RECOUVREMENT DES ALIMENTS
CHILD SUPPORT

octobre / October 2009

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PROTOCOLE DU 23 NOVEMBRE 2007
SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

RAPPORT EXPLICATIF

établi par Andrea Bonomi

* * *

PROTOCOL OF 23 NOVEMBER 2007
ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE OBLIGATIONS

EXPLANATORY REPORT

drawn up by Andrea Bonomi

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (70) 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (70) 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http ://www.hcch.net

PROTOCOLE DU 23 NOVEMBRE 2007
SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

RAPPORT EXPLICATIF

établi par Andrea Bonomi

* * *

PROTOCOL OF 23 NOVEMBER 2007
ON THE LAW APPLICABLE TO MAINTENANCE OBLIGATIONS

EXPLANATORY REPORT

drawn up by Andrea Bonomi

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. HISTORIQUE 4

II. TITRE, PREAMBULE ET STRUCTURE GENERALE DU PROTOCOLE 7

III. LES PRINCIPAUX ASPECTS DU REGIME PREVU PAR LE PROTOCOLE 9

IV. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE 10

Article 1 Champ d'application 10

Article 2 Application universelle 13

Article 3 Règle générale relative à la loi applicable 13

Article 4 Règles spéciales en faveur de certains créanciers 15

Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux 21

Article 6 Moyens de défense particuliers 25

Articles 7 et 8 Choix de la loi applicable 28

Article 7 Désignation de la loi applicable pour les besoins d'une procédure particulière (accord procédural) 28

Article 8 Désignation de la loi applicable 30

Article 9 « Domicile » au lieu de « nationalité » 35

Article 10 Organismes publics 37

Article 11 Domaine de la loi applicable 37

Article 12 Exclusion du renvoi 38

Article 13 Ordre public 38

Article 14 Fixation du montant des aliments 39

Articles 15 à 17 Systèmes juridique non unifiés 40

Article 15 Non-application du Protocole aux conflits internes 40

Article 16 Systèmes juridiques non unifiés à caractère territorial 41

Article 17 Systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel 41

Article 18 Coordination avec les Conventions de La Haye antérieures en matière d'obligations alimentaires 42

Article 19 Coordination avec d'autres instruments 43

Article 20 Interprétation uniforme 43

Article 21 Examen du fonctionnement pratique du Protocole 43

Article 22 Dispositions transitoires 43

Article 23 Signature, ratification et adhésion 44

Article 24 Organisations régionales d'intégration économique 44

Article 25 Entrée en vigueur 44

Article 26 Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés 44

Article 27 Réserves 45

Articles 28 à 30 Déclarations, dénonciation, notification 45

I. HISTORIQUE*

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

2. La question de la loi applicable aux obligations alimentaires était dès le départ comprise dans le mandat officiel de la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, qui a élaboré les avant-projets de Convention et de Protocole. En effet, la Commission spéciale d'avril 1999[1] avait décidé que l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence devrait accorder une place prioritaire à l'établissement d'une nouvelle Convention complète en matière d'obligations alimentaires, qui devrait améliorer les Conventions de La Haye existantes en la matière et inclure des dispositions sur la coopération judiciaire et administrative[2]. Or, parmi les Conventions de La Haye existantes en matière d'obligations alimentaires, deux sont consacrées à la détermination de la loi applicable ; il s'agit de la *Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants* (ci-après, « la Convention Obligations alimentaires de 1956 ») et de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après, « la Convention Obligations alimentaires de 1973 »).

3. Conformément à la décision de la Dix-neuvième session, le Secrétaire général a convoqué une Commission spéciale qui s'est réunie à La Haye du 5 au 16 mai 2003, du 7 au 18 juin 2004, du 4 au 15 avril 2005, du 19 au 28 juin 2006 et du 8 au 16 mai 2007. M. Fausto Pocar (Italie) a été élu Président de la Commission spéciale et Mme Mária Kurucz (Hongrie), Mme Mary Helen Carlson (États-Unis d'Amérique) et M. Jin Sun (Chine) ont été élus vice-présidents. Mmes Alegría Borrás et Jennifer Degeling, ont été élues co-Rapporteurs. Un Comité de rédaction a été constitué sous la présidence de Mme Jan Doogue (Nouvelle-Zélande). Le travail des Commissions spéciales et du Comité de rédaction a été grandement facilité par d'importants documents préliminaires[3] et par les remarques de M. William Duncan, Secrétaire général adjoint, qui était chargé des travaux scientifiques du Secrétariat, et de M. Philippe Lortie, Premier secrétaire.

4. Lors de sa première réunion en mai 2003 et conformément à son mandat, la Commission spéciale a discuté de la question de savoir si le nouvel instrument devait contenir des dispositions sur la loi applicable par les autorités qui rendent les décisions alimentaires et, dans l'affirmative, ce que les règles inclues dans ces dispositions devraient être. La discussion a révélé l'existence de deux positions opposées. Si la majorité des délégués des juridictions de droit civil favorisait l'inclusion d'une certaine forme de régime de loi applicable, les délégations des ressorts de *common la*w y étaient

---

* Veuillez noter que, lors de sa publication dans les *Actes et documents de la Vingt et unième session*, le présent Rapport explicatif suivra la présentation actuelle du Rapport explicatif sur la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*.

[1] Pour l'historique et les décisions de cette session, *cf.* le Rapport Borrás-Degeling, para. 1 à 5.

[2] Voir Acte final de la Dix-neuvième session, *Actes et documents de la Dix-neuvième session,* tome I, *Matières diverses*, p. 34 à 47, à la p. 44.

[3] Voir, en particulier, W. Duncan, « Vers un nouvel instrument mondial sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille », Doc. prél. No 3 d'avril 2003 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2003 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, disponible sur le site de la Conférence à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Conventions », « Convention 38 » puis « Documents préliminaires ».

en général opposées[4]. Cette opposition s'explique aisément si l'on considère que, dans la plupart des pays de *common law*, les décisions en matière alimentaire sont prises traditionnellement sur la base de la loi du for. La loi du for est également souvent appliquée dans les États disposant de systèmes administratifs de recouvrement des aliments, qui ne sont pas tous des pays de *common law*.

5. La plupart des délégations qui étaient favorables à l'inclusion d'un régime général de loi applicable considéraient que les présentes négociations représentaient une opportunité unique de revoir les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973 et qu'il ne fallait pas la manquer. Si la Convention de 1973 était en générale assez satisfaisante et devait servir de point de départ pour l'élaboration d'un nouveau texte, certaines de ses solutions devaient être révisées et modernisées, dans le but de corriger ses défauts et d'attirer un plus grand nombre de ratifications[5]. Pour ce faire, le processus de révision devait impliquer tous les États et non seulement ceux qui sont déjà parties aux Conventions de 1956 ou de 1973.

6. Suivant la proposition du Président, la Commission spéciale a décidé d'établir un Groupe de travail sur la loi applicable (ci-après, « GTLA »), incluant des experts provenant des États parties aux Conventions Obligations alimentaires de 1956 et 1973 et d'autres États et dont la Présidence a été confiée au soussigné. Sur la base du mandat reçu, qui a été renouvelé et précisé lors des réunions de la Commission spéciale de 2004, 2005 et 2006, le GTLA a élaboré une esquisse de texte sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après, « l'Esquisse »). Une première version de l'Esquisse a été présentée en annexe au Rapport du GTLA de juin 2006[6] et discutée lors de la Commission spéciale de juillet 2006. Cette Commission a décidé la convocation d'une Commission spéciale pour mai 2007 dont l'objet principal serait la question de la loi applicable. La deuxième version de l'Esquisse[7], commentée dans le Rapport du GTLA d'avril 2007[8], a constitué la base des travaux de la Commission spéciale de mai 2007.

7. Lors de la Commission spéciale de mai 2007, la question de la loi applicable a été au centre des travaux. La Commission a conclu, tout d'abord, que la réglementation de la loi applicable devrait faire l'objet d'un Protocole, formellement séparé de la Convention. Ensuite, elle a donné son accord à l'élaboration d'un avant-projet de Protocole[9] qui, accompagné d'un Rapport explicatif[10], a servi de base aux discussions de la Vingt et

---

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

[5] La Convention de 1973 est actuellement en vigueur dans 14 États (Allemagne, France, Espagne, Estonie, Italie, Japon, Grèce, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse et Turquie). Celle de 1956, relative à la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, est en vigueur dans 12 États (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suisse et Turquie).

[6] « Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable », préparé par le Président du Groupe de travail, Andrea Bonomi, Doc. prél. 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, disponible sur le site de la Conférence à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Conventions », « Convention 38 » puis « Documents préliminaires ».

[7] « Esquisse relative à la loi applicable », préparée par le Groupe de travail sur la loi applicable aux obligations alimentaires réuni les 17 et 18 novembre 2006 à La Haye, Doc. prél. No 24 de janvier 2007 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2007 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, disponible sur le site de la Conférence, *ibid.*

[8] « Rapport du Groupe de travail sur la loi applicable », établi par le Président du Groupe de travail, Andrea Bonomi, Doc. prél. No 27 d'avril 2007 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2007 sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, disponible sur le site de la Conférence, *ibid.*

[9] « Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires », établi sous l'autorité de la Commission spéciale sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille et approuvé par le Comité de rédaction, Doc. prél. No 30 de juin 2007 à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007, disponible sur le site de la Conférence, *ibid.*

[10] « Avant-projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires – Rapport explicatif », établi par Andrea Bonomi, Doc. prél. No 33 d'août 2007 à l'intention de la Vingt et unième session de novembre 2007, disponible sur le site de la Conférence, *ibid.*

unième session de la Conférence, qui s'est déroulée à La Haye du 5 au 23 novembre 2007. À cette occasion, le soussigné a été élu Rapporteur pour le Rapport explicatif concernant le Protocole.

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

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

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

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

II. TITRE, PREAMBULE ET STRUCTURE GENERALE DU PROTOCOLE

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

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

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

15. Le titre « Protocole » a été discuté dans la Commission II de la Session diplomatique, et ce, jusqu'à sa dernière séance du 22 novembre 2007 qui a été consacrée à la deuxième lecture du projet de Protocole. Suite à la décision de rendre le Protocole formellement indépendant de la Convention (*cf.* art. 23, qui permet la signature, la ratification et l'adhésion par tous les États, même s'ils ne sont pas parties à la Convention), certaines délégations avaient en effet proposé de changer le titre de l'instrument de « Protocole » en « Convention », le lien de dépendance de ce texte par rapport à la Convention n'étant pas assez fort (*cf.* P.-v. No 6 de la Commission II, para. 11 et s, 178 et s.). Après avoir discuté des avantages et des inconvénients des deux solutions, un consensus s'est finalement formé sur le terme « Protocole ».

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

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

18. Le Protocole comporte 30 articles. Il n'est pas divisé en chapitres, mais il est possible de regrouper ses dispositions en trois groupes. Les articles premier et 2 en définissent le champ d'application *ratione materiae* et *ratione loci* ; les articles 3 à 14 déterminent la loi applicable aux obligations alimentaires, en précisant également le domaine de cette dernière ; les articles 15 à 30 sont des dispositions générales et finales, qui sont devenues habituelles dans la plupart des textes élaborés par la Conférence de La Haye.

III. LES PRINCIPAUX ASPECTS DU REGIME PREVU PAR LE PROTOCOLE

19. Fidèle à son but de réviser les Conventions antérieures relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires, sans en rejeter entièrement l'approche, le Protocole suit, sur bien des points, les solutions consacrées par celles-ci, en particulier par la Convention Obligations alimentaires de 1973. Tel est le cas notamment en ce qui concerne le domaine d'application, défini de manière très large aux articles premier et 2, le traitement de l'obligation alimentaire justifiant sa propre règle de conflit (« catégorie de rattachement ») indépendamment du rapport de famille sous-jacent (art. 1(2)), la règle générale fondée sur le rattachement de l'obligation alimentaire à la loi de la résidence habituelle du créancier (art. 3), l'admission de certains rattachements subsidiaires « en cascade » visant à favoriser le créancier d'aliments (art. 4), et la définition très large des questions régies par la loi désignée comme applicable à l'obligation alimentaire (art. 11). Les solutions du Protocole peuvent aussi, à plusieurs égards, être rapprochées de celles de la Convention de Montevideo du 15 juillet 1989 sur les obligations alimentaires (ci-après, « Convention de Montevideo de 1989 ») (voir *infra* para. 33, 36, 39, 57, 66, 67 et 165).

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

IV. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

Article 1 Champ d'application

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

a) La loi applicable aux obligations alimentaires

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

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

24. Le rattachement autonome de l'obligation alimentaire a pour conséquence que la loi applicable aux relations de famille visées à l'article 1(1) doit être déterminée, dans chaque État contractant, sur la base des règles de conflit de droit commun qui sont en vigueur dans cet État. Ceci ne pose pas de problème lorsque l'existence ou l'inexistence de la relation de famille constitue la question principale de la procédure en cours (par ex., lorsque la demande porte sur l'établissement de la filiation, sur la validité du mariage, sur la séparation de corps ou le divorce), et ce, même si une prétention alimentaire est avancée à titre accessoire dans le cadre de la même procédure. Le problème est plus délicat lorsque la question de l'existence de la relation de famille se pose à titre préalable dans le cadre d'une procédure ayant pour objet principal la créance alimentaire (par ex., si le débiteur présumé conteste l'existence du lien de filiation ou la validité du mariage). Vu le silence du Protocole, rien n'empêche de reprendre l'interprétation qui avait été proposée pour les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973, selon laquelle la loi désignée pour régir l'obligation alimentaire peut également s'appliquer à la question préalable relative à l'existence d'une relation de famille au sens de l'article 1(1)[11]. Cette solution ne s'impose cependant pas aux États contractants, qui pourraient légitimement opter pour un rattachement séparé et indépendant de la question préalable ; dans ce cas, cette dernière sera tranchée selon la loi désignée par les règles de conflit du for. De toute manière, selon l'article 1(2), la décision rendue sur la demande d'aliments en application de la loi désignée par le Protocole ne préjuge pas de l'existence de la relation de famille concernée.

