient applicables dans l'État du for avant l'entrée en vigueur du Protocole. À l'inverse, une autorité qui doit trancher après l'entrée en vigueur du Protocole sur des aliments dus pour l'avenir devra appliquer ce texte, même si la demande avait été déposée antérieurement à l'entrée en vigueur.

#### **Article 23 Signature, ratification et adhésion**

**Paragraphe premier – Le présent Protocole est ouvert à la signature de tous les États.**

**Paragraphe 2 – Le présent Protocole est sujet à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.**

**Paragraphe 3 – Tout État peut adhérer au présent Protocole.**

**Paragraphe 4 – Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire du Protocole.**

207 Cette disposition correspond à celle qui figure dans la plupart des Conventions de La Haye. Les règles qu'elle établit pour la signature, la ratification et l'adhésion sont conformes aux solutions traditionnelles, et n'appellent dès lors pas de commentaire particulier<sup>72</sup>.

208 Dans le cadre d'un instrument qui porte le titre de Protocole, cette disposition revêt cependant une signification toute particulière, car elle établit le principe de l'autonomie de cet instrument par rapport à la Convention avec laquelle il a été élaboré. Comme nous l'avons déjà relevé, tout État peut signer, ratifier ou adhérer au Protocole, même s'il n'a pas signé, ratifié ou adhéré à la Convention. Après quelques hésitations, cette solution a été adoptée lors de la Session diplomatique, sans que cela justifie aux yeux des délégués un changement de titre de Protocole à Convention (cf. *supra*, para. 15 et s.).

#### **Article 24 Organisations régionales d'intégration économique**

**Paragraphe premier – Une Organisation régionale d'intégration économique constituée uniquement d'États souverains et ayant compétence pour certaines ou toutes les matières régies par le Protocole peut également signer, accepter ou approuver le Protocole ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par le Protocole.**

**Paragraphe 2 – Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par le Protocole pour lesquelles ses États membres ont transféré leur compétence à cette Organisation. L'Organisation notifie aussitôt au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation**

<sup>71</sup> Rapport Verwilghen (*op. cit.* note 14), para. 182 et s.

<sup>72</sup> Cf. art. 58 de la Convention et para. 689 à 694 du Rapport Borrás-Degeling.

to its international character and to the need to promote uniformity in its application. This implies *inter alia* an obligation for the authorities of Contracting States to take into account, as far as possible, the decisions made by virtue of the Protocol in the other Contracting States. Naturally, those decisions are of persuasive authority only, as the other States' authorities are not bound to observe them.

#### **Article 21 Review of the practical operation of the Protocol**

**Paragraph 1 – The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall as necessary convene a Special Commission in order to review the practical operation of the Protocol.**

203 In order to secure monitoring, Article 21 provides that the Secretary General may, as necessary, convene a Special Commission in order to review the practical operation of the Protocol.

**Paragraph 2 – For the purpose of such review Contracting States shall co-operate with the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law in the gathering of case law concerning the application of the Protocol.**

204 With the same purpose, and in order to facilitate access by the authorities of Contracting States to the decisions made in the other States by virtue of the Protocol, the Contracting States agree to collaborate with the Permanent Bureau in the gathering of case law concerning the application of the Protocol.

#### **Article 22 Transitional provisions**

**This Protocol shall not apply to maintenance claimed in a Contracting State relating to a period prior to its entry into force in that State.**

205 According to this Article, the Protocol shall not apply to maintenance claimed in a Contracting State relating to a period prior to its entry into force. The purpose of this provision is to avoid the new rules having an impact on the rights and duties of the parties that pre-existed their entry into force. This solution corresponds to that contained in Article 12 of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law).<sup>71</sup>

206 Unlike the Convention (*cf.* Art. 56(1)), the Protocol will accordingly not apply to all proceedings initiated after its entry into force; conversely, its application is not ruled out if the proceedings were instituted prior to that date. On the contrary, it will be necessary to determine in either case *for what period* the maintenance is claimed. If it is claimed for a period prior to the new instrument's entry into force (*e.g.*, if the creditor claims the payment of arrears), the Protocol will not apply, even if the action was instituted after its entry into force. The maintenance obligation will remain subject, for that period, to the rules

of private international law (based on convention or domestic sources) that were applicable in the forum State prior to entry into force of the Protocol. Conversely, an authority required to decide after the entry into force of the Protocol regarding maintenance due for the future will have to apply that instrument, even though the action was brought prior to the entry into force.

