



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Droits et obligations alimentaires entre êtres humains, droits et obligations entre Etats, et intérêt de la Suisse à adhérer aux Conventions de La Haye de 2007

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Droits et obligations alimentaires entre êtres humains, droits et obligations entre Etats, et intérêt de la Suisse à adhérer aux Conventions de La Haye de 2007. In: Swiss Review of International and European Law, 2021, n° 1, p. 51 ss.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:148737>

Droits et obligations alimentaires entre êtres humains, droits et obligations entre Etats et intérêt de la Suisse à adhérer aux Conventions de La Haye de 2007

Gian Paolo Romano*

The existence, scope and duration of maintenance rights and obligations between parents and children, spouses, divorcees, cohabitants, brothers and sisters, stepparents and stepchildren may differ from country to country. When maintenance is owed, it is critical for creditors to receive it quickly and with minimal effort, which is also consistent with interests of society, public assistance having often to step in if creditors do not get support. States have, domestically, been striving for greater efficiency in determining who is entitled to get support from whom, for which amount and how long. An increasing pressure is placed on debtors, including through support enforcement agencies or threat of sanctions, to encourage voluntary payment, reduce litigation and non-compliance with support orders. While States pursue, in the cross-border context, the same objectives, reaching them proves harder due to the potential for inter-country disagreements: Country A may entitle one of its residents, Person 1, to receive maintenance from Person 2, resident in Country B, but Country B may not be willing to impose the corresponding obligation to Person 2 or to impose it for half that amount or simply fails to cooperate with Country A to make sure Person 2 complies. Such disagreements and absence of cooperation, which create international anarchy and increase the public money spent on unnecessary procedures, may effectively be averted through multi-national law only, i.e. through creating schemes of States' mutual rights and obligations. Maintenance is indeed subject to multiple treaties, most of which date back to the fifties and seventies. Entering the 2007 Hague Convention and Protocol – which improve the 1956 New York and the 1973 Hague Conventions by strengthening the States' rights and obligations on a number of points – is likely to enhance the position of Swiss residents while contributing to international justice and prosperity for human beings at large.

Keywords: maintenance obligations – international recovery of maintenance – inter-country cooperation – Hague Convention of 2007 – Hague Protocol on applicable law – New York Convention of 1956

Mots-clés: obligations alimentaires – recouvrement international des aliments – entraide – Convention de La Haye de 2007 – Protocole sur le droit applicable – Convention de New York de 1956

* Professeur ordinaire, Université de Genève. Je souhaite remercier Sandra John, de l'Office fédéral de la justice, pour les précieuses informations fournies au sujet de l'activité de l'OFJ en lien avec les traités d'entraide au recouvrement d'aliments.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Objectifs recherchés sur le plan *interne* et remarques de droit comparé
 - A. Parties à la relation alimentaire
 - B. Teneur de la relation alimentaire et sa mise en œuvre
 - C. Sécurité juridique, paiement volontaire, exécution spontanée des décisions
- III. Objectifs recherchés et défis rencontrés sur le plan *international*
 - A. Besoins des êtres humains et intérêts bien compris des collectivités étatiques
 - B. Nécessité d'un droit inter-étatique
 - C. Désaccords inter-étatiques au sujet de l'existence et de la teneur d'une relation alimentaire
- IV. Brève histoire du droit inter-étatique en matière alimentaire
 - A. Convention des Nations Unies de 1956
 - B. Conventions de La Haye de 1956, 1958 et 1973
 - C. Conventions de Bruxelles, de Lugano, Règlement « Bruxelles I »
 - D. Accords bilatéraux
 - E. Règlement Aliments
- V. La Convention de La Haye de 2007 et le Protocole sur le droit applicable
 - A. La Convention de La Haye de 2007
 - B. Le Protocole sur la loi applicable et les innovations qu'il apporte
- VI. Conclusions

I. Introduction

Les organisateurs du colloque dont ces pages tirent leur source m'ont proposé d'intervenir en matière d'*aliments* ou – selon une expression que je tiendrai pour synonyme – d'*entretien*¹. On a convenu qu'il était utile de se livrer à un « tour d'horizon » des instruments internationaux ayant cours en ce domaine et se demander si la Suisse aurait intérêt à adhérer aux derniers en date qu'a produits la concertation interétatique, adoptés à La Haye en 2007 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 : la Convention visant l'entraide et la reconnaissance des décisions, et le « Protocole » sur le droit applicable².

Pour cerner les objectifs que recherche et les difficultés que rencontre la tentative par les communautés étatiques de fixer les droits et les obligations d'entretien résultant des relations que nouent par-delà les frontières les êtres humains qui les composent (III), il convient d'abord d'observer comment ces communautés s'y prennent pour régler les relations alimentaires « *internes* », et une telle observation invite à comparer les lois et pratiques de quelques pays, saisies dans leur évolution récente (II).

1 Le colloque a eu lieu à Lucerne le 22 novembre 2019.

2 « Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille » et « Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ».

Suivra une « rétrospective » du développement du droit multinational (IV), qui devrait permettre de prendre conscience, tout comme des progrès réalisés, de ceux qui restent à accomplir ; et d'apprécier les bienfaits que la Convention de 2007 et « son » Protocole promettent d'offrir aux ressortissants et résidents des Etats prêts à y adhérer (V).

II. Objectifs sur le plan *interne* et remarques en droit comparé

Toute personne devrait pouvoir vivre dignement et satisfaire à ses besoins fondamentaux³. Plusieurs facteurs empêchent un être humain d'y subvenir par ses revenus ou son patrimoine : âge, maladie, handicap, chômage ... La prise en charge financière d'une telle personne incombe à une autre *personne*, à la *collectivité* ou, selon des proportions variables, à *l'une et à l'autre*.

Une *relation alimentaire* entre particuliers consiste en un couple de *droit* et *obligation*, dont l'un ne saurait exister sans l'autre : *droit subjectif* aux aliments, ou « créance alimentaire », dont est titulaire la personne *créancière* d'aliments, et *obligation* à verser les aliments – *dette alimentaire* – qui incombe à une autre personne, *débitrice*. Une communauté organisée en Etat se doit de déterminer qui parmi ses membres a le droit à l'entretien et qui l'obligation de le *verser* (A), tout comme la *teneur* d'une telle relation, notamment l'*étendue* de la créance et dette, y compris dans le temps (B). Comme l'attestent des réformes récentes, les Etats œuvrent pour que les relations alimentaires soient mises en œuvre le plus possible spontanément et au moindre coût pour les personnes et les collectivités intéressées (C).

A. Parties à la relation alimentaire

C'est un lien familial qui génère le plus souvent une relation alimentaire. Les instruments internationaux en ce domaine s'appliquent aux obligations entre « *membres de la famille* ». Les rares situations d'entretien extrafamilial peuvent être ici négligées⁴.

a) *Envers les mineurs*. Les enfants ont besoin d'affection, d'encouragements, mais d'abord de *ressources* : pour se nourrir, s'habiller, faire du sport, faire la fête ...⁵ L'existence d'une obligation alimentaire incombant aux parents – mariés ou non, vivant

3 L'art. 25 de la Déclaration universelle consacre le « *droit à un niveau de vie suffisant* ». Le préambule de la Constitution fédérale s'achève par la phrase mémorable selon laquelle « *la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres* ».

4 Songeons au contrat d'*entretien viager* tel que prévu par l'art. 521 CO où l'entretien tire sa source d'un transfert patrimonial. En Italie et en France, le donataire est tenu aux aliments envers le donateur s'il devait plonger dans le dénuement.

5 Mon père, qui a eu trois enfants, nous comparait parfois à des *sangsues* (« *sanguisughe* »). Mon beau-père m'a récemment mis en garde : « *Chaque enfant, en Suisse, coûte un demi-million* » (il en a eu quatre).

ensemble ou séparément, divorcés, adoptifs – est admise pratiquement partout. Dans les pays plus avancés, la collectivité y contribue au moyen d'*allocations familiales*.

Exemple 1. Si mon épouse et moi devons avoir un enfant, une obligation alimentaire nous incomberait, mais nous recevrons de l'Etat, indépendamment de notre salaire, une allocation-naissance de 2000 CHF si la loi genevoise est applicable, 1500 CHF si la loi vaudoise est applicable, puis une allocation mensuelle de 300 CHF en vertu des lois vaudoise et genevoise (250 CHF selon la loi valaisanne). Le conflit inter-cantonal de lois est résolu au profit de la loi cantonale de résidence de l'employeur, non du créancier⁶. La charge financière qu'induit l'obligation d'entretien est partagée entre les parents et la collectivité, l'argent privé et l'argent public. J'ai grandi en Italie et mes parents n'ont reçu la moindre allocation – le droit italien ne les accorde qu'aux familles dans le besoin⁷ –, même s'ils ont pu prétendre à quelques réductions fiscales. Au sein des pays développés, ceux qui aident davantage les parents à s'acquitter de leurs obligations enregistrent souvent une plus forte natalité.

Les choses sont parfois plus complexes. En cas d'adoption « simple », comment faut-il répartir la responsabilité alimentaire entre parents *adoptifs* et parents d'*origine* ?⁸ En France, l'adopté acquiert un droit d'entretien envers les adoptants mais les parents d'origine conservent une obligation *subsidaire*⁹. *Quid* du partage entre parents et parents *nourriciers* ?

Exemple 2. Une Suisseuse résidant à Genève est mère nourricière d'une petite fille guatémaltèque, Laura¹⁰, dont la mère, à la naissance, était mineure et, aujourd'hui, devenue majeure, elle a un travail, une dépendance à l'alcool et des visites surveillées. En quelle proportion appartient-il à la mère, à la mère nourricière ou à la collectivité de pourvoir aux besoins de Laura ?

Le Tribunal fédéral a jugé que l'entretien envers un enfant nourricier incombe au parent biologique s'il peut y faire face¹¹. En Suisse, les parents nourriciers reçoivent une indemnité de l'Etat¹².

Une question d'importance grandissante concerne l'entretien envers le beau-père (« *stepfather* ») ou la belle-mère. En Suisse, « *chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants* » de celui-ci¹³ ; si la jurisprudence précise que ce n'est pas une prétention directe de l'enfant¹⁴, le résultat s'en approche. En France, la Cour de Paris a énoncé que

6 Puisque nous travaillons pour un employeur genevois même si nous habitons Vaud, l'allocation-naissance sera versée par le Canton de Genève.

7 Un projet de loi consacrant le droit des parents à un « *assegno unico universale* », dont le montant pourrait être de 190 Euro par enfant (« *Schema di disegno di legge recante misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia* ») a été approuvé par le Conseil des Ministres le 11 juin 2020.

8 Si l'adoption est simple, l'adopté continue d'appartenir à sa famille d'origine : v. p. ex. art. 364 du Code civil français.

9 Civ. 1^{re}, 14 avr. 2012, n° 09–12.456.

10 Nom d'emprunt, tout comme Laura.

11 ATF 141 III 340.

12 Art. 294 al. 1 du Code civil.

13 Art. 278 al. 2.

14 P. ex. Cour de justice GE, ATAS/298/2019 du 4 avr. 2019 cons. 18.

« le second mari d'une femme divorcée n'est tenu d'aucune obligation alimentaire à l'égard de l'enfant de celle-ci né d'un premier lit »¹⁵. En Italie, une telle relation alimentaire n'existe pas non plus. Une voie intermédiaire est suivie par les pays, telle la Hongrie, ne consacrant un tel droit que si les intéressés vivent dans le même foyer¹⁶.

Exemple 3. Un enfant, dont le père est inconnu, vit avec sa mère, qui a un faible revenu, et le mari de celle-ci, qui a des moyens importants. Un quasi-droit de l'enfant à l'entretien envers son beau-père existe selon la loi suisse, non selon la loi française ou italienne.

Le préalable à la naissance d'une relation alimentaire est en général l'existence d'une relation paterno- ou materno-filiale constatée juridiquement, même si certaines législations habilite un enfant à obtenir les aliments du géniteur biologique sans que sa paternité ne soit établie à d'autres égards : en France, l'« *action à des fins de subsides* » existe encore, la « *Zahlvaterschaft* » a été abolie en Suisse en 1978. Les conditions d'établissement de la *maternité* ou de la *paternité* diffèrent selon les pays. Certains refusent d'imposer au père biologique la paternité légale et la responsabilité financière qu'elle induit. Une occasion de faire évoluer les choses a récemment été manquée au Maroc.

Exemple 4. Une petite fille était née hors mariage et la mère avait assigné le père biologique devant le Tribunal de Tanger¹⁷. Par une décision qualifiée d'« historique », celui-ci lui avait attribué une pension de 10 000 dirhams mensuels (970 CHF) sans imposer au défendeur la paternité, ce qui eût été contraire au Code marocain de la famille. L'enthousiasme suscité par un tel jugement a été de courte durée car la Cour de Tanger l'a infirmé en appel¹⁸.

Exemple 5. Comme l'a révélé une affaire franco-camerounaise¹⁹, le droit camerounais empêche la femme d'« *inconduite notoire* » ou qui « a eu commerce avec un autre homme » d'obtenir les aliments au profit de l'enfant conçu d'une relation « *tarifiée* ». En droit français ou suisse, les mœurs de la mère ne feraient pas obstacle à l'établissement de la relation alimentaire.

b) *Envers les enfants majeurs*. Est-ce que la responsabilité financière des parents se prolonge au-delà de la majorité ? En Suisse, l'entretien est dû à l'enfant majeur s'il est aux études et à moins qu'il refuse des contacts avec le débiteur²⁰. Mais si le jeune a déjà travaillé et qu'il en remplit les conditions, il touche des allocations-chômage ; c'est alors la collectivité qui l'entretient. Il a été calculé il y a quelques années que « *le taux d'aide sociale des jeunes adultes [de 18 à 25 ans] était nettement supérieur au taux d'aide sociale de toute la population suisse* » ; un projet de loi visant à « *transférer l'obligation*

15 Paris, 19 mai 1992, RG n° XP190592.

16 Art. 4:198(1) du Code civil hongrois.

17 50.000 naissances hors mariage sont enregistrées chaque année dans ce pays, qui criminalise les relations hors mariage.

18 Compte rendu sur le site « LesInfos » du 13 octobre 2017 : < <https://www.lesinfos.ma/article/579549-.html> >

19 Civ. (1^{re}), 27 septembre 2017, n° 16-19654.

20 Au départ de l'art. 277 al. 2 CC, la jurisprudence a fixé le cadre normatif : ATF 133 I 305, ATF, 2C_585/2014, ATF 5A_959/2013, parmi d'autres.

d'entretien de la collectivité aux parents » a été rejeté en 2018²¹. En Suède, l'entretien se poursuit jusqu'à 21 ans, en Irlande jusqu'à 23 ans, en Croatie 26²². Aux Etats-Unis, où la question prend une importance particulière en raison des coûts des « colleges », on enregistre un éventail de positions différentes.

Exemple 6. Un jeune de 19 ans, souhaitant entreprendre des études supérieures se demande s'il a le droit au « *post secondary-education support* » de ses parents. Si le droit californien régit la question, la réponse est négative alors qu'elle est positive – jusqu'à 21 ans – en vertu du droit du Massachusetts et – jusqu'à 23 ans – à New York²³.

c) *Entre (ex-)époux et (ex-)partenaires enregistrés*. Aussi longtemps que l'harmonie entre époux prévaut, la solidarité spontanée dépasse souvent ce qui serait dû par la loi. C'est la crise conjugale qui propulse les questions financières au premier plan. La relation alimentaire entre conjoints séparés peut dépendre d'un nombre de facteurs, tels l'existence d'enfants communs. Le droit suisse a, depuis le 1^{er} janvier 2017, introduit une « *contribution de prise en charge* », versée par le parent non-gardien²⁴. Quant au calcul, on constatait des pratiques divergentes avant que le Tribunal fédéral n'intervienne à retenir la méthode « *de subsistance* »²⁵. Chaque *partenaire enregistré* se voit le plus souvent reconnaître le même droit.

Lorsque le lien conjugal *se dissout*, les écarts entre les droits étatiques se creusent. Faut-il que l'ex-époux aisé subvienne aux besoins de l'autre ? Auxquels ? Certains pays procèdent du principe de l'« *auto-responsabilité* » (« *Selbstverantwortlichkeit* ») : la Suède mais aussi l'Allemagne²⁶, encore que des exceptions soient prévues. Il en va désormais ainsi en Italie : par une décision de 2017 jugée « *révolutionnaire* », la *Cassazione* a fixé comme critère pour l'octroi d'un *assegno divorzile* non plus le maintien du « *train de vie antérieur* », mais l'impossibilité pour le requérant d'accéder à l'« *indépendance économique* »²⁷. La France reconnaît à l'ex-époux le droit à une *prestation dite compensatoire*, car « *destinée à compenser la disparité que la rupture crée dans les conditions de vie respectives* » ; mais un tel droit est dénié à l'ex-époux aux torts duquel le divorce est prononcé²⁸. En Suisse, une « *contribution équitable* » est due « *si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable* », l'éventuelle faute du requérant n'ayant cependant pas d'incidence. La pratique des « *financial provisions* » fait de l'Angleterre le pays où la solidarité post-conjugale est probablement la plus accusée, et de Londres un « *divorce heaven* » pour

21 Motion 16.3212 déposée le 18 mars 2016 par Laurent Wehrli, approuvée par le National le 20 septembre 2017 et rejetée aux États le 11 septembre 2018 (<www.parlament.ch>).

22 Informations tirées de <e-justice>.

23 California Family Code Section 3910; 2018 Child Support Guidelines, Massachusetts; New York Consolidated Laws, Family Court Act, § 413.

24 Nouvel article 285 al. 2 du Code civil.

25 ATF 144 III 377.

26 § 1569 BGB, « *Grundsatz der Eigenverantwortung* ».

27 Cass. 10 mai 2017, n° 11.504.

28 Art. 270 et 271 du Code civil.

les ex-époux moins lotis²⁹. Quant aux ex-partenaires enregistrés, leur position est souvent assimilée à celle des ex-époux mais il n'en va pas nécessairement ainsi : l'ex-« pacsé » n'a pas un véritable droit à l'entretien.

