

**QUESTIONNAIRE RELATIF A LA LOI APPLICABLE
AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES**

*établi par le Groupe de travail sur la loi applicable
et le Bureau Permanent*

* * *

**QUESTIONNAIRE RELATING TO THE LAW APPLICABLE
TO MAINTENANCE OBLIGATIONS**

*drawn up by the Working Group on applicable Law
and the Permanent Bureau*

*Document préliminaire No 12 de Septembre 2004
à l'intention de la Commission spéciale
sur le recouvrement international des aliments
envers les enfants et d'autres membres de la famille*

*Preliminary Document No 12 of September 2004
for the attention of the Special Commission
on the International Recovery of Child Support
and other Forms of Family Maintenance*

**QUESTIONNAIRE RELATIF A LA LOI APPLICABLE
AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES**

*établi par le Groupe de travail sur la loi applicable
et le Bureau Permanent*

* * *

**QUESTIONNAIRE RELATING TO THE LAW APPLICABLE
TO MAINTENANCE OBLIGATIONS**

*drawn up by the Working Group on applicable Law
and the Permanent Bureau*

Remarques introductives

Lors de sa réunion de juin 2004, la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille a décidé que le Groupe de travail sur la loi applicable (ci-après GTLA) devait poursuivre ses travaux en matière de loi applicable. Cette décision résulte des discussions de la Commission spéciale qui avait pour base le Document de travail No 13, intitulé « Proposition du Groupe de Travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires » (ci-après, Doc. Trav. No 13) dont une copie est jointe en annexe.

Comme en fait état le Document de travail No 13, le GTLA a constaté qu'il serait très difficile de parvenir à un accord sur un ensemble de règles générales sur la loi applicable¹ qui soient acceptables pour un grand nombre d'Etats, et qui pourraient donc être incluses dans la partie obligatoire de la future Convention. En alternative, deux autres pistes ont été envisagées: la première consiste à introduire dans le futur instrument des règles spéciales traitant de problèmes particuliers résultant de l'absence de règles uniformes sur la loi applicable ; la deuxième consiste à inclure dans l'instrument actuellement en discussion une section facultative traitant de la question de la loi applicable. Cette solution permettrait de procéder à une révision de certains aspects controversés de *la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après la Convention sur la loi applicable de 1973), tout en offrant à d'autres Etats intéressés la possibilité d'adhérer à un système de règles de conflit uniformes.

La discussion dans le cadre de la Commission spéciale a confirmé ces considérations. Elle semble indiquer notamment que certains Etats parties à la Convention loi applicable de 1973 sont intéressés à une révision de cet instrument, et que des Etats qui n'ont jusqu'à présent pas ratifié la Convention sur la loi applicable de 1973 pourraient être intéressés à une réglementation facultative des questions de loi applicable dans le cadre de la nouvelle Convention.

Dans le but de vérifier la possibilité de trouver un accord relativement rapide et simple sur les règles de conflit à introduire dans la section facultative, le GTLA et le Bureau Permanent ont élaboré le questionnaire ci-dessous. Ce dernier s'inspire de l'« Esquisse de dispositions portant sur la Loi Applicable » développée par le GTLA lors de sa réunion du 15 juin, dont une copie est jointe en annexe. Le Questionnaire est envoyé à tous les Etats membres de la Conférence de La Haye, aux Etats parties à la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger, aux autres Etats invités à la Commission spéciale de juin 2004 ainsi qu'aux organisations internationales gouvernementales et non-gouvernementales pertinentes. Il se trouve également sur le site Internet de la Conférence à l'adresse < <http://www.hcch.net> >, à la rubrique « travaux en cours ». D'autres documents concernant le projet sur les aliments sont disponibles à la même adresse Internet.

Les Etats et les organisations auxquels le questionnaire est transmis sont invités à transmettre leurs réponses au Bureau Permanent, si possible avant le **6 novembre 2004**.

¹ Pour les fins de ce Questionnaire, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans l'Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Questionnaire

1. Application du droit étranger en matière d'obligations alimentaires

1) Selon le système de droit international privé de votre pays, l'établissement d'une décision en matière alimentaire peut-il se fonder, dans certains cas, sur l'application d'une loi étrangère ? Merci de bien vouloir répondre par OUI ou NON.

2) Si vous avez répondu par NON à la première question, veuillez préciser si, du point de vue de votre pays, il est envisageable que le droit à une prestation alimentaire et/ou son montant soient régis, dans certaines circonstances, par la loi d'un pays étranger. Merci de bien vouloir répondre par OUI ou NON.

Si vous avez répondu par NON à la question 2), vous n'êtes pas tenus de répondre aux questions suivantes.

3) Si vous avez répondu par OUI à la question 2), votre pays serait-il intéressé à l'introduction d'une section facultative sur la loi applicable dans le cadre de la nouvelle Convention ?

2. Rattachement principal

Dans le cadre de la Convention sur la loi applicable de 1973, les obligations alimentaires sont régies en principe par la loi du pays de la résidence habituelle du créancier d'aliments (art. 4). Selon le rapport du GTLA (cf. Doc. Trav. No 13, p. 5), ce principe devrait être maintenu dans le cadre de la nouvelle Convention.

4) Etes-vous favorable à la prévision d'une règle de principe selon laquelle « La loi interne de l'Etat de la résidence habituelle de la personne dont les besoins sont l'objet de la demande (« le créancier ») régit les obligations alimentaires visées par la présente convention » ?

5) Si vous avez répondu par NON à la question 4), quel devrait être selon vous le facteur de rattachement principal ?

3. Rattachements subsidiaires

3.1. En général

6) Si vous avez répondu OUI à la question 4), pensez-vous que le principe du rattachement au lieu de la résidence habituelle du créancier d'aliments devrait être complété par des rattachements subsidiaires ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

3.2. Nationalité commune des parties

Dans le cadre de la Convention sur la loi applicable de 1973, le rattachement au lieu de la résidence habituelle du créancier est complété par un rattachement subsidiaire à la loi de la nationalité commune des parties, qui devient applicable lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliment sur la base de la loi de sa résidence habituelle (art. 5). Plusieurs arguments ont été soulevés contre l'utilisation de ce rattachement dans le domaine des aliments : il pourrait apparaître comme un rattachement discriminatoire dans certains cas ; il conduirait souvent à l'application d'une loi étrangère; il compliquerait le système sans apporter le plus souvent des réels bénéfices ; il pourrait conduire à la loi d'un Etat avec

lequel il n'existe aucun lien réellement significatif, notamment en matière alimentaire (cf. Doc. Trav. No 13, p. 6).

7) A la lumière de ces observations, êtes-vous d'accord que le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties devrait être écarté ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

3.3. *Loi du for ou du domicile du débiteur*

Outre la résidence habituelle du créancier d'aliments, l'obligation alimentaire présente généralement un lien très significatif avec l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur. De plus, les autorités de cet Etat sont généralement compétentes sur la base du principe *actor sequitur forum rei*.

