

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LOI APPLICABLE

*préparé par le président du
Groupe de travail, Andrea Bonomi*

* * *

REPORT OF THE WORKING GROUP ON APPLICABLE LAW

*prepared by the President of
the Working Group, Andrea Bonomi*

*Document préliminaire 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*

*Preliminary Document 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*

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LOI APPLICABLE

*préparé par le président du
Groupe de travail, Andrea Bonomi*

* * *

REPORT OF THE WORKING GROUP ON APPLICABLE LAW

*prepared the President of
the Working Group, Andrea Bonomi*

TABLE DES MATIÈRES

	Page
I. Remarques introductives	3
II. Commentaire de quelques dispositions de l'Esquisse en annexe	4
Article A	4
Article B	4
Article C	4
a) Le rattachement principal à la résidence habituelle du créancier.....	4
b) Le rattachement subsidiaire à la loi du for	5
c) Le rattachement à la loi du for lorsque l'action est intentée dans l'Etat de la résidence habituelle du débiteur	6
d) Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties	7
Article D	7
a) Obligations alimentaires entre époux divorcés ou séparés	8
b) Obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés.....	9
c) Obligations alimentaires envers d'autres adultes	10
Article E	10
Article F.....	11
Article G.....	13
Article H.....	13
Article I	13
Article J.....	13
Article K	13
Annexe - Esquisse relative à la loi applicable	15
Article A	15
Article B	15
Article D	16
Article E	16
Article F.....	16
Article Fbis.....	17
Article G	17
Article H.....	17
Article I	17
Article J.....	17
Article K	17

I. REMARQUES INTRODUCTIVES

1. Le Groupe de Travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après le « GT ») constitué par la Commission spéciale sur le recouvrement international d'aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille de mai 2003 a poursuivi son activité conformément au mandat reçu de la Commission spéciale d'avril 2005.

2. Il convient de rappeler que lors de cette Commission spéciale la composition du GT a été modifiée, dans le but de le rendre plus représentatif des Etats intéressés par les questions de droit applicable. Il est actuellement composé des membres suivants : Sheila Bird (Australie), Antoine Buchet (Commission européenne), Nadia de Araujo (Brésil), Raquel Correia (Portugal), Gloria Dehart (ABI), Edouard de Leiris (France), Michèle Dubrocard (France), Shinichiro Hayakawa (Japon), Michael Hellner (Suède), Sarah Khabirpour (Luxembourg), Ase Kristensen (Norvège), David McClean (Secrétariat du Commonwealth), Alberto Malatesta (Italie), Tracy Morrow (Canada), Maria del Carmen Parra Rodriguez (Espagne), Marta Sosnovcová (République Tchèque), Robert Spector (Etats-Unis d'Amérique), Dorothea van Iterson (Pays-Bas), Rolf Wagner (Allemagne), Andrea Bonomi (Suisse, Président). Alegría Borrás (Co-rapporteur, Espagne) et Jennifer Degeling (Co-rapporteur, Australie) sont membres defacto du GT.

3. Les membres du GT souhaitent exprimer leur reconnaissance à la Conférence de la Haye de droit international privé et à la Commission spéciale sur le recouvrement international d'aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille pour la possibilité qui leur a été offerte d'analyser et débattre des questions importantes relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires et de présenter le présent rapport. Ils souhaitent également remercier le Bureau Permanent du soutien apporté durant toutes leurs activités.

4. Le mandat conféré au GT par la Commission spéciale d'avril 2005 était de poursuivre ses travaux afin d'élaborer des règles de portée générale, destinées à être introduites dans le texte de la Convention, ainsi qu'une esquisse de texte optionnel sur le droit applicable. Le GT s'est réuni deux fois à La Haye, en juillet 2005 et en mars 2006 ; pour le reste, les travaux ont été conduits par l'intermédiaire d'une liste de discussion électronique.

5. Lors de sa première réunion de juillet 2005, le GT est parvenu à un accord sur quelques règles de conflit de lois de portée générale, destinées à être incluses dans la partie obligatoire de la Convention. Le président du GT a été invité à participer à la réunion de septembre du comité de rédaction ; à cette occasion, les règles proposées par le GT ont été introduites dans le texte de l'Esquisse d'un projet de Convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille (Doc. pré. No 16 d'octobre 2006) ; il s'agit des articles 16, paragraphes 5, 27, paragraphes 2 et 3, et 32, paragraphe 2. Ces dispositions correspondent à celles qui avaient été présentées dans le rapport du GT de mars 2005 (Doc. pré. No 14 de mars 2005) et discutées dans le cadre de la Commission spéciale d'avril 2005. Elles ne feront donc pas l'objet de commentaires particuliers dans le cadre du présent rapport.