Exemple 7. Un couple au train de vie luxueux, financé par Monsieur, divorce. Madame a des biens et une activité suffisants à lui garantir une vie confortable, non pas le maintien du style de vie antérieur. Le droit anglais lui permettrait d'obtenir des « *financial provisions* » de plusieurs millions, le droit français une *prestation compensatoire* d'à peu près un million, sauf si la responsabilité du divorce lui est attribuée. Le droit italien n'imposerait à Monsieur aucune obligation post-conjugale.

Exemple 8. Madame A et Madame B concluent un PACS. Elles vivent en France pendant un certain temps puis s'installent en Suisse, où Madame B bénéficie d'un salaire élevé et Madame A ne travaille pas. A la suite de leur séparation, celle-ci revient en France. Le droit suisse régissant le partenariat enregistré accorderait à B l'entretien, le droit français régissant le PACS ne lui accorderait pas.

d) Entre (ex-)concubins. Une relation de concubinage peut, ou peut ne pas, générer une relation alimentaire. Ce n'est pas le cas en Suisse, même si l'on projette d'introduire un legs d'entretien en faveur du partenaire de vie survivant³⁰. En Australie, les membres d'une « de facto relationship » ont des obligations alimentaires réciproques³¹. En Angleterre, un Cohabitation Rights Bill, approuvé par la Chambre des Lords le 6 février 2020, accorde aux « cohabitants » des droits semblables à ceux du mariage³². En Croatie et Hongrie, de tels droits existent si la relation a duré au moins une année ou a été féconde³³.

e) *Envers les parents*. Le vieillissement de la population et la baisse des rentes feront peut-être augmenter le nombre de personnes âgées dans la précarité. En Suisse, l'article 328 du Code civil évoque en priorité l'obligation alimentaire envers les *ascendants*. En Espagne et en Italie, une telle obligation est aussi consacrée par la loi³⁴. En Suède, le *senior* dans le besoin est à la charge de la *collectivité* même si les descendants sont fortunés³⁵.

Exemple 9. Une amie suédoise ayant grandi sur Vaud travaille à Genève. Sa mère est retournée vivre en Suède et doit entrer dans une maison de retraite. La fille doit-elle contribuer aux frais ? Réponse affirmative si le droit suisse, négative si le droit suédois est applicable.

f) *Autres membres de la famille*. L'entretien entre frères et sœurs a été, chez nous, abrogé en 2000. En France, il est exclu depuis le Code de 1804, ce qui est parfois re-

29 Section 25 du « Matrimonial Causes Act 1973 ».

30 Art. 484a avant-projeté.

31 Family Law Act 1975.

32 Le projet de loi est soumis à la *House of Commons*; v. <<https://publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/58-01/097/5801097.pdf>>.

33 A. BLECHER PRIGAT, « Same-Sex Relationships and Israeli Law », dans : M. Saez (éd.), *Same-Sex Couples – Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, Dordrecht 2015, 131–161.

34 Art. 143 al. 2 du *Código civil* et art. 436.6 du *Codice civile*.

35 Site <e.justice.europa.eu>.

gretté. En Italie, il profite au frère ou à la sœur évoluant dans un « grave besoin économique »³⁶. En Chine, les frères et sœurs *ainés* sont obligés envers les *cadets*, pas inversement : anomalie qui devrait disparaître dans le futur Code civil chinois.

Exemple 10. « *Mon frère, âgé de 63 ans, va devoir entrer en maison de retraite. Sa pension est nettement insuffisante pour payer cet hébergement. Jusqu'où va l'obligation alimentaire : ... sa seule famille est notre mère, âgée de 90 ans et deux sœurs (dont moi-même) ? Devrons-nous l'une ou les autres participer au financement ?* »³⁷. S'agissant des *sœurs*, *non* en droit suisse et français, *oui* en droit italien.

Exemple 11. « *Devo mantenere mia suocera ?* »³⁸ : ai-je l'obligation de maintenir ma belle-mère dès lors que ses enfants n'y parviennent pas ? *Oui* en droit italien³⁹, *non* en droit suisse, français, espagnol ...

B. Teneur de la relation alimentaire et sa mise en œuvre

a) *Teneur*. Il ne suffit pas d'avoir une mère ou un ex-époux pour lui réclamer l'entretien. Encore faut-il que soient remplies les *conditions* fixées par la loi pour que la *créance* et la dette alimentaires prennent naissance. Le plus souvent, la personne réclamant l'entretien doit être en état de « *besoin* » et la personne à laquelle il est réclamé disposer de *moyens* suffisants (« *aisance* »). Pour ce qui est des *ex-époux*, le critère décisif peut être un autre : le maintien du train de vie du mariage. La loi peut chercher à en appeler à la responsabilité de l'ayant droit : s'il est apte au travail, la dette peut être réduite ou supprimée. Cela vaut, selon les pays, pour les enfants *majeurs* ou les *ex-époux*. La question de savoir si une personne évolue dans le besoin ou l'aisance est déterminée de manière de plus en plus précise.

Il en va ainsi du calcul du *quantum*, élément assurément le plus important. En Suisse, s'agissant de l'obligation de chaque parent, on commence par déterminer son « *minimum vital* » : à Genève, pour un adulte vivant seul, CHF 1200, pour un adulte en communauté domestique, CHF 1700⁴⁰ ; il faut ensuite ajouter certaines charges (loyer, assurances...) pour constituer le « *minimum vital élargi* ». Une fois celui-ci déduit, il faut, schématiquement, compter 15% du salaire pour un enfant, 25% pour deux, 30% pour trois, lorsque le salaire est entre CHF 6000 et 12 000. En Allemagne, le *BGB* fixe, au § 1612a, la pension d'un mineur, selon trois tranches d'âge, en pourcentage de l'« *Existenzminimum* ». En France, le Ministère de la Justice met à disposition un *simulateur* pour le calcul selon trois critères : revenus du débiteur, nombre

36 Cass. VI civ. ord., 1577/2019.

37 < <https://www.dossierfamilial.com/famille/dependance-et-perde-d-autonomie/faq/obligation-alimentaire-peut-elle-setendre-aux-freres-et-soeurs-370321> >.

38 Contribution parue sur le portail « La legge per tutti », le 5 décembre 2018, < www.laleggepertutti.it >.

39 Art. 433 ch. 4) et 5) du *Codice civile*.

40 Si le concubin travaille et qu'il n'a pas d'enfant, le minimum vital peut être réduit de moitié.

d'enfants, modalité des visites et d'hébergement⁴¹. Pour l'enfant *majeur*, l'entretien n'est pas, en Suisse, déterminé au départ de la possibilité financière du parent mais des besoins de l'enfant : le montant de base est de 800 CHF s'il vit à la maison, jusqu'à l'obtention d'un master.

Deux questions importantes concernent la mesure où des *arriérés* restent dus et les conditions auxquelles est soumise une *révision* de la dette alimentaire.

Exemple 12⁴². Un enfant naît le 6 mars 2013. Après avoir vécu en Allemagne, la mère et la fille déménagent en Autriche le 28 mai 2015 et la mère réclame au père les aliments. A-t-elle le droit de les obtenir aussi pour la période entre la naissance et le déménagement ? *Non* en droit allemand, *oui* en droit autrichien.

Exemple 13⁴³. Un tribunal autrichien, saisi par la fille, résidant en Italie, condamne le père, résident en Autriche, à lui verser une pension. Peu après, le père subit une diminution de ses revenus qui est telle qu'une réduction lui serait accordée par le droit italien, non pas par le droit autrichien.

b) *Recherche du débiteur et informations financières*. Pour qu'une personne puisse demander son dû, il faut qu'elle sache où le débiteur se trouve. Même en Suisse, pays modeste en taille, identifier le domicile d'une personne peut ne pas être aisé⁴⁴. Aux Etats-Unis, une personne peut plus facilement se rendre introuvable ; les agences de « *debtor tracing* » prolifèrent. Dans la mesure où le montant en dépend, le créancier devrait pouvoir connaître *l'état des revenus et de la fortune* du débiteur. La tendance est de lui permettre d'accéder aux *déclarations fiscales*. Les particularités varient.

c) *D'autres dispositifs*. Si l'on n'a pas de ressources pour se nourrir, on n'en a souvent pas pour entreprendre une aventure judiciaire. Les nécessités alimentaires sont souvent *urgentes* : « *venter non patitur dilationem* ». Les pays développés ont mis au point une batterie de mesures pour faciliter le recouvrement : accès au *juge de proximité* du créancier ; exemption des frais de justice et assistance judiciaire ; mesures (super-) *provisaires* ; saisie-salaire ... Une importance particulière revient à *l'aide au recouvrement* fournie par des organismes publics – et le *versement d'avances* dont elle s'accompagne souvent – auxquels il incombe de s'en prendre au débiteur. En Suisse, un tel procédé est organisé par les Cantons, qui, depuis le 1^{er} janvier 2017, le confient à un « *office spécialisé* » ; les différences, considérables, constatées entre les Cantons, devraient s'atténuer dès le 1^{er} janvier 2022⁴⁵. A Genève, le « SCARPA » – « *Service cantonal*

41 < <https://www.justice.fr/simulateurs/pensions-alimentaire> >.

42 CJUE, C-83/17, EU:C:2018:408, *KP c. LO*.

43 CJUE, C-214/17, EU:C:2018:744, *Mölk c. Mölk*.

44 Cf. « Harmonisation de l'avance sur contributions d'entretien et de l'aide au recouvrement – Rapport du Conseil fédéral », 4 mai 2011, p. 52.

45 Avec l'entrée en vigueur de l'Ordonnance sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (« OAiR ») du 6 décembre 2019 (art. 130 al. 2 et 290 al. 2 CC). L'avance sur contributions d'entretien continue à relever des Cantons (art. 131a et 293 al. 2 CC). Sur l'opportunité d'une harmonisation dans ce domaine également, v. Rapport du Conseil fédéral (note 46) et Recommandations de la CDAS du 28 juin 2013.

d'aide au recouvrement des pensions alimentaires » – octroie des avances dès lors que le revenu du requérant est inférieur à un certain montant et qu'il bénéficie d'une décision⁴⁶. L'Allemagne lui épargne souvent l'engagement d'une action en justice : les instances compétentes des *Länder* s'en chargent, en se subrogeant à lui. En réponse à la colère des mères célibataires ayant endossé les « *gilets jaunes* », le requérant peut en France, dès le 1^{er} janvier 2021, recourir à sa Caisse d'allocation familiale (CAF) même avant une action en justice et en l'absence de difficultés de recouvrement.

Les *sanctions* se sont en général durcies. En Suisse, la « *violation d'une obligation d'entretien* » est punie d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans, le droit de plainte appartenant aussi à l'organisme de recouvrement⁴⁷. En France, le non-versement d'une pension pendant deux mois constitue un *abandon de famille*, passible de deux ans de prison et 15 000 EUR d'amende⁴⁸. Au Canada, les noms et photos des mauvais payeurs sont publiés, le permis de conduire peut être retiré. Le Code pénal italien a élargi en 2018 le cercle des violations justiciables de sanctions pénales⁴⁹.

C. Sécurité juridique, paiement volontaire et exécution spontanée des décisions

Le premier objectif que visent les collectivités soucieuses du progrès de leur droit consiste à faire progresser les cas où un être humain est à même de savoir – le plus rapidement et au moindre coût – s'il a le droit de recevoir des aliments, de quel autre, et quels sont le *quantum* et la *durée*. On ne peut exercer un *droit subjectif* aussi longtemps que l'on en ignore l'existence ou l'étendue ; on peut légitimement refuser de payer une somme à qui la réclame aussi longtemps qu'on est fondé à ignorer si on en a l'*obligation*. La *sécurité juridique* et la *prévisibilité du droit* travaillent à la *déconflictualisation* des relations alimentaires, à la diminution des *conflits* entre êtres humains dont l'un dirait : « *Tu me dois de l'argent* », et l'autre rétorquerait : « *Non, je ne te dois rien du tout* » ; ou « *Tu me dois 1500 CHF par mois* », « *Je ne te dois que 500 CHF* ».

Le fait pour les intéressés de savoir que les conditions de la naissance d'un droit et d'une obligation alimentaires sont réalisées, ou non, et, si elles le sont, d'être à même de prévoir – à l'intérieur d'une « fourchette » dont les limites sont *proches* – le *quantum* qui serait alloué par un juge *s'il était saisi*, y compris grâce à des « *tablettes* », assorties de correctifs, encouragent un *accord amiable* et le *paiement volontaire*. Les mécanismes alimentant l'*effectivité* du *recouvrement forcé* aspirent à encourager le *recouvrement spontané*. La facilitation de l'engagement d'une action en justice – compétence au lieu de résidence *du requérant*, octroi de l'*assistance judiciaire* –, l'accès à

46 Ou d'une convention approuvée par un tribunal : art. 3 « RARPA ».

47 Art. 217 du Code pénal ; cf. art. 11 al. 2 OAiR.

48 Art. 227-3 du Code pénal français.

49 Art. 570-bis du Code pénal italien, modifié par l'art. 2 del D. Lgs. 1 mars 2018, n° 21.

des *avances*, la perspective intimidante de la mobilisation d'un *organisme public*, agissent sur la psychologie des débiteurs en faisant augmenter le nombre de ceux qui n'attendent pas d'être assignés effectivement pour s'acquitter de leur dû. En France, la réforme du 1^{er} janvier 2021 vise « à limiter les conflits financiers entre ex-époux et garantir des versements réguliers »⁵⁰.

Le bien-être de la *collectivité* augmente lorsque la proportion des paiements spontanés augmente. Le contentieux en la matière est *onéreux* pour la société, car une part des coûts des autorités publiques – judiciaires, d'exécution, organismes sociaux ... – mais aussi des avocats si l'assistance judiciaire est accordée, reste à la charge des contribuables. L'avantage est évident aussi pour le *créancier* : qui d'entre nous ne se réjouit de recevoir *tout de suite* l'argent qui lui est dû, sans devoir engager une procédure, qui retarde l'encaissement et menace de le réduire de 10% ou 20% correspondant à ce que nous devons payer aux intermédiaires qu'il aura fallu mobiliser ? La prévisibilité de la dette alimentaire est conforme à l'intérêt de bonne foi du *débiteur* car elle lui épargne le risque de voir la somme majorée d'une partie des coûts du recouvrement. Même si des études au sujet des conséquences du *contentieux* sur la *qualité des relations familiales* sont rares, celle-ci a plus de chances de se préserver si l'on épargne aux intéressés la nécessité de se faire un procès pour connaître leurs droits et leurs obligations⁵¹.

Exemple 14. Si un enfant est obligé d'assigner devant un tribunal son père pour savoir s'il lui doit 2000 ou 1000 ou 200 CHF ou rien, voilà qui menace de compromettre la relation paterno-filiale ou d'en provoquer une détérioration ultérieure. Si le cadre juridique « secrète » une créance située à l'intérieur d'une fourchette où la limite supérieure est 10% à 20% plus élevée que l'inférieure (1000 à 1200 CHF), il y a de chances qu'ils parviennent à un accord dont la conclusion diminue la probabilité que l'enfant s'adresse à un juge – et que l'enfant ou le père forme un *appel*⁵² – mais aussi qu'il se tourne vers un organisme de recouvrement et que l'un ou l'autre saisisse l'organe d'exécution. Si les marges d'imprévisibilité de ce que déciderait un juge sont plus écartées – la limite supérieure est *trois* (500 à 1500 CHF) voire *dix* fois plus élevée (200 à 2000) – les perspectives d'une entente diminuent.

Pour les cas où l'incertitude subsiste quant à la question de savoir si une personne a le droit de réclamer d'une autre une somme et combien, et qu'il leur faut passer par une décision « *individualisée* », les règles poursuivent des objectifs ultérieurs : faciliter l'obtention rapide d'une telle décision et une procédure équitable et efficiente, œuvrer pour que l'activité des autorités soit proportionnée aux montants en jeu ; une fois la décision définitive, et qu'elle chiffre la relation alimentaire, il convient d'en poursuivre d'abord la mise en œuvre *spontanée* par le débiteur : l'exécution *forcée* est

50 AGNÈS LECLAIR, Emmanuel Macron acte la réforme des pensions alimentaires, Le Figaro, 4 janvier 2021.

51 THOMAS ANDRIEU, entretien de la rédaction de Dalloz, 24 avril 2018 : « ... le passage obligé devant l'autorité judiciaire, pour un motif purement financier, envenime les relations ».

52 La fréquence des recours formés devant les cours d'appel est proportionnelle à la marge d'appréciation que laissent les dispositions applicables.

à nouveau pénible pour le créancier et onéreuse pour la collectivité. La menace d'une saisie-salaire ou de sanctions pénales aspire à encourager l'*exécution volontaire*, et rapide – par opposition à *forcée*, et aléatoire – des *décisions de justice*.

Le taux de pensions non versées a régressé dans bien des pays, sous la pression aussi de la Cour européenne des droits de l'homme dont la tendance à retenir la violation de l'article 6 en cas d'exécution défaillante s'affirme⁵³. Selon Caritas Suisse, un peu plus d'un débiteur sur cinq « *ne verse pas, qu'en partie ou avec du retard les contributions d'entretien dues à ses enfants* »⁵⁴. En France, 70% des contributions sont versées et la réforme récente vise à augmenter un tel chiffre. Aux Etats-Unis, 40% des créanciers obtiendrait la *totalité* des sommes, 65% au moins une *partie*.

Pour se soustraire au paiement de l'entretien, certains quittent le pays. Nous voilà transportés à l'international.

III. Objectifs recherchés et défis rencontrés sur le plan international

Une relation est *internationale* lorsqu'elle est « rattachée » aux territoires, peuples et populations de deux pays. Selon un scénario récurrent, la personne susceptible de réclamer des aliments d'une autre *vit dans un Etat A* et cette autre personne *dans un Etat B*. L'internationalité s'accroît du fait de la *binationalité* d'une d'elles ou de sa *multi-résidence*. La relation d'entretien s'inscrivant *dans la durée*, les déplacements des intéressés alimentent sa plurilocalisation. Evoquons aussi la multi-territorialité du *patrimoine*, même si le créancier peut n'en avoir aucun.

Exemple 15. Helvète habitant Genève, Gian Luca a eu une petite fille d'une Française résidant en France voisine. Il possède des biens en Italie, hérités de son père, et à Genève. Ses actifs italiens sont susceptibles d'être mobilisés pour satisfaire à l'obligation envers son fils⁵⁵. Relation « *tri-nationale* » : franco-helvético-italienne.