---

[11] Rapport explicatif sur les Conventions Obligations alimentaires (Exécution – Loi applicable) de 1973, rédigé par M. Verwilghen (ci-après, « Rapport Verwilghen »), *Actes et documents de la Douzième session*, tome IV, *Obligations alimentaires,* p. 383-465, para. 125 et s., disponible sur le site de la Conférence à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Publications » puis « Rapports explicatifs ».

b) Les obligations alimentaires découlant de relations de famille

25. Selon l'article 1(1), le Protocole détermine les obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance. Cette formule correspond à celle de l'article premier de la Convention Obligations alimentaires de 1973. Contrairement à cette dernière (*cf*. notamment ses art. 13 et 14), le Protocole ne prévoit cependant pas de réserves permettant aux États contractants de limiter son champ d'application à certaines obligations alimentaires ou d'en exclure d'autres (*cf*. art. 27, selon lequel « aucune réserve au présent Protocole n'est admise »). Le champ d'application du Protocole est dès lors très étendu.

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

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

> « *a*) aux obligations alimentaires découlant d'une relation parent-enfant à l'égard d'une personne âgée de moins de 21 ans ;
>
> *b*) à la reconnaissance et à l'exécution ou à l'exécution d'une décision relative aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux lorsque la demande est présentée conjointement à une action comprise dans le champ d'application de l'alinéa *a)* ; et
>
> *c*) à l'exception des chapitres II et III, aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux ».

Cette différence s'explique, d'une part, par la volonté de faire coïncider le champ d'application du Protocole avec celui de la Convention Obligations alimentaires de 1973, de manière que le premier puisse remplacer (au moins entre les États contractants) la deuxième (*cf*. art. 18). Elle reflète, d'autre part, le souhait de ne pas excessivement restreindre le champ d'application d'un texte qui, faisant l'objet d'un Protocole séparé de la Convention, est de toute manière optionnel pour les États qui ratifieront cette dernière et peut, à l'inverse, être ratifié par des États qui ne sont pas partie à la Convention (*cf*. art. 23).

27. Du reste, les cas d'application des deux instruments ne pourraient de toute manière pas coïncider, car leurs conditions d'application *ratione loci* sont différentes. La Convention est un instrument *inter partes*, qui s'applique dans les relations entre les États contractants ; ceci est vrai tant pour la coopération administrative (*cf*. art. 9 de la Convention, qui se réfère à la demande transmise à l'Autorité centrale de l'État requis par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de l'État *contractant* dans lequel réside le demandeur) que pour la reconnaissance et l'exécution des décisions (*cf*. art. 20(1) de la Convention, qui fixe les conditions auxquelles « [u]ne décision rendue dans un État *contractant* […] est reconnue et exécutée dans les autres États *contractants* » (c'est nous qui soulignons)). Le Protocole, en revanche, est applicable *erga omnes*, même si la loi qu'il désigne est celle d'un État *non contractant* (*cf*. art. 2).

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

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

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

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

31. Le problème qui se pose actuellement est celui des différentes formes de mariage ou de partenariat entre personnes de même sexe. Ces relations sont reconnues dans un nombre croissant de systèmes juridiques, qui les considèrent bien souvent comme des relations de famille pouvant donner lieu à des prétentions de nature alimentaire. D'autres États refusent cependant de les reconnaître, en considérant parfois qu'elles sont contraires à leur ordre public. Le Protocole ne modifiera pas cette situation. En effet, les règles de conflit du Protocole ne déterminent que la loi applicable aux obligations alimentaires ; elles ne déterminent pas la loi applicable à ce qui constitue une relation de famille ni à l'établissement de telles relations fondant les obligations alimentaires (voir *supra*, para. 23). L'existence et la validité des mariages ou partenariats entre personnes du même sexe restent donc soumises à la loi nationale des États contractants, y compris leurs règles de droit international privé. En outre, le Protocole ne précise pas si les obligations alimentaires résultant de ces types de relations sont comprises dans son domaine d'application ; ce silence est voulu, pour éviter que le Protocole ne se heurte aux oppositions fondamentales existant entre les États sur cette problématique. La question a néanmoins été discutée en relation avec certaines règles de rattachement, notamment celle de l'article 5 relative aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Certaines délégations avaient en effet proposé de préciser expressément dans le texte du Protocole que cette disposition pouvait, à la discrétion des États, s'appliquer à ces institutions proches du mariage. Bien que cette proposition n'ait pas obtenu le consensus nécessaire, la Commission II de la Session diplomatique a admis que les États qui connaissent de telles institutions dans leurs ordres juridiques, ou qui sont prêts à les reconnaître, puissent les soumettre à la règle de l'article 5 (*cf. infra*, para. 92 et s.), ce qui revient à admettre implicitement que le Protocole peut leur être appliqué. En revanche, rien n'a été décidé pour les États contractants qui ne sont pas disposés à traiter ce type d'institutions comme des mariages. Pour ces derniers, une solution envisageable consiste à considérer que ces relations ne sont pas assimilables au mariage (dans ce cas, la loi applicable sera déterminée sur la base d'autres règles du Protocole, notamment les art. 3 et 6). Vu le silence du Protocole et des travaux préparatoires, il faut admettre que cette solution est légitime, et ce, même si cela implique que l'application du Protocole ne sera pas uniforme dans les États contractants. Ce manque d'uniformité n'est cependant pas trop grave, si l'on considère que, quoi qu'il en soit, le tribunal ou l'autorité de l'État concerné aurait la possibilité dans un cas d'espèce de refuser pour des raisons d'ordre public l'application d'une loi étrangère qui reconnaît une obligation alimentaire découlant de ces relations controversées (*cf.* art. 13 ; *infra*, para. 177).

32. Le Protocole ne précise pas s'il est applicable aux obligations alimentaires résultant d'un accord relatif à l'existence ou à l'étendue d'une prétention alimentaire. De tels accords sont souvent conclus entre les conjoints au moment du mariage ou en cas de divorce, ou entre partenaires non mariés. Rappelons que cette question n'avait pas pu être tranchée lors de l'élaboration de la Convention Obligations alimentaires de 1973, et que cette dernière laissait donc au juge « toute latitude », lui permettant de soumettre ces obligations aux dispositions du traité ou aux règles de conflit de droit commun[12]. Malgré le silence du Protocole sur ce point, ce dernier contient des éléments permettant

[12] *Ibid.*, para. 120.

d'affirmer qu'il est également applicable aux contrats relatifs aux aliments, dans la mesure où ces accords visent à modifier ou préciser une obligation découlant de relations de famille. En effet, contrairement à la Convention de 1973, le Protocole permet à certaines conditions le choix de la loi applicable à l'obligation alimentaire (*cf.* en particulier l'art. 8, qui permet aux parties de désigner la loi applicable « à tout moment »). Or, l'une des raisons – sinon la raison principale – pour admettre ce choix était justement de garantir une certaine stabilité aux accords conclus en matière alimentaire entre des époux ou d'autres personnes adultes (*infra*, para. 126). S'il est admis que la loi désignée par les parties en vertu du Protocole est applicable aux contrats relatifs aux aliments, la même conclusion s'impose forcément pour la loi désignée par le Protocole lui-même à l'aide d'un rattachement objectif.

c) La portée des décisions rendues en application du Protocole

33. Le deuxième paragraphe de l'article premier précise que les décisions rendues en application du Protocole ne préjugent pas de l'existence de l'une des relations visées au paragraphe premier. Cette disposition reprend la formule utilisée à l'article 2(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 ; la même solution a été retenue à l'article 5 de la Convention de Montevideo de 1989. Elle indique que personne ne peut se prévaloir d'une décision condamnant le débiteur à payer des aliments au créancier sur la base de la loi désignée par le Protocole pour affirmer l'existence d'une relation de famille comme celles visées à l'article 1(1). Cette règle est un corollaire du rattachement autonome de l'obligation alimentaire (*cf. supra*, para. 23). Elle constitue le pendant de l'article 19(2) de la Convention, selon lequel, si une décision étrangère ne concerne pas seulement l'obligation alimentaire, l'effet des normes de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution reste limité à l'obligation alimentaire (*cf.* le Rapport Borrás-Degeling, para. 438). Pour une analyse plus approfondie de cette approche, déjà bien connue dans les États contractants à la Convention de 1973, on peut renvoyer au Rapport Verwilghen[13].

Article 2 Application universelle

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

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

Article 3 Règle générale relative à la loi applicable

36. Cette disposition consacre le principe du rattachement des obligations alimentaires à la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier. Ce rattachement correspond à celui utilisé, à titre principal, dans la Convention Obligations alimentaires de 1973 et, pour les aliments envers les enfants, dans la Convention Obligations alimentaires de 1956. Il est également prévu à l'article 6(a) de la Convention de Montevideo de 1989 (qui le met cependant sur un plan d'alternativité avec la résidence habituelle du débiteur). Cette solution a été admise unanimement au cours des négociations.

---

[13] *Ibid.*, para. 122 et s.

a) La raison d'être de ce rattachement

37. Ce rattachement présente plusieurs avantages. Le principal est qu'il permet de déterminer l'existence et le montant de l'obligation alimentaire en tenant compte des conditions juridiques et de fait de l'environnement social du pays où le créancier vit et exerce l'essentiel de ses activités. Comme cela avait été relevé à juste titre dans le Rapport Verwilghen, « c'est pour vivre que [le créancier] utilisera sa pension alimentaire ». Dès lors, « […] il est judicieux d'apprécier le problème concret qui se pose par rapport à une société concrète : celle où le demandeur d'aliments vit et vivra »[14].

38. Le rattachement à la loi de la résidence habituelle permet également d'assurer l'égalité de traitement entre les créanciers qui vivent dans le même pays, sans distinction selon leur nationalité. On voit mal, en effet, pourquoi un créancier de nationalité étrangère devrait être, dans les mêmes circonstances, traité différemment par rapport à un créancier ayant la nationalité de l'État où il réside.

39. Il convient enfin de relever que le critère de la résidence habituelle du créancier est largement utilisé pour la détermination du tribunal compétent en matière alimentaire, tant dans des instruments de droit uniforme (par ex. l'art. 5(2) du Règlement (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décision en matière civile et commerciale (Bruxelles I), ainsi que la disposition « parallèle » de l'art. 5(2) de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 ; l'art. 8(a) de la Convention de Montevideo de 1989) que dans plusieurs lois nationales. Dès lors, l'utilisation de ce même critère pour la détermination de la loi applicable conduit souvent à l'application de la loi de l'autorité saisie, ce qui comporte d'évidents avantages en termes de simplicité et d'efficacité. Ces avantages sont particulièrement précieux en matière d'aliments où les montants en jeu, et par conséquent les ressources disponibles pour la recherche du droit étranger, sont généralement très modestes.

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

b) La notion de résidence habituelle

41. La notion de résidence habituelle n'est pas définie par le Protocole. Il en est de même dans les nombreuses Conventions de La Haye qui adoptent cette notion comme critère pour la détermination de la loi applicable ou de la compétence des autorités, y compris la Convention (*cf*. le Rapport Borrás-Degeling, para. 61 et 62). La tâche d'établir dans un cas concret si le créancier est résident dans un État ou dans l'autre appartient à l'autorité saisie ; cette dernière doit cependant rechercher une notion uniforme, fondée sur le but du Protocole, plutôt que d'appliquer des critères de droit interne (art. 20, *cf*. para. 200).

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

43. Le critère de « résidence habituelle » est aussi utilisé dans la Convention, outre celui de « résidence ». À l'article 20 *c)* et *d)* de la Convention, le critère de « résidence habituelle » est utilisé pour déterminer les bases de reconnaissance des décisions étrangères (*cf*. le Rapport Borrás-Degeling, para. 444) alors que celui de « résidence » est utilisé à l'article 9 de la Convention pour déterminer la compétence de l'Autorité

[14] *Ibid.*, para. 138.

centrale de l'État requérant et rendre applicable les dispositions conventionnelles relatives à la coopération administrative. En effet, selon l'article 9, « [t]oute demande prévue au présent chapitre est transmise à l'Autorité centrale de l'État requis par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de l'État contractant dans lequel réside le demandeur ». Dans le cadre de cette disposition, une simple résidence suffit même si elle n'a pas un caractère habituel ; en revanche, une simple présence occasionnelle n'est pas suffisante. Cette solution a été choisie pour faciliter le plus possible les demandes de recouvrement international d'aliments (*cf*. Rapport Borrás-Degeling, para. 228).

c) Le changement de résidence habituelle

44. Lors d'un changement de résidence de la part du créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle devient applicable à partir du moment où le changement s'est produit (art. 3(2)). Cette solution, qui correspond à celle retenue par les Conventions Obligations alimentaires de 1956 (art. 1(2)) et de 1973 (art. 4(2)), s'impose, compte tenu des raisons sur lesquelles repose le rattachement à la résidence habituelle. Dans le cas de changement de résidence habituelle, il est en effet logique que la détermination de l'existence et du montant de l'obligation alimentaire s'opère selon la loi du pays où le créancier vit. L'application de cette loi se justifie également pour des considérations liées à l'égalité de traitement de tous les créanciers résidant dans le même pays.

