

**Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des
Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996
– octobre 2017**

Document	Document préliminaire <input type="checkbox"/> Document de procédure <input type="checkbox"/> Document d'information <input checked="" type="checkbox"/>	No 7 de septembre 2017
Titre	Guide pratique relatif aux accords familiaux en vertu des Conventions de La Haye	
Auteur	Bureau Permanent	
Point de l'ordre du jour	No 18	
Mandat		
Objectif		
Mesure à prendre	Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input checked="" type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>	
Annexe(s)		
Document(s) connexe(s)		

Table des matières

OBJECTIFS ET CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTE EXPLICATIVE.....	5
TERMINOLOGIE.....	5
CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	6
STRUCTURE	9
I. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES	9
1. Accords conclus dans un contexte purement national	9
a) Restrictions à l'autonomie de la volonté en matière familiale	10
b) Faire la distinction entre la validité juridique et la force exécutoire	11
2. Accords conclus dans un contexte purement national impliquant ensuite une reconnaissance et une exécution à l'étranger.....	12
3. Accords conclus dans les différends familiaux présentant dès le départ un élément d'extranéité.....	13
II. MATIÈRES TRAITÉES DANS LES ACCORDS FAMILIAUX INTERNATIONAUX	14
1. Responsabilité parentale	15
a) Exercice de la responsabilité parentale, y compris les droits de garde et de visite...	15
b) Octroi de la responsabilité parentale.....	15
2. Aliments.....	15
3. Financement des voyage dans le cadre des visites transfrontières régulières entre le parent et l'enfant.....	16
4. Dépenses liées à l'éducation.....	17
5. Biens de l'enfant.....	18
6. Séparation des biens en cas de divorce.....	18
7. Sujets particuliers pertinents dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants.....	19
a) Retour, non-retour.....	19
b) Modalités pratiques du retour, y compris les frais de retour.....	19
c) Poursuites pénales	20
8. Autres questions.....	20
III. CE QU'OFFRENT LES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980, 1996 ET 2007.....	20
1. Remarques générales – Comment les Conventions respectent-elles et promeuvent-elles les accords et comment aident-elles à ce qu'ils « voyagent » au-delà des frontières	21
a) La Convention Enlèvement d'enfants de 1980	21
b) La Convention Protection des enfants de 1996	22
c) La Convention Recouvrement des aliments de 2007	23
2. Comment le contenu d'un accord transposé dans une décision ou autre mesure ou d'une « convention en matière d'aliments » peut-il « voyager » au-delà des frontières grâce aux Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007 ?.....	25
a) Convention Protection des enfants de 1996	25
b) Convention Recouvrement des aliments de 2007	26
IV. ABORDER DES SITUATIONS TYPIQUES DE DIFFÉRENDS FAMILIAUX TRANSFRONTIÈRES	27
1. Accords dans le cadre d'un déménagement transfrontière.....	27
2. Accords transfrontières relatifs au droit de visite	30
3. Enlèvement international d'enfants (accords relatifs au retour et au non-retour)	30
a) Accord de retour.....	31
b) Accord de non-retour	33
V. LISTE RÉCAPITULATIVE AUX FINS DE RECONNAISSANCE ET D'EXÉCUTION DE L'ACCORD DANS LES ÉTATS CONCERNÉS ET RECOMMANDATIONS POUR LA RÉDACTION D'ACCORDS.....	34
1. Liste récapitulative.....	34
2. Recommandations pour la rédaction d'accords	35
a) « Lieu » d'établissement de l'accord et choix de la procédure accompagnant la résolution amiable du différend.....	35
b) Réflexions sur les instruments internationaux contribuant au « voyage » transfrontière de l'accord ou de son contenu.....	36
c) Réflexions sur la « résidence habituelle » utilisée comme élément de rattachement dans les Conventions de 1980, de 1996 et de 2007	36
d) Réflexions sur le droit matériel applicable.....	38
e) Réflexions sur l'audition de l'enfant et prise en compte de son intérêt supérieur.....	38

f) Réflexions sur les accords qui ne peuvent être que partiellement reconnus et exécutés dans les États concernés.....	40
--	----

A. Introduction (à rédiger)**B. Exemples d'accords et manuel visant à obtenir la reconnaissance et l'exécution (à rédiger)**

(1. Accord dans une affaire de déménagement international ; 2. Enlèvement international d'enfants – accord de retour ; 3. Enlèvement international d'enfants – accord de non-retour)

Comment reconnaître et exécuter ces accords dans un États étranger en vertu des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980, Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007

C. Pièce jointe :

Note explicative concernant la manière dont les accords conclus en matière familiale impliquant des enfants peuvent être reconnus et exécutés dans un État étranger en vertu des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980, Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007

A. OBJECTIFS ET CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTE EXPLICATIVE

1. La présente Note explicative vise à donner des informations générales quant à la manière dont un accord conclu en matière familiale impliquant des enfants peut être reconnu et exécuté dans un État étranger. Elle examinera en particulier les solutions apportées par les Conventions Enlèvement d'enfants de 1980¹, Protection des enfants de 1996² et Recouvrement des aliments de 2007³. Les particularités résultant de l'application de certains instruments régionaux seront mentionnées dans les notes de bas de page⁴.