Exemple 16⁵⁶. Un Lituaniens et une double ressortissante, néerlandaise et argentine, se marient aux Etats-Unis. Le 20 avril 2006 un enfant, lituanien et italien, naît aux Pays-Bas. Après avoir vécu aux Pays-Bas, la famille séjourne en Italie puis s'installe au Canada. Les parents se séparent en décembre 2010 ; en juillet 2011, la mère revient avec l'enfant en Italie avant de refixer sa résidence, en novembre 2011, aux Pays-Bas ; le père rentre en Lituanie. La relation est « *penta-nationale* ».

53 « *The State has a positive obligation to organise a system for enforcement of judgments that is effective both in law and in practice and ensures their enforcement without any undue delay* » : CEDH, *Fuklev c. Ukraine*, 7 juin 2005, point 84 ; *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, point 40 ; *Burdov c. Russie*, 7 mai 2002, point 34 ; *Jasiuniene c. Lituanie*, 6 mars 2003, point 27 ; *Vrtar c. Croatie*, 7 janv. 2016.

54 Rapport explicatif de l'OAIr, du 6 déc. 2019, p. 3. L'estimation se rapporte à 2010.

55 *Supra*, II.A.f).

56 CJUE, C-499/15, EU:C:2017:118, *W, V contre X*.

L'examen des besoins des personnes concernées et des collectivités concernées par de telles relations transfrontalières (A) révèle tout à la fois la nécessité d'un droit multi-étatique (B) et les difficultés de son élaboration (C).

A. Besoins des êtres humains et intérêts bien compris des collectivités étatiques

Les besoins qu'éprouvent les êtres humains nouant des relations *internationales* sont les mêmes que ceux qu'ils éprouvent lorsqu'ils nouent des relations *internes*. Les objectifs que recherchent les Etats sont aussi en substance les mêmes. Seulement, plusieurs collectivités sont « *intéressées* » et on peut les qualifier de « *co-intéressées* » pour signifier leur *intérêt commun* de *progresser* sur la voie de la satisfaction des besoins évoqués.

Exemple 17. Un enfant naît en Suisse d'une relation entre une Suissesse, qui habite Genève, et d'un Brésilien résidant au Brésil.

a) *Point de vue du créancier potentiel*. La mère souhaite savoir si elle a le droit aux aliments et pour quel montant, si possible sans devoir saisir un juge ; si une action en justice s'impose, elle a intérêt à pouvoir l'engager au moindre coût, notamment devant le juge *suisse*, et, si la décision lui est favorable, à ce qu'une telle décision soit mise en œuvre volontairement, de manière à lui épargner une action en *exécution* au Brésil ; si le père est récalcitrant, la mère a intérêt à ce qu'un organisme public de proximité – *suisse* – lui avance les sommes, et poursuive lui-même le père au Brésil, ou le fasse poursuivre par d'autres intermédiaires.

b) *Point de vue du débiteur potentiel*. Son intérêt de *bonne foi* est de savoir rapidement et au moindre coût s'il est débiteur, dans l'affirmative, pour quel montant et, s'il ne l'est pas, qu'on arrête de l'importuner, s'il l'est pour 500, qu'on cesse de lui réclamer davantage. L'intérêt qu'il peut avoir à se soustraire à ses obligations – en se rendant introuvable, en occultant des actifs – est de *mauvaise foi* et n'a pas à être pris en compte.

c) *Point de vue des deux collectivités*. La Suisse et le Brésil ont un *intérêt commun* à satisfaire aux besoins dont il a été question et notamment : 1° déterminer et faire savoir aux intéressés, dans la mesure du possible sans les astreindre à se faire un procès, si une relation alimentaire existe ou non, quelle est la teneur approximative, les facteurs pouvant influencer sur elle ; autrement dit, œuvrer pour que la proportion de cas helvético-brésiliens où il est clair, avant toute procédure, quel que soit lieu où elle est engagée, qui doit des aliments, à qui et pour quel montant *progresses* ; 2° œuvrer pour que la proportion des *accords amiables* et des *paiements spontanés* *progresses* ; 3° œuvrer pour réduire le nombre de cas helvético-brésiliens où l'intervention des autorités *suisses*, financées par l'*argent public suisse*, et les autorités *brésiliennes*, financées par l'*argent public brésilien*, est nécessaire, ou réduire la fréquence et l'intensité de leurs

interventions; 4° si une action en justice est nécessaire, œuvrer pour qu'une seule procédure soit engagée, et *non pas deux*, devant les juges des deux pays, ce qui serait inutilement onéreux pour les collectivités et risque de déboucher sur un conflit de décisions et une *insécurité juridique* inextricable pour les intéressés quant à leurs droits et obligations; 5° œuvrer pour que l'accès à la procédure soit facilité pour le requérant, tout en restant équitable pour le défendeur; 6° pour que la décision de justice soit la *plus possible spontanément exécutée*, et que la proportion des cas helvético-brésiliens où la mobilisation des autorités d'exécution reste *virtuelle* progresse, que la proportion des *décisions inexécutées* diminue, etc.

De tels intérêts ne peuvent être réellement satisfaits que par une coordination *interétatique*.

B. Nécessité d'une coordination *inter-étatique*

Dès lors qu'une relation humaine est appelée à se déployer *multi-territorialement*, sur les territoires « *souverains* » de deux Etats, un Etat *tout seul* ne peut souvent pas faire grand-chose pour la *régler*. Par la « *Loi fédérale de droit international privé* », la Suisse est impuissante à attribuer un *droit subjectif international* d'entretien à un résident suisse et imposer au résident d'un autre Etat l'*obligation alimentaire internationale* correspondante dans la mesure où ce droit subjectif et cette obligation ont pour objet une série de conduites qui, dans leur ensemble, *doivent se réaliser sur les territoires des deux Etats*. Une loi suisse ne vaut que pour le « *territoire intérieur* » (« *Inland* »), elle perd au-delà jusqu'à la dernière parcelle de juridicité. Bien sûr, la Suisse peut dire à la mère: « *L'accès aux autorités suisses vous est ouvert du fait de la résidence de l'enfant; si vous les saisissez, elles appliqueront la loi suisse* ». Mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait au bénéfice des personnes concernées un *droit privé international* digne de ce nom. Loi « *mono-nationale* », la LDIP n'est, à l'égard d'une relation humaine « *bi-nationale* », qu'une *semi-loi*, ne pouvant accorder qu'un *semi-droit subjectif international* et imposer une *semi-obligation internationale*. Pour qu'un tel semi-droit subjectif évolue vers un droit subjectif véritable, la semi-obligation évolue vers une obligation véritable, il faut la *coopération de l'autre Etat*.

Exemple 17 (suite). Supposons que la Suisse et le Brésil souscrivent à un traité sur la reconnaissance des décisions. La Suisse aura acquis le *droit subjectif* d'exiger la coopération du Brésil à l'exécution sur le territoire brésilien d'une décision suisse. Si le juge suisse, saisi par la mère, prescrit au père de verser 1200 par mois, il y a des chances que la combinaison entre la décision suisse et l'obligation du Brésil de la mettre en œuvre aboutisse à accorder à la mère un véritable *droit subjectif international* à recevoir du père 1200, c'est-à-dire à imposer au père une véritable *obligation alimentaire internationale* à lui verser une telle somme.

C'est – autrement dit – parce que la Suisse acquiert un droit subjectif international *envers le Brésil* que notre résidente helvétique acquiert un droit subjectif international *envers notre résident brésilien*. C'est parce que le Brésil contracte une obligation

internationale *envers la Suisse* que le père contracte une obligation internationale *envers la mère*.

Plus grande est la certitude qu'un juge suisse accordera les aliments à la mère, que le montant sera situé entre deux valeurs dont l'une est supérieure de 10 à 20% à l'autre (entre 1000 et 1200), que le juge brésilien compétent accordera l'*exequatur* et que l'autorité brésilienne de l'exécution fera exécuter au Brésil la décision suisse ainsi « *exequaturée* », plus il y a des chances que les intéressés s'épargnent toutes ces procédures, parviennent à une convention autour d'un montant à mi-chemin entre les deux valeurs et que le versement par le père soit spontané. Auquel cas pas besoin de mobiliser *effectivement* ni le juge suisse, ni le juge brésilien de l'*exequatur* ni l'autorité brésilienne d'*exécution*. Une telle issue est *a priori* conforme aux *intérêts communs de bonne foi* des collectivités et des êtres humains concernés. Si une action en justice en Suisse devait s'avérer nécessaire, le traité envisagé devrait permettre qu'au moins la procédure en *exequatur au Brésil* puisse, dans bon nombre de cas, rester virtuelle : le père sait que, le Brésil s'étant *a priori* obligé à reconnaître la décision suisse, il n'aura pas de chances de s'y opposer. La facilité d'accès pour le créancier, y compris moyennant l'aide d'organismes publics, suisses et brésiliens, et l'efficacité du dispositif de *recouvrement international forcé dès qu'il se met en marche augmentent la probabilité que sa mise en marche concrète ne sera pas nécessaire car le recouvrement sera spontané*.

Mais la persistance de *désaccords* entre les *Etats intéressés* peut faire obstacle à une telle coordination.

C. Désaccords inter-étatiques au sujet de l'existence et la teneur d'une relation alimentaire

De tels désaccords peuvent avoir pour objet l'*existence même* d'une relation alimentaire (1) ou sa *teneur* (2).

1. Désaccords quant à l'existence d'une relation alimentaire

La source peut être différente : divergence de vues sur l'existence ou non existence du statut familial générateur de la relation alimentaire (a), sur le rattachement le plus approprié pour déterminer le droit applicable (b), sur la méthode de détermination du minimum vital (c).

a) *Statut familial*. Pour un Etat A, les êtres humains en question partagent un statut familial dont résulte une relation alimentaire, alors que pour l'Etat B, ils n'ont pas un tel statut.

Exemple 18⁵⁷. Policier genevois, Valentin a eu un enfant, Mathieu, d'une Sri-Lankaise, mariée à un homme d'affaires sri-lankais vivant entre Genève et Colombo. Mari de la mère, celui-ci est le père *préssumé* jusqu'à ce qu'il accepte d'agir en *désaveu* devant un juge genevois, ce qui permet à Valentin de reconnaître Mathieu et devenir, pour la Suisse, *père légal*. Les parents de Mathieu se séparent. Le juge genevois fixe à 1000 CHF par mois les aliments que Valentin doit à son fils et à trois jours par semaine les visites dont il bénéficie. Sans consulter Valentin, la mère fait retour au Sri Lanka avec Mathieu. Le jugement suisse en désaveu et la reconnaissance de paternité ne sont pas reconnus au Sri Lanka, la décision sur la responsabilité parentale et financière non plus. Le mari de la mère souhaite préserver la paternité au Sri Lanka afin de préserver l'honneur familial.

Et Valentin de me demander : « *Alors, Gian Paolo, ces 1000 CHF, je dois les verser ou non ?* ». La Suisse lui dit : « *Oui, car vous êtes le père* », le Sri Lanka lui dit : « *Non, car vous n'êtes pas le père* ». Désordre juridique international. Puisque le Sri Lanka lui dénie le droit de visite – il n'est pas le père pour ce pays : « *Je ne suis absolument rien pour le Sri Lanka* » –, Valentin est *tenté* de demander au Sri Lanka la *restitution* des sommes dont, pour le Sri Lanka, il n'est pas débiteur.

Exemple 18 (suite). Si le père est obligé de verser 1000 en exécution d'une décision suisse obtenue par la mère, mais que celle-ci est obligée de lui reverser la même somme en exécution d'une décision sri-lankaise obtenue par le père, le *jeu est à somme nulle*. La mère pourrait alors ressaisir la justice suisse et obtenir une nouvelle décision qui condamnerait le père à un nouveau versement, celui-ci obtenir une nouvelle décision sri-lankaise qui condamnerait la mère à une nouvelle restitution.

Bras de fer inter-parental résultant d'un bras de fer inter-étatique. Cette relation humaine évolue dans le non-droit et ces actions et contre-actions, décisions et contre-décisions ont pour effet de faire perdre de l'argent et du temps aux êtres humains intéressés, aux organes et contribuables des collectivités intéressées. Immense gaspillage.

b) *Droit applicable*. Chacun des Etats intéressés, A et B, considère que la relation est régie par une loi différente – notamment sa propre loi – et que pour la loi de A, le droit subjectif aux aliments et l'obligation alimentaire existent, non pas pour la loi de B. Exemple 9 (variante). Une Suédoise, ex-épouse d'un fonctionnaire de l'ONU dont elle a divorcé il y a longtemps, vit en Suisse depuis quarante ans ; âgée et dépendante de l'alcool, la rente modeste qu'elle touche ne lui suffit pas. Sa fille, suédoise et suisse, travaille à Stockholm jouissant d'un salaire confortable. A-t-elle une obligation alimentaire envers sa mère ?

En droit suédois, il n'appartient pas à un enfant d'entretenir ses parents, alors que c'est le cas en droit suisse⁵⁸. Si pour la Suède le *droit suédois* est applicable du fait de la nationalité commune et de la résidence de la fille et que, pour la Suisse, le *droit suisse* est applicable du fait de la résidence de la mère, il y a désaccord entre les deux pays sur l'existence d'une relation alimentaire. La Suisse dit : « *Oui, c'est à la fille de soutenir sa mère* », et la Suède : « *Non, c'est à l'aide sociale suisse* ». La question de savoir si la mère a le droit à l'entretien et la fille l'obligation de le verser, *n'est juridiquement pas réglée*

57 Affaire relatée par Valentin (nom d'emprunt) dans CHRISTINE GUY-ECABERT & ELISABETH VOLCKRICK, *Enlèvement parental international d'enfants*, Neuchâtel/Bâle 2015.

58 Supra, I.B.f).

aussi longtemps que les Etats « co-intéressés » sont en désaccord sur la manière de la régler.

c) *Minimum vital*. Les autorités d'un Etat A, saisies par un résident de A, condamnent le résident d'un Etat B à lui verser de l'argent ; seulement, pour l'Etat B, le résident de B n'a pas de moyens suffisants.

Exemple 19⁵⁹. Un résident roumain, atteint d'handicap, a obtenu en Roumanie une décision condamnant sa mère, résidant en Allemagne, à lui verser, en vertu du *droit roumain*, quelques 100 Euro à titre de pension mensuelle. L'Allemagne considère que la mère, étant au bénéfice d'une rente d'à peine 864 Euro, insaisissable pour le *droit allemand*, n'est pas en mesure de la verser.

2. Désaccord quant à la teneur d'une relation alimentaire

Il se peut que les Etats « cointéressés » soient d'accord sur le fait que telle personne est *créancière* et telle autre *débitrice* mais qu'ils divergent quant au *montant*.

Exemple 20⁶⁰. Couple franco-suisse vivant entre Genève et la France voisine. Le juge français, saisi par le père, statueant lorsque la mère avait déménagé avec l'enfant à Genève, prescrit au père de verser 400 Euros par mois à titre de sa « *part contributive à l'entretien et à l'éducation de son fils* ». La mère parvient peu après à convaincre la Cour de justice de Genève d'affirmer sa compétence et fixe la contribution de Monsieur à l'« *entretien de la famille* » à 2200 CHF par mois.

Entre 2200 CHF et 400 Euros, l'écart est ... abyssal ! Désaccord entre la France et la Suisse au sujet du *quantum* d'une relation alimentaire franco-suisse. Et Monsieur de se demander : « *Je dois verser 400 Euros comme prescrit la France, ou 2200 CHF comme prescrit la Suisse ?* ».

Exemple 17 (suite). La Suisse peut estimer que le père doit contribuer à l'entretien à hauteur de 500 CHF, le Brésil que 500 CHF c'est excessif, qu'il ne peut verser que 1000 « *réels* » (env. 180 CHF).

Exemple 21. Un jugement suisse est présenté pour la reconnaissance au Royaume-Uni. « *Les juridictions britanniques ont massivement réduit les montants dus selon le jugement et supprimé les arriérages* »⁶¹. Pour la Suisse, le bénéficiaire du jugement a le droit subjectif à recevoir d'un résident britannique une certaine somme, pour le Royaume-Uni, une somme inférieure de 40%. Désaccord helvético-britannique sur la teneur des droits et obligations alimentaires.

59 CEDH, 1^{er} décembre 2009, *Huc c. Roumanie et Allemagne*, requête 7269/05.

60 ATF, 5A_528/2010.

61 SANDRA JOHN, « Überblick über die internationale Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen aus dem Blickwinkel der Zentralbehörde für internationale Alimentensachen im Bundesamt für Justiz », 16 Die Praxis des Familienrechts (2015), 536–561, 547 : « *In der Folge kürzten die Gerichte in Grossbritannien die in den schweizerischen Unterhaltstiteln festgelegten Unterhaltsbeträge jeweils massiv und hoben die Unterhaltsrückstände auf* ».

3. Absence de coopération

Les Etats co-intéressés peuvent ne pas être en désaccord quant à l'existence et au montant de la créance et dette. Simplement, l'Etat du débiteur *ne coopère* pas avec l'Etat du créancier ou en obtenir la coopération est trop *onéreux* ou *chronophage*.

Exemple 22. Le père de deux enfants vivant à Genève, à la suite d'une séparation d'avec leur mère, résidente genevoise, déménage à Trinité et Tobago. Le juge genevois le condamne à 800 CHF mensuels à titre d'aliments. Saisi par la mère, le SCARPA lui avance ces sommes. Après des tentatives infructueuses, qui lui ont coûté 20 000 dollars trinitadiens (3000 CHF environ) en frais d'avocats sur la place, le SCARPA renonce à l'exécution à Trinité.

Fazit : les enfants sont à l'aide sociale *helvétique* (pas *trinitadienne* ...). Les contribuables suisses ont financé les coûts de la justice genevoise, restée lettre morte, les frais d'avocats trinitadiens, qui n'ont pas servi à grand-chose ; ils payent maintenant pour le logement, la nourriture, la scolarité des enfants. Leur père a une fortune importante à Trinité, où il possède un bateau de 12 mètres. Pas de *traité* entre les Etats « cointéressés » si bien que la Suisse n'a pas le droit de *prétendre* de Trinité à un quelconque *soutien* au recouvrement des aliments qu'elle estime dus à un résident suisse par un résident trinitadien. Trinité a le loisir de penser : « *Il vaut mieux que cet argent reste chez nous* ».