La Convention sur la loi applicable de 1973 ne prévoit pas de rattachement à la loi du domicile ou de la résidence du débiteur, mais elle rend applicable la loi du for lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments ni selon la loi du lieu de sa résidence habituelle, ni selon la loi de la nationalité commune (art. 6). En pratique, ce rattachement subsidiaire conduit souvent à l'application de la loi du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur.

Pour sa part, la Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires de Montevideo de 1989 accorde une plus grande place à la loi de l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur. Cette loi étant applicable au lieu de celle du domicile ou de la résidence habituelle du créancier, si, selon l'autorité saisie de la demande, elle est plus favorable au créancier (art. 6). Cette solution est plus protectrice pour le créancier que celle de la Convention sur la loi applicable de 1973, mais elle présente le désavantage d'obliger le juge à vérifier dans tous les cas le contenu de deux lois différentes et à les comparer, avant d'opérer son choix.

Dans le but de trouver une solution qui puisse assurer une bonne protection des intérêts du créancier sans trop compliquer la tâche de l'autorité compétente, le GTLA a envisagé d'accorder au créancier d'aliments le droit de demander l'application de la loi de l'Etat de l'autorité saisie (au moins si cette loi coïncide avec la loi de l'Etat de la résidence habituelle du débiteur). Cette solution est plus avantageuse pour le créancier que celle de l'article 6 de la Convention sur la loi applicable de 1973. En même temps, elle correspond aussi à l'intérêt des autorités saisies de la demande, car elles pourront, à la demande du créancier, appliquer le droit du for. Quant au débiteur, il ne pourrait rien objecter à cette option, car elle conduit, le plus souvent, à la loi applicable dans son propre Etat de résidence.

8) A la lumière de ces considérations, pensez-vous que l'on devrait introduire dans le nouvel instrument une règle selon laquelle, en dérogation au rattachement principal à la résidence habituelle du créancier, ce dernier peut, dans sa demande d'aliments, désigner la loi interne de l'autorité saisie ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

9) Si vous avez répondu par NON à la question 8, pensez-vous que l'on devrait maintenir une règle subsidiaire correspondante à l'article 6 de la Convention sur la loi applicable de 1973, selon laquelle la loi interne de l'autorité saisie devient applicable lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments selon la loi applicable à titre principal ?

4. Règles de conflit spéciales

4.1. *Epoux divorcés*

La Convention sur la loi applicable de 1973 consacre une règle spéciale aux obligations alimentaires entre époux divorcés, ces dernières étant régies, selon l'article 8, par la loi régissant le divorce. 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. Cette règle spéciale a certes des avantages (application d'une loi unique au divorce et aux aliments ; respect des accords conclus entre les époux au moment du divorce), mais elle présente aussi diverses faiblesses (défaut de protection pour le créancier d'aliments si la loi du divorce ne lui est pas favorable ; défaut d'uniformisation au niveau international en raison de l'absence de règles uniformes de conflit en matière de divorce ; cristallisation de la loi applicable malgré la modification des circonstances après le divorce ; difficulté de déceler dans le jugement la loi en vertu de laquelle le divorce a été prononcé ; (cf. Doc. Trav. No 13, pp. 7-8). Pour ces raisons, plusieurs membres du GTLA se sont exprimés en faveur de la suppression de ce rattachement spécial.

10) A la lumière de ces considérations, êtes-vous d'accord que les obligations alimentaires entre époux divorcés ne devraient pas faire l'objet d'une règle spéciale, mais être soumises aux rattachements généraux (loi de la résidence habituelle du créancier, év. rattachement subsidiaires) ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

11) Si vous avez répondu par NON à la question 10), pensez-vous qu'une règle spéciale devrait s'appliquer uniquement lorsque les aliments sont fixés directement dans la décision de divorce ou même en cas de fixation ou modification ultérieure des aliments entre époux divorcés ?

4.2. *Election de la loi applicable pour les obligations alimentaires entre époux*

Les obligations alimentaires entre époux sont parfois réglées par des conventions conclues entre les intéressés avant ou après le mariage ou bien au moment du divorce. Pour assurer le respect de ces obligations, il pourrait être intéressant d'accorder aux époux la faculté de choisir la loi applicable à leur accord. L'élection de la loi applicable pourrait également favoriser l'application d'une loi unique à tous les aspects patrimoniaux du mariage (régime matrimonial, entretien, etc.).

12) Etes-vous favorable à accorder aux époux la faculté de désigner la loi applicable à l'obligation alimentaire ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

13) Si cette élection de la loi applicable devait être admise, êtes-vous d'avis qu'elle devrait être étendue aux réclamations d'aliments pour enfants ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

14) Si l'élection de la loi applicable à la question 12) devait être admise, pensez-vous qu'elle devrait être limitée à certaines options (par ex., la loi applicable au régime matrimonial, ou loi du for), et si oui, lesquelles ?

4.3. Collatéraux et alliés

Une règle particulière relative aux obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés figure actuellement à l'article 7 de la Convention sur la loi applicable 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. Le GTLA a proposé le maintien d'une règle spéciale pour les obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés, du fait que le principe de *favor creditoris* qui inspire les règles générales sur la loi applicable ne peut être transposé directement à de telles situations particulières. Il a néanmoins proposé certaines modifications (restriction du champ d'application de la règle spéciale aux situations où le créancier est un adulte ; év. suppression de la référence à la loi nationale commune : cf. Doc. Trav. No 13, p. 9).

15) A la lumière de ces considérations, êtes-vous favorable au maintien d'une règle spéciale pour les obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

16) Si vous avez répondu par OUI à la question 15), êtes-vous favorable à limiter l'application de cette règle aux situations où le créancier est un adulte ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

17) Si vous avez répondu par OUI à la question 15), êtes-vous favorable à la suppression de la référence à la loi nationale commune des parties ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

4.4. Institutions publiques

Aucune remarque critique n'a été soulevée par rapport à l'article 9 de la Convention sur la loi applicable de 1973, selon lequel « le droit d'une institution publique d'obtenir le remboursement de la prestation fournie au créancier est soumis à la loi qui régit l'institution ».

18) Etes-vous favorable au maintien de cette règle dans le nouvel instrument? Merci de répondre par OUI ou par NON.

5. Champ d'application de la loi applicable

Le champ d'application de la loi applicable est régi par l'article 10 de la Convention sur la loi applicable de 1973. De l'avis du GTLA, cette disposition devrait être maintenue sans grands changements. La seule modification qui a été envisagée concerne la question de déterminer « qui est admis à engager l'action alimentaire ». Selon l'article 10(2), cette question est régie par la loi applicable à l'obligation alimentaire. La formulation de cette règle pourrait résulter en des incertitudes.