6. Dans ses réunions de juillet 2005 et de mars 2006, ainsi que dans les discussions qui se sont tenues par l'intermédiaire d'une liste de discussion électronique, le GT s'est ensuite consacré à l'élaboration d'une esquisse d'un projet de texte optionnel sur le droit applicable aux obligations alimentaires. Dans cette optique, l'esquisse de texte qui avait été présentée avec le rapport du GT de mars 2005 (Doc. pré. No 14) a été complétée et amendée sur plusieurs points. Ces ajouts et modifications visent à tenir compte des remarques faites par certaines délégations lors de la Commission spéciale d'avril 2005 ainsi que des opinions des nouveaux membres du GT. Ils reflètent également le souci de parvenir à un texte qui soit acceptable au plus grand nombre d'Etats. Dans cette optique, le GT a décidé d'élargir son examen aux règles sur le droit applicable de la Proposition de Règlement européen relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, présentée par la Commission le 15 décembre 2005 (COM/2005/0649 final – CNS 2005/0259).

7. Le texte présenté en annexe à ce rapport n'est qu'une esquisse (ci-après « l'Esquisse »). En effet, plusieurs des dispositions proposées sont encore controversées ; toutes ces propositions nécessitent une réflexion plus approfondie ou, tout au moins, des améliorations rédactionnelles. Dès lors, les commentaires inclus dans ce rapport sont entièrement provisoires et ne constituent qu'une tentative de synthèse de la part du président du GT. En outre, ces commentaires se focalisent sur les dispositions les plus importantes ou plus controversées.

II. COMMENTAIRE DE QUELQUES DISPOSITIONS DE L'ESQUISSE EN ANNEXE

Article A

8. Cet article vise à déterminer le champ d'application matériel du futur instrument. Il devra être coordonné avec le texte de la future Convention (*cf.* art. 2 du Doc. pré-l. No 16 d'octobre 2005). La question de savoir si le texte optionnel doit contenir des réserves devra être analysée ; elle dépend entre autre des solutions qui seront trouvées pour les obligations alimentaires naissant de certaines relations de famille (*cf. infra*, art. D).

Article B

9. Cet article contient des définitions qui devront être coordonnées avec le texte de la future Convention (*cf.* art. 3 du Doc. pré-l. No 16 d'octobre 2005).

Article C

10. Cette disposition prévoit trois facteurs de rattachement en cascade: la résidence habituelle du créancier d'aliments constitue le critère principal (para. 1), complété par deux critères subsidiaires, la loi du for (para. 2) et la nationalité commune des parties (para. 3). L'application de ces rattachements subsidiaires est déclenchée par l'impossibilité pour le créancier d'obtenir des aliments en vertu de la loi désignée par le critère précédent. Toutefois, le paragraphe 2bis, encore très discuté, prévoit une inversion de deux premiers critères (résidence habituelle du créancier et loi du for), lorsque la demande d'aliments est déposée dans l'Etat de la résidence habituelle du débiteur.

11. Ce système reprend dans les grandes lignes celui de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973 (ci-après, « la Convention de 1973 »). Son objectif matériel est de favoriser le créancier d'aliments, en évitant que le jeu des règles de conflits puisse le priver de toute prétention alimentaire. Il s'agit d'une transposition, sur le plan du droit applicable, de l'approche qui caractérise le projet de Convention dans son ensemble; en effet, la raison d'être de cet instrument est de favoriser le créancier d'aliments dans les situations internationales, que ce soit sur le plan des procédures à suivre ou de la reconnaissance internationale de ses prétentions. Le droit applicable n'étant que l'un des éléments de cette construction, nul ne doute que sa réglementation doit être cohérente avec l'objectif général.

a) Le rattachement principal à la résidence habituelle du créancier

12. La résidence habituelle du créancier est le facteur de rattachement principal du texte proposé. Ce rattachement correspond à celui utilisé, à titre principal, dans la Convention de 1973 et, pour les aliments envers les enfants, dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants du 24 octobre 1956 (ci-après, « la Convention de 1956 »).

13. Ce rattachement présente, en effet, 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. Le rattachement à la loi de la résidence habituelle

permet également d'assurer l'égalité de traitement entre les créanciers qui vivent dans le même pays, sans distinction selon leur nationalité ; on voit mal, en effet, pourquoi un créancier de nationalité étrangère devrait être préterité ou favorisé, dans les mêmes circonstances, par rapport à un créancier ayant la nationalité de l'Etat où il réside.

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

15. Lors d'un changement de résidence de la part du créancier, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle devient applicable à partir du moment où le changement s'est produit. Cette solution s'impose, compte tenu des raisons sur lesquelles repose le rattachement à la résidence habituelle. Dans le cas de changement de résidence, il est en effet logique que la détermination de l'existence et du montant de l'obligation alimentaire s'opère selon la loi du pays où le créancier vit. L'application de cette loi se justifie également pour des considérations liées à l'égalité de traitement de tous les créanciers résidant dans le même pays, ainsi que dans l'optique de la coïncidence entre compétence et droit applicable.

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

b) Le rattachement subsidiaire à la loi du for

17. Si le créancier ne peut obtenir d'aliment en vertu de la loi de son Etat de résidence habituelle, la loi du for devient applicable à titre subsidiaire. Cette solution est inspirée 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. Bien évidemment, ce rattachement subsidiaire n'est utile que si l'action alimentaire est intentée dans un Etat 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.