Toute somme versée d'un compte bancaire rattaché à un Etat au compte rattaché à un autre Etat est comptabilisée dans leur *balance des paiements*, c'est-à-dire dans cet élément de la comptabilité nationale qui recense les flux financiers que les résidents d'un pays entretiennent avec les résidents des autres pays. Un paiement *entrant* alimente le PIB, un paiement *sortant* soustrait à l'économie nationale une part de richesse correspondant à la somme « sortie ». L'argent envoyé par le résident d'un Etat A vers l'Etat B pour y entretenir les membres de sa famille constitue, en finance internationale, une « *rémittance* » ; on sait à quel point l'ensemble des « *rémittances* » peut compter pour l'économie du pays *receveur*. Ne perdons pas de vue la dimension *macro-économique* que recouvrent les relations internationales en matière d'entretien.

D'importants accomplissements ont été réalisés par les Etats pour réduire les possibilités de désaccords entre eux en s'imposant des obligations mutuelles de coopérer, de s'« *entre-aider* », et en s'accordant le droit subjectif réciproque d'exiger une telle coopération.

IV. Brève histoire du droit inter-étatique en matière alimentaire

En s'autorisant une entorse à la chronologie, évoquons en priorité la Convention des Nations Unies de 1989, qui compte parmi les plus ratifiées de l'histoire : tous les Etats y ont adhéré, à l'exception des Etats-Unis. L'article 27 al. 4 énonce que

... pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un Etat autre que celui de l'enfant, les Etats parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ...

Parmi les engagements que presque toutes les communautés étatiques du monde se sont consenties mutuellement figure l'adhésion à des *traités existants* ou la conclusion de nouveaux *traités*. De tels accords sont nombreux : il sera d'abord question d'un autre traité des Nations Unies (A), puis d'une série de Conventions de La Haye (B), du régime de Bruxelles et Lugano (C), d'accords bilatéraux liant la Suisse (D) et du « Règlement Aliments » (E).

A. Convention des Nations Unies de 1956

Les Nations Unies se sont, après la deuxième guerre, beaucoup intéressées aux relations privées internationales. La Convention de New York de 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger en atteste, qui allait emporter l'adhésion de 64 Etats. Réclamer les aliments transterritorialement, parfois *trans-continentalement*, relevait de la *gageure*. Le Service social international, créé en 1924, avait été saisi, pour la seule année 1955, de 45 600 dossiers⁶². Le « Préambule » évoque « *l'urgence de la solution du problème humanitaire pour les personnes dans le besoin dont le soutien légal se trouve à l'étranger* ».

Ce texte instaure un système ingénieux d'*entraide* administrative entre deux Etats « co-intéressés » : le créancier saisit l'« *autorité expéditrice* » de son Etat de résidence, qui l'aide à former le dossier et le transmet à l'« *institution intermédiaire* » de l'Etat de résidence du débiteur⁶³. Celle-ci fonctionne en substance en tant qu'*agent* du créancier : chargée de faciliter le recouvrement, elle peut, en entreprenant des démarches d'une intensité, et d'un coût pour les collectivités, *variables et croissants*, favoriser un accord entre les intéressés, engager une action alimentaire dans l'Etat du débiteur, faire exécuter un jugement obtenu par le créancier dans son Etat. Que le résident d'un pays puisse compter sur les autorités d'*un autre pays* – souvent le Ministère des affaires étrangères, de l'intérieur, de la justice – contre un résident de cet autre Etat, c'est le *génie* de la Convention de New York. Ces autorités intermédiaires sont la *projection sur le plan « bi-national »* du mécanisme du droit *national*, dont on a relevé l'importance, consistant à offrir au créancier les services d'un organisme public l'aidant au recouvrement⁶⁴.

Exemple 23. Si une Suisse résidant en Suisse souhaite réclamer les aliments d'un Italien résident en Italie, elle peut compter sur la collaboration du *Ministero degli interni* – auquel elle donne *pro-*

62 Nations Unies, document E/CONF.21/SR.4, p. 2. Parmi les mobiles de la Convention, on évoque les milliers de femmes tombées enceintes à la suite de relations avec les militaires, notamment des soldats américains, qui rentrés chez eux, refusaient leur soutien : PAOLO CONTINI, « The United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance », 31 *St. John's Law Review* (1956), 1–48.

63 Ou de celui où il possède des biens. L'art. 1 soumet l'applicabilité de la Convention au fait que le débiteur se trouve « *sous la juridiction* » d'un Etat contractant.

64 *Supra*, II.B.b).

*curation*⁶⁵ – qui représente l'intérêt non pas de la partie *italienne* mais de la partie *suisse*: sorte de *protection diplomatique inversée*.

Exemple 24⁶⁶. Le TGI de Grasse a rendu une décision en 1998 condamnant le père de deux filles à verser les aliments. Dix ans plus tard, les filles recherchent le paiement des arriérés de leur père, qui habite Fribourg. Elles contactent l'autorité expéditrice en France – le *Ministère des affaires étrangères* – lequel saisit l'institution intermédiaire suisse, l'*Office fédéral de la justice*. Celui-ci mandate le Bureau des Pensions alimentaires de Fribourg qui, en engageant un avocat à Fribourg, agit contre le père pour faire exécuter la décision française.

Un *office fédéral suisse* puis un organisme cantonal *suisse* puis un *avocat suisse* interviennent au nom des résidentes *françaises* à l'encontre d'un résident *suisse*. La démarche des requérantes en a été considérablement facilitée. A défaut d'une telle facilitation, les filles auraient peut-être renoncé à exiger leur dû de leur père, intimidées par l'importance des obstacles à franchir.

L'exécution des tâches résultant de la Convention de New York se répartit entre l'OFJ et l'organisme public chargé de l'aide au recouvrement – depuis 2017: « *office spécialisé* » – désigné par les Cantons. Une telle répartition est consacrée par l'Ordonnance sur l'aide au recouvrement du 6 décembre 2019, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022, laquelle prend soin de préciser que, s'agissant des demandes *vers la Suisse*, l'office compétent est celui du domicile ou la résidence du débiteur, subsidiairement du lieu des mesures⁶⁷. Dans le cas inverse – le créancier réside en Suisse, le débiteur en France – l'office du Canton de sa résidence qui aide le créancier à préparer le dossier et le transmet à l'OFJ, est l'« *autorité expéditrice* » tout autant qu'« *institution intermédiaire* ».

La menace de l'intervention d'une autorité publique de *leur propre Etat* aspirait à faire progresser le nombre des débiteurs qui allaient se convaincre qu'il valait mieux honorer leurs obligations sans obliger la machine ministérielle à se mettre en marche effectivement⁶⁸. Pour les cas où l'institution intermédiaire est sollicitée pour de bon, une démarche plus rapide, dans l'intérêt du créancier, et moins onéreuse, dans l'intérêt des collectivités concernées – par exemple: favoriser le respect volontaire d'une décision de l'Etat du créancier – est à préférer à une démarche plus longue, par exemple en obtenir l'*exequatur* puis chercher l'exécution *forcée*⁶⁹.

Mais – attention ! – la reconnaissance dans l'Etat du débiteur d'une décision rendue par l'Etat du créancier tombe *en dehors* de la Convention. Le *droit applicable* n'est pas non plus régi par elle. Une disposition ambiguë, qui s'est révélée le talon d'Achille,

65 Cf. ALESSANDRO MANCINI, « La Convenzione Internazionale di New York del 1956 », 2009, < http://culturaprofessionale.interno.gov.it/FILES/docs/1260/instrumenta33_10_mancini.pdf >, 20.

66 ATF du 9 janv. 2014, 5A_646/2013.

67 Art. 21, al. 3 OAiR.

68 RODRIGO RODRIGUEZ, « Vollstreckung und Sicherung von Unterhaltstiteln im internationalen Verhältnis », 19 Die Praxis des Familienrechts (2018), 699–720, 720, note 88: « *Die Zahlungsaufforderung an den Unterhaltsschuldner durch eine Behörde des eigenen Staates kann in vielen Fällen die psychologische Wirkung haben, die Zahlungsbereitschaft zu erhöhen* ».

69 MARCO ZINGARO, « Die Arbeit mit dem New Yorker Übereinkommen vom 20. Juni 1956 », dans: YVO HANGARTNER & PAUL VOLKEN (éds.), Alimenteninkasso im Ausland, St. Gallen 1989, 31–52, 43.

inscrite à l'article 6 al. 3, énonce que « *la loi régissant lesdites actions et toutes questions connexes est la loi de l'Etat du débiteur, notamment en matière de droit international privé* ».

Exemple 17 (suite). Le Brésil, qui a ratifié la Convention⁷⁰, s'est engagé à mettre à disposition de la mère une institution intermédiaire, la « *Procuradoria Geral de República* », qui agit pour elle dans les démarches à entreprendre au Brésil contre le père, y compris la mise en œuvre – d'abord volontaire – au Brésil d'une décision suisse. Mais n'ayant pas contracté l'obligation de *mettre à exécution* une décision suisse, le Brésil reste libre de se doter de règles qui empêchent en l'espèce la reconnaissance⁷¹.

Voilà qui menace de porter atteinte aux buts poursuivis. Condamné en Suisse, le père pourra refuser de payer s'il y a des chances qu'un juge brésilien, saisi d'une requête en *exequatur* par la « *Procuradoria Geral* », refusera de l'accorder en jugeant que, pour le Brésil, le père n'est pas débiteur, ou pas d'une telle somme. S'il est raisonnablement certain qu'un juge brésilien refuserait l'*exequatur*, la « *Procuradoria Geral* » peut refuser d'entreprendre les démarches pour l'obtenir, inutilement dispendieuses. Et la mère risque de ne rien obtenir.

Aussi longtemps – on le voit – que leur coopération n'est qu'administrative, les Etats « co-intéressés » continuent à pouvoir être en désaccord sur la question de savoir si une relation alimentaire existe ou non et quelle en est la teneur. L'intérêt d'une coopération administrative est limité si celle-ci ne s'accompagne d'une coopération judiciaire. C'est à cette autre coopération que travaillait en parallèle la Conférence de La Haye.

B. Conventions de La Haye de 1956, 1958 et 1973

Les aliments forment l'un des pôles historiques de l'activité de la vénérable institution, qui s'en est chargée au cours des années cinquante (a) puis à nouveau vingt ans après (b).

a) *Instruments de la première génération*. Une première phase des travaux a débouché sur deux textes, de 1956, sur la *loi applicable*⁷², et 1958, sur la *reconnaissance des décisions*⁷³, destinés à travailler ensemble *entre eux* et avec la Convention de New

70 Depuis 1960 : INEZ LOPES, « An Assessment of Cross-Border Cooperation Regarding Maintenance: A Brazilian Perspective », 20 Yearbook of Private International Law (2018/2019), 171–188.

71 Si l'institution intermédiaire de l'Etat du débiteur ne poursuit pas sans motifs valables l'exécution de la décision émanant de l'Etat du créancier, la CEDH n'hésite pas à retenir la violation de la Convention de New York et de la ConvEDH : CEDH, *Romańczyk c. France*, 18 nov. 2010, et *Dinu c. Roumanie et France*, 4 novembre 2008.

72 Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, conclue à La Haye le 24 octobre 1956.

73 Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, conclue à La Haye le 15 avril 1958.

York⁷⁴. A la différence de celle-ci, d'application *a priori* plus générale, ils ne visent cependant que l'*entretien des enfants* de moins de 21 ans⁷⁵. La relation *entre époux* ou *ex-époux* n'est pas couverte. Trouver un consensus à ce sujet était compliqué : la législation de plusieurs Etats – que l'on pense à l'Italie ou l'Espagne – ignorait le *divorce* et il ne pouvait pas y avoir, pour eux, d'*ex-époux*.

Le principal intérêt de la Convention-*reconnaissance* consiste à faire diminuer le risque de *désaccord inter-étatique* résultant d'un refus de reconnaissance. Lorsque le créancier a obtenu une décision exécutoire dans son propre Etat, y compris – point important – *par provision*⁷⁶, il incombe à l'Etat du débiteur de coopérer pour que les prétentions que la décision reconnaît au créancier constituent de véritables *droits subjectifs internationaux*, protégés par la force publique de l'Etat qui seul peut imposer au débiteur l'*obligation internationale correspondante*⁷⁷. Le centre de gravité de la relation alimentaire s'en trouve déplacé *vers l'Etat du créancier*. Les Etats contractants reconnaissent qu'il est légitime que celui-ci s'adresse au juge de *proximité*. La percée est de taille.

Exemple 17 (suite). Si le Brésil et la Suisse avaient adhéré à la Convention de 1958, la « *Procuradoria Geral* » ne pourrait pas rejeter la demande d'entraide la sollicitant à entreprendre des démarches pour obtenir l'*exequatur* de la décision suisse au motif que le juge brésilien refuserait l'*exequatur* : la Convention-*reconnaissance* obligerait en principe – et sauf exceptions – le juge brésilien à l'*accorder*. On voit à quel point la Convention de New York, qui met les obligations qu'elle crée à la charge d'autorités *ministérielles*, ne fonctionne efficacement que si un autre instrument met les obligations de reconnaissance et d'exécution à la charge des autorités *judiciaires* et des autorités *détenant la force publique*.

En adhérant à la Convention-droit applicable, les Etats contractants s'accordent enfin autour des règles communes régissant la question de savoir si la relation alimentaire impliquant un enfant de moins de 21 ans existe ou non et fixant sa teneur, sans toutefois s'obliger à reconnaître réciproquement le statut familial susceptible de la générer. L'accord entre l'Etat A et l'Etat B prévoyant que la loi applicable est, pour les deux Etats, celle de l'Etat A dans *telle* catégorie de situations, celle de l'Etat B dans *telle autre* catégorie, devrait faire regresser les situations de *désaccord inter-étatique*, favoriser la *prévisibilité de la loi applicable*, donc la *prévisibilité des montants dus* et – par conséquent – le recouvrement précontentieux et la « *déconflictualisation* » des relations alimentaires. Le déplacement du curseur vers l'Etat de la partie estimée « *faible* » se confirme : la *résidence habituelle du créancier* est retenue comme rattachement *de principe*⁷⁸. Ses besoins se manifestent dans l'Etat où il vit : c'est ici qu'il

74 Cf. le « tryptique » évoqué par le Rapport explicatif de MICHEL VERWILGHEN, Actes et documents de la Douzième session (1972), t. IV, *Obligations alimentaires*, p. 385.

75 Art. 1 al. 4 Convention de 1956 ; v. ég. art. 1 al. 1 Convention de 1958.

76 Art. 2 ch. 3.

77 Art. 3 ch. 2.

78 Art. 1 al. 1.

doit se nourrir, se loger, se soigner... Qu'un être humain puisse être tenu à verser des aliments alors que, selon la loi de l'Etat où il réside, il n'en doit point, ne va à vrai dire pas de soi. Mais cette hypothèse était rare s'agissant de l'entretien des *parents* envers les *enfants*.

On peut penser que, pour déterminer le « *minimum vital* » du débiteur, la loi de la résidence de celui-ci devrait être prise en compte ; à défaut, l'exécution sur le territoire de cet Etat pourrait ne pas être accordée, au motif de l'*ordre public*.

Exemple 19 (suite). Le requérant avait obtenu une décision roumaine l'habilitant à obtenir de sa mère une pension, chiffrée, selon le droit *roumain* de sa résidence, à 100 Euro. Pour le droit *allemand* de résidence de la débitrice, la rente de 864 Euro dont elle bénéficie est insaisissable. Le *Bundesverwaltungsamt* a renoncé à agir en exécution devant les tribunaux allemands. La CEDH n'a pas discerné de négligence.

La Suisse a adhéré aux deux Conventions. Celles-ci ne profitent qu'à peu d'êtres humains car le nombre de ratifications a été *modeste*. Les Etats-Unis, le Canada, l'Australie sont absents pour des raisons tenant à leur organisation constitutionnelle. La clause « *due process* » que comporte la Constitution américaine avait été interprétée par la Cour suprême des Etats-Unis comme prescrivant une « connexion » entre le for et le *défendeur*, la résidence du créancier ne suffisant pas⁷⁹.

Exemple 17 (suite). Le Brésil n'a ratifié aucun de ces textes. Aucune obligation de reconnaissance d'une décision suisse n'incombe aux autorités brésiliennes. Le Brésil n'est pas tenu non plus d'appliquer à la relation litigieuse le droit suisse de la résidence de l'enfant. Le point de vue de l'*Etat du débiteur*, en vertu de la Convention de New York (art. 6 al. 3), continue de l'emporter.

b) *Instruments des années soixante-dix*. Deux autres traités ont été approuvés en 1973. Deux sont les principales innovations qu'ils apportent, destinées à élargir le nombre de bénéficiaires. D'abord car ces textes de deuxième génération s'appliquent à « *toute relation de famille* » : entre époux et ex-époux, envers les ascendants, entre beau-fils et belle-mère ... Pour ce qui est des ex-époux, la législation de bien des pays avait évolué dans un sens favorable au divorce. Sur le terrain du droit applicable, le rattachement de principe à la résidence du créancier est écarté, s'agissant des *ex-époux*, au profit de *loi applicable au divorce*⁸⁰. Ensuite, ces textes tiennent compte des *organismes publics* de recouvrement, entre-temps montés en puissance. La *Convention-reconnaissance* s'applique aux décisions statuant sur des procédures dont est partie une institution *publique* en même temps qu'elle l'autorise à solliciter la reconnaissance d'une décision rendue entre deux personnes *privées*⁸¹. La *Convention-loi applicable* évoque « *le droit d'une institution publique d'obtenir le remboursement de la prestation fournie au créancier* » en le soumettant à la « *loi qui régit l'institution* »⁸².

79 Principe affirmé en matière *alimentaire* par *Kulko v. Superior Ct.*, 436 U.S. 84 (1978).

80 Art. 8 Convention-droit applicable de 1973.

81 Art. 1 ch. 2 et art. 18 s.

82 Art. 9.

Exemple 25. Si la mère d'un enfant réside avec lui en Suisse, le père en France, que la mère obtient une décision en Suisse et que le SCARPA lui accorde des avances, le SCARPA peut, en vertu de la Convention-reconnaissance de 1973⁸³, en poursuivre l'exécution en France.