19) Etes-vous favorable au maintien d'une règle correspondant à l'article 10(2) de la Convention sur la loi applicable de 1973 ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

20) Avez-vous des propositions pour le changement de cette règle ?

6. Règles matérielles

Selon l'article 11(2) de la Convention sur la loi applicable de 1973, les besoins du créancier et les ressources du débiteur sont pris en compte pour déterminer le montant de la prestation alimentaire, même si la loi applicable en dispose autrement. Des doutes ont été avancés dans le GTLA quant à la portée et à l'utilité pratique de cette règle (cf. Doc. Trav. No 13, p. 10).

21) Pensez-vous que cette règle devrait être supprimée ? Merci de répondre par OUI ou par NON.

Selon une proposition avancée dans le GTLA, une autre règle matérielle devrait être incluse dans un texte révisé, prévoyant que les règlements économiques entre les époux devraient être pris en compte pour déterminer le montant des prestations alimentaires entre eux, même si la loi applicable en dispose autrement (cf. Doc. Trav. No 13, p. 10).

22) Etes-vous favorable à l'introduction d'une telle règle ? Merci de répondre par OUI ou par NON. Si oui, êtes-vous d'avis que cette règle devrait être étendue à d'autres parties, et si oui, lesquelles ?

Note : Les personnes interrogées sont également invitées à faire connaître leurs observations sur tout autre sujet qu'elles considèrent pertinent à la loi applicable en ce qui concerne le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, et en particulier au sujet de l'Esquisse en annexe.

ANNEXE

DOC. TRAV. No 13F

Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille (du 7 au 18 juin 2004)

Distribution: 10 juin 2004

Proposition du Groupe de Travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires

Rapport présenté à la Commission spéciale

Introduction

Le Groupe de Travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après le « GT ») a été constitué par la Conférence de la Haye de droit international privé, Commission spéciale sur le recouvrement international d'aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille de mai 2003, avec la tâche d'analyser la possibilité d'introduire dans l'instrument sur les obligations alimentaires envisagé des règles concernant la loi applicable, et de formuler des recommandations sur cette question à l'intention de la Commission spéciale de juin 2004.

Le GT est composé des membres suivants : Sheila Bird (Australie), Michèle Dubrocard (France), Raquel Correia (Portugal), Ase Kristensen (Norvège), Tracy Morrow (Canada), Shinichiro Hayakawa (Japon), David MacClean (Secrétariat du Commonwealth), Robert Spector (Etats-Unis d'Amérique), Rolf Wagner (Allemagne), Andrea Bonomi (Suisse, Présidence).

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 au cours de toutes leurs activités à ce jour.

Le GT s'est réuni deux fois. La première réunion a eu lieu à La Haye le 15 mai 2003, au cours de la Commission spéciale de mai 2003 et la seconde à La Haye les 27 et 28 mai 2004. Le reste de la discussion s'est tenu par l'intermédiaire d'une liste de distribution électronique.

I. Possibilité d'inclure un ensemble de règles sur la loi applicable dans la partie obligatoire de la Convention

A. Règles générales relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires

Conformément à son mandat, le GT a d'abord exploré la possibilité d'élaborer un ensemble de règles générales sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui serait acceptable pour un grand nombre d'Etats, et pourrait donc être inclus dans la partie obligatoire de la Convention envisagée. Dès le tout début de la discussion, cette tâche s'est révélée très difficile, en raison de l'opposition radicale de deux démarches nationales présentant des différences substantielles :

- ◆ Un premier groupe de pays (notamment les Etats qui sont parties à la Convention de La Haye de 1973 ainsi que d'autres ressorts de droit civil) adoptent des solutions de conflit de lois visant à protéger les intérêts du créancier d'aliments, et qui sont fondées sur l'application de la loi de l'Etat de la résidence habituelle du créancier. D'autres facteurs de rattachement (tels que la nationalité commune des parties et la *lex fori*) sont

soit subsidiaires soit appliqués uniquement à des situations particulières (p.ex., obligations alimentaires entre époux divorcés ou séparés). L'application de la loi de la résidence habituelle du créancier présente divers avantages. Ses principales raisons d'être sont 1) le fait qu'elle traduit mieux les intérêts du créancier et 2) qu'elle donne souvent lieu à l'application de la loi de l'autorité saisie de la demande d'aliments ; en fait, la majorité des Etats concernés par cette règle donnent compétence au tribunal du lieu de résidence du créancier. Si toutefois la demande est déposée dans un pays différent (et notamment dans l'Etat de résidence du débiteur), le facteur de rattachement de la résidence du créancier contraint le tribunal à appliquer un droit étranger. Dans les pays suivant cette démarche, les difficultés tenant à la détermination et à l'application du droit étranger ne sont pas perçues comme représentant un problème majeur.

- ◆ Dans un autre groupe de pays (notamment la majorité des ressorts de *common law*, mais également la Norvège et d'autres Etats scandinaves), les obligations alimentaires sont régies en principe par la *lex fori*. Certains ressorts de *common law* (tels que le Canada) sont disposés à appliquer le droit étranger, mais uniquement aux questions concernant le droit aux aliments, et non leur montant. Dans la plupart de ces pays l'application de la loi étrangère est principalement exclue. Cette attitude plutôt stricte a de nombreuses raisons différentes. La plus importante est que dans nombre de ces pays, les demandes d'aliments sont traitées au moyen d'une procédure administrative rapide et efficace, et que les autorités chargées de ces procédures ne sont pas qualifiées pour appliquer une loi différente de celle du for. Même lorsque la question est renvoyée à un tribunal (ce qui ne peut arriver, dans certains pays, que du fait d'un recours, ou du choix du créancier), l'application de la loi étrangère est rejetée à cause des délais et frais qui tiennent habituellement à la détermination de la teneur de cette loi et son application. Cette démarche négative est également influencée par la réticence traditionnelle des ressorts de *common law* à appliquer le droit étranger dans les procédures de droit de la famille.

Les deux systèmes ont leurs avantages et leurs inconvénients, et semblent tous deux bien fonctionner en pratique. En particulier, ils visent tous deux à protéger les intérêts du créancier d'aliments, bien qu'ils parviennent à cet objectif par des moyens différents : si la première démarche est plus soucieuse de la recherche de la justice dans le cas d'espèce, la seconde favorise l'obtention d'une décision facile et rapide.