18. Il convient de noter que si le texte optionnel devait inclure une disposition comme celle proposée à l'article C, paragraphe 2bis (*cf. infra*), l'application subsidiaire de la loi du for ne serait pertinente que si l'autorité saisie était celle d'un Etat dans lequel aucune des parties n'est résidente (si p. ex. la demande alimentaire est portée à titre accessoire devant le tribunal compétent pour l'établissement a filiation ou la dissolution d'un mariage). En effet, le paragraphe 2bis prévoit que si l'action est intentée dans l'Etat de la résidence habituelle du débiteur, la loi du for est de toute manière applicable, d'office (option 1) ou sur requête du créancier (option 2).

19. L'application subsidiaire de la loi du for est actuellement prévue dans les Conventions de 1956 (art. 3) et de 1973 (art. 6) ; cette dernière ne la prévoit cependant qu'en dernier ressort, après l'application, toujours à titre subsidiaire, de la loi nationale commune des parties (art. 5). L'inversion dans l'Esquisse de ces deux critères de rattachement subsidiaires (loi du for avant la loi nationale commune) se justifie pour plusieurs raisons. D'une part, elle réduit l'importance pratique du rattachement à la nationalité, dont la pertinence en matière alimentaire est contestée (*cf. infra*, lit. d). 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.

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

20. L'article C, paragraphe 2bis, prévoit une inversion de deux critères de rattachement prévus aux paragraphes 1 et 2, lorsque l'autorité saisie est celle du pays de la résidence habituelle du débiteur. Selon cette disposition la loi du for serait alors applicable à titre principal, et cela d'office (option 1) ou sur requête du créancier (option 2). Cette disposition est encore controversée à l'intérieur du GT.

21. Elle repose sur le constat que, si l'action alimentaire est intentée dans l'Etat 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 au paragraphe 2 étant la situation où le créancier *n'a droit à aucune prestation* alimentaire selon la loi de sa résidence habituelle). Dans une telle situation, l'application de la loi de la résidence du créancier conduit à un résultat contraire au souci de protection du créancier qui l'inspire. Il est donc apparu que ce rattachement pourrait être utilement remplacé par l'application de la loi du for.

22. Il convient de relever que cette solution ne constitue pas une nouveauté absolue par rapport aux instruments existants. En effet, dans plusieurs Etats contractants de la Convention de 1973, la loi du for est d'ores et déjà applicable en vertu de la réserve prévue à l'article 15, lorsque le créancier et le débiteur ont la nationalité de l'Etat concerné et que le débiteur y a sa résidence habituelle. La même réserve est prévue, pour les aliments envers les enfants, à l'article 2 de la Convention de 1956.

23. L'application de la loi du for trouve un assez large appui à l'intérieur du GT, mais elle se heurte aussi à des fortes oppositions. Son principal désavantage est de faire dépendre la loi applicable de l'autorité saisie de la demande ; dans un système où l'on a renoncé à harmoniser les règles de compétence directe, cette solution risque d'inciter au *forum shopping*.

24. Les opinions divergent également sur les conditions prévues pour l'application de la loi du for. Selon une première opinion (exprimée par l'option 1), la loi du for devrait être appliquée d'office lorsque les autorités saisies sont celles de l'Etat de la résidence habituelle du débiteur. Cette solution a l'avantage de la simplicité, mais elle comporte une entorse de taille au principe de l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier. Pour protéger ce dernier, il a été proposé de limiter l'application de la loi du for aux cas où le créancier a décidé lui-même de saisir l'autorité de l'Etat de la résidence du débiteur (texte entre parenthèses).

25. Selon la seconde option (2), la loi du for ne devient applicable que sur requête du créancier. Du point de vue du créancier, cette solution est abstraitement préférable, car elle lui permet de choisir la loi dont la teneur matérielle lui est plus favorable mais, selon certains, elle va trop loin car elle ne respecte pas l'égalité entre les parties. De plus, elle risque de faire monter le coût du conseil juridique, car l'exercice du choix suppose, au préalable, une information correcte du créancier. Enfin, elle soulève des questions qui ne sont pas entièrement clarifiées, notamment lorsque le débiteur introduit une demande en modification de la décision initiale (*cf.* les considérations dans le Doc. pré-l. No 14 de mars 2005).

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

26. Si le créancier ne peut obtenir d'aliments ni en vertu de la loi de son Etat de résidence habituelle, ni en vertu de la loi du for, la loi nationale commune des parties est applicable en dernier ressort. Ce deuxième rattachement subsidiaire complète la protection du créancier d'aliments dans le cas où les lois désignées par les deux premiers critères ne prévoit aucune obligation alimentaire. Dans le cas le plus fréquent en pratique, celui des aliments envers des enfants, le recours à ce troisième critère de rattachement devrait s'avérer relativement rare, car la plupart des lois nationales lui reconnaissent le droit à une prestation alimentaire.