Exemple 26. A la suite de la réforme du 1^{er} janvier 2021, si un résident français obtient une avance de sa Caisse des allocations familiales (« CAF ») sans avoir engagé une procédure judiciaire, la Convention-reconnaissance de 1973 permet à la CAF d'exercer une action en justice *en Suisse* où réside le débiteur : encore faut-il qu'en droit français, la CAF soit habilitée à agir à l'étranger et allouer des avances lorsque le débiteur y réside.

Les Etats-parties sont plus ou moins les mêmes que ceux des Conventions de 1956 et 1958. Le progrès en vingt ans sous l'angle des ratifications a été bien peu sensible. Les Etats-Unis et le Canada manquent toujours à l'appel.

Exemple 17 (suite et variantes). Le Brésil n'étant pas partie non plus aux Conventions de 1973, l'enfant et la mère ne pourraient pas en bénéficier devant les autorités brésiliennes. Il en va de même si le père était résident colombien, argentin, mexicain, uruguayen, chinois, indien, thaïlandais, russe et de 90% des Etats. A Genève, presque toutes les nationalités sont représentées. Il paraît que certains fonctionnaires internationaux, rentrés chez eux ont tendance à se soustraire à l'entretien envers les enfants issus d'unions qu'ils ont entretenues avec des résidentes helvétiques⁸⁴.

C. Conventions de Bruxelles, de Lugano, Règlement Bruxelles I

Le but premier qu'ont poursuivi les Etats de la Communauté puis de l'Union européenne, entre eux et avec ceux de l'Association européenne de libre échange, en élaborant les Conventions de Bruxelles et de Lugano, était de *réduire* les possibilités de *désaccords inter-étatiques* quant à la teneur des relations privées intra-européennes⁸⁵. Ces pays ont souhaité alimenter au profit de leurs ressortissants et résidents la *sécurité juridique* : la diminution des cas où ceux-ci sont obligés de saisir d'une action *directe* le juge d'un Etat A ou d'un Etat B pour connaître leurs droits et leurs obligations ; et pour les cas où une action est engagée dans l'Etat A, la diminution des cas où ils doivent saisir d'une *deuxième* action, en *exequatour*, le juge d'un Etat B, afin que le droit subjectif que l'Etat A a constaté judiciairement *existe pour de bon*, ce qui suppose que l'obligation correspondante puisse être exécutée avec l'appui de la force publique de l'Etat B. Ces objectifs sont recherchés également en matière d'*aliments*, seul domaine du droit de la famille sur lequel se penchent ces textes. Contrairement aux instru-

83 Art. 3.

84 MICHEL PELICHET, Obligations alimentaires – Note sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires et de la Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger, 1995.

85 GIAN PAOLO ROMANO, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », dans : Andrea Bonomi, Eleanor Cashin Ritaine & Gian Paolo Romano (éds.), La Convention de Lugano : passé, présent et devenir, Zurich 2007, 165–209.

ments antérieurs, le régime « Bruxelles/Lugano » s'intéresse à la *compétence directe* (a) et à la *litispendance* (b), tout en innovant sur le front de la *reconnaissance* (c).

a) *Compétence directe*. Les Conventions-reconnaissance de 1958 et 1973 ne prescrivent pas aux Etats contractants d'ouvrir au créancier le for de sa propre résidence. Unifiant la compétence directe, les Conventions de Bruxelles et Lugano retiennent, outre le for *général* – domicile du défendeur – *deux fors spécifiques*⁸⁶, dont le premier est justement le domicile ou la résidence du créancier. Son for de *proximité* lui facilite – on l'a dit dans le contexte « interne » – l'engagement d'une action en justice. Un tel mérite est plus prononcé à l'international en raison de la plus grande distance géographique, culturelle, linguistique, susceptible de s'intercaler entre le créancier et le débiteur. La mise à disposition du for du créancier a pour effet d'*alimenter la pression* sur le débiteur pour qu'il ne croit pas pouvoir échapper à ses obligations en exploitant la frontière. La consécration d'un tel for concourt à élargir la catégorie des personnes se sachant débitrices qui s'acquittent volontairement de leurs obligations sans attendre d'être défendeurs dans des instances directes.

Exemple 27⁸⁷. Mme Blijdenstein, fille adoptive de M. Blijdenstein, a poursuivi des études de pharmacie à Munich en obtenant un subside du *Land* de Bavière. Subrogé dans les droits de la fille, celui-ci assigne le père devant l'*Amtsgericht* de Munich, en se réclamant du for du créancier d'aliments, à quoi s'oppose M. Blijdenstein qui ne pourrait, à ses dires, qu'être assigné à son domicile néerlandais. La Cour de justice a jugé que le for du créancier, protégeant la partie faible, ne saurait profiter à un organisme public.

Le deuxième for spécial concerne l'« *action d'état* ». Lorsque le juge d'un Etat est saisi d'une requête en divorce ou établissement de la filiation selon les règles en vigueur dans cet Etat⁸⁸, le même juge, s'il est compétent à connaître également d'une *prétention alimentaire*, peut être saisi d'une telle prétention.

Exemple 28. Deux époux portugais se séparent, tout en continuant à vivre en Suisse. Ils ont trois enfants mineurs. Monsieur engage au Portugal une action en divorce sollicitant la fixation de l'entretien. Agacée par ce choix unilatéral, Madame ouvre la même action en Suisse. Le juge portugais est compétent pour le divorce⁸⁹. La Convention de Lugano établit que, le droit portugais admettant la connexité, le juge portugais est également compétent pour les aliments.

Des enfants ou de l'épouse ? Le texte de la disposition ne distingue pas et n'empêche pas le juge portugais de connaître de l'obligation envers Madame *et* les enfants. Un certain *forum shopping* est ouvert : Monsieur peut espérer que le juge portugais aura la main moins lourde que le juge suisse même si le droit *suisse* est applicable à l'entretien des *enfants*. Un tel régime ouvre des marges d'*imprévisibilité*, stimule la

86 Art. 5 ch. 2.

87 CJUE, C-433/01, EU:C:2004:21, *Blijdenstein*.

88 Ou, dans les Etats de l'Union européenne, le Règlement « Bruxelles II-bis », destiné, à compter du 1^{er} août 2022, à être remplacé par le Règlement « Bruxelles II-ter » (2019/1111 du 25 juin 2019).

89 Art. 3 al. 1 lit. b) Règlement Bruxelles II-bis.

course vers le for et la conflictualité familiale. Le Règlement Aliments apportera un progrès.

b) *Litispendance.* Les Conventions de 1958 et de 1973 ne prescrivent pas à l'Etat saisi en second lieu d'une action alimentaire de se dessaisir au profit de l'Etat premier saisi. Le potentiel d'un *conflit international de décisions* demeure, dispendieux pour les collectivités et porteur d'anarchie pour les êtres humains.

Exemple 29. Une étudiante en échange vivant entre la Suisse et la Slovaquie agit à l'encontre de son père résidant en Slovaquie. Après s'être vu notifier une citation à comparaître en Suisse, le père assigne la fille devant un tribunal slovaque. En adhérant aux Conventions de 1973, la Slovaquie ne s'est pas encore engagée à déférer à la compétence suisse et empêcher un *conflit helvético-slovaque de décisions*. Le juge slovaque peut constater, comme lui demande le père, que celui-ci ne doit pas plus de 250 CHF par mois, alors que le juge suisse peut fixer la pension à 600 CHF. Désaccord entre la Suisse et la Slovaquie sur le *quantum*. Des droits subjectifs et obligations dignes de ce nom n'existent pas.

Le régime « Bruxelles/Lugano » accorde à l'Etat premier saisi le droit subjectif à ne pas être entravé par l'autre Etat « co-intéressé » s'il venait à être saisi ultérieurement. Dans l'exemple, la Slovaquie s'est obligée à déférer à la compétence de la Suisse dont le juge a été saisi le premier. Fondamental progrès: du point de vue des personnes impliquées car il satisfait à leur intérêt commun de bonne foi de connaître leurs droits et obligations; et du point de vue des deux collectivités: les contribuables suisses et slovaques ne devront pas payer pour le travail de *deux séries de juridictions* dont les procédures peuvent « *se marcher sur les pieds* » et les décisions se neutraliser mutuellement en provoquant un déni « *bi-national* » de justice.

c) *Reconnaissance.* Les Conventions de 1958 et de 1973 laissent la procédure sous l'empire du droit de l'Etat requis. Rien ne garantit que l'*exequatur* soit accordé *rapidement* à un *coût raisonnable*. Le régime Bruxelles/Lugano pose des règles *uniformes*. La première phase de la procédure se déroule *unilatéralement* et se clôt par une *déclaration de force exécutoire* emportant le droit à prendre des *mesures conservatoires*.

Exemple 29 (suite). Si la fille obtient une décision suisse lui accordant une pension de 600 CHF, la Slovaquie est en principe tenue de lui accorder l'*exequatur*. Le père n'est *a priori* pas averti et ne pourra pas cacher ses biens ou les transférer ailleurs. Il n'en est informé qu'une fois que son compte bancaire aura été bloqué.

Si le père est bien renseigné, il est possible que, jugeant que les chances qu'il puisse se soustraire à l'entretien sont *minces*, et que les chances qu'il doive payer une majoration à titre de concours aux frais de recouvrement sont *élevées*, *il décidera* – avant même l'engagement d'une action en justice ou avant qu'une décision suisse soit rendue ou, au plus tard, une fois qu'elle est rendue – *de chercher un accord avec sa fille et de s'y tenir*. Ce qui, on l'a souvent dit, est en principe dans l'intérêt tout autant de la fille que des collectivités suisses et slovaques (combien d'argent public suisse et slovaque économisé ...) mais aussi dans *son intérêt bien compris*, résultant d'un calcul

purement financier mais peut-être aussi de l'intérêt à empêcher la relation paterno-filiale de se dégrader ultérieurement.

Aucune nouveauté spécifique à la matière ne sera apportée par le Règlement Bruxelles I et la Convention de Lugano « révisée ». La chronologie impose d'évoquer l'avancée du *bilatéralisme*.

D. Accords bilatéraux

N'ayant adhéré à aucun des textes examinés, les Etats-Unis n'en ont pas moins, dès les années 1990, poursuivi la voie d'instruments *bilatéraux*, qu'ils ont conclu avec 15 pays⁹⁰. Par un accord de 2004⁹¹, la Suisse, tout en s'obligeant à prêter aux Etats-Unis la même coopération, s'est assurée le droit à obtenir de l'« *Office for Child Support Enforcement* » une coopération dans le cadre soit d'une action « directe » à exercer aux Etats-Unis contre une personne qui y réside, soit de l'exécution aux Etats-Unis d'une décision suisse. Cet accord profite aux enfants résidant en Suisse et en principe aux (ex-)conjointes⁹². Il s'agit d'un traité d'*entraide administrative*. Si le schéma est emprunté à la Convention de New York, quelques obligations à la charge des « Autorités centrales » sont ajoutées – *localiser le défendeur* et, pour la première fois, rechercher si nécessaire l'établissement de la filiation⁹³. Un *organisme public* – l'« *office spécialisé* » du Canton de résidence du créancier qui l'aide au recouvrement – a aussi le droit de solliciter l'*entraide*⁹⁴.

Au 31 décembre 2019, l'OFJ comptait 107 dossiers helvético-américains ouverts, dont 78 « *demandes sortantes* », de la Suisse vers les Etats-Unis, et 29 « *demandes entrantes* », des Etats-Unis vers la Suisse⁹⁵.

Entre 2003 et 2013, la Suisse a conclu des « *mémoranda d'accord* » avec le Manitoba, le Saskatchewan et la Colombie Britannique⁹⁶. La coopération que les Etats parties s'obligent à s'apporter est *administrative* mais aussi, indirectement, *judiciaire*. Concernant le mémorandum avec la Colombie Britannique, applicable aux « *obligations alimentaires résultant d'une relation de famille* », la Suisse, déclarée « *reciprocating jurisdiction* », acquiert le droit de demander l'« *enregistrement* » et l'*exécution* d'une décision suisse « *conformément aux lois et aux procédures de Colombie Britan-*

90 Australie, Canada, El Salvador, Finlande, Hongrie, Irlande, Israël, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Slovaque, République Tchèque, Royaume-Uni, Suisse.

91 Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique relatif à l'exécution des obligations alimentaires, conclu le 31 août 2004 et entré en vigueur le 30 septembre 2004.

92 Art. 2 al. 1.

93 Art. 5.

94 Art. 5 et 1 lit. a) respectivement; la version française évoque une « *autorité* », la version anglaise un « *public body* ».

95 Informations fournies par Sandra John de l'OFJ.

96 RS 0.211.213.232.1, RS 0.211.213.232.2, RS 0.211.213.232.3.

nique les plus favorables » ; et le droit de demander que soit engagée au profit d'un résident suisse une procédure tendant à obtenir une décision selon les règles de l'« *Interjurisdictional Support Orders Act* », lesquelles organisent une procédure facilitée. La Suisse s'est, pour sa part, engagée à fournir une « assistance administrative analogue » à celle exigée de la Convention de New York et à prendre les « *mesures légales et procédurales nécessaires pour reconnaître et exécuter en Suisse* » une décision prononcée en Colombie Britannique « *conformément aux lois et procédures suisses les plus favorables* ». La procédure d'*exequatur* selon la Convention de *Lugano* devrait être appliquée.

E. Règlement Aliments

L'Union européenne a, dès 2008, désolidarisé le domaine alimentaire de « Bruxelles » I pour le transvaser dans le « Règlement Aliments », entré en vigueur en 2011⁹⁷. Pour ce qui est de l'*entraide*, celui-ci s'inspire de la Convention de La Haye de 2007 : l'examen qui suivra, de celle-ci dispense de s'y attarder. Pour le *droit applicable*, le Règlement Aliments renvoie purement et simplement au Protocole de La Haye de 2007⁹⁸ dont il sera également question plus loin.

Sous l'angle de la *compétence directe*, le Règlement paraît plus évolué que le régime Bruxelles/Lugano car il prévoit des règles au sujet des *accords sur le for* mieux adaptées à la matière⁹⁹ et empêche le juge du divorce de statuer sur les aliments envers les enfants en supprimant une *dualité de compétence*.

Exemple 30¹⁰⁰. Deux époux italiens vivent à Londres avec leurs trois enfants. A la suite d'une crise, Monsieur ouvre action de divorce à *Milan*, à quoi Madame, irritée, réagit en ouvrant une action de divorce à *Londres*. Le juge italien est compétent pour statuer sur le divorce en vertu du Règlement Bruxelles II-*bis* et sur l'entretien envers *son épouse*, non pas envers les *enfants*. C'est le juge londonien de leur résidence habituelle qui l'est.

Dans des affaires de ce type qui se présenteront à l'avenir¹⁰¹, c'est en vain que le père et mari, pour ce qui est de ses obligations envers les enfants, cherche à remporter la « *race to the courthouse* ». Un facteur de *litigiosité* intra-familiale est supprimé.

Sur le terrain de la *reconnaissance*, le Règlement consacre la « *suppression de l'exequatur* »¹⁰². Plus n'est besoin, pour le créancier, ou un organisme public de recouvrement, de passer par une procédure intermédiaire pouvant durer plusieurs mois ou

97 Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

98 Art. 15.

99 Art. 4 « Election de for ».

100 CJUE, C184/14, EU:C:2015:479, A c. B.

101 Impliquant toutefois non plus le Royaume-Uni, auquel le Règlement Aliments n'est plus applicable dès le 1^{er} janvier 2021.

102 Art. 21.

années et générant des coûts pour l'Etat du débiteur. Il n'est plus question que de motifs de « *refus ou suspension de l'exécution* »¹⁰³, réduits au minimum, l'*ordre public* n'y figurant pas¹⁰⁴.

Exemple 15 (suite). Une décision rendue par un juge français à la demande de la mère de l'enfant, résidant en France, prescrit à Gian Luca, résident genevois, de verser 800 Euro mensuels, peut être mise à exécution en Italie sans passer par une procédure d'*exequatur* devant la *Corte d'appello* du lieu de l'exécution. L'autorité italienne chargée de l'exécution ne pourra la refuser ou suspendre qu'en cas de prescription du droit à l'exécution ou d'inconciliabilité avec une autre décision¹⁰⁵.

Même si des statistiques manquent, il y a lieu de croire qu'au moins lorsqu'une décision de justice prononcée dans un Etat membre chiffre au profit d'une personne la créance alimentaire, les cas d'*exécution transeuropéenne spontanée par le débiteur se multiplient*.

Exemple 15 (suite). Si Gian Luca, en estimant qu'il n'aura aucune chance, du fait des rigueurs du Règlement Aliments, de s'opposer à l'exécution en Italie de la décision que la mère a obtenu en France, s'acquitte des sommes qu'elle lui prescrit de verser, une telle mise en œuvre spontanée entraîne: a) une *économie d'argent public français* – l'activité de l'autorité centrale française, que la mère ne devra pas solliciter, est financée par les contribuables français; l'activité de sa Caisse d'allocation familiale, que la mère ne devra pas solliciter, est financée pour partie par les contribuables français; b) une *économie d'argent public italien*: l'activité de l'autorité centrale italienne, des juges italiens de l'*exequatur*, et des organes italiens d'exécution – aucune des trois autorités n'interviendra – est financée pour partie par les contribuables italiens; c) éventuellement, une *économie d'argent public suisse*, car si la mère avait choisi la Suisse, où Gian Luca réside, pour l'exécution de la décision française, une partie des coûts liés à la procédure d'*exequatur* – et au besoin d'exécution – en Suisse, serait restée à la charge des contribuables suisses.

V. La Convention de La Haye de 2007 et le Protocole sur le droit applicable

La Conférence de La Haye a repris les travaux dans les années 1990: vaste chantier qui allait durer plusieurs années¹⁰⁶. Pourquoi remettre les aliments à l'ordre du jour? D'une part, malgré le nombre d'instruments, le recouvrement transfrontalier, entre les Etats contractants, encore trop souvent échoue, et pour des raisons diverses. D'autre part, beaucoup d'Etats n'ont jamais adhéré à tel texte ou tel autre, ou à *aucun*, si bien que beaucoup d'êtres humains n'ont pas le droit de s'en prévaloir et restent victimes des *désaccords entre les Etats intéressés* et manques de coopération signalés.

103 Art. 17.

104 Pour une critique, v. LARA WALKER, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford 2015, 144.

105 Art. 21 al. 2.

106 En témoigne le nombre impressionnant de documents préparatoires, d'un grand intérêt: <www.hcch.net>.

Un nouvel instrument peut réaliser un progrès quant à sa *teneur*, en établissant des procédures « *qui soient accessibles, rapides, efficaces, économiques et adaptées aux diverses situations* »¹⁰⁷, et au nombre de *ratifications escomptées*.