Bien qu'aucun pays ne soit disposé à abandonner son propre système, diverses solutions ont été proposées dans le GT afin de rapprocher les démarches de "résidence du créancier" et de "*lex fori*". En particulier, plusieurs options ont été proposées et débattues en vue d'étendre les situations où le droit interne est appliqué dans les ressorts de droit civil et notamment :

- Application de la loi de l'Etat du for lorsque le débiteur y a sa résidence habituelle, et que les deux parties ont la nationalité de cet Etat : cette solution correspond à la réserve actuellement prévue par l'article 15 de la Convention de 1973 ;
- Application de la loi de l'Etat du for lorsque le débiteur y a sa résidence habituelle, et que les parties avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet Etat ;
- Application de la loi de la résidence habituelle du créancier, avec la possibilité pour le créancier d'opter pour l'application de la loi du for lorsqu'il coïncide avec la résidence habituelle du débiteur ;
- Application de la loi du for lorsqu'il coïncide avec la résidence habituelle du débiteur, avec la possibilité pour le créancier d'opter pour l'application de la loi de l'Etat de sa résidence habituelle.

Toutes ces suggestions ont en commun de réduire le rôle de la loi de la résidence habituelle du créancier et d'augmenter celui de la loi du for. Du point de vue des Etats parties à la Convention de La Haye de 1973, la plupart d'entre elles constituent une régression par rapport à la situation actuelle, et ne seraient donc acceptables que dans la perspective d'un compromis avec les Etats appliquant la démarche de *lex fori*. Malheureusement, la discussion de ces propositions a fait apparaître que ce compromis ne pourra être facilement atteint : en fait, aucune des propositions de compromis mentionnées n'a semblé acceptable aux Etats de *common law*, pour la simple raison que ceux-ci (ou certains d'entre eux tout au moins) rejettent totalement l'application du droit étranger dans les affaires d'aliments pour les motifs exposés ci-dessus.

B. Règles spéciales conçues pour des problèmes particuliers

Du fait de la difficulté de parvenir à un compromis sur des solutions générales de conflit de lois, le GT a exploré la possibilité d'adopter des règles spéciales traitant de problèmes particuliers résultant de l'absence de règles uniformes régissant la loi applicable. Dans cette perspective, une démarche pragmatique a été adoptée afin d'identifier les situations concrètes dans lesquelles l'opposition entre les démarches de "résidence du créancier" et "*lex fori*" entraînent des résultats particulièrement préoccupants. Cette discussion s'est centrée en particulier sur les demandes d'aliments qui ne sont pas compris dans les procédures relatives à l'état civil.

- Il a été noté tout d'abord que dans de nombreuses situations importantes, les deux démarches conduisent en pratique à des résultats semblables. Il en est évidemment ainsi lorsque le créancier dépose une demande dans l'Etat de sa résidence habituelle : puisqu'en pareil cas, la loi de la résidence habituelle du créancier coïncide avec la *lex fori*, les deux démarches conduisent en pratique à l'application de la même loi. La divergence ne se concrétise que lorsque la demande est présentée dans un pays autre que celui de la résidence du créancier (par exemple, dans le pays de la résidence habituelle du débiteur ou dans un pays dont aucune des parties n'est résidente), mais même ces situations ne soulèvent pas toujours de réelles difficultés pratiques.
- Si une demande est présentée dans un pays où ni le créancier ni le débiteur n'a sa résidence habituelle, l'application de la loi du for n'est pas une solution appropriée. Cependant, cette situation ne surviendra que dans des cas très rares, car les autorités de ces pays seront généralement dépourvues de compétence. Si elles sont compétentes (sur la base d'un motif de compétence qui pourrait être considéré comme assez exorbitant), elles seront en mesure, dans de nombreux pays de *common law*, de se déclarer incompétentes en appliquant le principe de *forum non conveniens*. Même si elles acceptent d'exercer leur compétence, leur décision sera souvent insusceptible de recevoir reconnaissance et exécution dans l'Etat du débiteur du fait de l'absence de compétence indirecte (il en serait notamment ainsi en vertu de l'article 27 de l'esquisse de convention préparée par le Comité de rédaction les 12-16 janvier 2004), de sorte que le créancier est bien avisé de ne pas déposer de demande dans cet Etat. En conclusion, ces situations ne sont pas très significatives d'un point de vue pratique.
- Plus importantes sont les affaires dans lesquelles le créancier dépose une demande dans l'Etat de résidence du débiteur. Si toutefois cela résulte de *son propre choix* (p.ex., si le créancier considère qu'une demande dans ce pays lui est plus avantageuse, parce que la procédure est plus rapide ou plus économique, ou parce que la loi applicable dans ce pays lui est plus favorable), l'application de la loi du for ne soulève aucune objection de fond, parce qu'elle correspond normalement à la volonté et aux intérêts du créancier.
- La situation est différente lorsque le créancier, pour un motif quelconque, est *obligé* de déposer dans l'Etat du débiteur. Cela peut se produire, tout d'abord, lorsque les autorités de l'Etat du créancier *ne sont pas compétentes* selon leurs propres règles. Dans cette situation (qui n'est pas très courante en pratique, du fait de la large acceptation d'une compétence fondée sur la résidence du créancier), bien que l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier puisse être souhaitable dans l'intérêt du créancier, il faut reconnaître que l'application de la loi du for n'est pas réellement choquante, même pour les pays suivant la démarche de « résidence du créancier ». Par conséquent, il n'est pas clair pourquoi les autorités de l'Etat du débiteur devraient appliquer la loi de l'Etat du créancier alors que celui-ci ne prétend même pas à une compétence dans le cas d'espèce. Les arguments traditionnels de droit international privé fondés sur la recherche de l'uniformité ne sont pas applicables en l'espèce, car seules les autorités de l'Etat du débiteur sont compétentes. Même si nous adoptons une démarche fondée sur l'analyse des intérêts, le fait que l'Etat du créancier n'est pas compétent révèle que cet Etat n'est pas intéressé par l'application de sa propre loi. En pareil cas, il semble que, de manière générale, l'acceptation de la loi du for puisse éventuellement être acceptée.
- Les situations réellement difficiles (on pourrait dire les « conflits réels ») se produisent lorsque le créancier est obligé de déposer dans l'Etat du débiteur parce que la *décision* qui a été (ou aurait pu être) rendue dans son Etat de résidence *ne peut recevoir la reconnaissance et l'exécution* dans le pays du débiteur, notamment du fait de l'absence de compétence indirecte (situation typique : un créancier résident d'un pays européen est contraint de déposer dans le ressort des Etats-Unis d'Amérique où le débiteur est résident, parce que la décision de son Etat de résidence ne peut pas être reconnue aux Etats-Unis d'Amérique). Même dans ces cas, il ne survient aucun problème réel si la loi

du for (c'est-à-dire de la résidence du débiteur) accorde au créancier une protection d'un niveau équivalent (ou supérieur) à celle à laquelle il aurait droit selon la loi de sa propre résidence. Par contre, l'application de la *lex fori* n'est pas entièrement acceptable si elle est moins favorable au créancier. En pareil cas, le créancier est non seulement obligé d'engager une procédure dans un pays étranger, mais il obtiendra en outre une prestation d'un montant plus faible que ce qu'il pourrait obtenir dans son propre pays, ou aucune prestation du tout.