27. Le rattachement à la loi nationale commune est également prévu par la Conventions de 1973 (art. 5) et, dans ce texte, il prime la loi du for. Les raisons qui ont amené le GT a proposé une inversion de ces deux critères ont été en partie déjà indiquées (*cf. supra*, lit. b). Parmi ces raisons, un rôle de premier plan a été joué par les arguments soulevés contre l'utilisation, dans le domaine des aliments, du critère de la nationalité. Il a été affirmé ainsi que ce critère est de nature discriminatoire, car il favorise sans justification les créanciers ayant la même nationalité que le débiteur. En outre, ce rattachement peut conduire à l'application d'une loi avec laquelle les parties n'ont (ou n'ont plus) aucun lien réellement significatif (notamment lorsque le créancier et le débiteur ne vivent pas dans leur Etat national ou n'y ont jamais vécu). Par ailleurs, ce critère entraîne souvent un découplage entre la compétence et la loi applicable, obligeant l'autorité saisie à appliquer une loi étrangère ; dans de telles circonstances, ce rattachement – qui est censé *favoriser* le créancier – oblige en réalité le juge à constater le contenu d'une deuxième loi étrangère (après la loi de la résidence habituelle du créancier), alors que, dans de nombreux cas, les aliments sont exigibles de toute manière selon la loi du for. Enfin, il a été observé, d'un point de vue plus général, que l'importance accordée à la nationalité dans la Convention de 1973, bien compréhensible à une époque où ce critère jouait encore un rôle central dans le droit international privé d'un grand nombre d'Etats européens, paraît moins justifiée de nos jours; en effet, au cours des dernières décennies, le rôle de la nationalité comme critère de rattachement a décliné tant dans de nombreux systèmes nationaux que dans les conventions internationales de droit international privé. La mise à l'écart du critère de la nationalité s'imposerait tout particulièrement dans le domaine des aliments, compte tenu du caractère patrimonial des prestations exigées.

28. Malgré ces critiques, le rattachement subsidiaire à la loi nationale commune a été maintenu, et ce pour deux raisons principales. D'une part, il est apparu que son abandon pur et simple ne soit pas acceptable pour certains Etats ; d'autre part, la prévision de ce critère subsidiaire reflète le *favor creditoris* qui est à la base du texte proposé. Confiné au troisième rang de la « cascade », après le droit de la résidence habituelle du créancier et la *lex fori*, ce rattachement est néanmoins réduit à un rôle très marginal. Cela est particulièrement vrai pour les aliments envers les enfants, car la loi de la résidence habituelle de l'enfant et la loi du for permettent, dans la plupart des cas, de leur accorder une prestation alimentaire.

Article D

29. Cette disposition prévoit plusieurs exceptions aux règles générales de l'article C pour les obligations alimentaires naissant de certains rapports de famille, à savoir les obligations entre des époux divorcés ou séparés, celles entre collatéraux et alliés ainsi que les obligations envers d'autres catégories d'adultes (p. ex. envers les ascendants). Certaines de ces dispositions sont encore très controversées à l'intérieur du GT.

30. La raison d'être de ces règles spéciales réside dans l'absence d'un consensus international sur l'opportunité d'accorder des aliments fondés sur ces relations de famille. Dans ce contexte, le principe de *favor creditoris* qui inspire l'article C de l'Esquisse ne peut que difficilement être transposé à de telles situations particulières, le risque étant de réduire dans une mesure considérable le nombre d'Etat intéressés par le texte optionnel.

31. Dans le système de la Convention de 1973, ce souci est également pris en compte, soit par des règles spéciales (notamment les articles 7 et 8), soit par des réserves permettant aux Etats de limiter l'application de la Convention aux obligations alimentaires naissant de certaines relations de famille (articles 13 et 14). Un des objectifs visés par les règles spéciales de l'article D est de limiter, voire d'exclure entièrement, la possibilité de déclarer des réserves à l'encontre du futur texte optionnel.

a) *Obligations alimentaires entre époux divorcés ou séparés*

32. Pour les obligations alimentaires entre époux divorcés, séparé ou dont le mariage a été annulé ou déclaré nul, l'article D, paragraphe 1, prévoit une clause échappatoire permettant à l'autorité saisie d'écarter, à certaines conditions, la loi désignée par les règles générales et d'appliquer la loi d'un autre pays avec lequel la relation présente une relation manifestement plus étroite.

33. Dans le système de la Convention de 1973, les obligations alimentaires entre époux divorcés sont régies exclusivement par la loi appliquée au divorce (art. 8). Il en est de même *mutatis mutandis* dans le cas d'une séparation de corps et en cas de déclaration de nullité ou annulation du mariage. 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 dans le cas de toute révision ou modification ultérieure de décisions concernant les obligations alimentaires entre époux divorcés, notamment en cas d'action complémentaire à un jugement de divorce rendu à l'étranger.