Les travaux se sont soldés par l'adoption, en 2007, de la Convention sur l'entraide et la reconnaissance (A) et du Protocole sur la loi applicable (B).

A. La Convention de La Haye de 2007

De nombreuses innovations concernent la coopération administrative (1). Le chapitre sur la coopération judiciaire promet également une série d'avancées (2).

1. Coopération administrative

Peu d'informations ont été publiées sur la manière dont la Convention de New York a « *performé* »¹⁰⁸. Selon la dernière enquête sérieuse, elle aurait *assez bien fonctionné entre certains « couples » de pays contractants, beaucoup moins entre d'autres*¹⁰⁹. C'est ce que confirme l'analyse d'une série d'affaires portées devant la Cour de Strasbourg, qui offrent un aperçu saisissant – mais parfois glaçant – des dysfonctionnements qui ont pu en affecter la mise en œuvre¹¹⁰. Les imprécisions que laisse ce traité ont généré des *désaccords interétatiques* – quant à la question de savoir si l'Etat A avait le *droit subjectif* de prétendre à telle prestation de l'Etat B, si celui-ci avait l'*obligation* de la fournir –, laissant le soin à chaque Etat d'en remplir les lacunes, selon son bon vouloir, et souvent selon une interprétation *a minimis* des obligations à sa charge. La probabilité de lenteurs et d'obstacles variés joue en *faveur des débiteurs de mauvaise foi*, en encourageant à l'inertie, et contre les *créanciers dans le besoin*, en contrevenant de la sorte au premier objectif du traité, qui est d'inciter les débiteurs, par la pression qu'exerce la perspective du déclenchement d'un mécanisme d'entraide efficace, à verser spontanément leur dû.

Les *droits subjectifs* que les Etats acquièrent réciproquement – et les *obligations correspondantes* – résultant de la Convention de La Haye 2007 sont *plus spécifiques, plus détaillés et plus incisifs*¹¹¹.

(i) Le créancier n'a parfois pas les moyens de connaître le lieu exact du domicile du débiteur. La Convention de New York *ne prescrit pas expressément* à l'Etat de rési-

107 Passage tiré du Préambule.

108 On peut regretter que les fonctionnaires des institutions chargées de la mettre en œuvre ne partagent pas davantage leur expérience.

109 PELICHET, supra n. 84.

110 *Romańczyk c. France*, 18 nov. 2010; *Huc c. Roumanie et Allemagne*, 1^{er} décembre 2009; *Dinu c. Roumanie et France*, 4 novembre 2008; *K. c. Italie*, CEDH 2004VIII; *Zabawska c. Allemagne*, 3 mars 2006; *W.K. c. Italie*, 25 juin 2002.

111 Appellation préférée à « *autorité expéditrice* » et « *institution intermédiaire* ».

dence *présumé* d'essayer de le *localiser*¹¹². La Convention de 2007 met une telle obligation à la charge des Autorités centrales.

Exemple 17 (suite). En vertu de la Convention de New York, le Brésil n'a pas l'obligation de localiser le père qui *pourrait* demeurer au Brésil. Si celui-ci est « perdu de vue », la « *Procuradoria Geral* » a le loisir, sans s'astreindre à des recherches minutieuses, d'informer l'Office fédéral de la justice qu'« *il n'a pas été possible de le trouver au lieu indiqué* ». Si la Suisse adhère à la Convention de 2007, comme le Brésil l'a déjà fait¹¹³, l'Autorité centrale brésilienne sera tenue de rechercher le père en exerçant une diligence raisonnable (« *best efforts obligation* »).

(ii) Le créancier n'a souvent pas les moyens de savoir quels sont le *revenu ou la fortune* du débiteur ou le *lieu de ses biens*. La connaissance approximative de ces éléments aide le créancier, et l'organisme qui agit pour lui, à prévoir les chances de succès d'une démarche judiciaire dans tel Etat ou tel autre. La Convention de New York ne met pas expressément à la charge de l'Etat du débiteur l'obligation de fournir ces informations. Une telle obligation est expressément inscrite dans la Convention de 2007, et applicable alors même qu'aucune des « *demandes disponibles* » n'est encore pendante et pour aider précisément le créancier à apprécier l'opportunité d'en introduire une, et laquelle, et dans quel pays¹¹⁴.

Exemple 17 (suite). Si le père dit ne pas avoir un revenu et un patrimoine *suffisant*, il serait utile pour la mère de savoir si c'est la vérité. Seule une coopération des autorités brésiennes, y compris fiscales, permet de lever le doute. La Convention de 2007 impose au Brésil d'accorder une telle coopération.

(iii) La Convention de New York est ambiguë quant à son *champ d'application*. Il arrive à certains Etats de refuser d'entrer en matière sur des requêtes d'entraide émanant de Suisse du fait des ressources – pour la Suisse tout à fait modestes – dont dispose le créancier, au motif que la Convention serait réservée aux « *personnes dans le besoin* » comme s'exprime son Préambule. La Convention de La Haye exclut clairement une telle restriction.

Exemple 31. C'est avec beaucoup d'audace que le Ministère de l'intérieur italien a pu se réclamer à plusieurs reprises de l'interprétation évoquée envers l'Office fédéral de la justice qui agissait au nom de résidents helvétiques¹¹⁵. Si la Suisse adhère à la Convention de 2007, l'Autorité centrale italienne ne pourra plus refuser sa coopération.

(iv) A l'époque où la Convention de New York était négociée, le mécanisme – qui allait se révéler fondamental en vue de garantir l'effectivité du droit aux aliments – consistant pour un Etat à mettre à disposition un *organisme public* pour soutenir le créancier n'était point répandu en droit interne. Il n'est pas étonnant que ce traité

112 JOHN, supra n. 61, 553.

113 Depuis le 1^{er} novembre 2017; LOPES, supra n. 70, 171 s.

114 Art. 6 al. 2 lit. b) et art. 10.

115 JOHN, supra n. 61, 547.

n'évoque pas le droit de ces organismes de s'en prévaloir¹¹⁶. La Convention de 2007, en revanche, leur fait expressément profiter de la grande majorité qu'elle organise¹¹⁷.

Exemple 31 (suite). Le SCARPA octroie à un résident genevois des avances en exécution d'un jugement suisse rendu à l'encontre d'un résident italien. L'Italie n'appliquant pas la Convention de New York au profit d'organismes de recouvrement, il sera compliqué pour le SCARPA d'obtenir le remboursement, car il ne pourra pas, par l'intermédiaire de l'OFJ, mobiliser le *Ministro degli interni* et, par l'entremise de celui-ci, un *avvocato generale dello Stato*. Le SCARPA pourra, certes, se prévaloir du régime « Lugano » mais devra chercher et rémunérer un avocat italien et avancer les frais d'une procédure en *exequatur*. En fonction des montants litigieux, il pourra décider que le « jeu n'en vaut pas la chandelle » et d'y renoncer. Auquel cas les sommes qu'il aura versées resteront à la charge des contribuables *suisse*s, alors que c'est à un contribuable *italien* qu'elles incombent.

(v) La Convention de New York n'est pas précise au sujet de l'*assistance judiciaire*¹¹⁸. Les résidents suisses, même s'ils ont un salaire insuffisant pour la Suisse, n'y ont souvent pas le droit si l'on applique les *barèmes de l'Etat requis*. Selon le directeur de l'Office fédéral de la justice, les parties suisses « n'obtiennent pratiquement jamais l'*assistance gratuite à l'étranger* »¹¹⁹. La Convention de 2007 oblige l'Etat contractant requis à fournir « une *assistance juridique gratuite pour toute demande relative aux obligations alimentaires découlant d'une relation parent-enfant envers une personne âgée de moins de 21 ans* »¹²⁰, y compris celles formées par des *organismes publics* agissant pour les créanciers ou subrogés dans leurs droits.

Exemple 32. Dans les relations franco-suisse, les autorités françaises appliquent leur propre plafond pour l'octroi de l'« *aide juridictionnelle* », sans prendre en compte le coût de la vie en Suisse, si bien que « les *créanciers d'aliments dans le besoin venant de Suisse n'en jouissent systématiquement pas, ou seulement en partie, et doivent supporter les coûts de la représentation légale* »¹²¹. Une adhésion de la Suisse à la Convention de 2007 devrait améliorer les choses.

(vi) La Convention de New York ne fixe pas de *délais* aux autorités ministérielles pour traiter des demandes d'entraide, pas plus que la Convention de 1973 n'en fixe aux autorités judiciaires pour statuer sur l'*exequatur*. A cause parfois d'une succession de négligences banales du côté des services ministériels, et plus généralement du manque d'empressement de certaines institutions intermédiaires et des personnes

116 ZINGARO, supra n. 69, 36 (« *Diese Länder, zu denen auch die Schweiz zählt, begegnen erheblichen Schwierigkeiten, wenn sie auf Amtshilfe ausländischer Empfangsstellen angewiesen sind, welche die Mitarbeit zu Eintreibung bevorschusster Ansprüche verweigern* »). Cf. MANCINI, supra n. 65, 25.

117 Art. 36.

118 Art. 4 al. 3.

119 « *Im Ausland erhalten Schweizer Parteien de facto nie unentgeltliche Rechtspflege* » : NIKLAUS MEIER & BERNHARD STEHLE, IPR – Prüfschemen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht der Schweiz. Staatsverträge und IPRG, Zürich 2018, 142. La Convention de La Haye de 1980 sur l'accès international à la justice a été ratifiée par 29 pays, tous européens sauf trois.

120 Art. 15 al. 1.

121 JOHN, supra n. 61, 547 : « *Auch bedürftige Unterhaltsberechtigte aus der Schweiz kommen deshalb regelmässig nicht oder nur zum Teil in den Genuss einer unentgeltlichen Unterhaltsdurchsetzung in Frankreich und müssen stattdessen Kosten für eine Rechtsvertretung bezahlen* ».

recrutées par celles-ci – « *A quoi bon faire vite quand l'effet se ressent au-delà de la frontière, pas chez nous, dans la sphère de personnes que nous ne connaissons pas ?* », – la durée totale de la procédure de recouvrement pourtant au bénéfice de la Convention de New York est, parfois, *insupportablement longue* ; il arrive que des créanciers ou des débiteurs *décèdent* au cours d'une procédure qui s'éternise. Problème *grave* que la Cour européenne des droits de l'homme a dû s'attacher à dénoncer et qui devrait dorénavant s'atténuer quelque peu grâce à la menace des condamnations qu'elle n'hésite plus à prononcer.

Exemple 33¹²². Une requérante roumaine avait, le 3 mai 1995, obtenu une décision roumaine ordonnant à son ex-mari de payer une pension en faveur de leurs fils et, le 20 juillet 1995, engagé la procédure de la Convention de New York. Le Ministère roumain de la justice – autorité expéditrice – et le Ministère des affaires étrangères de France – institution intermédiaire – avaient tellement fait traîner les choses que l'ordonnance d'*exequatur* n'a été délivrée que le 9 avril 2004 et l'exécution close le 27 novembre 2006, dix ans plus tard. La CEDH a condamné la France et la Roumanie.

Exemple 34¹²³. Une Française était mariée à un Italien et un enfant était né le 8 décembre 1994. Le 24 février 1994, le TGI de Colmar avait prononcé le divorce et fixé la contribution de Monsieur. Celui-ci était, en avril 1998, rentré en Italie et avait cessé de payer. Le 10 mars 2000, le Ministère français des affaires étrangères avait transmis le dossier au Ministère italien de l'intérieur pour activation de la procédure de New York. Une requête en *exequatur* ne fut introduite par l'« *avvocato dello Stato* » que le 17 février 2005 et la Cour de Strasbourg de relever que « *cette longue période d'inactivité demeure sans explication* ». La procédure devant la Cour de Reggio avait duré jusqu'au 27 janvier 2010. Pour la CEDH : « *une durée globale de treize ans et onze mois ne saurait en l'espèce passer pour raisonnable* ». La condamnation de l'Italie s'imposait.

Il n'en demeure pas moins que la lenteur parfois exaspérante de la voie d'entraide a fait dire à la responsable au sein de l'Office fédéral de la justice « *qu'il devrait être souvent plus rapide et efficace de recruter un avocat pour faire valoir les prétentions alimentaires* »¹²⁴. Une « aide » devenue un « obstacle », et qu'on s'efforcerait de « *cour-circuiter* », quel paradoxe ... La Convention de 2007 devrait assurer un progrès, en fixant aux Autorités centrales des délais pour accuser réception des demandes (six semaines), communiquer le nom et les coordonnées de la personne en charge (six semaines), informer de l'état de la demande (trois mois), en les soumettant à un impératif général de célérité¹²⁵. Il faut également saluer le fait que « *cherchant à tirer parti des avancées technologiques* », comme l'énonce son Préambule, la Convention de 2007 prescrive aux Autorités centrales d'« *utilise[r] entre elles les moyens de commu-*

122 CEDH, 4 nov. 2008, *Dinu c. Roumanie et France*.

123 CEDH, 14 juillet 2014, *Panetta c. Italie*.

124 JOHN, supra n. 61, 553 : « *In Anbetracht der Dauer der Verfahren und der Zahl der involvierten Behörden des Amts-/Rechtshilfëubereinkommen dürfte es zudem oft schneller und effizienter sein, eine Anwaltsperson mit der Geltendmachung der Unterhaltsansprüche zu beauftragen* ».

125 Art. 12 al. 3, 4, 6.

nication les plus rapides et efficaces dont elles disposent »¹²⁶. Datant d'avant la société de l'information, la Convention de New York ne pouvait pas exiger que la transmission des dossiers se fasse par courrier électronique. La pratique de certaines autorités est de ne pas utiliser ces moyens instantanés. Une telle pratique violera désormais la Convention de La Haye.

(vii) Les montants versés par le débiteur à l'institution intermédiaire ne sont parfois pas reversés tout de suite au créancier, d'où l'opportunité de prescrire des modalités de transfert d'argent rapide. Ces montants, quand ils arrivent au destinataire, sont parfois *réduits* de manière importante en raison du prélèvement des sommes diverses à titre de contributions à tel ou tel frais, de commission ou du taux de change. Là aussi la Convention de 2007 recherche un progrès¹²⁷.

(viii) La Convention de New York ne donne pas à l'Etat requérant le droit d'exiger de l'Etat requis l'engagement d'une action en *matière de filiation*. Parmi les « *demandes disponibles* », la Convention de 2007 autorise à solliciter « *l'obtention d'une décision dans l'État requis ... y compris l'établissement de la filiation si nécessaire* »¹²⁸.

Exemple 17 (suite). Si la Convention de 2007 est en vigueur entre la Suisse et le Brésil, la mère peut demander, par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la justice, à l'Autorité centrale brésilienne (le Ministère de la justice et de la Sécurité publique) qu'une action en établissement de la filiation soit intentée contre le père au Brésil (notamment lorsqu'une décision suisse constatant la filiation pourrait ne pas y être reconnue) comme préalable à une demande alimentaire, ou jointe à une telle demande.

2. Reconnaissance et exécution

Une première limite de la Convention-reconnaissance de 1973 tient – on l'a signalé – à ce qu'elle est en vigueur dans *peu de pays*. Les Etats contractants étant presque tous européens, la Convention de Lugano, organisant une procédure d'*exequatur* facilitée, la vide d'une bonne partie de son sens. On a aussi constaté que si deux Etats ayant souscrit à la Convention de New York n'ont pas adhéré à la Convention de 1973, la Convention de New York est moins efficace, la *coopération administrative* pouvant ne pas servir à grand-chose si elle ne se combine pas à une *coopération judiciaire*.

Le nouvel instrument réunit opportunément les deux volets, souvent *interdépendants*. Quant à la reconnaissance et sa procédure, il est à la fois plus *souple* et plus *incisif* en intégrant certaines avancées apportées par le régime de Bruxelles/Lugano.

(i) La Convention de 2007 fixe *six chefs* de compétence *indirecte*, qui ressemblent, à quelques variations près, à ceux que consacre la Convention de 1973¹²⁹, tout en in-

126 Art. 12 al. 7.

127 Cf. art. 35.

128 Art. 10 al. 2 lit. c).

129 La compétence fondée sur la *nationalité commune*, admise par la Convention de 1973 (art. 7 ch. 2), ne l'est, par la Convention de 2007, que si la décision a été rendue par une autorité exerçant sa compétence

roduisant, à l'égard de *trois* d'entre eux – compétences fondées respectivement sur la résidence du créancier, sur un accord entre les parties ou sur la connexité avec une action d'état ou de responsabilité parentale – la possibilité pour un Etat de faire une *réserve*¹³⁰. Certains pays, qui avaient des difficultés à adhérer à la Convention de 1973 du fait qu'elle consacre la résidence du créancier et la nationalité commune comme chefs de compétence indirecte, pourront adhérer à la Convention de 2007, tout en formulant une réserve à l'égard de ces *chefs*. Précision importante : l'Etat qui a fait une réserve demeure obligé à reconnaître la compétence de l'Etat d'origine dès lors que ses propres autorités auraient été compétentes « *dans des circonstances de fait similaires* »¹³¹. De plus, si la reconnaissance n'est possible en raison d'une réserve, la Convention ne fait pas moins produire certains effets à la décision non-reconnue car l'Etat requis est tenu « *prend[re] toutes les mesures appropriées pour qu'une décision soit rendue en faveur du créancier si le débiteur réside habituellement dans cet Etat* » et, s'agissant d'un enfant mineur, d'« *accepter* » la décision « *comme établissant l'éligibilité de cet enfant à des aliments dans l'Etat requis* »¹³².

La possibilité d'adhérer à la Convention en formulant la réserve dont il est question a déjà poussé les Etats-Unis à y adhérer¹³³. La réussite est éclatante si l'on pense que ce pays, dont la délégation a été parmi les plus actives lors des négociations, n'avait adhéré à aucun instrument multilatéral. Si la Suisse la ratifie à son tour, les relations helvético-américaines seront régies par un instrument de bien plus grande envergure que l'accord de 2004, qui ne concerne pratiquement pas la reconnaissance ou l'exécution. Le Canada a, pour sa part, signé la Convention et la législation fédérale de transition a été adoptée¹³⁴. Le processus de ratification par les provinces et territoires devrait commencer sous peu. Les *memoranda* conclus par la Suisse et les trois provinces citées, si la Suisse devient Etat-partie, seront remplacés par un texte qui accorde à la Suisse au profit des résidents helvétiques des droits envers *a priori* toute *province canadienne* – Ontario et Québec compris – de portée plus large et incisive.