#### **Article 23 Signature, ratification and accession**

**Paragraph 1 – This Protocol is open for signature by all States.**

**Paragraph 2 – This Protocol is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.**

**Paragraph 3 – This Protocol is open for accession by all States.**

**Paragraph 4 – Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Protocol.**

207 This provision corresponds to that found in most of the Hague Conventions. The rules it establishes for signature, ratification and accession comply with the traditional solutions, and accordingly call for no particular comments.<sup>72</sup>

208 In the case of an instrument using the title of Protocol, this provision is of particular significance, however, as it establishes the principle of that instrument's autonomy in relation to the Convention with which it was developed. As already noted, any State may sign, ratify or accede to the Protocol, even if it has not signed, ratified or acceded to the Convention. After some hesitation, this solution was adopted at the Diplomatic Session, without justifying in the delegates' view a change of title from Protocol to Convention (*cf. supra*, paras 15 *et seq.*).

#### **Article 24 Regional Economic Integration Organisations**

**Paragraph 1 – A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by the Protocol may equally sign, accept, approve or accede to the Protocol. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by the Protocol.**

**Paragraph 2 – The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by the Protocol in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as**

<sup>71</sup> Verwilghen Report (*op. cit.* note 14), paras 182 *et seq.*

<sup>72</sup> *Cf.* Art. 58 of the Convention and paras 689-694 of the Borrás-Degeling Report.

de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du paragraphe.

**Paragraphe 3** – Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer, conformément à l'article 28, qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par le Protocole et que les États membres qui ont transféré leur compétence à l'Organisation régionale d'intégration économique dans ce domaine seront liés par le Protocole par l'effet de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.

**Paragraphe 4** – Aux fins de l'entrée en vigueur du Protocole, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'Organisation régionale d'intégration économique ne fasse une déclaration conformément au paragraphe 3.

**Paragraphe 5** – Toute référence à un « État contractant » ou à un « État » dans le Protocole s'applique également, le cas échéant, à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie. Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique conformément au paragraphe 3, toute référence à un « État contractant » ou à un « État » dans le Protocole s'applique également, le cas échéant, aux États membres concernés de l'Organisation.

209 Comme la Convention (cf. art. 59), le Protocole contient une disposition fixant les conditions auxquelles une ORIE peut en devenir Partie. Il s'agit d'une clause finale d'origine récente, qui ne se trouve que dans les derniers textes adoptés dans le cadre de la Conférence de La Haye<sup>73</sup>. Rappelons que le Statut de la Conférence de La Haye a été lui aussi amendé en 2007 pour permettre à des ORIE d'acquérir le statut de Membre de la Conférence<sup>74</sup>. Cette évolution est principalement liée à l'évolution qui s'est produite au sein de l'Union européenne suite au Traité d'Amsterdam et en vertu de laquelle la Communauté européenne a acquis des compétences internes et externes en matière de droit international privé. La Communauté européenne est devenue Membre de la Conférence le 3 avril 2007. Bien entendu, l'article 24 est formulé de manière générale et peut s'appliquer, le cas échéant, à d'autres ORIE qui auraient des compétences dans la matière régie par le Protocole.

210 Les dispositions qui figurent dans cet article correspondent exactement à celles de l'article 59 de la Convention. Pour un commentaire, nous renvoyons donc aux paragraphes 695 à 700 du Rapport Borrás-Degeling.

<sup>73</sup> Notamment, art. 29 de la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, art. 18 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*.

<sup>74</sup> Cf. art. 3 du Statut.

## **Article 25** *Entrée en vigueur*

**Paragraphe premier** – Le Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 23.

211 Pour l'entrée en vigueur du Protocole, l'article 25(1) exige le dépôt de deux instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Cette solution, qui correspond à celle retenue dans la Convention (cf. art. 60), ainsi que dans d'autres instruments récemment adoptés par la Conférence de La Haye<sup>75</sup> est particulièrement favorable à l'entrée en vigueur du texte. Elle se justifie par la considération qu'il n'y a pas d'inconvénient à appliquer le Protocole seulement entre deux États, si ces derniers le souhaitent. Il convient de rappeler que, quel que soit le nombre des États qui en sont Parties, le Protocole est applicable *erga omnes* (cf. art. 2).

**Paragraphe 2** – Par la suite, le Protocole entrera en vigueur :

**Alinéa a)** – pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique au sens de l'article 24 ratifiant, acceptant ou approuvant le Protocole ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

**Alinéa b)** – pour les unités territoriales auxquelles le Protocole a été étendu conformément à l'article 26, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans ledit article.

212 Les autres règles de l'article 25 sont elles aussi conformes à celles de l'article 60 de la Convention ainsi qu'à d'autres instruments adoptés par la Conférence de La Haye.

## **Article 26** *Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés*

**Paragraphe premier** – Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par ce Protocole peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer, conformément à l'article 28, que le Protocole s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

**Paragraphe 2** – Ces déclarations seront notifiées au depositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles le Protocole s'applique.

<sup>75</sup> Cf. art. 31 de la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* et art. 19 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*.

specified in the most recent notice given under this paragraph.