En conclusion : un problème pratique survient concrètement lorsque a) le créancier est obligé de déposer dans le pays du débiteur parce que la décision qu'il pourrait obtenir dans son propre Etat de résidence ne peut pas être reconnue, et b) le niveau de protection auquel il a droit dans le pays du débiteur est inférieur à celui prévu par la loi de sa propre résidence habituelle.

Avec ces situations à l'esprit, le GT a cherché à élaborer quelques solutions concrètes.

1) A l'égard de la question des droits aux aliments, il existe des différences importantes concernant l'âge jusqu'auquel un enfant a droit à des aliments de la part de ses parents (p.ex., dans certains pays jusqu'à la majorité, dans d'autres jusqu'à la fin normale des études). A l'égard de cette question, la prise en considération de la loi de la résidence habituelle du créancier ne soulève pas les problèmes complexes liés à l'application de la loi étrangère sur le montant des aliments. Il semble donc qu'une règle particulière concernant cet aspect pourrait être acceptable même pour certains ressorts de *common law*, notamment si son efficacité pouvait être accrue par un mécanisme quelconque facilitant la preuve de la loi étrangère. A cet effet, il a été suggéré que les autorités de l'Etat de résidence du créancier pourraient délivrer un certificat indiquant la teneur de leur propre loi, ou plus concrètement, effectuer une constatation selon laquelle le créancier demandeur a droit aux aliments jusqu'à un certain âge. Deux modèles pourraient être envisagés pour ce certificat :

- Selon l'article 15 de la *Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, « les autorités judiciaires ou administratives d'un Etat contractant peuvent, avant d'ordonner le retour de l'enfant, demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l'article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet Etat. Les Autorités centrales des Etats contractants assistent dans la mesure du possible le demandeur pour obtenir une telle décision ou attestation. »
- Selon l'article 35 de la *Convention de La Haye de 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*, « les autorités d'un Etat contractant dans lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle peuvent, à la demande d'un parent résidant dans cet Etat et souhaitant obtenir ou conserver un droit de visite, recueillir des renseignements ou des preuves et se prononcer sur l'aptitude de ce parent à exercer le droit de visite et sur les conditions dans lesquelles il pourrait l'exercer. L'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pour statuer sur le droit de visite devra, avant de se prononcer, prendre en considération ces renseignements, preuves ou conclusions. »

L'autorité du pays du débiteur serait alors tenue de « prendre en considération » ce certificat ou constat des autorités de l'Etat du créancier avant de statuer sur les droits du créancier. Les caractéristiques exactes de ce mécanisme, ainsi que la possibilité d'étendre son application à des questions autres que l'âge du créancier, doivent être discutées plus avant au sein de la Commission spéciale et du GT.

2) En ce qui concerne le montant des aliments, la considération des règles étrangères est bien plus problématique, du fait des difficultés pratiques tenant à l'utilisation de formules étrangères. Une solution discutée au GT consiste à renoncer aux règles classiques de conflit de lois et de leur substituer une clause matérielle requérant que l'autorité saisie d'une demande tienne compte des besoins du créancier dans son propre environnement. Cette solution, inspirée de l'article 11(2) de la Convention de 1973, impliquerait cependant une modification des règles de droit matériel de certains ressorts, et soulèverait donc de graves questions constitutionnelles dans certains Etats. En outre, une telle règle ne serait pas toujours compatible avec l'intérêt du créancier, dès lors que la prise en considération des besoins du créancier conduira souvent à un montant

d'aliments inférieur (notamment si l'Etat de résidence du créancier a un niveau de vie inférieur à celui du débiteur).

C. La loi applicable à la prescription dans le cadre de l'exécution d'une décision étrangère

Une question qui devrait être traitée dans le cadre de la convention envisagée est celle de la loi applicable au délai de prescription dans le cadre de l'exécution d'une décision étrangère. Cette question diffère de celles examinées en A et B, et actuellement régies par la Convention de 1973, parce qu'elle ne survient pas dans le cadre de procédures engagées en vue de l'obtention ou de la modification d'une décision alimentaire, mais au stade de l'exécution d'une décision étrangère existante, notamment lorsque les autorités de l'Etat requis doivent établir si cette exécution doit être autorisée pour le recouvrement d'arriérés, et si oui, pendant quel délai.

La question dépend traditionnellement de sa qualification en question de procédure ou matérielle. Dans le premier cas, le choix se fait entre l'application du délai de prescription de l'Etat d'origine de la décision, et de celui de l'Etat requis. Dans le cas d'une qualification matérielle, les options possibles sont l'application de la loi appliquée au fond de la décision à exécuter, et la loi qui serait applicable à l'obligation alimentaire selon la loi du for.

Une règle expresse comprise dans la *Uniform Interstate Family Support Act* des Etats-Unis d'Amérique de 1992 (§ 604) dispose que le tribunal chargé de l'exécution applique soit le délai de prescription du for soit celui de l'Etat émetteur s'il est plus long. Cette solution pratique ayant l'avantage de traduire le principe de *favor creditoris*, plusieurs membres du GT ont estimé qu'elle pourrait constituer un bon modèle pour une règle à inclure dans la convention envisagée. Cette règle devrait être comprise dans la section traitant de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères (actuel Chapitre IV de l'esquisse de convention préparée par le Comité de rédaction les 12-16 janvier 2003).

II. Révision de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, ou introduction d'un ensemble facultatif de règles de conflit dans le nouvel instrument

A. La possibilité et les modalités d'une révision de la Convention de 1973

Du fait des difficultés à parvenir à un compromis acceptable pour tous les Etats, le GT s'est concentré sur la possibilité de réviser la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Bien que les Etats parties à cette Convention soient plutôt satisfaits de son application, de nombreux membres du GT ont souligné qu'il est nécessaire d'améliorer certaines solutions prévues par cet instrument (notamment les dispositions des articles 5 et 8).

Cette révision pourrait faire l'objet d'une négociation *ad hoc* entre les Etats parties, mais elle pourrait également être réalisée dans le cadre du projet actuel de convention globale sur les obligations alimentaires. Le GT a en particulier examiné l'opportunité d'inclure dans l'instrument actuellement en discussion une section facultative traitant de la question de la loi applicable. Cette section ne serait pas obligatoire pour tous les Etats ratifiant la Convention mais pourrait faire l'objet d'une option (option d'inclusion ou d'exclusion). Les avantages de cette solution seraient les suivants :

- Les Etats qui ne sont pas intéressés par l'application de la loi étrangère dans le domaine des obligations alimentaires, ni par une révision de la Convention de 1973, ne seraient pas obligés d'adhérer à la section sur la loi applicable. En parallèle, l'existence de cette section ne leur interdirait pas de ratifier les sections obligatoires de la convention relatives à la coopération administrative et à la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères.
- Les Etats qui sont parties à la Convention de La Haye de 1973 et qui sont intéressés par une révision de cet instrument auraient la possibilité d'améliorer immédiatement l'instrument existant, sans devoir attendre une négociation *ad hoc* de cette question.
- Ceux des Etats qui ne sont pas parties à la Convention de 1973 mais sont intéressés par l'introduction d'une certaine uniformité dans le domaine de la loi applicable pourraient également être intéressés par cette solution.