45. Il convient de noter que la solution donnée au conflit mobile n'est pas nécessairement cohérente avec le souci d'assurer la coïncidence entre la compétence des autorités et le droit applicable. En effet, lorsque la compétence de l'autorité dépend de la résidence habituelle du créancier, cette dernière est généralement appréciée au moment de la demande, sans tenir compte d'une modification successive (principe de la *perpetuatio fori*). En revanche, sur le plan de la loi applicable, le changement de résidence habituelle du créancier devra être pris en compte lors de la décision alimentaire, et ce, même s'il s'est produit en cours de procédure. Dans la mesure où la décision fixe une pension pour l'avenir, il serait en effet illogique de ne pas tenir compte d'une modification des circonstances de telle envergure.

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

47. Notons que le changement de résidence ne doit être pris en compte que si et à partir du moment où le créancier acquiert une nouvelle résidence habituelle, à savoir lorsque la nouvelle résidence acquiert le degré de stabilité qui est impliqué par le caractère habituel. Si le créancier se déplace dans un autre pays pour y rester à titre purement temporaire (*cf*. les exemples donnés au para. 42), il n'y a en principe pas de changement de la résidence habituelle, sauf si la nouvelle résidence acquiert à un certain moment un caractère stable (si par ex. le créancier qui suivait une formation dans un État étranger y trouve un travail lui permettant de s'y installer de manière durable).

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

Article 4 Règles spéciales en faveur de certains créanciers

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

a) Champ d'application de l'article 4

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

51. Il convient également de noter que l'article 4 n'exclut pas l'application, pour certaines catégories de créanciers qu'il vise, d'autres dispositions du Protocole : l'article 3 demeure applicable sous réserve de dérogations prévues par l'article 4, l'article 6 permet dans certains cas au débiteur de s'opposer à la prétention du créancier, et les articles 7 et 8 régissent les accords sur la loi applicable.

52. Contrairement à la Convention Obligations alimentaires de 1973, dans laquelle le système « en cascade » fondé sur des rattachements subsidiaires a une portée générale (*cf.* art. 5-6), il n'est prévu dans le Protocole qu'au profit des catégories de créanciers visées par l'article 4(1) (*cf. infra*, para. 53 et s.). Cette différence pourrait être perçue, dans les États contractants de la Convention de 1973, comme un pas en arrière par rapport au niveau actuel de protection des créanciers d'aliments. Cette analyse ne serait cependant pas entièrement exacte. En effet, la Convention de 1973 écartait déjà les rattachements en cascade pour les aliments entre époux divorcés, ces derniers étant régis en tout cas par la loi appliquée au divorce (art. 8 de cette Convention). Il en était de même en cas de séparation de corps, de nullité et d'annulation du mariage. Dès lors, si l'on compare les deux textes, on constate qu'ils divergent quant au traitement des époux toujours mariés (ces derniers étant compris dans le champ d'application de l'art. 5 du Protocole, tandis qu'ils étaient exclus de l'art. 8 de la Convention de 1973), et de certains créanciers adultes dont les prétentions alimentaires ne font pas l'unanimité sur le plan du droit comparé (par ex., les collatéraux et les alliés) et pour lesquels le Protocole prévoit l'introduction de certains moyens de défense particuliers en faveur du débiteur (*cf. infra*, art. 6). Compte tenu du fait que ces catégories de créanciers font l'objet de règles spéciales qui leur sont moins favorables, il est apparu peu logique, voire clairement contradictoire, de les faire profiter des rattachements en cascade de l'article 4.

53. Dans l'Esquisse du GTLA de janvier 2007 (Doc. prél. No 24, *op. cit.*, note 7, art. D), les règles spéciales de ce qui est devenu l'article 4 n'étaient prévues qu'au profit des personnes âgées de moins de 21 ans. Lors de la Commission spéciale de mai 2007, cette catégorie a été scindée en deux catégories distinctes. Ainsi l'article 4 s'applique-t-il, d'une part, aux obligations alimentaires des parents envers leurs enfants (art. 4(1) *a)*) et, de l'autre, aux obligations alimentaires de personnes autres que les parents envers toute personne âgée de moins de 21 ans (art. 4(1) *b)*). Dans le premier cas, la relation parent-enfant constitue l'élément déterminant ; dans le second le traitement favorable dépend en revanche de l'âge du créancier. En outre, toujours lors de la Commission spéciale de mai 2007, l'application de cet article a été étendue aux obligations alimentaires des enfants envers leurs parents. Ces solutions se retrouvent dans le texte final du Protocole.

i) Obligations des parents envers leurs enfants

54. Selon l'article 4(1) *a)*, l'article 4 est applicable aux obligations alimentaires des parents envers leurs enfants sans limite d'âge. L'existence d'une relation parent-enfant a été considérée suffisante pour justifier un traitement de faveur sur le plan de la détermination de la loi applicable. Ceci ne signifie pas que l'enfant aura le droit d'obtenir des aliments indépendamment de son âge, car cette question dépend des règles substantielles de la loi (ou des lois) désignée(s), mais uniquement qu'il pourra bénéficier

des rattachements subsidiaires en cascade, ainsi que de l'inversion des rattachements, prévus aux paragraphes 2 à 4 de l'article 4.

ii) Obligations envers une personne âgée de moins de 21 ans

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

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

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

iii) Obligations des enfants envers leurs parents

58. L'article 4(1) *c)* rend applicable l'article 4 aux obligations alimentaires des enfants envers leurs parents. Cet élargissement du champ d'application de cette règle spéciale a été proposé par une majorité des délégations lors de la Commission spéciale de mai 2007, au motif que les parents méritent eux aussi, au même titre que les enfants, un traitement favorable sur le plan des conflits de lois. Cette solution a été finalement adoptée lors de la Session diplomatique. Comme dans le cas de l'alinéa *b)*, les relations visées par l'alinéa *c)* tombent également sous le coup de la règle de l'article 6, ce qui permet au débiteur d'opposer le moyen de défense prévu par cette disposition (*cf*. *infra*, para. 100).

b) Le rattachement subsidiaire à la loi du for

59. Le premier avantage reconnu aux catégories de créanciers définies à l'article 4(1) est constitué par la prévision d'un rattachement subsidiaire à la loi du for pour le cas où le créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu de la loi de l'État de sa résidence habituelle (art. 4(2)). Cette solution s'inspire du *favor creditoris* et vise à assurer au créancier la possibilité d'obtenir une prestation alimentaire si celle-ci résulte de la loi de l'autorité saisie.

60. Cette solution est classique. Elle est actuellement prévue dans les Conventions Obligations alimentaires de 1956 (art. 3) et de 1973 (art. 6). Cette dernière ne la prévoit cependant qu'en dernier ressort, après l'application, toujours à titre subsidiaire, de la loi nationale commune des parties (art. 5). L'inversion dans le Protocole de ces deux critères

de rattachement subsidiaires (loi du for avant la loi nationale commune, *cf.* l'art. 4(4)) se justifie pour plusieurs raisons. D'une part, elle réduit l'importance pratique du rattachement à la nationalité commune, dont la pertinence en matière alimentaire est contestée (*cf. infra*, para. 74). D'autre part, elle facilite la tâche de l'autorité saisie, qui pourra appliquer à titre subsidiaire sa propre loi, sans devoir constater au préalable le contenu de la loi nationale commune des parties. Du coup, cette solution comporte également des avantages pour le créancier, car elle permet de parvenir à une décision plus rapide et moins coûteuse.

61. Comme dans les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973, le rattachement subsidiaire n'est prévu que si le créancier « ne peut pas obtenir d'aliments » selon la loi de la résidence habituelle du créancier, applicable à titre principal. La signification exacte qu'il convient d'attribuer à cette expression était controversée lors de la réunion de la Commission spéciale de mai 2007. Il est clair que le créancier pourra bénéficier de l'application subsidiaire de la loi du for non seulement si la loi de la résidence habituelle ne prévoit pas du tout d'obligation alimentaire découlant de la relation de famille dont il s'agit (par ex., elle ne prévoit pas d'obligation des enfants envers leurs parents), mais également si, tout en connaissant en principe une telle obligation, elle la fait dépendre d'une condition qui fait défaut dans le cas d'espèce (par ex., elle prévoit que l'obligation des parents envers les enfants s'éteint à l'âge de 18 ans, alors que le créancier a atteint cet âge en l'espèce)[15]. La question de savoir si l'application subsidiaire de la loi du for doit également jouer lorsque des aliments ne sont pas dus selon la loi de la résidence habituelle pour des raisons économiques, à savoir en raison des critères prévus par cette loi pour l'appréciation des besoins du créancier et / ou des ressources du débiteur (c'est-à-dire, si, selon la loi de la résidence habituelle, le créancier n'a pas besoin d'aliments ou le débiteur n'a pas les moyens pour les lui fournir) reste controversée. Sur le plan strictement théorique, il est difficile de distinguer ce cas de figure des situations précitées, car il s'agit également d'une hypothèse dans laquelle l'octroi de la prestation alimentaire est refusé en raison de l'absence d'une condition posée par la loi applicable à titre principal. Selon une majorité des délégations, cependant, le *favor creditoris* (et le rattachement subsidiaire qui en constitue l'expression normative) ne devrait pas s'appliquer dans ce dernier cas de figure.

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

63. Dans les cas où il est applicable, le rattachement subsidiaire à la loi du for n'est évidemment utile que si l'action alimentaire est intentée dans un État autre que celui de la résidence habituelle du créancier car, dans le cas contraire, la loi de la résidence habituelle et la loi du for coïncident. Par ailleurs, la portée de l'article 4(2) est ultérieurement réduite par la disposition de l'article 4(3) du Protocole. En effet, selon cette dernière, la loi du for est de toute manière applicable à titre principal si l'action est intentée par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur (*cf. infra*, para. 64 et s.). Dès lors, l'application subsidiaire de la loi du for selon l'article 4(2) ne pourra s'envisager que si l'action est ouverte par le débiteur (par ex., dans l'hypothèse où celui-ci introduit une procédure devant l'autorité compétente de l'État de sa propre résidence habituelle à condition que le tribunal saisi puisse en connaître[16] ; le créancier pourra alors se protéger en invoquant la loi du for) ou si l'autorité saisie est celle d'un État dans lequel aucune des parties n'est résidente (si, par ex., la demande alimentaire est portée à titre accessoire devant le tribunal compétent pour l'établissement de la filiation ou la dissolution du mariage).

---

[15] *Ibid.*, para. 145.

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

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

64. L'article 4(3) prévoit que la loi du for est applicable à titre principal si le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle du débiteur. Dans ce cas, cependant, si le créancier d'aliments ne peut obtenir d'aliments selon la loi du for, la loi de la résidence habituelle du créancier redevient applicable à titre subsidiaire. Il s'agit-là d'une inversion importante des critères de rattachement prévus aux articles 3 et 4(2) (loi du for avant la loi de la résidence habituelle du créancier). Cette disposition résulte d'un compromis entre les défenseurs d'une application indifférenciée de la loi de la résidence habituelle du créancier et les partisans de la loi du for.

i) Le rattachement principal à la loi du for

65. L'application de la loi du for est subordonnée à deux conditions : il faut, d'une part, que l'autorité saisie soit celle de l'État de la résidence habituelle du débiteur et, d'autre part, que l'action soit intentée par le créancier.

66. La première de ces conditions est celle qui justifie l'application de la loi du for en lieu et place de celle de la résidence habituelle du créancier. Il faut constater, en effet, que lorsque l'action alimentaire est intentée dans l'État de la résidence habituelle du débiteur, le facteur de rattachement de la résidence habituelle du créancier perd une partie de ses mérites. En pareil cas, ce critère n'entraîne en effet pas l'application de la *lex fori*, de sorte que l'autorité saisie devra déterminer la teneur d'une loi étrangère, une opération qui peut s'avérer longue et coûteuse. En outre, cette loi étrangère devra être appliquée même si, dans le cas concret, elle est *moins favorable* au créancier que la loi du for (la seule exception prévue à l'article 4(2) étant la situation où le créancier *n'a droit à aucune prestation alimentaire* selon la loi de sa résidence habituelle, *cf. supra*, para. 62). Dans une telle situation, l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier conduit à un résultat contraire au souci de protection du créancier qui l'inspire. Il est donc apparu que ce rattachement pourrait être utilement remplacé par l'application de la loi du for, qui est également dans ce cas la loi de la résidence habituelle du débiteur (notons que d'autres instruments internationaux rendent applicable à certaines conditions la loi de la résidence habituelle du débiteur ; tel est notamment le cas de la Convention de Montevideo de 1989, dont l'art. 6 prévoit l'application de cette loi à titre alternatif par rapport à celle de la résidence habituelle du créancier, si elle est plus favorable au créancier d'aliments).

67. La deuxième condition pour l'application de la loi du for est que l'action soit intentée par le créancier ; elle vise à limiter, dans l'intérêt du créancier, l'entorse au rattachement de principe à la loi de sa résidence habituelle. Il est apparu en effet que cette dérogation peut se justifier si le créancier décide lui-même d'intenter l'action dans l'État de la résidence de son débiteur, alors qu'elle paraît excessive dans le cas où l'action aurait été intentée dans ce pays à l'initiative du débiteur (par ex., lors d'une demande en révision d'une décision alimentaire). En effet, le créancier a souvent le choix d'agir dans le pays où il réside ou dans celui de la résidence du débiteur (tel est notamment le cas dans l'espace judiciaire européen grâce aux art. 2 et 5(2) du Règlement (CE) No 44/2001 et de la Convention de Lugano ; une option similaire est prévue à l'art. 8 de la Convention de Montevideo de 1989, *cf. supra*, para. 39). S'il opte pour la deuxième solution, il ne pourra pas se plaindre de l'application de la loi interne du pays du débiteur. Dans cette optique, la solution retenue constitue une sorte de compromis entre les partisans d'une application d'office de la loi du for et ceux qui aurait préféré la subordonner à une requête (option) de la part du créancier (*cf.* le Rapport du GTLA de juin 2006, Doc. prél. No 22, *op. cit.*, note 6, para. 24 et 25). Par ailleurs, il convient de noter que si l'action est intentée par le créancier, la compétence des autorités de l'État de la résidence habituelle du débiteur aura un fondement très solide (elle reposera en effet sur le principe *actor sequitur forum rei*), ce qui peut mieux justifier l'application de la loi du for. Si, en revanche, l'action est ouverte par le débiteur dans son État de résidence, la compétence des autorités de cet État (si elle existe selon le droit du for) pourra reposer sur un critère de compétence beaucoup moins significatif (par ex., la nationalité de l'une

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

68. L'application à titre principal de la loi du for n'est prévue que pour les catégories de créanciers visés par l'article 4(1) (enfants, créanciers âgés de moins de 21 ans et parents). Cette solution restrictive, qui diffère de la solution proposée par le GTLA dans l'Esquisse de 2006 (*cf.* le Rapport du GTLA de juin 2006, Doc. prél. No 22, *op. cit.*, note 6, para. 20 et s.), s'explique principalement pour la raison suivante : il est apparu que l'application de la loi du for aux conditions prévues par la disposition dont il s'agit, constitue un avantage important pour le créancier. En effet, par la saisie des autorités de l'État de sa résidence ou de celles de l'État de la résidence du débiteur, le créancier se voit accorder le droit de choisir indirectement la loi applicable à sa prétention alimentaire (*forum shopping*). Selon la Session diplomatique, pareil privilège ne peut se justifier que pour les catégories favorisées par l'article 4.