Même si les Etats-Unis et 12 provinces et territoires canadiens (sauf le Québec) ont signé des accords – semblables à ceux que la Suisse a conclu avec les Etats-Unis et trois provinces canadiennes –, les spécialistes estiment que l'adhésion par les deux pays à la Convention de La Haye améliorera le traitement des dossiers américano-canadiens (« *while the U.S. has... good relationships with Canada and bilateral agreements in place, our colleagues in Canada and our State directors feel very strongly*

sur une question relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale (art. 20 al. 1 lit. f) ; la compétence résultant d'un accord par écrit, sauf pour les obligations envers les enfants, est reconnue par la Convention de 2007, la Convention de 1973 n'en fait pas mention.

130 Art. 20, al. 2, qui renvoie aux lit. c), e) et f) de l'art. 20 al. 1.

131 Art. 20 al. 3.

132 Art. 20 al. 4 et al. 5.

133 La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

134 Le projet de loi C-78 a reçu la sanction royale le 21 juin 2019.

that this will improve the processing of our cases, even with our close neighbour, Canada »¹³⁵). Le même pronostic peut être formulé à la faveur des relations entre la Suisse et ses propres « voisins », comme l'attestent les exemples fournis concernant les relations italo-suisse et franco-suisse.

(ii) Quant aux motifs de refus de reconnaissance, outre les plus classiques, la Convention en ajoute un autre : s'agissant de la révision d'une décision rendue dans l'Etat du créancier, aussi longtemps que le créancier continue à y résider, le débiteur ne peut saisir les autorités d'un autre Etat, la décision rendue en violation d'une telle règle pouvant *ne pas être reconnue*¹³⁶.

(iii) S'agissant de la procédure d'exequatur, la Convention fixe quelques règles uniformes, sur le modèle du régime Bruxelles/Lugano¹³⁷. La demande peut être présentée par le bénéficiaire ou l'Autorité centrale de l'Etat requis; celle-ci doit alors « promptement transmettre la demande à l'autorité compétente » à moins qu'elle ne soit elle-même chargée de déclarer la décision exécutoire¹³⁸. L'autorité chargée, dans l'Etat requis, de l'exequatur « doit sans retard déclarer la décision exécutoire ou procéder à son enregistrement aux fins d'exécution »¹³⁹ : « sans retard » car – c'est la nouveauté plus significative – la première phase de la procédure est unilatérale, « ni le demandeur ni le défendeur [n'étant] autorisé à présenter d'objection »¹⁴⁰. Les motifs de refus de la déclaration exécutoire sont réduits au minimum : seule la manifeste incompatibilité avec l'ordre public peut le justifier, la compétence d'origine n'étant pas contrôlée. La déclaration exécutoire, ou son refus, est notifiée promptement aux parties. Un appel, fondé sur l'un des motifs prévus par la Convention, est possible dans les 30 jours, 60 jours si l'appelant ne réside pas dans l'Etat requis. Si la déclaration exécutoire est confirmée, la décision est susceptible d'exécution dans l'Etat requis. Celui-ci peut permettre un « appel subséquent », qui ne peut pas avoir d'effet suspensif « sauf circonstances exceptionnelles ».

Une réserve au sujet de cette procédure facilitée est permise. En la formulant, un Etat mettra à disposition une « procédure alternative » : la décision est rendue par l'autorité compétente « après que le défendeur s'est vu dûment et promptement notifier la procédure et que chacune des parties a eu une opportunité adéquate d'être entendue »¹⁴¹. Les Etats-Unis n'ont pas formulé cette réserve, pas

135 ALISHA GRIFFIN, directrice adjointe de l'« Office of child support services » du New Jersey, témoignage devant le « Committee on Foreign Relations », du Sénat américain, 6 oct. 2009.

136 Art. 20 lit. f) qui renvoie à l'art. 18.

137 Rapport explicatif établi par ALEGRÍA BORRÁS & JENNIFER DEGELING, avec l'assistance de WILLIAM DUNCAN et PHILIPPE LORTIE, point 490.

138 L'affirmation que « L'Autorité centrale de l'Etat requis peut déterminer si la décision peut être enregistrée aux fins d'exécution ou déclarée exécutoire » intrigue. Le Rapport BORRÁS & DEGELING, supra n. 137, point 496, dont est tiré ce passage, ne comporte pas de précisions.

139 Art. 23 al. 3.

140 Art. 23 al. 4. ROBERT KEITH, « Ten Things Practitioners Should Know about the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance », 51 Family Law Quarterly (2017), 255–294, 261.

141 Art. 24.

plus qu'aucun des 42 Etats qui y sont liés, à l'exception de la Norvège, la Turquie, l'Ukraine et du Bélarus.

(iv) Lorsqu'une décision a été déclarée exécutoire, l'exécution proprement dite « doit être rapide ». Si la demande a été présentée par l'Autorité centrale, « l'exécution a lieu sans qu'aucune autre action du demandeur ne soit nécessaire »¹⁴². Le délai de prescription des « arrérages » est « déterminé par la loi, de l'Etat d'origine de la décision ou de l'Etat requis, qui prévoit le délai le plus long ». Les Etats contractants « doivent rendre disponibles dans leur droit interne des mesures efficaces afin d'exécuter les décisions en application de la Convention », moyennant au besoin réforme de leur droit national.

Exemple 21 (suite). Il arrive que les tribunaux britanniques, tout en reconnaissant les jugements suisses, prennent la liberté de réduire les sommes dues en *supprimant les arrérages*. Partie à la Convention de 2007 depuis 2014, le Royaume-Uni a même affirmé, par une déclaration du 28 septembre 2020 qu'il « attache une grande importance » à cet instrument, à présent qu'il ne peut plus prétendre au respect du Règlement Aliments par les Etats membres de l'Union. Si la Suisse adhère à la Convention de 2007, les bénéficiaires de jugements suisses à l'encontre de résidents britanniques ne devraient plus voir diminuer leur créance : d'une part, l'article 19 al. 1 prévoit qu'« une décision peut comprendre une indexation automatique et une obligation de payer les arrérages, des aliments rétroactivement et des intérêts » ; d'autre part, la prescription des arrérages n'est plus sous l'emprise exclusive de la loi de l'Etat requis mais, si la loi de l'Etat d'origine prévoit un délai plus long, c'est celui-ci que le juge britannique devra observer.

(v) Des dispositions spécifiques sont consacrées à la « convention en matière d'aliments », qui doit pouvoir être exécutée comme une décision « si elle est exécutoire comme décision dans l'Etat d'origine »¹⁴³. L'expression « convention » a été opportunément jugée préférable à « transaction exécutoire », utilisée par la Convention de 1973, qui renvoie à un contentieux, notamment *judiciaire* : un tel contentieux peut, heureusement, ne pas avoir existé, et le prolongement dans l'Etat requis de la force exécutoire dont une telle convention est assortie dans l'Etat d'origine œuvre précisément pour que le débiteur honore spontanément les engagements auxquels il a souscrit.

Exemple 35. Selon l'article 287 al. 1 CC, « Les conventions relatives aux contributions d'entretien n'obligent l'enfant qu'après avoir été approuvées par l'autorité de protection de l'enfant ». D'après l'expérience de l'OFJ, au-delà de l'espace judiciaire européen, de tels accords d'entretien entraînent souvent des perplexités des autorités étrangères et, dans certains pays, ils ne sont pas reconnus même si, en Suisse, depuis le 1^{er} janvier 2011, ils constituent des *titres de mainlevée définitive*¹⁴⁴. Une ratification par la Suisse devrait faciliter leur réception et leur respect dans les Etats partenaires.

142 Art. 32.

143 Art. 30 al. 1.

144 JOHN, *supra* n. 61, p. 550; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, « Unterhaltsverträge als Vollstreckungstitel im schweizerischen nationalen und internationalen Recht », 4 Revue de la Société des Juristes Bernois (2010), 324–352.

3. Conclusions : avantages résultant de la ratification

Comme il résulte des exemples qui précèdent, une adhésion à la Convention de 2007 promet d'être bénéfique pour la Suisse : ses résidents, ses contribuables, ses autorités. En guise de bilan, considérons un dernier cas de figure, mettant en cause un Etat avec lequel aucun traité en la matière n'est en place.

Exemple 36. Une Suissesse résidant à Lucerne entretient une relation avec un Chinois qu'elle y a rencontré. La relation est de courte durée et, à la suite de la séparation, le Chinois se réinstalle en Chine. Madame accouche d'un enfant, d'ethnicité mixte, de nationalité suisse. Elle souhaiterait obtenir les aliments du père biologique et, si nécessaire, le faire déclarer père légal.

Les relations helvético-chinoises en matière familiale sont destinées à s'accroître. S'il est peu probable que la Chine souscrive aujourd'hui aux conventions *anciennes*, elle s'intéresse à la Convention de 2007 que sa délégation a concouru à négocier. Si les deux Etats la ratifient, la Chine s'engage d'abord, par l'intermédiaire de son Autorité centrale, à rechercher le lieu de résidence de Monsieur, puis les informations sur sa situation financière, qui sont de nature à permettre à Madame de mesurer l'existence et, approximativement, le *quantum* de son droit aux aliments ; si Madame saisit un juge suisse et obtient une décision, la Chine s'engage ensuite, par l'intermédiaire de ses autorités judiciaires et d'exécution, à la reconnaître et la mettre en oeuvre sur le territoire chinois, sous réserve de situations rares¹⁴⁵ ; la Chine s'engage enfin, par l'intermédiaire de son Autorité centrale, à entreprendre ou faire entreprendre les démarches pour obtenir une telle reconnaissance et une telle mise à exécution. Aucun coût ne devrait résulter pour Madame, ou pour la Suisse, de l'activité de l'Autorité centrale, des autorités judiciaires et d'exécution chinoises. La probabilité que, sous la pression de ce cadre juridique helvético-chinois, Monsieur accepte, sans attendre d'être assigné en justice en Suisse – ou, au plus tard, après le prononcé d'une décision en Suisse – de souscrire à une convention d'entretien à la teneur raisonnable, et qu'il l'honore, avec un avantage considérable pour notre Suissesse et les contribuables helvétiques, augmentent.

Bien sûr, dans les exemples *réiproques* la Suisse aura contracté des obligations *correspondantes*.

Exemple 36 (variante). Une Suissesse « *expatriée* » à Shanghai a une relation avec un ressortissant chinois. Tombée enceinte, Monsieur lui promet qu'il se chargera de l'enfant, qu'elle accepte de mettre au monde sans vouloir s'en occuper. Elle rentre à Lucerne. Monsieur envisage de lui solliciter une contribution d'entretien.

Quant aux devoirs de *coopération administrative*, l'essentiel de l'*infrastructure* est, en Suisse, déjà en place, à la suite de quarante ans de pratique de la Convention de New York. La mise en œuvre des obligations *supplémentaires* qu'organise la Convention de 2007 ne devrait pas mobiliser de ressources supplémentaires trop importantes

145 Art. 22, sur les « motifs de refus de reconnaissance et d'exécution ».

de la part de l'Office fédéral de la justice et des services cantonaux. D'une part, la Suisse fournit *déjà* en exécution de la Convention de New York une série de prestations au profit des créanciers d'Etats partenaires que d'autres Etats partenaires ne fournissent pas ou pas souvent au profit des créanciers helvétiques – l'octroi du bénéfice de l'assistance judiciaire, l'entraide au profit d'organismes publics ... – et que la diligence et la célérité faisant, dans le traité de 2007, l'objet d'*obligations spécifiques* sont déjà le plus souvent observées par les acteurs helvétiques. D'autre part, l'on peut conjecturer que l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2022, de l'Ordonnance sur l'aide au recouvrement renforcera la préparation des Cantons car les prestations, désormais largement harmonisées, qu'ils doivent fournir aux créanciers résidant sur leur territoire et celles qu'ils doivent s'apporter réciproquement par la voie de l'*entraide intercantonale*, sont semblables aux prestations résultant de la Convention de La Haye¹⁴⁶. Le *surcroît d'efficacité* qu'escempte l'uniformisation de l'aide au recouvrement dans les relations *internes* et *intercantonales* devrait tout naturellement rejaillir au profit des créanciers résidant dans les Etats partenaires.

Supposons que Monsieur, avant de s'adresser à la justice chinoise, souhaite savoir où se trouve Madame et quel est l'état de ses revenus et fortune. L'activité nécessaire de l'Autorité centrale, et des autres autorités compétentes, pour *rechercher* Madame ne devrait pas être très onéreuse. L'Ordonnance englobe la « *recherche de la personne débitrice* » parmi les prestations incombant aux services cantonaux¹⁴⁷. *Quid* de l'obligation consistant à communiquer les informations sur les *avoirs* et *revenus suisses* de Madame ? D'une part, une telle information est, en Suisse, relativement facile à *repérer* : il suffit d'interroger les autorités fiscales¹⁴⁸. D'autre part, l'Ordonnance accorde à tout office spécialisé le droit « *d'obtenir gratuitement d'autorités communales, cantonales ou fédérales les renseignements nécessaires pour accomplir sa tâche* » et astreint les offices à « *un échange réciproque de renseignements* »¹⁴⁹. En troisième lieu, la *confidentialité* des informations fournies devrait être garantie, la Convention de 2007 imposant des *obligations strictes* à l'Etat requérant¹⁵⁰. En quatrième lieu, le *droit suisse* prescrit des *obligations de transparence financière* – qui n'existent pas forcément ailleurs – entre les membres de la famille : il n'est pas incompatible avec les valeurs suisses que les informations nécessaires à la mise en œuvre du droit alimentaire d'un résident étranger lui soient communiquées. Evoquons aussi la *norme internationale sur*

146 Cf. art. 20 al. 2 OAiR qui applique « *par analogie* » les dispositions de l'ordonnance aux « *causes de nature transfrontalière* ».

147 « *Recherche de la personne débitrice, lorsque cela est possible sans un effort disproportionné* » (art. 12, al. 1 lit. g).

148 Pour les autorités de certains pays, il est plus compliqué de connaître l'état de la *fortune* de leurs résidents car ils ne connaissent pas d'*impôts sur la fortune*.

149 Art. 6 et 7 OAiR.

150 Art. 38 et art. 40.

*l'échange automatique d'informations*¹⁵¹ : la Suisse est désormais tenue de communiquer aux quelques 100 Etats partenaires – dont la Chine – les biens ou revenus suisses d'une personne qui a pu les soustraire à ses *obligations fiscales*. Pourquoi la Suisse devrait-elle refuser de collaborer avec ces Etats pour leur permettre de vérifier si une personne passe sous silence des revenus ou actifs *suisses* pour les soustraire à ses *obligations alimentaires* ? Ajoutons enfin le constat que, même en l'absence de traité, l'entraide en *matière civile* est accordée par la Suisse sur le fondement de règles mononationales *assez libérales*¹⁵².

Sur le front de la *reconnaissance*, les décisions émanant des Etats avec lesquels aucun traité n'est en place sont *déjà le plus souvent reconnues* chez nous en vertu de la LDIP. Les règles suisses sont plus libérales, et favorables à la reconnaissance, que celles de bien d'autres Etats, Chine comprise. La Suisse est *déjà* prête à accueillir les décisions *chinoises* de l'Etat du créancier¹⁵³. La procédure d'*exequatur* applicable aux décisions d'un Etat non-partenaire est, en Suisse, *plutôt rapide*. Il en va de même de l'*exécution forcée*. L'*assistance judiciaire* est déjà accordée aux résidents chinois aux mêmes conditions qu'aux résidents suisses¹⁵⁴. L'adhésion de la Suisse aurait donc pour effet, sur ces points, d'obliger les Etats contractants – ici la Chine – à réserver aux décisions suisses et leurs bénéficiaires un *traitement semblable* à celui qu'elle réserve déjà, en l'absence de traité, à *leurs décisions et leurs bénéficiaires*.

Un tel argument a joué un rôle important dans la décision prise par l'Administration Obama de ratifier la Convention de 2007 : il s'agit, pour les Etats-Unis, au profit des familles américaines, d'astreindre à la *réciprocité* d'autres Etats, pour ce qui est de la reconnaissance des décisions américaines, des procédures d'*exequatur* auxquelles elles sont soumises à l'étranger, mais aussi des dispositifs d'aide au recouvrement car ceux qui sont organisés par le Gouvernement fédéral et les Etats fédérés sont largement mis à disposition de tous les créanciers, même des Etats non partenaires¹⁵⁵.

Le « *Foreign Relations Committee* » a encouragé le Sénat à émettre un avis favorable, suivi par le Président, en formulant les conclusions que voici : « *The Committee on Foreign Relations considers the Convention to be an important step in efforts to ensure that children in the United States receive the financial support they need from a parent living abroad... The Convention... will not add measurable financial burdens to HHS or state governments and will allow parents in the United States to benefit from the same streamlined procedures that are available to those living abroad and seeking to enforce child support decisions in this country. The committee believes that joining the Convention is*

151 « Accord multilatéral du 29 octobre 2014 entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers ».

152 Art. 11–11c LDIP.

153 Art. 84 LDIP pour ce qui est des chefs de compétence internationale indirecte, et les dispositions des articles 25 à 30.

154 Art. 11c LDIP.

155 KEITH, supra n. 140, 258.

beneficial to American children and families and urges the Senate to act promptly to give advice and consent to the ratification »¹⁵⁶.

C'est aussi l'idée qu'avance le Parlement du Canada en modifiant la législation fédérale pour la rendre compatible avec la Convention de 2007, en préparant son adhésion par les provinces : « *La ratification de la Convention de 2007 augmentera le nombre de pays avec lesquels les provinces et territoires canadiens pratiquent la réciprocité, ce qui se traduira par une augmentation du montant des aliments versés aux familles et aux enfants canadiens ...* »¹⁵⁷.

B. Le Protocole sur la loi applicable et les innovations qu'il apporte

Le Rapport explicatif établi par le Professeur Bonomi de l'Université de Lausanne confirme l'implication helvétique dans les travaux¹⁵⁸. Le Protocole vise à remplacer la Convention de 1973 sur le droit applicable dont il consacrerait l'obsolescence. Dans l'Union européenne, cette transition est déjà consommée¹⁵⁹. Il s'agit d'un texte *plus équitable* à plusieurs égards.