En vue de cette possibilité, le GT a discuté des modifications possibles à inclure dans une version révisée de la Convention de 1973.

B. Règles générales

La Convention de 1973 est fondée sur trois facteurs de rattachement différents en cascade : la résidence habituelle du créancier d'aliments (art. 4), la nationalité commune des parties (art. 5), et la *lex fori* (art. 6). L'applicabilité des facteurs subsidiaires est déclenchée par l'impossibilité pour le créancier d'obtenir des aliments en vertu de la loi désignée par les règles précédentes.

Il va sans dire que la loi de la résidence habituelle du créancier devrait rester le principal facteur de rattachement dans l'instrument futur. A cet égard, il a été suggéré d'indiquer que, dans le cas d'une demande déposée pour le compte d'un enfant, la résidence habituelle est celle de l'enfant, et non pas celle de la personne qui le représente. Cela correspond à la solution actuelle, mais une indication expresse pourrait être utile pour éviter tout malentendu.

A l'égard des facteurs de rattachement subsidiaires, certaines modifications possibles ont été suggérées et discutées.

1) La première modification pouvant être envisagée est l'élimination du facteur de rattachement subsidiaire fondé sur la nationalité commune du créancier et du débiteur. Plusieurs arguments ont été soulevés à l'encontre de l'utilisation de ce rattachement dans le domaine des aliments :

- Cette solution est de nature discriminatoire car elle favorise sans justification les créanciers de même nationalité que le débiteur. En effet, seuls ces créanciers peuvent arguer de l'application alternative de trois lois différentes, alors que d'autres doivent se contenter de l'application de la loi de leur résidence ou de la *lex fori*. Ce traitement inégal se manifeste notamment à l'égard des obligations alimentaires envers les enfants nés hors du mariage, dont un nombre significatif n'a pas la même nationalité que leur père.
- Si l'Etat de la nationalité commune est le même que celui de la résidence habituelle du créancier ou débiteur d'aliments, ce facteur de rattachement présente une certaine efficacité. Cependant, si ce n'est pas le même Etat, le facteur de rattachement conduit à l'application d'une loi avec laquelle il n'existe normalement aucun lien réellement significatif.
- Si le lien avec la résidence du créancier conduit très souvent à l'application de la loi du juge saisi (en effet, la majorité des Etats contractants de la Convention de 1973 prévoit un for dans l'Etat de résidence du créancier), il n'en est pas de même de la nationalité commune. Cela entraîne donc souvent un découplage entre *forum* et *jus*, entre compétence et loi applicable, obligeant donc l'autorité saisie à appliquer une loi étrangère. Dans ces circonstances, ce facteur de rattachement - qui est destiné à favoriser le créancier - occasionne en fait des complications inutiles : le tribunal saisi, après avoir noté que les aliments ne sont pas exigibles conformément à la loi de la résidence habituelle du créancier, devra vérifier la teneur d'une autre loi étrangère (celle de la nationalité commune) alors que, dans de nombreux cas, les aliments sont exigibles en tout état de cause selon la loi du for.
- Enfin, d'un point de vue plus général, l'importance accordée à la nationalité, justifiable en 1973 à une époque où ce critère jouait encore un rôle central dans le droit international privé d'un grand nombre d'Etats européens, semblerait néanmoins être dépassée de nos jours. Aujourd'hui, le rôle de la nationalité a décliné dans de nombreux systèmes nationaux. En ce qui concerne les conventions internationales, ce changement est traduit par exemple dans les évolutions ayant eu lieu dans le domaine de la protection des enfants entre les Conventions de La Haye de 1961 et de 1996 sur la protection des enfants. L'abandon du concept de nationalité est encore plus justifiable dans le domaine des aliments, étant donné l'élément patrimonial des prestations elles-mêmes.

Bien que l'abandon de la nationalité commune puisse soulever certaines difficultés dans certains Etats parties, la majorité des membres du GT convient de ce que cette règle pourrait être abrogée.

La loi nationale commune pourrait être remplacée par d'autres facteurs de rattachement subsidiaires (la loi de la résidence du débiteur, la loi de la nationalité de l'une des parties, etc.), ou ne pas être remplacée du tout. A la lumière des observations précédentes, cette dernière

solution ne pourrait pas être considérée comme une régression par rapport au niveau actuel de protection des créanciers.

2) Une seconde modification possible des règles générales de la Convention de 1973 a été discutée par le GT. Elle consisterait à accorder au créancier d'aliments un droit d'opter en faveur de la *lex fori*, dans les affaires où la procédure est engagée dans l'Etat de résidence du débiteur. En d'autres termes, l'application de la *lex fori* ne dépendrait pas (uniquement) de l'impossibilité d'obtenir des aliments selon la loi désignée par le ou les facteurs de rattachement principaux, actuellement prévus à l'article 6 de la Convention, mais (également) d'un choix de la part du créancier.

Cette suggestion est motivée par les considérations suivantes. Lorsqu'une demande d'aliments est déposée dans l'Etat de résidence du débiteur, le facteur de rattachement de la résidence habituelle du créancier perd une partie de ses mérites. En pareil cas, il n'entraîne 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 être assez longue et coûteuse. En outre, cette loi étrangère devra être appliquée même si elle est *moins favorable* au créancier que la *lex fori* (la seule exception prévue par la Convention étant la situation où le créancier n'a droit à aucune prestation alimentaire du tout selon la loi de sa résidence habituelle). Dans une telle situation, l'application de la loi de la résidence du créancier est contraire à sa propre motivation. Du point de vue de la *favor creditoris*, il est donc préférable d'accorder au créancier le droit d'opter pour la *lex fori*. Cette solution non seulement tient compte des intérêts du créancier, mais correspond aussi à celui de l'Etat du for, dont les autorités pourront appliquer leur droit interne. Quant au débiteur, il ne pourrait pas s'opposer à ce droit d'option, car il entraînerait l'application de la loi applicable dans son propre Etat de résidence. Enfin, et ce n'est pas le moindre avantage, cette solution étendrait les situations où l'obligation alimentaire est régie par la *lex fori*, et pourrait donc être intéressante pour les ressorts de *common law* qui ne rejettent pas absolument l'adoption du choix de loi bilatéral dans ce domaine (p.ex., Canada).