69. En ce qui concerne les obligations alimentaires envers les enfants, l'application de la loi du for repose également sur une autre considération. Dans un nombre croissant de pays, la tâche de trancher sur ces obligations est attribuée à des autorités administratives. Ces autorités peuvent ne pas disposer de la compétence ni des moyens pour la recherche et l'application du droit étranger. Dès lors, l'application de la loi du for peut être plus appropriée pour certains systèmes de recouvrement des aliments de type administratif. Ce souci est évidemment beaucoup moins fort lorsqu'il s'agit de prétentions alimentaires de créanciers adultes, ces dernières étant généralement tranchées par des autorités judiciaires (au moins lorsqu'elles ne sont pas liées aux prétentions alimentaires de leurs enfants).

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

70. Étant donné que l'application à titre principal de la loi du for s'inspire du *favor creditoris*, elle ne peut pas être maintenue lorsqu'elle conduit à priver le créancier de toute prestation alimentaire. C'est la raison pour laquelle l'article 4(3) *in fine* prévoit, de manière analogue à l'article 4(2) mais dans le sens inverse, un rattachement subsidiaire à la loi de la résidence habituelle du créancier lorsque ce dernier ne peut obtenir d'aliments selon la loi de l'autorité saisie. L'article 4(3) se limite donc à inverser les rattachements prévus par les règles générales. Le sens de l'expression « ne peut obtenir d'aliments » est évidemment le même qu'à l'article 4(2) (*cf. supra*, para. 61 et 62).

d) Le rattachement subsidiaire à la nationalité commune des parties

71. Si le créancier ne peut obtenir d'aliments, que ce soit en vertu de la loi de son État de résidence habituelle ou de la loi du for (applicables dans cet ordre ou, dans le cas de l'art. 4(3), dans l'ordre inverse), la loi nationale commune des parties est applicable en dernier ressort (art. 4(4)). Ce deuxième rattachement subsidiaire complète la protection du créancier d'aliments dans le cas où les lois désignées par les deux premiers critères ne prévoient aucune obligation alimentaire. Le sens de l'expression « ne peut pas obtenir d'aliments » est évidemment le même qu'à l'article 4(2) (*cf. supra*, para. 61 et 62).

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

73. Contrairement à la Convention Obligations alimentaires de 1973, le rattachement subsidiaire à la nationalité des parties (comme d'ailleurs celui à la loi du for) n'est prévu que pour les catégories de créanciers visés à l'article 4(1). Les raisons pour limiter de la sorte le champ d'application des rattachements en cascade ont déjà été expliquées (*cf. supra*, para. 52).

74. L'utilisation du rattachement à la nationalité commune en matière d'obligations alimentaires a fait l'objet de nombreuses critiques. La principale est qu'il s'agit d'un critère discriminatoire, car il ne bénéficie qu'aux seuls créanciers qui possèdent une nationalité commune avec le débiteur (dans ce sens, déjà, le Rapport Verwilghen[17]). Une

[17] *Op. cit.*, note 11, para. 144.

autre critique est liée au caractère équivoque du rattachement en question, lorsque la nationalité commune est celle d'un État plurilégislatif (la solution retenue pour ce cas dans le Protocole est le recours à la notion de lien le plus étroit, *cf*. art. 16(1) *d)* et *e) ; infra*, para. 191). Malgré ces critiques, plusieurs délégations se sont battues pour le maintien de ce rattachement subsidiaire dans le Protocole, ce qui a conduit à la formation d'un consensus en ce sens. Il convient de relever que son cantonnement aux seules catégories de créanciers visées par l'article 4(1) (alors que dans la Convention Obligations alimentaires de 1973, ce rattachement a une portée générale), ainsi que son « reclassement » au rang de *deuxième* rattachement subsidiaire (alors que dans le système de la Convention de 1973, il était le *premier* rattachement subsidiaire, après la résidence habituelle et avant la *lex fori*) en réduiront grandement à la fois l'impact pratique et les inconvénients.

75. Dans le cas d'enfants mineurs, en particulier, le recours à ce troisième critère de rattachement devrait s'avérer relativement rare, car la plupart des lois nationales reconnaissent dans ce cas le droit à une prestation alimentaire. En revanche, la nationalité commune peut jouer un rôle plus important dans les autres cas visés par l'article 4(1), notamment pour les prétentions alimentaires d'enfants majeurs envers leurs parents, de personnes âgées de moins de 21 ans envers d'autres membres de la famille, ainsi que de parents envers leurs enfants.

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

Article 5 Règle spéciale relative aux époux et ex-époux

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

a) La raison d'être de la règle spéciale

78. La prévision d'une règle spéciale pour cette catégorie d'obligations alimentaires repose sur le constat que l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier n'est pas toujours appropriée pour les obligations entre époux ou ex-époux. Il convient de considérer que, dans certains systèmes nationaux, des aliments ne sont octroyés à un époux qu'avec beaucoup de retenue et dans des situations exceptionnelles (en Europe, cette attitude restrictive caractérise notamment le droit des États scandinaves). Dans ce contexte, une application indistincte des règles inspirées du *favor creditoris* est perçue, dans certains États, comme excessive. En particulier, la possibilité pour l'un des époux d'influer sur l'existence et le contenu de l'obligation alimentaire par un changement unilatéral de résidence habituelle peut conduire à un résultat peu équitable et contraire aux expectatives légitimes du débiteur. Prenons le cas d'un couple formé par deux ressortissants d'un État A, dont la loi ne prévoit en principe pas d'aliments après divorce. Après avoir vécu pendant toute leur vie conjugale dans cet État, les époux divorcent et l'un d'eux déménage dans un État B, dont la loi est plus généreuse envers les époux

divorcés, puis réclame des aliments selon la loi de l'État de sa nouvelle résidence habituelle. Selon la règle de rattachement général de l'article 3, cette demande devrait être accueillie. Dans de telles circonstances cependant, l'application de la loi de l'État B, État où les époux n'ont jamais vécu pendant leur mariage, apparaît peu équitable par rapport à l'autre conjoint et contraire aux expectatives légitimes que les époux ont pu former pendant leur mariage.

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

80. Cette solution comporte cependant plusieurs inconvénients qui lui ont valu de vives critiques de la part des États contractants à la Convention Obligations alimentaires de 1973. Il convient de relever, d'une part, que les règles de conflit en matière de divorce n'ayant pas fait l'objet d'harmonisation au niveau international, l'article 8 n'a en fait aucun effet d'uniformisation de la loi applicable aux obligations alimentaires. Cette loi continue en effet à dépendre du droit international privé de l'État du tribunal saisi de l'instance de divorce, et cette solution favorise inévitablement le *forum shopping*. Par ailleurs, le choix d'un facteur de rattachement invariable dans le temps peut entraîner, lorsque l'obligation alimentaire entre époux doit être réglée après le divorce, l'application d'une loi qui a perdu toute pertinence à l'égard de la situation des ex-époux et de leurs intérêts respectifs ; le juge ne pourra en effet tenir compte de la loi de la résidence actuelle du créancier ou du débiteur. Il est également possible que le jugement de divorce ne comporte aucune disposition relative aux aliments ; en ce cas, le souci de continuité sur lequel repose l'article 8 est moins pertinent. Cela est particulièrement vrai lorsque les époux ont divorcé dans un pays qui ne prévoit pas d'aliments pour un époux divorcé. Dans ce cas, l'application de la loi du divorce entraîne le refus de toute prestation, ce qui ne semble pas justifié dans les situations où cette loi ne présente pas de rattachement particulièrement étroit avec le cas d'espèce. Enfin, l'application de la loi du divorce peut créer des difficultés pratiques du fait qu'il peut s'avérer difficile de déceler dans le jugement la loi en vertu de laquelle le divorce a été prononcé. Toutes ces considérations sont également valables *mutatis mutandis* pour les cas de séparation de corps, de nullité et d'annulation du mariage.

81. À la recherche d'un équilibre entre le souci de protection du créancier et celui de l'application de la loi d'un État avec lequel le mariage présente des liens significatifs, la Commission spéciale s'était orientée dans un premier temps vers l'utilisation du rattachement à la dernière résidence habituelle commune des époux ou des ex-époux. Dans certaines circonstances, ce critère représente sans doute un lien plus significatif que la résidence habituelle du seul créancier d'aliments et jouit donc d'une plus grande légitimité (*cf.* le cas de figure envisagé *supra*, para. 78). Tel n'est cependant pas toujours le cas. Si la dernière résidence habituelle commune est située dans l'État A où les époux venaient de s'établir après avoir vécu plusieurs années dans l'État B, et que le créancier retourne après la séparation dans ce dernier État, le rattachement à la résidence habituelle du créancier (qui est également dans ce cas l'État d'une ancienne résidence habituelle commune) correspond mieux aux attentes des parties. Dans d'autres circonstances, un autre rattachement peut s'avérer encore plus significatif, par exemple une résidence habituelle commune antérieure ou la nationalité commune des parties.

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

l'article 3 reste en principe applicable aux obligations alimentaires entre époux et ex-époux. Il peut cependant être écarté, sur demande de l'une des parties, si le mariage présente des liens plus étroits avec un autre État, notamment avec celui de la dernière résidence habituelle commune. Cette solution résulte d'une proposition de la délégation de la Communauté européenne (Doc. trav. No 4 de la Commission II).

b) Le fonctionnement de la clause échappatoire

i) La demande de l'une des parties

83. La nouvelle règle se présente comme une clause échappatoire fondée sur l'idée de proximité (les liens les plus étroits), dont l'application est cependant subordonnée à la demande de l'une des parties. Il s'agit d'une solution originale, qui ne correspond pas à la structure des clauses échappatoires « classiques » qui figurent dans plusieurs textes de droit international privé au niveau domestique (*cf*. art. 15 de la Loi suisse de droit international privé de 1987) et aux niveaux international ou régional (*cf*. art. 4(5) de la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* et art. 4(3) du Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)), y compris dans certaines Conventions de La Haye (*cf.* art. 15(2) de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*). Ces dispositions permettent au juge de s'écarter des rattachements rigides lorsque cela s'impose pour une raison de proximité, mais elles ne sont généralement pas subordonnées à la demande de l'une des parties. L'avantage de la solution consacrée dans le Protocole est de réduire l'incertitude qui est inhérente à toute clause échappatoire, en limitant la recherche des liens les plus étroits aux seules hypothèses où l'une des parties le demande. Il convient de noter qu'en présence d'une demande dans ce sens, la tâche de l'autorité sera généralement facilitée par les éléments qui lui seront fournis par la partie requérante.

84. Le Protocole n'indique pas à quel moment la demande doit être présentée, mais il ressort des discussions qu'elle doit être présentée dans le cadre d'une procédure spécifique, y compris les procédures alternatives de résolution de litiges, comme la médiation (P.-v. No 1 de la Commission II, para. 25 à 29, P.-v. No 3 de la Commission II, para. 21). Le délai ultime pour présenter cette demande dépendra des règles procédurales applicables dans chaque État contractant, une proposition de la délégation de la Suisse visant à établir une règle uniforme à cet égard (Doc. trav. No 9 de la Commission II) n'ayant pas obtenu le consensus nécessaire (P.-v. No 4 de la Commission II, para. 74 et s.). Pour éviter que cette demande ne soit utilisée, notamment par le débiteur, dans un but dilatoire, il est souhaitable qu'elle ne puisse plus être présentée lorsque la procédure se trouve à un stade trop avancé. Ainsi, il conviendrait d'exclure qu'elle puisse être présentée pour la première fois lors des dernières conclusions sur le fond ou en appel. Une approche pourrait être d'exiger qu'elle soit présentée au plus tard lors de la première défense au fond, mais d'autres solutions sont aussi envisageables.

ii) Les liens plus étroits

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

86. Parmi ces critères, l'article 5 confère un rôle de premier plan à la dernière résidence habituelle commune des époux. Il ne s'agit pas d'une véritable présomption, comme celle utilisée dans d'autres textes (*cf.* art. 4(2) de la Convention de Rome du 19 juin 1980), mais d'une simple indication (*cf*. Doc. trav. No 2 de la Commission II), qui reflète la conviction de la Session diplomatique que, dans bien des cas, la loi de la dernière résidence habituelle commune présente des liens très significatifs avec le mariage. Notons que l'expression « résidence habituelle commune » n'implique pas que les époux doivent avoir habité ensemble, mais il suffit qu'ils aient résidé en même temps dans un seul et même État pendant le mariage. En revanche, une résidence habituelle commune antérieure au mariage ne correspond pas à l'hypothèse envisagée à l'article 5, bien que rien n'empêche qu'elle soit prise en considération, comme tout autre lien, pour apprécier l'existence de liens plus étroits.