34. Cette solution présente diverses faiblesses qui lui ont valu de critiques dans certains Etats contractants de la Convention de 1973. On peut observer, en premier lieu, que les rattachements en cascade des articles 4 à 6 étant écartés, les intérêts du créancier ne sont pas pleinement protégés. Notamment, si la loi du divorce ne prévoit pas d'aliments, il n'y a aucune possibilité de l'écarter en faveur d'une autre loi, sauf au moyen de la clause d'ordre public. En outre, les conditions juridiques et de fait de l'environnement social où il existe un réel besoin d'aliments ne sont pas prises en compte, ce qui est en contradiction avec l'esprit général de la Convention. Il convient de relever aussi 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'Etat 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. Pour surprenant que ce soit, le juge ne pourra tenir compte de la loi de la résidence actuelle ni du créancier ni du débiteur. Il est également possible que le jugement de divorce ne comporte aucune disposition relative aux aliments. En ce cas, le souci de continuité sur lequel repose l'article 8 ne semble pas fondé. Cela est particulièrement vrai lorsque les époux ont divorcé dans un pays qui ne prévoit pas d'aliments pour un époux divorcé (par exemple, dans un Etat de droit musulman) ; ici, l'application de la loi du divorce entraîne le refus de toute prestation, sauf si cette application est écartée par l'ordre public. Enfin, l'application de la loi du divorce peut créer des difficultés pratiques du fait qu'il peut être difficile de déceler dans le jugement la loi en vertu de laquelle le divorce a été prononcé.

35. Compte tenu de ces critiques, plusieurs délégations se sont prononcées en faveur de la suppression de l'article 8, avec la conséquence que les obligations entre époux divorcés et séparés seraient régies par les règles de droit commun de l'article C de l'Esquisse.

36. Selon d'autres délégués cependant, cette solution va trop loin. Il convient de considérer que, dans certains systèmes nationaux, des aliments ne sont octroyés à un époux divorcé qu'avec beaucoup de retenue et dans des situations exceptionnelles (en

Europe, cette attitude restrictive caractérise notamment les droits des Etats scandinaves et certains ressorts de *common law*). Dans ce contexte, une application indistincte des règles générales inspirées du *favor creditoris* est perçue comme excessive. En particulier, la possibilité pour l'un des époux d'influer sur l'existence et le contenu de l'obligation alimentaire par un simple changement de sa résidence habituelle peut conduire, dans certains cas, à des résultats peu équitables et contraires aux attentes légitimes du débiteur. Prenons le cas d'un couple formé par deux Suédois ayant vécu depuis leur mariage en Suède, pays où l'obligation alimentaire entre ex-époux est exclue ou très limitée. Après dix ans de mariage, ils divorcent et l'épouse déménage en Suisse où elle dépose une demande de pension alimentaire, conformément au droit suisse désigné par l'article C, paragraphe 1, de l'Esquisse. L'octroi d'une telle pension apparaît peu équitable par rapport au mari et contraire aux attentes légitimes que les époux pouvaient avoir pendant le mariage.

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

38. L'article D, paragraphe 1, est une solution de compromis entre ces deux différentes approches (application des règles générales de l'article C ou règle *ad hoc* fondée sur la résidence commune des époux) . Cette disposition ne prévoit pas de critère de rattachement distinct, mais elle consacre une clause échappatoire, permettant à l'autorité saisie d'écarter, dans certaines circonstances, la loi désignée par les règles générales de l'article C. Pour ce faire, il faudra que le mariage (ou, de manière plus large, la situation des parties) présente, à la fois, des *liens faibles* avec le pays dont la loi est applicable selon les règles de l'article C (notamment avec la loi de la résidence habituelle du créancier) et des *liens manifestement plus étroits* avec un autre pays ; ces conditions sont cumulatives et visent à éviter un recours trop facile à cette clause échappatoire. Si elles sont réunies, la loi applicable est celle du pays avec lequel le mariage présente les liens manifestement plus étroits.

39. Cette solution de compromis peut compter sur le soutien de plusieurs membres du GT. Son principal inconvénient est de créer une situation d'incertitude quant à la loi applicable et de multiplier ainsi le risque et le coût du contentieux. De plus, comme toute règle fondée sur la notion de liens étroits, elle pourrait être appliquée de manière non uniforme dans les Etats contractants, n'aboutissant qu'à une uniformité de façade. Les deux conditions cumulatives visent à limiter ces dangers ; pour les réduire ultérieurement, on pourrait encore préciser que la clause échappatoire peut fonctionner uniquement si des liens plus étroits existent avec le pays de la dernière résidence commune des époux (texte entre parenthèse). Ces correctifs ne permettent cependant pas d'écarter entièrement l'incertitude liée à cette clause.

40. Pour limiter son impact, et pour éviter un pas en arrière par rapport au système de la Convention de 1973, la clause échappatoire devrait être limitée aux obligations entre époux divorcés, séparés ou dont le mariage a été annulé ou déclaré nul. Ce point ne fait cependant par l'unanimité à l'intérieur du GT.

b) *Obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés*

41. Pour les obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés, l'article D, paragraphe 2, prévoit que le débiteur peut opposer à la prétention du créancier l'absence d'obligation à son égard suivant la loi de l'Etat de sa résidence habituelle. Si le débiteur fait usage de ce droit de veto, la règle entraîne l'application cumulative de la loi régissant les aliments selon les règles de droit commun des articles 4 à 6, d'une part, et de la loi de la résidence du débiteur, d'autre part.