Cette solution est tentante, mais elle soulève également des questions qui nécessitent une discussion approfondie :

- jusqu'à quand l'option peut-elle être déclarée ?
- qui aurait le droit d'exercer cette faculté d'option ? La question survient notamment lorsque la demande n'est pas déposée directement par le créancier d'aliments, mais par une institution publique poursuivant le remboursement de prestations versées au créancier ;
- La question la plus grave survient en rapport avec la demande d'un débiteur pour modifier la décision initiale : si le créancier a demandé et obtenu une décision dans le pays du débiteur sur le fondement de la *lex fori*, que se passera-t-il si le débiteur dépose une demande de modification de cette décision dans le pays de résidence du créancier ? Selon les règles de droit commun, la loi de la résidence du créancier s'appliquerait, sans possibilité de choix, avec la conséquence que la décision pourrait être modifiée du fait de la loi applicable différente, plutôt que par une modification substantielle des circonstances. Bien que cette situation puisse déjà survenir sous l'empire de la Convention de 1973 dans les cas où la *lex fori* est applicable subsidiaire, l'introduction d'une option risque de la rendre plus fréquente et plus problématique.

En dépit de ces difficultés, l'introduction d'un droit d'option du créancier devrait être sérieusement envisagée dans les situations où la demande est présentée dans l'Etat de résidence du débiteur. En revanche, le GT reconnaît que cette solution devrait être rejetée lorsque la demande est déposée dans l'Etat de résidence du créancier, car elle crée des difficultés inutiles en imposant l'application d'une loi étrangère. A fortiori, l'option devrait être exclue lorsque ni le créancier ni le débiteur ne sont habituellement résidents de l'Etat du for, parce qu'alors la situation n'est pas suffisamment rattachée à la *lex fori*, et parce que l'application de cette loi pourrait encourager une recherche inacceptable de fors favorables par le créancier.

C. Règles spéciales concernant la loi applicable

Après les règles générales, la Convention de La Haye de 1973 comporte un certain nombre de règles spéciales régissant des situations particulières, telles que les obligations alimentaires entre collatéraux ou entre alliés (art. 7) et entre époux divorcés ou séparés (art. 8), ainsi que la loi

applicable aux institutions publiques poursuivant le remboursement des prestations fournies au créancier d'aliments (art. 9). Le GT a discuté de la question de savoir si ces règles devraient être conservées dans le cadre d'un texte révisé.

1) Aliments entre époux divorcés ou séparés

En vertu de l'article 8 de la Convention de 1973, les obligations alimentaires entre époux divorcés sont régies exclusivement par la loi appliquée au divorce. 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.

Cette règle spéciale a certes des avantages :

- Lorsque l'obligation alimentaire entre époux doit être réglée dans le cadre de la procédure de divorce, l'article 8 entraîne l'application d'une loi unique au divorce et aux aliments. Si la question du divorce est régie par le droit interne du for, la demande d'aliments sera également tranchée sur la base de la *lex fori*. Bien entendu, cela ne concerne pas les obligations alimentaires envers les enfants du couple, de sorte qu'en pareil cas l'application d'une loi unique n'est pas accordée.
- Lorsque l'obligation alimentaire entre époux divorcés doit être réglée après le divorce, dans le cadre d'une demande complémentaire ou par voie de modification de la décision de divorce, l'article 8 présente l'avantage d'éviter qu'une modification de fait des circonstances pouvant survenir après le mariage (notamment un changement de résidence du créancier) n'entraîne une modification de la loi applicable. Cela est important lorsque les époux sont convenus du montant des aliments, car cette convention ne devrait pas être remise en cause du seul fait d'un changement de résidence du créancier.

Néanmoins, l'article 8 présente aussi diverses faiblesses :

- Les facteurs de rattachement alternatifs 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.
- Les règles de conflit à l'égard du divorce n'étant pas normalisées au niveau international, l'article 8 a pour effet de compromettre toute unification à l'égard de la loi applicable aux obligations alimentaires. Cette dernière loi dépend nécessairement du droit international privé de l'Etat de la procédure de divorce, et cette solution favorise inévitablement la recherche de fors favorables.
- 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 anciens époux et de leurs intérêts respectifs. Le juge ne pourra tenir compte de la loi de la résidence actuelle ni du créancier ni du débiteur.
- Il est 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 semblerait infondé. Cela est particulièrement vrai lorsque les époux ont divorcé dans un pays qui ne prévoit pas d'aliments pour un époux divorcé (par exemple, Etats islamiques) ; 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, il peut y avoir des difficultés pratiques en ce qu'il peut être difficile de déceler dans le jugement la loi en vertu de laquelle le divorce a été prononcé.

Pour ces motifs, une révision de la solution actuelle est souhaitable. Diverses options ont été discutées par le GT, notamment :

- limiter le facteur de rattachement supplémentaire aux décisions alimentaires prises dans le cadre des procédures de divorce ;
- permettre le facteur de rattachement supplémentaire en cas de demande ultérieure, mais à la condition que le jugement de divorce ait tranché sur les aliments (c'est à dire en cas de révision et non en cas de demande nouvelle) ;
- ne prévoir le facteur de rattachement supplémentaire que si les époux le souhaitent effectivement (c'est-à-dire sur la base d'un choix de loi à leur disposition dans le cas d'espèce) ;
- éliminer tout simplement le facteur de rattachement supplémentaire.

Au GT, l'avis qui semble prévaloir est que l'article 8 devrait être simplement supprimé, avec la conséquence que les obligations entre époux divorcés et séparés seraient régies par les règles de droit commun.

A l'égard des obligations alimentaires entre époux, le GT a également discuté de la possibilité d'introduire un droit de choisir la loi applicable. L'autonomie de la volonté serait particulièrement utile lorsque les époux ont conclu une convention relative aux obligations alimentaires et/ou aux biens de la communauté. Cette question nécessite cependant une analyse plus détaillée. En tout état de cause, si l'admission du choix des parties est envisagée, il semble que ce choix devrait être soumis à certaines restrictions quant à la loi pouvant être désignée par les parties (p.ex., *lex fori*, loi de la résidence du débiteur et loi applicable aux biens de la communauté) et à une observation nécessaire de règles d'ordre public internationales (lois de police, *overriding statutes*).

2) Obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés

Une règle particulière figure actuellement à l'article 7 de la Convention de 1973 sur les obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés. Cette règle permet au débiteur de s'opposer à une demande fondée sur les règles de droit commun concernant le droit 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. Si le débiteur fait usage de ce droit, la règle entraîne l'application cumulée de la loi régissant les aliments selon les règles de droit commun des articles 4 à 6, et soit de la loi nationale commune, soit de la loi de la résidence du débiteur.