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

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

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

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

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

91. Comme l'article 8 de la Convention Obligations alimentaires de 1973, la règle spéciale de l'article 5 s'applique également aux personnes dont le mariage a été annulé. Il s'agit des cas de mariage putatif dans lesquels la loi reconnaît parfois des droits de nature alimentaire en faveur de l'un des conjoints. Bien que l'article 5 – contrairement à l'article 8 de la Convention de 1973 – ne mentionne pas le cas du mariage déclaré nul, ce

silence n'a pas été voulu et il convient dès lors d'admettre que cette hypothèse tombe également sous le coup de cette disposition.

92. Malgré les propositions en ce sens de certaines délégations[18], l'article 5 ne fait pas mention des institutions proches du mariage, tels que certaines formes de partenariats enregistrés ayant, en matière d'obligations alimentaires, des effets comparables au mariage. Malgré le silence du texte, la Session diplomatique a admis que les États qui connaissent de telles institutions dans leurs ordres juridiques, ou qui sont prêts à les reconnaître, puissent les soumettre à la règle de l'article 5 (P.-v. No 6 de la Commission II, para. 59 et s.). Cette solution permettra aux autorités de ces États d'éviter de traiter de manière différente des institutions qui, selon leur droit interne, sont équivalentes au mariage. Ceci vaut, à plus forte raison, pour le mariage entre personnes de même sexe, admis dans certains États.

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

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

Article 6 Moyens de défense particuliers

95. Pour les obligations alimentaires autres que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant et que celles entre époux et ex-époux (art. 5), l'article 6 prévoit que le débiteur peut opposer à la prétention du créancier qu'il n'existe pas d'obligation à son égard en vertu de la loi de l'État de la résidence habituelle du débiteur, ni en vertu de la loi de la nationalité commune des parties, s'ils en ont une.

96. Ce moyen de défense s'inspire de la solution prévue à l'article 7 de la Convention Obligations alimentaires de 1973, selon lequel, entre collatéraux ou alliés, le débiteur peut s'opposer à une demande d'aliments au motif qu'il n'existe aucune obligation alimentaire selon la loi nationale commune du débiteur et du créancier ou, en l'absence de nationalité commune, selon la loi interne de la résidence habituelle du débiteur.

a) Le champ d'application de l'article 6

97. Contrairement à l'article 7 de la Convention Obligations alimentaires de 1973, la règle du Protocole n'est pas applicable aux seules relations entre collatéraux ou alliés, mais à toute obligation alimentaire autre que celles envers les enfants découlant d'une relation parent-enfant et que celles entre époux ou ex-époux.

98. Cet élargissement a été voulu pour plusieurs raisons. Il convient de constater, d'abord, que l'opportunité d'accorder des aliments fondés sur les relations de famille visées par cette règle ne fait pas l'objet d'un consensus sur le plan international, d'où le souci de certains États de pouvoir en limiter l'impact. Dans le cadre de la Convention Obligations alimentaires de 1973, ce souhait était pris en compte par la prévision de

[18] *Cf*. de la Commission II les Doc. trav. Nos 8 et 15 ; P.-v. No 5, para. 84 et s. ; P.-v. No 6, para. 56 et s.

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

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

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

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

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

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

Dans ces deux cas de figure, les règles spéciales des articles 4 et 6 seront donc applicables de manière concurrente, avec la conséquence qu'une prétention alimentaire due selon l'une des lois désignées par les rattachements en cascade de l'article 4 pourra être refusée si elle n'existe pas selon les lois prévues à l'article 6. Cette application concurrente du système de la cascade et des moyens de défense est, non seulement très compliquée, mais aussi peu satisfaisante sur le plan strictement logique ; il semble en effet peu cohérent que l'on veuille à la fois favoriser le créancier par des rattachements subsidiaires et protéger le débiteur par des rattachements cumulatifs… Il s'agit évidemment d'une solution de compromis. Il convient néanmoins de souligner que ce système n'est pas entièrement nouveau, car il correspond à celui qui est actuellement applicable dans le cadre de la Convention Obligations alimentaires de 1973, bien qu'uniquement pour les collatéraux et alliés[19].

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

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

[19] Rapport Verwilghen, *op. cit.,* note 11, para. 149.

solution « à géométrie variable » a été admise lors de la Session diplomatique (*cf. supra*, para. 92 et s.).

b) Le mécanisme prévu par l'article 6

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

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

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

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

107. L'article 6 ne précise pas non plus quelle solution doit être suivie lorsque les parties ont plusieurs nationalités en commun. Compte tenu des arguments téléologiques et systématiques que nous venons de mentionner, la solution la plus appropriée est de tenir compte de toutes les lois nationales communes, en n'admettant le moyen de défense du débiteur que si l'obligation alimentaire n'est prévue par aucune d'entre elles (*cf. supra*, para. 76).

108. Il convient de noter que le moyen de défense n'est admissible que si l'obligation alimentaire en question « n'existe pas » selon les lois désignées à l'article 6. Cette

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

Articles 7 et 8 Choix de la loi applicable

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

110. Si l'admission de l'autonomie des parties en matière d'obligations alimentaires constitue pour la plupart des États une nouveauté sur le plan des conflits de lois, il en va autrement pour les conflits de juridictions. En effet, la possibilité de conclure des accords relatifs à la compétence est d'ores et déjà reconnue dans plusieurs instruments internationaux. Tel est notamment le cas dans l'espace judiciaire européen en vertu de l'article 23 du Règlement (CE) No 44/2001 et de l'article 17 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988. La Convention admet elle aussi la légitimité d'une prorogation de la compétence, en disposant que les États sont tenus de reconnaître et exécuter une décision rendue dans un autre État contractant au for élu par les parties, à l'exception des obligations alimentaires à l'égard d'un enfant (*cf.* art. 20(1) *e)* de la Convention ; Rapport Borrás-Degeling, para. 455). Dans ce contexte, l'admission du choix de la loi applicable rétablit une certaine cohérence entre les solutions admises en matière de conflits de lois et de juridictions.

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

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

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

a) Le champ d'application de l'article 7

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

114. Cependant, la faculté de choix a été également prévue pour les obligations alimentaires en faveur des enfants. Il est apparu en effet que les possibles risques liés à l'introduction de l'autonomie des parties sont largement compensés par les avantages en termes de simplicité qui résultent de l'application de la loi du for. Compte tenu de la règle spéciale de l'article 4(3), selon laquelle les obligations alimentaires des parents envers

leurs enfants et celles de toute autre personne envers des personnes de moins de 21 ans sont de toute manière régies par la loi du for lorsque la demande est introduite par le créancier dans l'État de la résidence habituelle du débiteur, l'impact du choix de la loi applicable sur les obligations alimentaires envers les enfants est destiné à rester plutôt limité. L'article 7 pourra néanmoins être utile lorsque la demande est introduite par le débiteur devant les autorités de l'État de sa résidence habituelle ou devant celles d'un État autre que celui de la résidence habituelle du créancier, à condition que l'autorité saisie puisse en connaître[20].

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

115. Il convient de souligner que le choix prévu à l'article 7 s'effectue pour les besoins d'une procédure particulière ; il suppose donc que le créancier ou débiteur d'aliments ait déjà intenté ou s'apprête à intenter une action alimentaire devant une autorité déterminée. Au moment d'effectuer ce choix, les parties ont la possibilité de s'informer (ou seront parfois informées par l'autorité saisie) de l'existence et de la nature des prestations alimentaires prévues par la loi du for. Le risque d'abus est dès lors limité.

116. Le choix des parties prévu à l'article 7 ne produit d'effets que pour la procédure particulière en vue de laquelle il a été effectué. En revanche, si une nouvelle demande ou une demande en modification est introduite par la suite devant la même autorité ou devant l'autorité d'un autre État, le choix de loi effectué antérieurement ne produira plus aucun effet et la loi applicable devra être déterminée selon les rattachements objectifs. Cette limitation des effets du choix se justifie, car la loi choisie est celle du for.

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

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

c) Les modalités du choix

119. Étant donné que le choix de la loi applicable selon l'article 7(1) peut également avoir lieu avant l'introduction de l'instance, l'article 7(2) donne quelques précisions en ce

[20] Voir *supra*, note 11.

qui concerne la forme, en prévoyant que, dans ce cas, la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'un accord par écrit ou consigné sur quelque support que ce soit dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement. Il est apparu essentiel, d'une part, que l'existence de l'accord puisse être prouvée facilement, en évitant toute contestation, et, d'autre part, que l'attention des parties soit attirée sur les conséquences importantes que le choix de la loi applicable peut engendrer par rapport à l'existence et à l'étendue de l'obligation alimentaire. Dans l'esprit des délégués de la Session diplomatique, cette disposition prévoit seulement un formalisme minimum relatif à l'accord ; il est loisible aux États de prévoir d'autres exigences, en vue par exemple d'assurer que le consentement des parties est libre et suffisamment éclairé (par ex., le recours à un conseil juridique avant la signature de l'accord).

120. Il convient enfin de noter que si le choix prévu à l'article 7 est effectué avant l'introduction de l'instance, il ne sera valable que dans la mesure où les parties auront précisé la loi qu'elles entendent désigner, ou tout au moins l'autorité devant laquelle la procédure envisagée devra être introduite. Si, par la suite, aucune demande n'est introduite devant les autorités de l'État dont la loi a été choisie, le choix restera sans effets (à moins qu'il ne remplisse les conditions prévues à l'art. 8). Par contre, il ne suffira pas que les parties désignent de manière générale « la loi du for », car tant qu'une autorité n'a pas été saisie, le « for » n'est pas déterminé. Un tel choix effectué de manière aveugle n'offre pas la garantie que les parties ont été informées et conscientes de l'objet de leur choix.

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

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

Article 8 Désignation de la loi applicable

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

124. Contrairement au choix de la loi du for prévu à l'article 7, le choix de la loi applicable de l'article 8 n'est pas uniquement effectué « pour les besoins d'une procédure particulière » ; ses effets ne sont donc pas limités à une procédure que le créancier d'aliments a déjà intentée ou qu'il s'apprête à intenter. La loi choisie par les parties est en effet destinée à régir les obligations alimentaires entre les parties à partir du moment du choix, et ce, jusqu'au moment où elles décident, le cas échéant, de le révoquer ou de le modifier.

125. Le principal avantage du choix de la loi applicable tel que prévu à l'article 8 est celui de garantir une certaine stabilité et prévisibilité quant à la loi applicable. En effet, si les parties ont effectué un tel choix, la loi élue reste applicable en dépit des changements qui peuvent intervenir dans leur situation personnelle, et quelle que soit l'autorité saisie en cas de litige. En particulier, le changement de la résidence habituelle du créancier d'aliments n'entraîne pas de modification de la loi applicable (*cf. infra*, para. 133), contrairement à ce qui résulte de l'absence de choix de l'article 3(2).

a) Le champ d'application de l'article 8

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

même en l'absence d'une convention relative aux obligations alimentaires, le choix de la loi peut éviter les changements de la loi applicable résultant d'un conflit mobile.

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

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

b) L'éventail de lois pouvant être choisies

129. Dans un souci de protection du créancier d'aliments, l'article 8 soumet la faculté des parties de choisir la loi applicable à plusieurs conditions et restrictions. Une première restriction concerne l'objet du choix et vise à limiter l'éventail des options ouvertes aux parties.

i) Loi nationale de l'une des parties

130. La première option ouverte aux parties est celle de choisir la loi nationale de l'une d'elles au moment de la désignation (art. 8(1) *a)*). Cette possibilité a été admise sans discussion particulière et ne nécessite pas de grandes explications. Il convient de noter que contrairement au critère de rattachement subsidiaire à la nationalité commune de l'article 4(4), il suffit ici que la désignation porte sur la loi d'un État dont l'une des parties seulement a la nationalité (créancier ou débiteur).

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

ii) Loi de la résidence habituelle de l'une des parties

132. La deuxième option porte sur la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation (art. 8(1) *b)*). Cette possibilité n'a jamais été contestée pendant les travaux préparatoires du Protocole. La notion de résidence habituelle n'appelle pas de considérations particulières ; elle correspond à celle de l'article 3 (*cf. supra*, para. 41 et s.).

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

référence expresse au moment de la désignation contenue aux alinéas *a)* et *b)* de l'article 8(1) semble l'exclure.