2. Il convient d'insister sur le fait que la question de savoir comment les accords en matière familiale peuvent être (rendus) contraignants juridiquement et exécutoires dans un ordre juridique donné relève également du droit matériel de la famille et du droit procédural national. C'est la raison pour laquelle la présente Note explicative ne sera pas en mesure de présenter des réponses exhaustives concernant tous les aspects liés à la « prise d'effet des solutions consenties dans les différends familiaux internationaux impliquant des enfants ». Elle aura plutôt tendance à se concentrer sur la manière de faciliter la rédaction d'accords et les éventuelles étapes subséquentes afin de promouvoir au mieux leurs chances de succès. L'objectif est de s'assurer que ces accords sont rendus juridiquement contraignants et exécutoires dans deux ou plusieurs États concernés par le différend grâce aux instruments de droit international privé existant au niveau mondial : les Conventions de 1980, de 1996 et de 2007.

3. Si l'on a d'abord évoqué l'aide nécessaire dans le cadre de l'octroi de la force contraignante et de la nature exécutoire en matière d'enlèvement international d'enfants, l'objet de la présente Note est plus large. Elle traite, de manière générale, d'accords conclus en matière familiale impliquant des enfants. Elle examinera par conséquent les accords concernant les enfants mais s'intéressera également aux accords conclus en cas de divorce et de séparation portant sur des questions de régime matrimonial. Toutefois, la Note ne donnera des conseils précis que pour ce qui a trait au champ d'application des Conventions de 1980, de 1996 et de 2007.

TERMINOLOGIE

Responsabilité parentale⁵

Tel qu'il est défini dans la Convention Protection des enfants de 1996, le terme « responsabilité parentale » renvoie à « l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant »⁶. En d'autres termes, la « responsabilité parentale » comprend l'ensemble des droits et obligations d'un parent, tuteur ou autre représentant légal à l'égard de l'enfant quant à son éducation et son épanouissement. Le concept de « responsabilité parentale » englobe le « droit de garde » et le « droit de visite » mais est bien plus large que ces derniers. Lorsqu'ils renvoient aux droits et obligations parentales dans leur ensemble, de nombreux ordres juridiques et instruments régionaux ou internationaux parlent de « responsabilité parentale ». Il s'agit de mettre un terme à

¹ *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après, la « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 » ou la « Convention de 1980 »).

² *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (ci-après, la « Convention Protection des enfants de 1996 »).

³ *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*.

⁴ Au sein de l'Union européenne, les Règlements suivants sont d'une importance particulière en ce qu'ils l'emportent sur toute règle internationale, à tout le moins dans le cadre intra-européen : *Règlement (CE) No 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) No 1347/2000* (ci-après, le « Règlement Bruxelles II bis ») et *Règlement (CE) No 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* (ci-après, le « Règlement sur les Obligations alimentaires »).

⁵ La définition du terme « responsabilité parentale » est tirée du Guide de bonnes pratiques sur la médiation. Voir, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants - Médiation*, La Haye, 2012 (ci-après, le « Guide de bonnes pratiques sur la médiation »).

⁶ Voir art. 1(2) de la Convention Protection des enfants de 1996.

l'insistance, dans ce domaine, sur les droits des parents et de reconnaître l'importance équivalente des obligations parentales, des droits et du bien-être de l'enfant.

Pour ce qui est du terme « droit d'accès », la Note explicative donne la préférence au terme « droit de visite » qui traduit une démarche centrée sur l'enfant, conforme à l'interprétation moderne de la « responsabilité parentale »⁷. Le terme « contact » est utilisé dans un sens large en vue d'inclure les différentes manières selon lesquelles le parent qui n'a pas la garde de l'enfant (et parfois un autre membre de la famille de l'enfant ou l'un de ses amis avérés) entretient des relations personnelles avec celui-ci, que ce soit à l'occasion de visites périodiques, par des communications à distance ou par tout autre moyen⁸. La Note explicative emploie le terme « droit de garde » conformément à la terminologie de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Accord familial

Le terme « accord familial » renvoie, dans la présente Note explicative, à un accord impliquant des enfants conclu dans le domaine du droit de la famille. Le terme famille s'entend alors dans une acception large conformément à l'interprétation favorisée par l'Observation générale No 14 (2013) du Comité des droits de l'enfant, selon laquelle il englobe « les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale »⁹. Lorsque, pour des raisons de simplification, la Note explicative parle d'« accords parentaux », elle renvoie aux accords conclus « entre titulaires de la responsabilité parentale ».