(i) *Désignation du droit applicable*. Les *adultes* se voient reconnaître le *droit subjectif* de désigner « *à tout moment* » la loi régissant leur relation au sein d'un cercle de « *lois éligibles* »¹⁶⁰. L'autonomie des parties favorise la *prévisibilité* de la dette et créance alimentaire, ou leur absence, et l'exécution spontanée, en concourant à « *déconflictualiser* » les relations familiales. Reconnaissons-lui une autre vertu : couper court à toute incertitude concernant la *résidence habituelle* d'un être humain, de plus en plus source de désaccords entre les personnes et les autorités impliquées.

Exemple 37¹⁶¹. Deux époux allemands ont, avant le mariage, conclu devant un notaire allemand, un accord qui avait aussi pour objet l'entretien, en désignant le *droit* allemand comme applicable. Peu après leur mariage, ils s'installent à Zurich. Crise conjugale. Quel est le droit applicable à leur relation postérieure au divorce ?

Si l'Allemagne met en œuvre le Protocole dans les relations avec la Suisse, il peut en résulter un *désaccord entre la Suisse et l'Allemagne* sur le droit régissant cette relation humaine helvético-allemande : pour le Protocole de 2007 le droit applicable est le *droit allemand* en vertu du choix des intéressés, pour la Convention de 1973, le *droit suisse* si le divorce est sollicité en Suisse. Un tel désaccord est en soi fâcheux. Il provoque l'*imprévisibilité préjudiciaire* du droit applicable dont résulte une incitation pour Madame à courir vers le juge suisse, qui retiendrait le *droit suisse*, plus généreux

156 Rapport de JOHN KERRY, 22 Jan. 2010 (Treaty Doc. 110-21). Le 29 sept. 2010, le Sénat a approuvé la résolution. La ratification présidentielle est intervenue le 30 août 2016.

157 Projet de loi C-78, 42^e législature : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/c78/03.html>>.

158 ANDREA BONOMI, Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, <www.hcch.net>.

159 Art. 15 du Règlement Aliments.

160 Art. 8 : « Désignation du droit applicable ».

161 Exemple tiré d'un dossier soumis à l'Institut suisse de droit comparé.

envers elle, pour Monsieur à courir vers le juge allemand, qui retiendrait le droit *allemand*, qui lui serait plus favorable. Favoriser de telles manœuvres, donner une prime au plus rapide, c'est favoriser la *détérioration des relations post-conjugales*. Même si la Convention de 1973 est, du point de vue de l'Allemagne, encore applicable aux relations helvético-allemandes, la course vers le for peut se déclencher car, en vertu de l'article 8, le juge saisi appliquera son droit et ici deux juges peuvent être saisis. Tenir Madame pour liée par l'accord sur l'applicabilité du droit allemand auquel elle a souscrit devant un notaire allemand, paraît justifié. La ratification du Protocole par la Suisse aurait pour effet de ménager aux intéressés une sécurité juridique *précontentieuse* : c'est le droit allemand, de leur nationalité commune, qui régira leurs relations post-conjugales, comme ils l'avaient déterminé ensemble, quel que soit le tribunal qui prononcera le divorce. Les chances d'une *déjudiciarisation* de la question alimentaire augmentent, ce qui est conforme aux intérêts bien compris des intéressés et des contribuables suisses et allemands.

(ii) *Suppression du rattachement à la loi du divorce*. La deuxième innovation n'est pas moins importante. Illustrons-la à l'aide d'un exemple.

Exemple 38. Deux époux suédois, dont Madame est également suisse – Suissesse d'origine, elle n'a jamais vécu en Suède –, habitent longtemps en Suisse. Les relations se dégradent et Monsieur et Madame commencent à se demander à quoi ressembleraient leurs droits subjectifs et obligations si le divorce devait intervenir. Monsieur, plus fortuné, et ayant plus de facilité à accéder à un conseil, s'interroge sur la question de savoir s'il a intérêt à déposer une requête en divorce en Suède, sans forcément demander au juge suédois de statuer sur l'entretien.

S'il est saisi, le juge suédois appliquerait, au *divorce*, le droit suédois¹⁶². La Convention de 1973 fait dépendre le droit régissant l'entretien du droit applicable ou appliqué au divorce. Il appartiendrait donc, pour la Suisse, qui est tenue de reconnaître le divorce prononcé en Suède¹⁶³, au *droit suédois* de régir également la question de l'entretien – droit suédois qui risque de nier tout entretien post-conjugal à Madame – alors pourtant que les intéressés n'ont jamais vécu ensemble qu'en Suisse, qu'ils continuent d'y vivre l'un et l'autre, que les besoins de protection de Madame se manifestent en Suisse et que c'est en Suisse que Monsieur exerce son activité. Le Protocole élimine cette *subordination* du droit régissant l'entretien au droit régissant le divorce et il soumet la question de l'entretien au *droit suisse* de la résidence habituelle commune – conjugale et *a priori* post-conjugale – des intéressés. Une telle solution marque un progrès, une fois de plus par la tentation au *forum shopping* d'un époux *au détriment*

162 La Suède est liée par le Règlement Bruxelles II-*bis* sans avoir participé au Règlement Rome III ; le droit applicable au divorce continue d'être régi par ses propres règles, qui soumettent au droit suédois la demande formée en Suède. Cf. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ & MICHAELA EICHENBERG, « International Maintenance Law in Legal Relations between Switzerland and the EU », 20 *Comparative Law Review* (2015), 13–31, 27 s.

163 Du fait de la Convention de la Haye sur la reconnaissance des divorces de 1970, art. 2 ch. 3.

de l'autre qu'elle déjoue et l'escalade des tensions conjugales et post-conjugales qu'elle est susceptible d'épargner aux intéressés et aux collectivités suisse et suédoise.

(iii) Règle « spéciale » pour les (ex-)époux. La troisième innovation est une conséquence de la précédente.

Exemple 39. Madame et Monsieur, mariés, vivent ensemble en Suisse. Ils se séparent. Madame décide de s'installer en Angleterre pour suivre son compagnon alors que ni elle ni son mari n'ont eu le moindre rattachement, personnel et patrimonial, avec l'Angleterre.

Si l'on fait abstraction de la loi régissant le divorce, Madame n'en a pas moins sa *résidence habituelle* en Angleterre. Seulement, le lien qu'elle a établi avec l'Angleterre est le fruit de son *déplacement unilatéral*, qui d'ailleurs pourrait avoir été décidé aussi en vue de tirer profit du droit anglais. La Convention de 1973 part du principe de l'opposabilité au débiteur du déplacement par le créancier de sa propre résidence. Selon un tel principe, l'installation de Madame en Angleterre serait *opposable* à Monsieur qui serait contraint, du point de vue suisse, de subir les affres du droit anglais – dont rien ne permettrait, au cours de la vie conjugale, de prévoir l'applicabilité – plus généreux envers l'époux moins bien loti. Pour le Protocole de 2007, si Monsieur « s'oppose » à l'application du droit anglais de la résidence de la créancière, le droit applicable sera le *droit suisse de la dernière résidence commune*, qui « présente un lien plus étroit avec le mariage »¹⁶⁴.

Sur un autre point, il n'est pas certain que le Protocole marque un progrès. La « règle générale relative à la loi applicable »¹⁶⁵ retient la « loi de l'Etat de la résidence habituelle du créancier » mais cette « règle générale » est écartée, au profit du rattachement *opposé* – résidence du débiteur – dans un cas de figure assez récurrent, celui où « le créancier a saisi l'autorité compétente de l'Etat où le débiteur a sa résidence habituelle » (art. 4 al. 3)¹⁶⁶. Que la « règle générale » cesse de s'appliquer lorsque le demandeur se prévaut du « *for général* » du défendeur est peut-être déjà une anomalie. Ce que l'on peut regretter, compte tenu de l'objectif de *prévisibilité de la loi applicable* souligné par la Cour de justice¹⁶⁷, est que deux personnes ayant leur résidence dans deux Etats dont les lois accorderaient en l'espèce les aliments mais dans une mesure différente *ne savent pas quelle est la loi qui est applicable – et donc quelle est la teneur de la relation alimentaire – aussi longtemps qu'ils ne sont pas adversaires devant un tribunal* : imprévisibilité *précontentieuse* la plus absolue de la loi applicable, incitation à la *course vers le for*, surcroît de dégradation des relations familiales qu'elle peut entraîner.

164 Cf. exemple fourni par ANDREA BONOMI, Rapport explicatif, point 78.

165 Intitulé de l'art. 3.

166 Ce n'est que si la loi de la résidence du débiteur ne permet pas au créancier d'obtenir les aliments que l'on revient à la loi de la résidence du créancier.

167 « ... ce système vise à garantir la prévisibilité de la loi applicable... » : CJUE, C-83/17, *KP c. LO*, point 41 ; « objectif de prévisibilité que poursuit le protocole de La Haye » : CJUE, C-214/17, *Mölk c. Mölk*, point 44.

Exemple 40. Un Italien vivant en Suisse a épousé une Brésilienne dont il a eu une fille. Agée de 16 ans, la fille s'installe au Brésil. A la suite de dissensions, le père et la fille s'interrogent sur la mesure de l'entretien et donc le droit applicable à sa détermination : droit brésilien de la résidence de la fille ? suisse de la résidence du père ? La « règle générale » retient loi brésilienne, laquelle peut toutefois être écartée au profit de la loi suisse *si la fille saisit le juge suisse*. Nos personnages sont condamnés à ignorer quelle est la loi qui définit leurs droits et obligations tant qu'un procès ne les oppose. Le père peut, de crainte d'être exposé à la loi suisse – qui l'obligerait à verser des sommes plus importantes –, souhaitant se prévaloir de la « règle générale », saisir le juge brésilien en lui demandant de constater que sa dette est celle qui résulte du droit brésilien et lui donner acte qu'il accepte de s'en acquitter. Si la fille est bien renseignée, qu'elle sait que le droit suisse est plus généreux, elle peut être tentée de courir vers le juge suisse. On le voit, dès que les relations se corsent, un tel système fait échec à l'objectif de la prévisibilité et encourage la *judiciarisation* des relations familiales et les manœuvres malveillantes, ce qui est contraire aux intérêts communs des personnes et des collectivités intéressées.

Exemple 13 (suite)¹⁶⁸. Un tribunal autrichien, saisi par la fille résidant en Italie, condamne le père, résidant en Autriche, à verser une pension en vertu du droit autrichien, applicable selon l'article 4 al. 3. Le père subit une diminution de ses revenus dont il se demande si elle est susceptible de lui valoir une réduction de la dette. Si les parties savent que la loi italienne accorde une telle réduction et la loi autrichienne ne l'accorde pas, le père pourrait se précipiter vers le juge *italien* qui retiendrait la loi italienne, la fille vers le juge *autrichien* qui retiendrait le droit autrichien.

VI. Conclusions

Le multilatéralisme est nécessaire pour que les relations privées ancrées multi-territorialement évoluent dans le droit, non pas dans le désordre et l'anarchie internationale. Un Etat ne saurait prétendre tout seul fixer et faire respecter les droits subjectifs et les obligations des êtres humains dont la vie déborde de son « territoire intérieur » pour se déployer également sur le territoire d'un autre Etat. Cela vaut aussi pour les relations de nature familiale.

Les instruments adoptés à La Haye en 2007 sont les plus aboutis en matière de relations alimentaires. Une adhésion à de tels instruments entraîne, pour l'Etat qui y adhère, une série de droits subjectifs internationaux, tout comme des obligations internationales correspondantes aux droits réciproques des autres Etats contractants. La Suisse semble bien disposer déjà de l'infrastructure pour s'acquitter des obligations qui en résulteraient à la charge de ses autorités sans devoir mobiliser de ressources supplémentaires importantes. D'autant qu'en renforçant l'efficacité et la rapidité de la coopération administrative et judiciaire et, par-là, la pression sur les débiteurs d'aliments, le nouvel instrument devrait faire progresser le nombre de ceux qui s'acquittent transnationalement de leur dû sans requérir l'intervention *effective* des intermédiaires publics.

168 CJUE, C-214/17, *Mölk c. Mölk*.

Tout porte à croire que les *droits subjectifs internationaux* que la Suisse retirerait d'une ratification, au profit notamment de ses ressortissants et résidents leur seront bénéfiques.

Cela vaut d'abord pour les ressortissants et résidents helvétiques liés par des relations familiales aux ressortissants et résidents d'Etats qui ne sont pas parties aux traités antérieurs. Il y a lieu de croire qu'en moyenne, les règles suisses de reconnaissance, d'*exequatur*, d'exécution et d'entraide que comporte la LDIP en dehors de tout traité permettent aux ressortissants et résidents des Etats *non partenaires* d'obtenir en Suisse les aliments *plus souvent, plus facilement et plus rapidement* que les ressortissants et résidents suisses dans les cas réciproques¹⁶⁹. De telles relations interétatiques risquent d'être *inégaies* au détriment de la Suisse et d'emporter un déséquilibre dans ce qu'il nous est arrivé d'appeler la *balance des paiements alimentaires*. L'adhésion à la Convention de La Haye de 2007 par la Suisse et ces Etats devrait concourir à résorber ce déséquilibre.

Mais cela vaut aussi pour les rapports entre la Suisse et les Etats liés aux Conventions de New York et de La Haye de 1973. Assez largement ratifiée, la Convention de New York laisse dans l'ombre de nombreuses questions qui se sont révélées souvent décisives pour la réussite du processus d'entraide administrative. Peu ratifiée, la Convention de La Haye de 1973 n'assure pas forcément un *exequatur* rapide. Il y a lieu de croire qu'en moyenne, les autorités suisses se mobilisent en faveur des êtres humains résidant dans les Etats partenaires, y compris des Etats « *voisins* » de la

169 Selon les estimations de Sandra John, s'agissant des dossiers dont est saisi l'OFJ en application de la Convention de New York et des accords avec les Etats-Unis et le Canada – 2718 dossiers ouverts au 31 déc. 2019 : 1551 demandes « *entrantes* », 1167 « *sortantes* » – les montants moyens que les créanciers de Suisse parviennent à obtenir des débiteurs résidant dans un Etat partenaire ne représentent que le 20 à 25% des sommes dues ; le montant que les créanciers de l'étranger, par l'entremise de l'OFJ, parviennent à obtenir des débiteurs de Suisse serait d'env. 50% des sommes dues. Ecart considérable. On ne devrait pas surestimer le fait que beaucoup de débiteurs se trouvent dans des pays à revenu faible ou traversent des situations financières difficiles, de tels éléments *ayant souvent déjà été pris en compte* lors la fixation du *quantum*. En guise de bilan pour la période 1977–1989, ZINGARO, supra n. 69, 48–49 indiquait que « *in afrikanischen und südamerikanischen Staaten praktisch keine Inkassoerfolge erzielt werden konnten* » aussi en raison du fait que « *zahlungsfähige Schuldner sämtliche legalen und illegalen Möglichkeiten auszunutzen pflegen, welche ihnen die rechtliche und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen eröffnen* ». La situation serait meilleure avec beaucoup de pays européens mais « *zu wünschen übrig lässt im allgemeinen die Verfahrensdauer* » bien que « *eine Steigerung der Erfolgsquote ist hier ohne Zweifel möglich* ». En s'interrogeant sur les moyens d'inciter les autorités étrangères à davantage de diligence, il faut exclure, nous dit-il judicieusement, la *rétorsion* pourtant autorisée par le droit international (« *der Hinweis nämlich, dass mangelhafte Erfüllung oder gar Missachtung des NYA zur Folge haben könnte, dass die vom betreffenden Staat in die Schweiz übermittelten Gesuche ihrerseits nicht mehr mit der üblichen Sorgfalt und dem gewohnten Erfolg bearbeitet werden könnten* »). Pour ce qui concerne les affaires impliquant un Etat *non partenaire* – lesquelles ne transitent pas par l'OFJ – aucune statistique n'est disponible. Il y a lieu de croire que l'écart entre ce que les créanciers de Suisse parviennent à recouvrer d'un débiteur de l'un de ces Etats, et ce que leurs créanciers parviennent à recouvrer d'un débiteur de Suisse, est encore plus important.

Suisse, *plus souvent, plus efficacement, et à moindre coût* que ces Etats partenaires ne se mobilisent en faveur de créanciers d'aliments résidant en Suisse. Voilà qui entraîne des relations interétatiques – entre Etats liés par ces *vieux partenariats* – de nouveau inégales. En réunissant les volets de la coopération administrative et de la coopération judiciaire dont elle enregistre judicieusement l'interdépendance, la Convention de La Haye 2007 prescrit aux Etats contractants des *obligations plus précises et plus incisives* et devrait aussi concourir à *redresser la balance des paiements alimentaires* en ce sens que le flux d'argent privé de l'extérieur vers la Suisse devrait augmenter davantage que le flux d'argent privé suisse vers l'extérieur. Auquel cas l'aide sociale helvétique sera moins souvent sollicitée et nos contribuables auront réalisé des économies¹⁷⁰.

La vie internationale des ressortissants et résidents suisses, et la tâche de nos autorités, promet d'en être d'autant plus simplifiée que le nombre d'Etats qui souscrira à ce nouveau partenariat sera important. Les Etats de l'Union européenne l'ont déjà fait. D'autres nations avec lesquelles la Suisse – ses ressortissants et résidents – entretiennent de nombreuses relations familiales aussi : les Etats-Unis, le Royaume-Uni, le Brésil, bientôt le Canada. En rejoignant ce régime multilatéral à l'édification duquel la délégation helvétique a contribué de manière importante, la Suisse inciterait d'autres pays à franchir le pas.

S'y ajoute une portée symbolique. N'insiste-on pas tant, y compris dans nos universités, sur l'*innovation* ? Il faut être à jour, embrasser la modernité, non pas demeurer en arrière. Pourquoi donc rester ancrés aux instruments 1.0 et 2.0 si une Convention 4.0 est disponible ?

170 Cf. « postulat » KARL VOGLER n° 19.3105 « *Protéger les familles et décharger les collectivités publiques. Examen de l'opportunité de ratifier la Convention de La Haye sur les obligations alimentaires* », déposé le 14 mars 2019, accepté sans débat par le National le 21 juin 2019.