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

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

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

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

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

iii) La loi désignée pour régir les relations patrimoniales

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

139. Le choix de la loi applicable au régime matrimonial n'est pas réglé par le Protocole, mais par le droit international privé de chaque État contractant (y compris d'éventuels instruments d'origine internationale ou régionale). Ce choix est largement admis en droit

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

iv) La loi effectivement appliquée aux relations patrimoniales

141. L'alinéa *c)* permet également aux époux de soumettre les obligations alimentaires à la loi qui a été effectivement *appliquée* à leurs relations patrimoniales. La situation visée est celle où la loi applicable à ces relations a déjà été déterminée par l'autorité saisie (notamment dans un cas de séparation ou de divorce). Par leur choix, les époux peuvent soumettre les obligations alimentaires à cette même loi. Cela permet d'élargir le choix des parties, mais surtout de soumettre toutes les questions de caractère patrimonial à une loi unique. Il convient de noter que, si la loi appliquée aux relations patrimoniales est la loi du for, le choix de cette loi pour les obligations alimentaires ne se confond pas avec celui qui est prévu par l'article 7 ; il ne s'agit en effet pas d'un choix effectué pour les besoins d'une procédure particulière, mais d'un choix qui continuera à produire ses effets à l'avenir, y compris lors de nouvelles demandes (notamment de modification) intentées par le créancier ou par le débiteur. Par ailleurs, le choix prévu à l'article 8(1) *c)* ne doit pas avoir nécessairement lieu en cours de procédure, mais il peut être effectué après qu'une décision définissant les relations patrimoniales entre les époux a été rendue.

v) La loi désignée pour régir la séparation de corps ou le divorce

142. Selon l'article 8(1) *d)*, les époux peuvent également soumettre l'obligation alimentaire à la loi qu'ils ont *désignée* pour régir leur séparation de corps ou leur divorce. Les considérations que nous avons fait par rapport au choix de la loi désignée pour les relations patrimoniales sont, *mutatis mutandis*, également applicables à ce cas. Il convient cependant de souligner que la désignation de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps n'est pas très répandue en droit international privé comparé. Cela augmente évidemment la probabilité qu'un tel choix soit considéré comme nul dans l'État du for, y compris pour ce qui est de l'obligation alimentaire. Les époux seront donc bien avisés de faire preuve de prudence. Cependant, une évolution se dessine dans le droit international privé de certains États européens, étant donné que le choix de la loi applicable pour le divorce et la séparation de corps est notamment prévu en droit allemand, néerlandais et belge[21].

vi) La loi effectivement appliquée à la séparation de corps ou au divorce

143. L'alinéa *d)* permet également aux époux de soumettre les obligations alimentaires à la loi qui a été effectivement *appliquée* à la séparation de corps ou au divorce. La situation visée est celle où la loi applicable a déjà été déterminée par l'autorité saisie ; par leur choix, les époux peuvent soumettre les obligations alimentaires à cette même loi. Cela permet d'élargir le choix des parties, mais surtout de soumettre les obligations alimentaires à la même loi qui est appliquée à la séparation ou au divorce. Les

[21] Dans des conditions particulières dans chaque juridiction, le choix de la loi applicable est permis par le renvoi de l'art. 17 à l'art. 14§3 et 14§4 EGBGB, l'art. 1§2 et 1§4 de la *Wet Conflictenrecht inzake ontbinding huwelijk en scheiding van tafel en bed* (Loi sur les conflits de lois en matière de dissolution du mariage et la séparation de corps) aux Pays-Bas et l'art. 55§2 du Code de droit international privé belge.

considérations faites ci-dessus sur la différence entre ce choix et celui régi par l'article 7 (*cf. supra*, para. 141) sont également applicables dans ce cas.

c) Les modalités du choix

144. Sur le plan formel, le choix de la loi applicable doit être fait par écrit et être signé par les parties (art. 8(2)). Sans mentionner les avantages qu'elle offre sur le plan probatoire, l'exigence de l'écrit sert à attirer l'attention du créancier sur l'importance du choix et à le mettre à l'abri des conséquences d'un choix irréfléchi.

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

d) Restrictions aux effets du choix

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

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

147. L'article 8(4) prévoit que, nonobstant la loi désignée par les parties, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier au moment de la désignation détermine si ce dernier peut renoncer à son droit aux aliments. Cette règle a été introduite dans le texte du Protocole lors de la Session diplomatique, suite à une proposition de la Communauté européenne (Doc. trav. No 5 de la Commission II). Elle comporte une limitation au domaine d'application de la loi choisie par les parties ; quel que soit le contenu de cette loi, la possibilité de renoncer au droit aux aliments, ainsi que les conditions d'une telle renonciation, restent soumises à la loi de la résidence habituelle du créancier. Le but de la disposition est évidemment d'éviter que, par le biais du choix d'une loi particulièrement libérale et peu protectrice, le créancier puisse être amené à renoncer à la prestation alimentaire à laquelle il aurait droit selon la loi applicable à défaut de choix.

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

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

ii) Pouvoir modérateur du juge

150. Les effets du choix de la loi applicable sont, en plus, limités par la prévision d'un pouvoir modérateur de l'autorité saisie de la demande (art. 8(5)). 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 des articles 3 à 5. Cette clause échappatoire se fonde sur des considérations de justice matérielle et correspond au pouvoir que plusieurs droits nationaux accordent au juge de corriger, voire d'écarter, les accords alimentaires conclus entre les parties lorsqu'ils conduisent à des résultats inéquitables ou déraisonnables. Cependant, les délégations étaient également préoccupées de ce qu'un pouvoir illimité du tribunal d'écarter la loi choisie compromettrait entièrement la possibilité pour les parties de conclure des accords de choix de loi en vertu de l'article 8. Il a donc été convenu de limiter le pouvoir

modérateur du juge en disposant que le paragraphe 5 ne serait pas applicable si les parties étaient pleinement informées et conscientes des conséquences de leur désignation. Cette expression vise à permettre aux parties de réduire le risque de voir leur accord écarté en demandant un conseil juridique quant aux conséquences de leur accord avant sa conclusion. La condition exigeant que les parties soient « pleinement informées et conscientes » signifie que les parties doivent non seulement avoir obtenu les renseignements pertinents, mais également avoir été en mesure de les comprendre ; l'expression n'est pas redondante car une personne peut être pleinement informée sans être consciente des conséquences de son choix.

e) L'existence et la validité de l'accord entre les parties

151. Hormis certaines limitations à l'admissibilité du choix de la loi applicable et quelques indications quant au moment et à la forme de ce choix, le Protocole passe sous silence d'autres questions relatives à l'existence et à la validité de l'accord par lequel les parties désignent la loi applicable (il ne détermine par exemple pas l'effet d'un éventuel vice du consentement). Ces questions devront être tranchées selon la loi applicable au contrat de choix conclu entre les parties, mais cette loi n'est pas expressément déterminée par le Protocole. La solution préférable pour combler cette lacune est de considérer que ces questions sont régies par la loi désignée par les parties. Cette approche, consistant à soumettre la validité de l'*optio legis* à la loi qui serait applicable si l'accord entre les parties était valable, est en effet très répandue dans les instruments internationaux qui reconnaissent l'autonomie des parties, notamment pour ce qui concerne l'existence et la validité du consentement (*cf*. art. 10 de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* ; art. 10(1) de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* ; art. 5(2) de la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort ;* art. 3(4) et 8(1) de la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, art. 3(5) et 10(1) du Règlement « Rome I » (Règlement (CE) No 593/2008)). Son principal avantage est d'assurer que ces questions sont tranchées de manière uniforme dans les différents États contractants au Protocole.

Article 9 « Domicile » au lieu de « nationalité »

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

153. Cette disposition a été introduite dans le Protocole lors de la Session diplomatique à la suite d'une proposition de la Communauté européenne (Doc. trav. Nos 2, 6 et 11 de la Commission II). Elle vise à faciliter l'application du Protocole par les États (en particulier les ressorts de *common law*) qui n'ont pas l'habitude d'utiliser la nationalité comme critère de rattachement en droit international privé. Ces États sont donc autorisés à remplacer le critère de la nationalité utilisé aux articles 4 et 6 par celui du domicile, tel qu'il est entendu dans ces États. Des dispositions similaires figurent dans certains instruments de droit communautaire au profit du Royaume-Uni et de l'Irlande (*cf.* art. 3(2) et 6(b) du Règlement (CE) No 2201/2003 (Bruxelles IIa) du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) No 1347/2000).

154. Bien que la définition du cercle d'États qui peuvent bénéficier de cette règle particulière ne soit pas très précise, il est clair qu'il est permis aux ressorts de *common law* qui utilisent le « domicile » comme facteur de rattachement en matière familiale de faire usage de l'article 9. La formule utilisée par l'article 9, en faisant référence à « un État qui connaît le concept de domicile en tant que facteur de rattachement en matière familiale », ne limite pas expressément l'application de cet article aux seuls États de *common law*. Il existe en effet plusieurs ressorts de tradition civiliste qui utilisent eux

aussi le rattachement au domicile en matière familiale[22]. Selon la lettre de l'article 9, il semblerait que ces États peuvent eux aussi exercer la faculté reconnue par cette disposition. Cette lecture n'est cependant pas conforme à l'esprit de la proposition de la Communauté européenne, dont le but déclaré était de faciliter la tâche des États qui n'ont pas l'habitude d'utiliser le critère de la nationalité comme critère de rattachement dans leurs systèmes internes de droit international privé (*cf.* P.-v. No 5 de la Commission II, para. 31). Il semble donc que si un État connaît et fait généralement usage de la notion de nationalité en matière de conflit de lois, même si à titre subsidiaire, il ne pourra pas bénéficier de la règle spéciale de l'article 9.

155. Dans l'État qui aura fait usage de la faculté prévue à l'article 9, le critère de domicile devra être utilisé tel qu'il est « entendu dans cet État ». Il y a donc là un renvoi au droit interne de l'État concerné et à sa propre notion de domicile. Cette approche n'est évidemment pas très propice à l'application uniforme du Protocole, mais son impact ne doit pas être surestimé, car il restera cantonné aux dispositions de l'article 4(4) et de l'article 6 du Protocole. Il convient également de noter que le renvoi à la notion interne de domicile est également utilisé dans d'autres instruments de droit international privé uniforme, sans que cela ne comporte d'inconvénients majeurs dans l'application de ces textes (*cf.* art. 52 de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988).

156. Le remplacement de la notion de nationalité par celle de domicile au sens de l'article 9 n'est prévu que dans l'application des articles 4 et 6 du Protocole, à savoir dans les deux dispositions qui utilisent le critère de la nationalité commune des parties. Dans l'article 4(4), ce remplacement aura pour conséquence que, dans les États contractants au Protocole qui auront fait usage de cette faculté, le créancier qui ne peut obtenir d'aliments ni selon la loi de sa résidence habituelle, ni selon celle du for (dans cet ordre ou dans l'ordre inverse, *cf.* art. 4(3)) pourra néanmoins fonder sa prétention sur la loi de l'État dans lequel les deux parties ont leur domicile. À l'article 6, le remplacement implique que, dans les États en question, un débiteur d'aliments pourra s'opposer à la prétention du créancier, si l'obligation n'existe pas selon la loi de sa résidence habituelle, ni selon la loi de l'État dans lequel les parties sont toutes deux domiciliées.

157. Dans les deux cas visés par l'article 9, le remplacement de la nationalité par le domicile n'aura d'effets que pour l'État contractant ayant fait usage de la faculté prévue par cette disposition. Cela signifie que les autres États ne seront pas tenus d'appliquer le critère du domicile et devront, au contraire, continuer d'appliquer celui de la nationalité. L'article 9 n'est en effet pas soumis à la condition de la réciprocité. Cela a pour corollaire la non-obligation des autres États d'appliquer la notion de domicile telle qu'elle est prévue dans l'État en question ; la tâche de leurs autorités n'est donc pas rendue plus compliquée par l'article en question.

158. Le remplacement prévu à l'article 9 n'aura en revanche pas d'impact sur l'article 8, bien que cette disposition utilise elle aussi le critère de la nationalité au paragraphe 1 *a)* (choix par les parties de la loi nationale de l'une d'elles). Cela s'explique par le souci d'éviter que la désignation de la loi nationale de l'une des parties, effectuée conformément à l'article 8, puisse s'avérer nulle dans un autre État contractant ayant fait usage de l'article 9, en raison du fait qu'aucune des parties n'était domiciliée dans l'État dont la loi a été choisie. Ou que, à l'inverse, la désignation de la loi du domicile puisse être considérée comme nulle dans un État contractant qui reste fidèle au critère de la nationalité.

159. Il convient de souligner que le remplacement du critère de la nationalité par celui du domicile est soumis selon l'article 9 à l'obligation d'en informer le Bureau Permanent, qui portera cette information à la connaissance des autres États contractants.

---

[22] Par ex. la Suisse, où le domicile est défini comme le lieu où une personne « réside avec l'intention de s'y établir », *cf.* art. 20(1) *a)* de la Loi fédérale de droit international privé du 18 décembre 1987.

Article 10 Organismes publics

160. Cette disposition prévoit que le droit d'un organisme public de demander le remboursement de la prestation fournie au créancier en lieu et place d'aliments est soumis à la loi qui régit l'organisme.

161. Cette règle ne constitue pas une nouveauté, puisqu'elle figurait déjà à l'article 9 de la Convention Obligations alimentaires de 1973, avec quelques petites différences rédactionnelles. Ainsi, dans la version française, l'expression « institution publique » qui figure dans l'ancienne Convention a été remplacée par « organisme public », pour uniformiser le texte du Protocole avec celui de la Convention (*cf*. art. 36 de cette dernière).

162. C'est une règle qui est très largement reconnue sur le plan international, comme le confirme le fait qu'une disposition de la même teneur a également été introduite dans le texte de la Convention (art. 36(2) de cette dernière). Cette règle sera donc applicable dans tous les États parties à ce dernier instrument, et ce, même s'ils ne sont pas parties au Protocole (quelle que soit donc la loi qu'ils appliquent à l'obligation alimentaire).

163. Il convient de noter que le rattachement à la loi de l'organisme public ne vaut que pour le droit de ce dernier de *demander* le remboursement (que ce soit sur la base d'une subrogation ou d'une cession légale), alors que l'existence et l'étendue de la créance alimentaire sont régies par la loi applicable à cette obligation (*cf*. art. 11 *f)*). C'est pour clarifier la relation entre ces deux dispositions que l'expression « droit d'obtenir le remboursement », qui figurait dans la Convention Obligations alimentaires de 1973, a été changée en « droit de demander le remboursement ». En effet, l'obtention du remboursement ne dépend pas de la loi de l'organisme public, mais de la loi applicable à l'obligation alimentaire. Dans certains cas, ces deux lois coïncident ; tel est généralement le cas si l'obligation alimentaire est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier (art. 3), car l'organisme public qui fournit des prestations au créancier opère normalement dans l'État de la résidence de ce dernier, conformément à la loi locale. Une dissociation des deux lois peut se produire plus facilement lorsque l'obligation alimentaire relève d'une loi autre que celle de l'État de la résidence habituelle du créancier en vertu de l'article 4, 5, 7 ou 8.