**Paragraph 3** – At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare, in accordance with Article 28, that it exercises competence over all the matters governed by the Protocol and that the Member States which have transferred competence to the Regional Economic Integration Organisation in respect of the matter in question shall be bound by the Protocol by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

**Paragraph 4** – For the purposes of the entry into force of the Protocol, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation makes a declaration under paragraph 3.

**Paragraph 5** – Any reference to a “Contracting State” or “State” in the Protocol applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate. In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation under paragraph 3, any reference to a “Contracting State” or “State” in the Protocol applies equally to the relevant Member States of the Organisation, where appropriate.

209 Like the Convention (*cf.* Art. 59), the Protocol contains a provision setting the conditions on which an REIO may become a Party to it. This is a final clause of recent origin, which is found only in the latest instruments adopted at the Hague Conference.<sup>73</sup> It shall be recalled that the Statute of the Hague Conference was also amended in 2007 to allow REIOs to become Members of the Conference.<sup>74</sup> This evolution is connected mainly to the evolution that occurred within the European Union pursuant to the Treaty of Amsterdam, whereby the European Community acquired domestic and external powers with respect to private international law. The European Community became a Member of the Conference on 3 April 2007. Naturally, Article 24 is drafted in general terms and may apply, as necessary, to other REIOs that might have powers in the matters governed by the Protocol.

210 The provisions of this Article are exactly those of Article 59 of the Convention. For a commentary, we accordingly refer to paragraphs 695 to 700 of the Borrás-Degeling Report.

## **Article 25 Entry into force**

**Paragraph 1** – The Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 23.

211 As regards entry into force of the Protocol, Article 25(1) requires the deposit of two instruments of ratification, acceptance, approval or accession. This solution, which is the same as used in the Convention (*cf.* Art. 60) and in other instruments adopted recently by the Hague Conference,<sup>75</sup> is particularly favourable to the instrument’s entry into force. It is justified by the consideration that there are no drawbacks to applying the Protocol between two States only, if they so wish. It shall be recalled that, regardless of the number of States Parties to it, the Protocol is applicable *erga omnes* (*cf.* Art. 2).

**Paragraph 2** – Thereafter the Protocol shall enter into force –

**Sub-paragraph a)** – for each State or each Regional Economic Integration Organisation referred to in Article 24 subsequently ratifying, accepting or approving the Protocol or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

**Sub-paragraph b)** – for a territorial unit to which the Protocol has been extended in accordance with Article 26, on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the declaration referred to in that Article.

212 The other rules in Article 25 are also the same as in Article 60 of the Convention, and other instruments adopted by the Hague Conference.

## **Article 26 Declarations with respect to non-unified legal systems**

**Paragraph 1** – If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Protocol, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare in accordance with Article 28 that the Protocol shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

**Paragraph 2** – Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Protocol applies.

<sup>73</sup> In particular, Art. 29 of the *Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*; Art. 18 of the *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*.

<sup>74</sup> *Cf.* Art. 3 of the Statute.

<sup>75</sup> *Cf.* Art. 31 of the *Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* and Art. 19 of the *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*.



**Paragraphe 3 – Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, le Protocole s’appliquera à l’ensemble du territoire de cet État.**

**Paragraphe 4 – Le présent article ne s’applique pas à une Organisation régionale d’intégration économique.**

213 Conformément à l’approche traditionnelle, l’article 26(1) permet à un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s’appliquent aux matières régies par le Protocole de déclarer que cet instrument s’appliquera dans toutes ses unités territoriales ou seulement à l’une ou à plusieurs d’entre elles. En l’absence de cette déclaration, le Protocole s’appliquera à l’ensemble du territoire de cet État (art. 26(3)).

#### **Article 27 Réserves**

**Aucune réserve au présent Protocole n’est admise.**

214 Cet article est très important, car il établit le principe qu’aucune réserve au Protocole n’est admise. Comme nous l’avons indiqué (cf. *supra*, para. 25), cette solution est très différente de celle de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (Loi applicable) qui permet aux États de limiter l’application de la Convention à certaines obligations alimentaires (celles entre époux et ex-époux ou celles envers une personne âgée de moins de 21 ans et qui n’a pas été mariée, cf. art. 13) ou bien d’exclure son application à certaines obligations alimentaires (celles entre collatéraux, celles entre alliés ou, dans certains cas, celles entre époux divorcés, séparés ou dont le mariage a été annulé ou déclaré nul, cf. art. 14). En plus, l’article 15 de cette Convention permet de réserver l’application de la loi du for lorsque le créancier et le débiteur ont la nationalité de l’État concerné et si le débiteur y a sa résidence habituelle. Des réserves avaient été déclarées par plusieurs États contractants. Grâce à l’article 27, le champ d’application du Protocole ne peut pas être restreint et les solutions que ce texte consacre quant à la loi applicable ne peuvent pas être dérogées.