42. Ce droit de veto s'inspire de la solution prévue à l'article 7 de la Convention de 1973. Cette règle permet au débiteur de s'opposer à une demande fondée sur les règles de droit commun concernant la loi applicable 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. Cette disposition soulève cependant des interrogations quant au bien-fondé du maintien du critère de la nationalité commune, utilisé ici non pas dans une fonction « positive » (c'est-à-dire pour fonder le droit aux aliments) mais dans une fonction « négative » (pour contester ce droit lorsqu'il est prévu par les rattachements généraux). Nous renvoyons ici aux considérations contenues à cet égard dans le rapport précédant du GT (Doc. pré. No 14 de mars 2005).

43. L'article D, paragraphe 2, de l'Esquisse renonce à l'utilisation de ce critère, permettant au débiteur de fonder son droit de veto sur la loi de son pays de résidence. Cette solution, moins favorable au créancier que celle de la Convention de 1973, est cependant encore discutée.

c) *Obligations alimentaires envers d'autres adultes*

44. L'article D, paragraphe 3, prévoit, lui aussi, un droit de veto du débiteur lorsqu'il s'agit d'une obligation alimentaire autre que celles envers les enfants, entre les époux divorcés ou séparés et entre les collatéraux ou alliés. Cette règle est encore très controversée à l'intérieur du GT.

45. Les principales situations visées sont les prétentions alimentaires des parents ou d'autres ascendants du débiteur, ainsi que celles résultant d'autres relations de famille prévues dans certains droits nationaux, comme les partenariats enregistrés. Comme indiqué auparavant, il s'agit de situations dans lesquelles l'existence d'une obligation alimentaire n'est prévue que dans certains systèmes juridiques, de sorte que l'application des règles générales inspirées du *favor creditoris* soulève des graves perplexités et risque de faire obstacle à l'adhésion de certains Etats potentiellement intéressés au futur texte optionnel. Pour éviter la multiplication de réserves, certains suggèrent que ces relations fassent l'objet d'une règle restrictive, fondée sur un droit de veto du débiteur.

46. La règle proposée vise à tempérer le *favor creditoris*, sans toutefois tomber dans l'excès contraire. Selon cette solution, le débiteur ne pourra opposer un droit de veto que si l'obligation alimentaire n'existe ni selon la loi de sa résidence habituelle ni selon la loi de la nationalité commune des parties, s'ils en ont une. Il s'agit de conditions cumulatives, ce qui a pour effet de réduire la portée de l'exception face aux règles de droit commun de l'article C, favorables au créancier.

Article E

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

48. Les Conventions de 1956 et 1973 sont muettes quant à la possibilité pour les parties de s'accorder sur la loi applicable à l'obligation alimentaire. Dans la plupart des Etats contractants, ce silence est interprété comme une exclusion de l'autonomie des parties. Dans un Etat contractant, les Pays-Bas, la jurisprudence a néanmoins estimé que l'élection de droit est possible, au moins lorsqu'elle porte sur le droit du for¹.

¹ Hoge Raad, 21 février 1997, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1997, No 70.

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

50. L'accord des parties ne produit d'effet que pour une procédure déterminée. Dès lors, si une nouvelle demande ou une demande en modification est introduite par la suite devant la même autorité ou devant l'autorité d'un autre Etat, 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.

51. La loi du for est d'ores et déjà applicable dans plusieurs Etats selon leurs règles internes. Dans le système des Conventions de 1956 et de 1973, ainsi que dans le texte de l'Esquisse (art. C, para. 2), l'application de la loi du for est prévue à titre subsidiaire lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments selon la loi (ou les lois) désignée(s) à titre principal. Selon l'article C, paragraphe 2bis, la loi du for serait en outre applicable, d'office ou sur requête du créancier, lorsque l'action est intentée dans l'Etat de la résidence habituelle du débiteur. L'attribution aux parties du droit de choisir la loi du for ne constitue dès lors qu'une amélioration des règles existantes, sans bouleverser le système.

52. Après quelques hésitations, cette faculté de choix a été prévue même pour les obligations alimentaires en faveur des enfants. En effet, il est apparu que les risques liés à cette ouverture à l'autonomie des parties sont largement contrebalancés par les avantages en terme de simplicité qui dérivent de l'application de la loi du for. Cependant, cette question reste encore ouverte.

Article F

53. Cette disposition permet aux parties de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire à tout moment, avant même la survenance d'un litige. Contrairement au choix de la loi du for prévu à l'article E, le choix de la loi applicable prévu à l'article F n'est pas uniquement effectué « pour les besoins d'une procédure » ; ses effets ne sont donc pas limités à une procédure que le créancier d'aliments a déjà intentée ou qu'il s'apprête à intenter. La loi choisie par les parties est en effet destinée à régir les obligations alimentaires entre les parties à partir du moment du choix, et ce jusqu'au moment où elles décident, le cas échéant, de modifier leur choix. Cette disposition est encore controversée à l'intérieur du GT.

54. Le choix de la loi applicable est particulièrement utile dans les relations entre des époux, lorsque ces derniers concluent, avant ou en cours de mariage, une convention relative aux obligations alimentaires et/ou à la propriété de leurs biens respectifs. Etant donné que le choix est admis pour la loi applicable au régime matrimonial selon la Convention de La Haye du 14 mars 1978 ainsi que dans plusieurs systèmes nationaux de droit international privé, il est apparu qu'elle pouvait également être envisagée pour les obligations alimentaires.