164. Il est clair par ailleurs que la règle ne vaut que pour le remboursement des prestations versées au lieu d'aliments, et non pour les prestations de nature autre, par exemple les subsides publics, que le débiteur n'est pas obligé de rembourser.

Article 11 Domaine de la loi applicable

165. Cette disposition précise les questions réglées par la loi applicable à l'obligation alimentaire, désignée à l'article 3, 4, 5, 7 ou 8 du Protocole. Le domaine d'application de cette loi est défini de manière assez large, conformément à l'approche qui caractérise la Convention Obligations alimentaires de 1973 (*cf*. art. 10 de cette Convention), ainsi que d'autres instruments internationaux (*cf*. art. 7 de la Convention de Montevideo de 1989).

166. Il convient de noter que l'énumération contenue à l'article 11, comme l'indique l'adverbe « notamment », ne prétend pas à l'exhaustivité, d'autres questions non mentionnées pouvant éventuellement tomber sous le coup de la même loi.

167. La loi applicable à l'obligation alimentaire régit en premier lieu l'existence de l'obligation alimentaire et la détermination du débiteur (art. 11 *a)*). Elle détermine entre autres l'éligibilité d'une personne à une prestation alimentaire, compte tenu de la relation de famille qui la lie au débiteur et de son âge.

168. La même loi détermine également l'étendue de l'obligation. Le Protocole est resté fidèle à l'approche des Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973, en prévoyant qu'une loi unique détermine si, et dans quelle mesure, le créancier peut demander des aliments. Le dépeçage entre l'existence et l'étendue de la créance, qui est pratiqué dans certains systèmes juridiques (notamment dans certaines provinces du Canada) n'a pas été suivi.

169. L'étendue de l'obligation comprend non seulement les modalités de calcul de la prestation (*cf.* para. *c)*), mais également la mesure dans laquelle le créancier peut rétroactivement demander des aliments pour le passé (*cf.* para. *b)*). Les différents systèmes juridiques limitent généralement cette possibilité aux montants dus dans les années précédant immédiatement la demande du créancier.

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

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

172. La prescription de l'action alimentaire et les autres délais prévus pour l'intenter (par ex., des délais de forclusion) tombent également sous le coup de la loi applicable à l'obligation alimentaire (*cf.* para. *e)*). Ces questions se voient donc attribuer une qualification substantielle et non procédurale, comme cela était déjà le cas dans le cadre de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (art. 10(2)). Une question distincte concerne le délai pendant lequel l'exécution des arriérés peut être obtenue sur la base d'une décision étrangère. Cette question n'est pas régie par le Protocole mais par l'article 32, paragraphe 5, de la Convention, qui dispose que « [l]e délai de prescription relatif à l'exécution des arrérages est déterminé par la loi, de l'État d'origine de la décision ou de l'État requis, qui prévoit le délai le plus long ».

173. Lors d'une action en remboursement, intentée par un organisme public, la loi applicable à l'obligation alimentaire régit l'existence et l'étendue (et donc les limites) de cette obligation (*cf.* para. *f)*), alors que le droit de demander le remboursement dépend de la loi de l'institution concernée (art. 9). Cette règle, qui correspond à celle contenue dans l'article 10(3) de la Convention Obligations alimentaires de 1973, est parfaitement logique ; en effet, si la loi applicable à l'obligation alimentaire ne prévoit pas de créance, l'organisme public ne saurait réclamer au débiteur le remboursement des prestations qu'il a consenties.

Article 12 Exclusion du renvoi

174. Cette disposition précise que les règles de conflit du Protocole désignent la loi interne de l'État concerné, à l'exclusion des règles de conflit de lois. Le renvoi est donc exclu, et ce, même si la loi désignée est celle d'un État non contractant. Cette solution est conforme à celle consacrée par la Convention Obligations alimentaires de 1973 et par de nombreux autres textes élaborés par la Conférence de La Haye (*cf.* art. 10 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* ; art. 19 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*). Elle n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 13 Ordre public

175. Cet article se limite à prévoir la possibilité d'écarter la loi applicable lorsque ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public du for. La teneur de cette disposition correspond à celle de la Convention Obligations alimentaires de 1973 (art. 11(1)), ainsi qu'à de nombreux instruments de droit international privé uniforme.

176. L'application de la réserve d'ordre public doit être très restrictive. En effet, l'article 13 exige que les effets de la loi étrangère soient *manifestement* contraires à l'ordre public du for, c'est-à-dire qu'ils soient en contradiction évidente avec un principe fondamental de l'État du for.

177. L'exception de l'ordre public est parfois invoquée lorsque la prétention alimentaire se base, selon la *lex causae* étrangère, sur une relation de famille qui n'est pas reconnue dans l'État du for et qui y est perçue comme choquante. À cet égard, il convient cependant de souligner que l'appréciation de l'ordre public doit se faire *in concreto*, par rapport aux effets de l'application de la loi étrangère désignée par le Protocole. Cette considération paraît particulièrement importante dans le domaine alimentaire, car ici l'effet de l'application d'une loi étrangère se produit en tout cas sur le plan patrimonial (*cf*. également art. 1(2) du Protocole, selon lequel les décisions rendues en application du Protocole ne préjugent pas de l'existence d'une relation de famille). Pour pouvoir invoquer l'ordre public, il ne suffira donc pas que la relation de famille dont découle la prétention alimentaire heurte en tant que telle l'ordre public de l'État du for, mais il faudra que le fait d'obliger une certaine personne à payer des aliments à une autre sur la base d'une telle relation soit ressenti en soi comme choquant. Cette distinction n'est pas anodine. Il est bien connu en effet que dans plusieurs États la jurisprudence est prête à reconnaître certains effets spécifiques (de nature patrimoniale ou personnelle) découlant d'une relation de famille, bien que cette dernière soit en soi contraire à l'ordre public du for. L'exemple le plus connu est celui de la reconnaissance dans des États européens (Allemagne, France) de certains effets de la polygamie ; bien que cette institution ne puisse pas être reconnue dans ces États en tant que telle, parce que contraire à des principes fondamentaux de la loi du for, l'existence d'une obligation alimentaire du mari en faveur des différentes femmes n'y est pas perçue comme choquante. Des considérations analogues pourraient s'appliquer, *mutatis mutandis*, à d'autres institutions controversées, comme le mariage ou le partenariat entre personnes de même sexe.

178. Contrairement à d'autres textes de source interne ou internationale, le Protocole ne réserve pas les lois de police (ou règles d'application immédiate) du for, c'est-à-dire les règles impératives qui, en raison de leur importance cruciale pour l'État du for, sont applicables quelle que soit la loi désignée par les règles sur les conflits de lois. Il semblerait donc que les autorités saisies soient en tout cas tenues de déterminer le contenu de la loi désignée par le Protocole, qui ne pourra être écartée que si ses effets sont dans un cas d'espèce incompatibles avec des principes d'ordre public de la loi du for.

Article 14 Fixation du montant des aliments

179. L'article 14 prévoit que, même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte, dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur, ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments. Il s'agit d'une règle matérielle qui s'impose comme telle aux États contractants, quelle que soit la manière de disposer de la loi applicable à l'obligation alimentaire.

180. Le texte de cette disposition correspond largement à l'article 11(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973, mais présente deux nouveautés importantes :

181. La première différence résulte du fait que l'article 14 fait l'objet d'une disposition indépendante et séparée de celle relative à l'ordre public, contrairement à l'article 11(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973. Après des longues discussions dans le cadre du GTLA et de la Commission spéciale, cette solution a été adoptée lors de la Session diplomatique. Elle a une conséquence importante ; la règle matérielle dont il est question ne constitue pas uniquement une limite à l'application d'une loi étrangère, mais elle doit être appliquée par les autorités d'un État contractant même si la loi désignée par le Protocole est, dans le cas concret, la loi du for.

182. Il convient de noter que la prise en compte des besoins et des ressources ne doit pas nécessairement comporter un pouvoir d'appréciation de l'autorité dans le cas concret, mais qu'elle peut résulter de manière indirecte des modalités de calcul des aliments issues de la loi applicable, par exemple en fixant le montant des aliments dus à un créancier dans un cas particulier au moyen de barèmes suffisamment souples pour tenir compte des besoins et des ressources des parties. Cette précision est importante par rapport aux systèmes administratifs qui se basent généralement, eux aussi, sur les besoins du créancier et les ressources du débiteur, bien que ces facteurs soient pris en compte de manière plus abstraite que dans les systèmes judiciaires.

183. La deuxième différence par rapport à l'article 11(2) de la Convention Obligations alimentaires de 1973 résulte de la référence qui est faite dans l'article 14 à « toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments ». Cette nouveauté a été introduite elle aussi lors de la Session diplomatique sur proposition de la délégation de la Communauté européenne[23]. Elle vise en particulier les cas où, au moment d'un divorce, l'un des époux a obtenu le paiement d'un montant en capital (*lump sum*), ou l'attribution d'une partie des biens (meubles ou immeubles) appartenant à l'autre époux (comme c'est par ex. le cas dans certains ressorts de *common law*), en liquidation de toutes ses prétentions, y compris alimentaires. Cette solution est utilisée dans plusieurs systèmes nationaux pour favoriser un règlement définitif des prétentions respectives des époux au moment du divorce, en mettant ainsi fin par une coupure nette à leurs relations, au moins sur le plan patrimonial (principe du « *clean break* »). Dans ce cas, il faut éviter que des prétentions alimentaires incompatibles avec le règlement antérieur puissent être avancées par la suite par l'un des époux sur la base d'une loi qui ne connaît pas ce mécanisme de compensation. En effet, si la loi désignée par le Protocole se base sur les besoins actuels du créancier, sans tenir compte de la compensation qu'il avait reçue, le résultat peut s'avérer inéquitable. Dès lors, la règle matérielle de l'article 14 pourra être utilisée pour corriger, le cas échéant, les solutions résultant de la loi applicable aux prétentions alimentaires.

Articles 15 à 17 Systèmes juridique non unifiés

184. Ces articles contiennent des clauses concernant l'application du Protocole dans les États dont le système juridique n'est pas unifié. Ces clauses sont usuelles dans les Conventions de La Haye, mais leur rédaction doit être adaptée à l'objet de chaque convention. Dans le cas du Protocole, des projets d'articles ont été préparés par le Bureau Permanent (Doc. trav. No 12 de la Commission II). Ces articles ont été adoptés avec peu de modifications par la Session diplomatique. L'article 15 établit que le Protocole ne s'applique pas dans les conflits purement internes à un État contractant, tandis que les articles 16 et 17 concernent l'application du Protocole aux systèmes juridiques non unifiés du point de vue territorial et personnel.

Article 15 Non-application du Protocole aux conflits internes

185. Cet article précise qu'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent en matière d'obligations alimentaires n'est pas tenu d'appliquer les règles du Protocole pour trancher les conflits internes qui en résultent. En effet, le Protocole est destiné à régler les conflits de lois dans les situations internationales et ne prétend pas à être appliqué dans des situations purement internes. Cela vaut tant pour les conflits interpersonnels (c-à-d. lorsque l'application des différents systèmes internes se fonde sur un critère personnel, tel que la religion des personnes concernées) que pour les conflits interterritoriaux (lorsque les différents systèmes ou ensembles de règles s'appliquent dans des unités territoriales différentes).

186. L'État concerné pourrait sur une base purement volontaire et unilatérale, décider d'appliquer le Protocole pour régler les conflits internes s'il le souhaite. Cette solution, certainement envisageable pour les conflits interterritoriaux, paraît cependant inappropriée pour les conflits interpersonnels.

---

[23] Voir de la Commission II les Doc. trav. No 2; P.-v. No 1, para. 64 et s., et P.-v. No 2, para. 1 et s.

Article 16 Systèmes juridiques non unifiés à caractère territorial

187. Cet article indique comment procéder lorsque, dans une situation internationale, la loi désignée par le Protocole est celle d'un système non unifié, dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent en matière d'obligations alimentaires dans des unités territoriales différentes. Il convient de noter que ce problème ne concerne pas uniquement les États plurilégislatifs, mais qu'il est susceptible de se poser pour tous les États contractants au Protocole, lorsque ce dernier désigne comme applicable la loi d'un État plurilégislatif. Si par exemple le Protocole désigne la loi d'un État A en raison du fait que le créancier a sa résidence habituelle dans cet État, et que cet État est un système non unifié, l'autorité saisie dans un autre État B (partie au Protocole) sera confrontée au problème de savoir si les règles applicables sont celles de l'une ou de l'autre des différentes unités territoriales qui composent l'État A.

188. L'article 16(2) précise que pour identifier dans ce cas la loi applicable selon le Protocole, on doit d'abord se baser sur les règles en vigueur dans l'État concerné identifiant l'unité territoriale dont la loi est applicable (art. 16(2) *a)*). Dans notre exemple, l'autorité dans l'État B devra donc se baser en premier lieu sur les règles qui sont applicables dans l'État A pour régler les conflits interterritoriaux ; ceci peut conduire, par exemple, à l'application de la loi d'une unité territoriale différente de celle où le créancier a sa résidence habituelle (par ex., la loi de la résidence habituelle du débiteur, si ce critère est retenu dans l'État A).

189. Ce n'est qu'en l'absence de telles règles internes, et donc à titre purement subsidiaire, que la loi applicable sera identifiée selon les règles du Protocole (art. 16(2) *a)*). À cet effet, l'article 16(1) précise comment doivent être interprétées les notions utilisées dans le Protocole ; cette disposition ne s'applique que si l'alinéa 2 *b)* s'applique. L'idée générale qui inspire cette disposition est de localiser les éléments spatiaux de rattachement retenus par le Protocole dans l'unité territoriale où ils sont effectivement localisés.