#### **Articles 28 à 30 Déclarations, dénonciation, notification**

##### **Article 28 Déclarations**

**Paragraphe premier – Les déclarations visées aux articles 24(3) et 26(1) peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l’acceptation, de l’approbation ou de l’adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.**

**Paragraphe 2 – Les déclarations, modifications et retraits sont notifiés au depositaire.**

**Paragraphe 3 – Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l’acceptation, de l’approbation ou de l’adhésion prendra effet au moment de l’entrée en vigueur du présent Protocole pour l’État concerné.**

**Paragraphe 4 – Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu’une modification ou le retrait d’une déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l’expiration d’une période de trois mois après la date de réception de la notification par le depositaire.**

##### **Article 29 Dénonciation**

**Paragraphe premier – Tout État contractant pourra dénoncer le présent Protocole par une notification écrite au depositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d’un État aux systèmes juridiques non unifiés auxquelles s’applique le Protocole.**

**Paragraphe 2 – La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l’expiration d’une période de 12 mois après la date de réception de la notification par le depositaire. Lorsqu’une période plus longue pour la prise d’effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l’expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le depositaire.**

##### **Article 30 Notification**

**Le depositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu’aux autres États et aux Organisations régionales d’intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 23 et 24, les renseignements suivants :**

**Paragraphe a) – les signatures et ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 23 et 24 ;**

**Paragraphe b) – la date d’entrée en vigueur du présent Protocole conformément à l’article 25 ;**

**Paragraphe c) – les déclarations visées aux articles 24(3) et 26(1) ;**

**Paragraphe d) – les dénonciations visées à l’article 29.**

215 Ces articles reprennent des solutions traditionnelles. Ils n’appellent pas de commentaire particulier.

Lausanne, le 26 août 2009

**Paragraph 3 – If a State makes no declaration under this Article, the Protocol is to extend to all territorial units of that State.**

**Paragraph 4 – This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.**

213 In accordance with the traditional approach, Article 26(1) allows a State having two or more territorial units in which different legal systems are applicable in relation to matters dealt with in the Protocol to declare that this instrument shall extend to all its territorial units or only to one or more of them. In the absence of that declaration, the Protocol will apply to all of that State's territory (Art. 26(3)).

#### **Article 27 Reservations**

**No reservations may be made to this Protocol.**

214 This Article is very important, as it lays down the principle that no reservations may be made to the Protocol. As mentioned above (*cf. supra*, para. 25), this solution is very different from that of the 1973 Hague Maintenance Convention (Applicable Law), which allows States to restrict application of the Convention to certain maintenance obligations (such as those between spouses and ex-spouses and / or those towards a person under the age of 21 years who has not been married; *cf.* Art. 13), or to exclude its application to certain maintenance obligations (between persons related collaterally or by affinity or, in certain cases, between spouses having divorced or separated, or whose marriage has been declared void or annulled; *cf.* Art. 14). In addition, Article 15 of that Convention allows reservation of application of the forum law when the creditor and debtor have the nationality of the State concerned and if the debtor has his or her habitual residence there. Reservations had been declared by several Contracting States. Thanks to Article 27, the Protocol's scope cannot be restricted and no exceptions may be provided to the solutions laid down by this instrument with respect to the applicable law.

**Articles 28 to 30 Declarations, denunciation, notification**

#### **Article 28 Declarations**

**Paragraph 1 – Declarations referred to in Articles 24(3) and 26(1) may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.**

**Paragraph 2 – Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.**

**Paragraph 3 – A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Protocol for the State concerned.**

**Paragraph 4 – A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.**

#### **Article 29 Denunciation**

**Paragraph 1 – A Contracting State to this Protocol may denounce it by a notification in writing addressed to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a State with a non-unified legal system to which the Protocol applies.**

**Paragraph 2 – The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of 12 months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.**

#### **Article 30 Notification**

**The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 23 and 24 of the following –**

**Paragraph a) – the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 23 and 24;**

**Paragraph b) – the date on which this Protocol enters into force in accordance with Article 25;**

**Paragraph c) – the declarations referred to in Articles 24(3) and 26(1);**

**Paragraph d) – the denunciations referred to in Article 29.**

215 These Articles reproduce traditional solutions. They call for no particular comments.

Lausanne, 26 August 2009

**Conférence de La Haye de droit international privé /  
Hague Conference on Private International Law  
Bureau Permanent / Permanent Bureau**

6, Scheveningseweg

2517 KT La Haye / The Hague

Pays-Bas / The Netherlands

Téléphone / Telephone: +31 70 363 3303

Télécopieur / Fax: +31 70 360 4867

Courriel / E-mail: [secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net)

Site internet / Website: [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