55. Le choix de la loi applicable une fois admis pour les époux, il est apparu qu'il pouvait être étendu à tous les adultes, à l'exception de ceux qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts. Cette catégorie d'« adultes vulnérables » correspond à celle qui bénéficie des mécanismes de protection mis en place par la *Convention de La Haye du 13 janvier 2001 sur la protection internationale des adultes*. Le choix de la loi applicable a également été exclu lorsqu'il s'agit d'aliments envers les enfants.

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

57. Malgré ces avantages, l'autonomie des parties présente, dans le domaine alimentaire, des dangers évidents. Il ne faut pas oublier, en effet, que le choix de la loi peut exposer l'une des parties, notamment celle qui est moins informée ou plus influençable, à des conséquences inéquitables. Si la loi choisie est très restrictive en matière d'aliments, le choix peut avoir pour résultat de priver le créancier de toute prétention, ce qui est en nette contradiction avec le souci de protection qui est à la base du projet de texte optionnel. Cette solution libérale est d'ailleurs peu conciliable avec l'attitude de plusieurs Etats vis-à-vis des accords portant sur les aliments (*maintenance agreements*). En effet, plusieurs droits nationaux refusent d'attribuer à ces accords une vraie force contraignante ou permettent au juge de les modifier, voire de les écarter, en cas de contestation. Le souci principal de ce pouvoir modérateur est d'éviter que le créancier puisse renoncer à l'avance à tout ou à l'essentiel de ses droits sans aucun contrôle judiciaire sur le fond de l'accord. Une pleine liberté de choisir la loi applicable est difficilement conciliable avec ces limitations prévues sur le plan du droit matériel.

58. Dans un souci de protection du créancier d'aliments, l'article F prévoit certaines restrictions à la faculté des parties de choisir la loi applicable. Selon une première restriction, de nature formelle, le choix de la loi applicable doit être effectué par écrit ou par un autre moyen qui rend l'information accessible pour être consultée ultérieurement. 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. Certains membres du GT ont proposé de prévoir des exigences formelles plus élevées, par exemple la forme de l'acte notarié, mais une uniformisation de ces modalités paraît difficile dans le cadre d'un instrument international.

59. Une deuxième restriction concerne l'objet du choix et vise à limiter l'éventail d'options qui sont ouvertes aux parties. Ces dernières pourront choisir uniquement leur loi nationale commune, ou la loi du pays de la résidence habituelle de l'une d'elle, ou encore la loi applicable à leurs relations patrimoniales (à savoir au régime matrimonial). Tous ces critères de rattachement doivent être réalisés au moment de la désignation de la loi applicable.

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

Article G

61. Cette disposition correspond à celle de l'article 9 de la Convention de 1973 et peut compter sur un large appui à l'intérieur du GT. Une règle de la même teneur a été introduite, sur proposition du GT, dans la partie obligatoire de la Convention (art. 32, para. 2 du Doc. prélim. No 16 d'octobre 2005).

Article H

62. Cette disposition correspond en grande partie à l'article 10 de la Convention de 1973 et peut compter sur un large appui à l'intérieur du GT.

Article I

63. Cette règle de droit matériel correspond à celle de l'article 11, paragraphe 2, de la Convention de 1973. Son utilité est contestée par certains membres du GT, alors que d'autres craignent qu'elle ne soit utilisée comme un moyen pour esquiver la loi désignée par les autres règles de conflit de l'Esquisse. En alternative, il a été suggéré d'introduire une clause d'ordre public comme celle figurant à l'article J, paragraphe 2.

Article J

64. Le paragraphe 1 de cette disposition se limite à prévoir la possibilité d'écarter la loi applicable lorsque ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public du for. Cette disposition est largement acceptée à l'intérieur du GT. En revanche, le paragraphe 2 constitue une version plus souple et moins « encombrante » de la règle matérielle de l'article I.

Article K

65. Cette disposition se limite à exclure la pris en compte du renvoi. Elle n'appelle pas de remarques particulières.

A N N E X E

Esquisse relative à la loi applicable

A N N E X

Working Draft on Applicable Law

Esquisse relative à la loi applicable

Réunion du Groupe de travail sur la loi applicable, 9 au 11 mars 2006

Article A

1. Ce texte 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 de famille de ses parents].
2. L'application de ce texte ne préjuge pas de l'existence d'une des relations visées au paragraphe premier.

Article B

Aux fins du présent texte :

- a) « créancier » signifie une personne à qui des aliments sont dus ou sont allégués être dus ;
- b) « débiteur » signifie une personne qui doit ou de qui on réclame des aliments;
- c) ...¹

Article C

1. Les obligations alimentaires sont régies par la loi de l'Etat de la résidence habituelle du créancier. En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu.
2. La loi du for s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi visée au paragraphe 1.