190. Ainsi, toute référence à la loi d'un État vise, le cas échéant, la loi en vigueur dans l'unité territoriale considérée (art. 16(1) *a)* ; par ex., par « loi du for » on devra entendre la loi qui est en vigueur dans l'unité territoriale où siège l'autorité saisie). De même, toute référence aux autorités compétentes ou organismes publics de cet État vise, le cas échéant, les autorités compétentes ou organismes publics habilités à agir dans l'unité territoriale considérée (par ex., le droit d'un organisme public de demander le remboursement d'une prestation fournie au créancier selon l'art. 10 sera régie par la loi en vigueur dans l'unité territoriale où cet organisme est habilité à agir). Selon la même idée, toute référence à la résidence habituelle dans cet État vise, le cas échéant, la résidence habituelle dans l'unité territoriale considérée (dès lors, la loi applicable selon l'art. 3 sera celle qui est en vigueur dans l'unité territoriale où le créancier a sa résidence habituelle).

191. Certaines dispositions du Protocole utilisent la notion de nationalité (art. 4(4), 6 et 8(1) *a)*), et cette dernière s'adapte mal à la solution des conflits internes, pour la simple raison que généralement les unités territoriales dans un État plurilégislatif ne confèrent pas de nationalité distincte de celle de l'État en question. C'est pour cette raison que, dans ces cas, les alinéas *d)* et *e)* de l'article 16(1) prévoient qu'en l'absence de règles pertinentes dans l'État en question, la loi applicable est celle de l'unité territoriale avec laquelle la personne présente le lien le plus étroit. Cette solution n'est certes pas très simple à mettre en œuvre, mais elle permettra généralement de sortir de l'impasse.

192. Selon le paragraphe 3, l'article 16 ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique (ORIE). Les États qui composent cette Organisation sont en effet des États indépendants et ne peuvent donc pas être assimilés aux unités territoriales d'un État plurilégislatif.

Article 17 Systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel

193. Cet article vise le cas où la loi désignée par le Protocole est celle d'un État comprenant divers systèmes juridiques ou ensembles de règles applicables à différentes

catégories de personnes (en fonction, par exemple, de leur religion). Dans ce cas, le seul critère retenu est celui du renvoi aux règles de conflit internes de l'État considéré. Cette solution reflète celle adoptée dans toutes les Conventions de La Haye qui ont abordé ce problème. Elle s'impose, car les règles du Protocole, se basant généralement sur un critère territorial, sont inappropriées pour résoudre des conflits interpersonnels. Contrairement à d'autres Conventions, le Protocole ne prévoit pas de critère subsidiaire, pour le cas où des règles internes n'existeraient pas dans l'État considéré. Il a été suggéré lors de la Session diplomatique que les États comprenant divers systèmes juridiques non unifiés à caractère personnel dans le domaine des obligations alimentaires et n'ayant pas de règles de conflit internes à cet égard adoptent de telles règles avant de devenir Parties contractantes au Protocole.

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

194. Cet article précise que le Protocole est destiné à remplacer, dans les rapports entre États contractants, les Conventions Obligations alimentaires de 1956 et de 1973. Cette règle reprend, *mutatis mutandis*, celle qui figure à l'article 18 de la Convention de 1973.

195. Le remplacement ne se produit que dans les rapports entre États contractants, ce qui veut dire que les anciennes Conventions demeurent applicables, même dans un État qui est devenu partie au Protocole, dans les relations avec les autres États qui sont parties de ces textes et qui n'ont pas adhéré au Protocole.

196. La Convention Obligations alimentaires de 1956 n'est applicable que lorsqu'elle conduit à l'application de la loi d'un État contractant. Elle ne revendique dès lors pas d'effet *erga omnes* (*cf.* art. 6 de cette Convention). L'article 18 prévoit en outre que « dans les rapports entre États contractants » le Protocole remplace la Convention de 1956 sans nécessité de dénoncer celle-ci. Cette disposition fait donc clairement prévaloir l'application du Protocole par rapport à l'ancienne Convention, au moins entre États Parties aux deux instruments. Il est vrai qu'on pourrait conclure de l'article 18 qu'il autorise un État Partie aux deux instruments à déroger à l'application du Protocole dans ses relations avec un État Partie à la Convention Obligations alimentaires de 1956 mais pas lié par le Protocole. Ce cas sera de toute façon exceptionnel, mais surtout difficile à traiter faute de critère précis pour déterminer quand il est question de rapports avec un tel État. Au vu de cette ambigüité l'on pourrait s'inspirer de l'objectif de l'article 18 pour favoriser l'application du Protocole également dans cette hypothèse.

197. La coordination avec la Convention Obligations alimentaires de 1973 est plus délicate, car ce texte revendique, comme le Protocole, un domaine d'application universel (*cf.* art. 3 de la Convention de 1973 et l'art. 2 du Protocole). L'effet de l'article 18 est, comme dans le cas de la Convention de 1956, qu'au moins « dans les rapports entre États contractants » le Protocole prévaudra sans qu'il soit nécessaire de dénoncer la Convention de 1973. Et on pourrait également en conclure que cette disposition autorise un État Partie au Protocole et à la Convention de 1973 à déroger à l'application du Protocole dans ces relations avec un État Partie à la Convention de 1973 mais non pas au Protocole. Cela ne résout tout de même pas le problème du conflit d'instruments dans les hypothèses où les deux instruments, dans un cas concret, conduisent à une solution différente, faute de critère pour déterminer quand il est question de « rapports entre États contractants ». Ces hypothèses risquent d'être plus fréquentes que celles visées au paragraphe précédent à cause du domaine universel des deux instruments. Au vu de cette difficulté, il y a d'autant plus de raison de s'inspirer de l'objectif de l'article 18 pour favoriser l'application du Protocole, système plus moderne et destiné à remplacer le jeu de règles de la Convention de 1973, par rapport à l'application de celle-ci. Cette solution reçoit un appui supplémentaire dans l'article 19 de la Convention de 1973, selon lequel « [l]a Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un État contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention ».

Article 19 Coordination avec d'autres instruments

198. La coordination avec d'autres conventions est plus simple. En effet, selon l'article 19, le Protocole ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont ou seront parties et qui contiennent des dispositions relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires. Le Protocole n'aura priorité sur ces instruments antérieurs ou postérieurs qu'en cas de déclaration contraire des États liés par ces instruments.

199. Il convient de souligner que selon l'article 19(2), cette solution s'applique également aux relations entre le Protocole et les lois uniformes reposant sur l'existence entre les États concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale. Il s'ensuit, par exemple, que le Protocole céderait le pas, le cas échéant, à un futur instrument régional régissant la même matière.

Article 20 Interprétation uniforme

200. Par cette clause désormais classique pour tous les textes de droit uniforme, les États parties au Protocole s'engagent, dans l'interprétation du Protocole, à tenir compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cela implique entre autre l'obligation des autorités des États contractants de tenir compte, dans la mesure du possible, des décisions qui ont été rendues en application du Protocole dans les autres États contractants. Bien évidemment, ces décisions n'ont qu'une autorité persuasive, les autorités des autres États n'étant pas obligées de les suivre.

Article 21 Examen du fonctionnement pratique du Protocole

201. Pour garantir un suivi, il est prévu à l'article 21 que le Secrétaire général peut convoquer, lorsque cela s'avère nécessaire, une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique du Protocole.

202. Toujours dans le même but, et pour faciliter l'accès des autorités des États contractants aux décisions rendues dans les autres États en application du Protocole, les États contractants s'engagent à collaborer avec le Bureau Permanent afin de recueillir la jurisprudence relative à l'application du Protocole.

Article 22 Dispositions transitoires

203. Selon cet article, le Protocole ne s'applique pas aux aliments réclamés dans un État contractant pour une période antérieure à son entrée en vigueur. Le but de cette disposition est d'éviter que les nouvelles règles aient un impact sur les droits et obligations des parties préexistantes à leur entrée en vigueur. Cette solution correspond à celle qui est prévue à l'article 12 de la Convention Obligations alimentaires de 1973[24].

204. Contrairement à la Convention (*cf.* art. 56(1)), le Protocole ne s'appliquera donc pas dans toutes les procédures qui seront ouvertes après son entrée en vigueur ; à l'inverse, son application n'est pas exclue si la procédure a été ouverte antérieurement à cette date. Bien au contraire, il faudra établir dans les deux cas *pour quelle période* des aliments sont réclamés. S'ils sont réclamés pour une période antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau texte (par ex., si le créancier demande le versement d'arriérés), le Protocole ne s'appliquera pas, bien que la demande ait été déposée après son entrée en vigueur. L'obligation alimentaire restera régie, pour cette période, par les règles de droit international privé (de source interne ou conventionnelle) qui étaient applicables dans l'État du for avant l'entrée en vigueur du Protocole. À l'inverse, une autorité qui doit trancher après l'entrée en vigueur du Protocole sur des aliments dus pour l'avenir, devra appliquer ce texte, même si la demande avait été déposée antérieurement à l'entrée en vigueur.

---

[24]Rapport Verwilghen, *op. cit.,* note 11, para. 182 et s.

Article 23 Signature, ratification et adhésion

205. Cette disposition correspond à celle qui figure dans la plupart des Conventions de La Haye. Les règles qu'elle établit pour la signature, la ratification et l'adhésion sont conformes aux solutions traditionnelles, et n'appellent dès lors pas de commentaire particulier (*cf*. art. 58 de la Convention et para. 689 à 694 du Rapport Borrás-Degeling).

206. Dans le cadre d'un instrument qui porte le titre de Protocole, cette disposition revêt cependant une signification toute particulière, car elle établit le principe de l'autonomie de cet instrument par rapport à la Convention avec laquelle il a été élaboré. Comme nous l'avons déjà relevé, tout État peut signer, ratifier ou adhérer au Protocole, même s'il n'a pas signé, ratifié ou adhéré à la Convention. Après quelques hésitations, cette solution a été adoptée lors de la Session diplomatique, sans que cela justifie aux yeux des délégués un changement de titre de Protocole à Convention (*cf. supra*, para. 15 et s.).

Article 24 Organisations régionales d'intégration économique

207. Comme la Convention (*cf*. art. 59), le Protocole contient une disposition fixant les conditions auxquelles une ORIE peut en devenir partie. Il s'agit d'une clause finale d'origine récente, qui ne se trouve que dans les derniers textes adoptés dans le cadre de la Conférence de La Haye (notamment, art. 29 de la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for,* art. 18 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*). Rappelons que le Statut de la Conférence de La Haye a été lui aussi amendé en 2007 pour permettre à des ORIE d'acquérir le statut de Membre de la Conférence (*cf*. art. 3 du Statut). Cette évolution est principalement liée à l'évolution qui s'est produite au sein de l'Union européenne suite au Traité d'Amsterdam et en vertu de laquelle la Communauté européenne a acquis des compétences internes et externes en matière de droit international privé. La Communauté européenne est devenue Membre de la Conférence le 3 avril 2007. Bien entendu, l'article 24 est formulé de manière générale et peut s'appliquer, le cas échéant, à d'autres ORIE qui auraient des compétences dans la matière régie par le Protocole.

208. Les dispositions qui figurent dans cet article correspondent exactement à celles de l'article 59 de la Convention. Pour un commentaire, nous renvoyons donc aux paragraphes 695 à 700 du Rapport Borrás-Degeling.

Article 25 Entrée en vigueur

209. Pour l'entrée en vigueur du Protocole, l'article 25(1) exige le dépôt de deux instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Cette solution, qui correspond à celle retenue dans la Convention (*cf*. art. 60), ainsi que dans d'autres instruments récemment adoptés par la Conférence de La Haye (*cf*. art. 31 de la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* et art. 19 de la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*) est particulièrement favorable à l'entrée en vigueur du texte. Elle se justifie par la considération qu'il n'y a pas d'inconvénient à appliquer le Protocole seulement entre deux États, si ces derniers le souhaitent. Il convient de rappeler que, quel que soit le nombre des États qui en sont parties, le Protocole est applicable *erga omnes* (*cf*. art. 2).

210. Les autres règles de l'article 25 sont elles aussi conformes à celles de l'article 60 de la Convention ainsi qu'à d'autres instruments adoptés par la Conférence de La Haye.

Article 26 Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

211. Conformément à l'approche traditionnelle, l'article 26(1) permet à un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par le Protocole de déclarer que cet instrument s'appliquera dans toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à

plusieurs d'entre elles. En l'absence de cette déclaration, le Protocole s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État (art. 26(3)).

Article 27 Réserves

212. Cet article est très important, car il établit le principe qu'aucune réserve au Protocole n'est admise. Comme nous l'avons indiqué (*cf. supra*, para. 25), cette solution est très différente de celle de la Convention Obligations alimentaires de 1973 qui permet aux États de limiter l'application de la Convention à certaines obligations alimentaires (celles entre époux et ex-époux et / ou celles envers une personne âgée de moins de 21 ans et qui n'a pas été mariée, *cf.* art. 13) ou bien d'exclure son application à certaines obligations alimentaires (celles entre collatéraux, celles entre alliés ou, dans certains cas, celles entre époux divorcés, séparés ou dont le mariage a été annulé ou déclaré nul, *cf.* art. 14). En plus, l'article 15 de cette Convention permet de réserver l'application de la loi du for lorsque le créancier et le débiteur ont la nationalité de l'État concerné et si le débiteur y a sa résidence habituelle. Des réserves avaient été déclarées par plusieurs États contractants. Grâce à l'article 27, le champ d'application du Protocole ne peut pas être restreint et les solutions que ce texte consacre quant à la loi applicable ne peuvent pas être dérogées.

Articles 28 à 30 Déclarations, dénonciation, notification

213. Ces articles reprennent des solutions traditionnelles. Ils n'appellent pas de commentaire particulier.