De l'avis du GT, une règle spéciale pour les obligations alimentaires entre collatéraux ou alliés devrait être conservée, tout au moins lorsque le créancier est un adulte. En fait, le principe de *favor creditoris* qui inspire les règles générales sur la loi applicable ne peut être transposé directement à de telles situations particulières. La règle de l'article 7 pourrait cependant être modifiée à certains égards :

- Il a tout d'abord été suggéré que le champ d'application de la règle spéciale soit limité aux situations où le créancier est un adulte. La nécessité d'une règle restrictive est bien moins évidente lorsque les aliments d'un enfant sont en cause : en ce cas, le principe de *favor creditoris* devrait s'appliquer, avec la conséquence qu'une demande présentée par un enfant (ou en son nom) devrait être régie par les règles de droit commun de l'instrument futur, même si elle concerne des collatéraux ou alliés.
- Une autre modification pourrait concerner les facteurs de rattachement utilisés par l'article 7 pour déterminer la loi sur laquelle peut se fonder la contestation du débiteur. A cet égard, certains membres du GT sont favorables à la suppression de la référence à la loi nationale commune, afin d'établir une uniformité avec les règles générales (dans la perspective d'une élimination de l'actuel article 5). Selon d'autres membres, cependant, le rôle « négatif » de la nationalité commune dans le cadre de l'article 7 est différent du rôle « positif » que ce facteur de rattachement joue actuellement dans l'article 5, et plus justifié. Selon cet avis, l'existence d'une obligation alimentaire entre collatéraux ou alliés n'est pas justifiée lorsqu'une telle obligation n'existe pas selon la loi nationale commune des parties. Cette question mérite une réflexion plus poussée.

- Cependant la référence à la loi nationale commune est conservée, la raison pour laquelle la possibilité d'invoquer la loi de la résidence du débiteur devrait exister *uniquement* lorsque les parties n'ont pas de nationalité commune, comme le prévoit le texte actuel n'est pas claire. La règle pourrait donc être modifiée en déclarant simplement que le débiteur peut contester la demande en se fondant soit sur la loi nationale commune, soit sur la loi de sa résidence habituelle.

3) Institutions publiques

Enfin, de l'avis du GT, la règle spéciale à l'article 9 de la loi applicable aux institutions publiques devrait être conservée dans l'instrument futur. Selon cette règle, le droit d'une institution publique d'obtenir le remboursement de la prestation fournie au créancier est soumis à la loi qui régit l'institution. Il n'est pas exclu qu'un accord plus général puisse être trouvé à propos de cette règle de sorte qu'elle pourrait même être intégrée à la section obligatoire de la future Convention.

Il est à noter que les règles sur le droit applicable sus-mentionnées concernent la situation où une institution publique dépose une demande initiale de remboursement. Cependant, elles ne devraient pas s'appliquer lorsque l'institution poursuit la reconnaissance et l'exécution d'une décision déjà rendue sur cette question. Au cours de la discussion, il a ainsi été suggéré que l'actuel article 39 de l'esquisse de convention préparée par le Comité de rédaction les 12-16 janvier 2003 devrait être modifié, dans la partie où il permet à l'autorité de l'Etat requis de vérifier à nouveau la loi qui a été appliquée dans la décision étrangère (« La décision rendue contre un débiteur à la demande d'une institution publique (...) est reconnue et déclarée exécutoire conformément à la Convention *si ce remboursement peut être obtenu par cette institution publique selon la loi qui la régit* »). Cette « double sûreté » non seulement soulève certaines difficultés pratiques lorsque la décision étrangère n'indique pas sur quelle loi elle est fondée, mais, en outre, est contraire aux règles générales incluses dans l'esquisse de convention sur la reconnaissance des décisions étrangères (art. 26-31), qui ne prévoient pas de vérification de la loi appliquée par l'autorité de l'Etat d'origine.

C. Champ d'application de la loi applicable

Le champ d'application de la loi applicable est régi par l'article 10 de la Convention de 1973. De l'avis du GT, cette disposition devrait être maintenue sans grands changements. Notamment, une large majorité des membres ont constaté que le dépeçage devrait être évité, et que la même loi devrait être applicable au droit aux aliments et à leur montant.

La seule modification qui a été envisagée concerne la question de déterminer « qui est admis à engager l'action alimentaire ». Selon l'article 10(2), cette question est régie par la loi applicable à l'obligation alimentaire. La formulation de cette règle soulève une mesure d'incertitude. De l'avis du GT, plusieurs questions différentes doivent être distinguées :

- Qui est le créancier, c'est-à-dire qui a droit aux aliments ? Il s'agit certainement d'une question devant être régie par la loi applicable à l'obligation alimentaire, comme prévu à l'article 10(2) de la Convention de 1973.
- Si le créancier est un enfant, qui le représente ? Il semble que cette question échappe au champ d'application de la loi applicable aux aliments et ne devrait pas être traitée dans la convention envisagée; elle dépend de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant qui doit être déterminée selon des règles de conflit différentes, autonomes (la Convention de La Haye de 1961 ou de 1996 sur la protection des enfants comporte de telles règles pour les Etats parties à ces instruments).
- Qui a qualité pour agir dans la procédure ? Cela semble être une question à déterminer selon la loi de l'autorité saisie.
- Qui a le droit de poursuivre l'exécution d'un droit du créancier pour son compte ? Ce problème survient notamment avec les institutions publiques poursuivant le remboursement des prestations servies au créancier, et est traité dans les articles 9 et 10(3) de la Convention de 1973.

Du fait du risque de confusion parmi ces questions (et éventuellement d'autres), la formulation de l'article 10(2) devrait peut-être être modifiée, mais le GT n'est pas encore parvenu à une formulation nettement définie.

D. Règles matérielles

Selon l'article 11(2) de la Convention de 1973, les besoins du créancier et les ressources du débiteur sont pris en compte pour déterminer le montant de la prestation alimentaire, même si la loi applicable en dispose autrement.

La question de l'opportunité du maintien d'une telle règle matérielle a été discuté au GT. A cet égard, il faut observer, d'une part, que le sens de la règle n'est pas très clair : doit-elle être considérée comme un mécanisme permettant d'écarter la loi étrangère applicable lorsqu'elle ne prévoit pas la prise en compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur, ou entre-t-elle en jeu également lorsque l'obligation alimentaire est régie par le droit interne du for (p.ex., lorsque la demande est déposée à la résidence habituelle du créancier) ? D'autre part, des doutes ont été émis quant à l'utilité pratique de la disposition.

Selon un avis, une autre règle matérielle devrait être incluse dans un texte révisé, prévoyant que les règlements économiques entre les parties devraient être pris en compte pour déterminer le montant des prestations alimentaires entre adultes, même si la loi applicable en dispose autrement. Cette suggestion est inspirée d'une résolution de l'Institut de Droit International (Session de Helsinki, 1985), qui recommande la prise en considération des dispositions patrimoniales réellement effectuées par les époux au moment de la dissolution du mariage.

Les avantages et les inconvénients de ces règles matérielles n'étant pas encore parfaitement clairs, la question nécessitera un examen plus détaillé.

La Haye, juin 2004