[Option 1 :

2.bis Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, la loi du for s'applique [si le débiteur y a sa résidence habituelle] [si le créancier a saisi l'autorité compétente de l'Etat où le débiteur a sa résidence habituelle]. Si le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi du for, la loi de la résidence habituelle du créancier s'applique.

Option 2 :

2.bis Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, la loi du for s'applique si le débiteur y a sa résidence habituelle et le créancier le demande.]

3. La loi de l'Etat de leur nationalité commune s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois visées aux paragraphes 1 [et 2] [à *2.bis*] à condition qu'il ressorte de l'ensemble des circonstances qu'il existe un lien étroit entre la relation alimentaire et cet Etat.

¹ D'autres définitions pourraient être nécessaires, telles que le terme « époux ».

Article D

1. Dans les affaires relatives aux obligations alimentaires entre époux divorcés ou séparés de corps ou époux dont le mariage a été déclaré nul ou annulé², s'il ressort de l'ensemble des circonstances qu'il n'existe qu'un lien faible entre [la situation des parties] [le mariage] et l'Etat dont la loi est désignée en vertu des paragraphes 1 [et 2] [à 2.bis] de l'article C³ et qu'elle / il est manifestement plus étroitement lié(e) à [un autre Etat] [l'Etat de la dernière résidence habituelle commune des époux], la loi de cet autre Etat s'applique⁴.

2. Dans les relations alimentaires entre collatéraux et entre alliés, [sauf dans les affaires relatives à des aliments envers les enfants,] le débiteur peut opposer à la prétention du créancier l'absence d'obligation à son égard suivant la loi de l'Etat de sa résidence habituelle.

[3. Lorsqu'il s'agit d'obligations alimentaires autres que celles envers les enfants et celles précisées au paragraphe 1 et 2, le débiteur peut opposer à la prétention du créancier qu'il n'existe pas d'obligation à son égard en vertu de la loi de la résidence habituelle du débiteur ni en vertu de la loi de la nationalité commune des parties, s'ils en ont une.]

Article E

Nonobstant les articles C et D, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, pour les besoins d'une procédure spécifique, désigner expressément comme loi applicable à une obligation alimentaire la loi du for⁵.

Article F

1. Nonobstant les articles C et D sauf lorsqu'il s'agit d'une obligation alimentaire envers un enfant [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, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent à tout moment désigner, par écrit ou par un autre moyen qui rend l'information accessible pour être consultée ultérieurement, l'une des lois suivantes comme étant applicable aux obligations alimentaires :

- a) leur loi nationale commune au moment de la désignation ;
- b) la loi du pays de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation
- c) la loi applicable à leurs relations patrimoniales au moment de la désignation.

2. la loi choisie ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables⁶

² Le Groupe de travail considérera plus amplement la question de savoir si la disposition de l'article D, paragraphe 1, devrait aussi s'appliquer aux époux avant le divorce ou la séparation de corps.

³ La discussion se poursuit quant à savoir si le système de cascade de l'article C devrait s'appliquer aux aliments entre époux.

⁴ La discussion se poursuit quant à savoir si une disposition spéciale telle que celle de l'article D, paragraphe 1 est nécessaire et, dans l'affirmative, comment elle pourrait être formulée.

⁵ Le Groupe de travail considérera plus amplement la question de savoir si l'on doit inclure les termes suivants après les mots « article C et D » : « [sauf lorsqu'il s'agit d'une obligation alimentaire envers un enfant [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] »

⁶ La discussion se poursuit quant à la façon de restreindre le droit des parties de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire.

Article Fbis⁷

Article G

Le droit d'une institution publique de demander le remboursement de la prestation fournie au créancier à titre d'aliments est soumis à la loi qui régit l'institution.

Article H

1. La loi applicable à l'obligation alimentaire détermine notamment :
 - a) si, dans quelle mesure et à qui le créancier peut réclamer des aliments ;
 - b) la mesure dans laquelle le créancier peut demander des aliments rétroactivement ;
 - c) le calcul du montant des aliments et l'indexation ;
 - d) qui est admis à intenter des actions alimentaires, 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) les limites de l'obligation du débiteur, lorsque l'institution publique qui a fourni des aliments au créancier demande le remboursement de sa prestation alimentaire.

Article I

Même lorsque la loi applicable prévoit autrement, les besoins du créancier et les ressources du débiteur sont pris en compte dans la détermination du montant des aliments⁸.

Article J

1. L'application de la loi désignée en vertu du présent texte ne peut être écartée que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for.
- [2. En particulier, son application peut être refusée lorsque le droit désigné ne tient pas compte des ressources du débiteur ou des besoins du créancier.]

Article K

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

⁷ *Quaere* : Faut-il avoir une règle explicite relativement à la validité au fond d'un accord en matière d'aliments, ainsi formulée :

« 1. La validité au fond de l'accord en matière d'aliments est régie par la loi de la résidence habituelle du créancier au moment de l'accord [procédures relatives à l'accord].

2. Lorsque l'accord concerne plusieurs créanciers, cet accord n'est valide au fond que si sa validité est admise par la loi de la résidence habituelle de chaque créancier ».

⁸ La question de savoir s'il est nécessaire d'inclure une règle matérielle additionnelle reste à résoudre.