Accord d'ensemble

Le terme « accord d'ensemble » fait référence aux accords familiaux portant sur les droits de garde et de visite, le déménagement ou les aliments destinés aux enfants ; ces accords peuvent également aborder les aliments destinés à l'ex-époux et autres questions financières, telles que des questions de propriété.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

4. Toutes les Conventions modernes de La Haye en matière familiale¹⁰ incitent à la résolution amiable des différends familiaux transfrontières, à l'instar de plusieurs instruments régionaux pertinents¹¹. Plusieurs de ces instruments renvoient expressément à la médiation et à la conciliation. Ces dernières années, la Conférence de La Haye de droit international privé a entrepris des travaux considérables aux fins de promotion du recours à la médiation et à d'autres procédures similaires, en particulier dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants. Ces travaux ont notamment abouti à l'élaboration d'un Guide de bonnes pratiques sur la médiation¹² et de Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation¹³. Ces deux documents promeuvent la bonne pratique selon laquelle une solution consentie dans des

⁷ Cette interprétation est conforme à la terminologie utilisée dans les Principes généraux et Guide de bonnes pratiques relatif aux contacts transfrontières, voir Conférence de La Haye de droit international privé, *Principes généraux et Guide de bonnes pratiques – Contacts transfrontières relatifs aux enfants*, Bristol, Family Law (Jordan Publishing limited), 2008, voir p. xxvi (ci-après, le « Guide de bonnes pratiques relatif aux contacts transfrontières »).

⁸ *Ibid.*

⁹ Voir Comité des droits de l'enfant, « Observation générale No 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, para. 1) », Comité des droits de l'enfant, para. 59, disponible à l'adresse suivante : < <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUclY%2bjY9LwV%2bqu%2f76ghnF%2baUQn2TVpxfQJuaZ63OcSIqS3GLsZmfOGAZjGqixsZ> > (consulté le 13 juillet 2017).

¹⁰ Voir art. 7 de la Convention de 1980 ; art 31(b) de la Convention de 1996 ; art. 6(2)(d) et 34(2)(i) de la Convention de 2007, ainsi que l'art. 31 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*.

¹¹ Voir Considérant 25 et art. 55 e) du Règlement Bruxelles II *bis* et art. 51(2)d) du Règlement sur les Obligations alimentaires, *op. cit.* note 4.

¹² Guide de bonnes pratiques sur la médiation, *op. cit.* note 5.

¹³ « Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte. Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du processus de Malte », établi par le Groupe de travail avec l'assistance du Bureau Permanent, novembre 2010 (ci-après, les « Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation »).

différents familiaux transfrontières devrait être rendue contraignante et (si possible) exécutoire dans tous les (deux ou plusieurs) ordres juridiques concernés¹⁴.

5. La Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 (Première partie, juin 2011 ; Deuxième partie, janvier 2012) s'est déjà penchée très attentivement sur la médiation dans le contexte des différends familiaux transfrontières impliquant des enfants, en particulier dans les cas d'enlèvements internationaux d'enfants. Il est ressorti des discussions qu'il peut s'avérer complexe de rendre contraignant et exécutoire un accord découlant d'une procédure de médiation dans tous les États concernés (deux ou plus). Considérant que les accords conclus en vue de résoudre un différend familial transfrontière abordent un certain nombre de sujets qui relèvent du champ d'application de plusieurs instruments de droit international privé, la situation juridique est plutôt complexe. En particulier, les cas d'enlèvements internationaux d'enfants soulèvent la question suivante : comment un accord, conclu entre le parent ayant emmené l'enfant et le parent auquel il a été retiré, qui comprend non seulement un accord à court terme visant à mettre un terme à la « situation d'enlèvement » et une décision à long terme concernant les questions de responsabilité parentale, peut-il se voir conférer effet juridique et force exécutoire dans les deux États concernés. Dans ces cas-là, la médiation se déroule généralement dans l'État dans lequel l'enfant a été emmené et dans lequel les parents cherchent donc à obtenir un accord contraignant ; dans l'idéal, cet accord vise également à mettre un terme à la procédure de retour engagée en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Cependant, les tribunaux de cet État ne disposent d'aucune compétence internationale sur les questions de responsabilité parentale, à tout le moins tant qu'une procédure de retour en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est pendante¹⁵. La Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale a examiné en profondeur cette question dans le contexte plus large des discussions concernant l'éventuel besoin de simplification des procédures de reconnaissance et d'exécution des accords en matière familiale.

6. Conformément à une recommandation de la Sixième réunion de la Commission spéciale¹⁶, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, le « Conseil ») a, en 2012, confié au Bureau Permanent le soin de « constituer un Groupe d'experts afin de mener de plus amples recherches exploratoires sur la reconnaissance et l'exécution transfrontières des accords conclus dans le cadre de différends internationaux impliquant des enfants, y compris ceux conclus par la voie de la médiation, en tenant compte de la mise en œuvre et de l'utilisation de la Convention de 1996 », tout en précisant que « [c]es travaux doivent comprendre l'identification de la nature et de l'étendue des problèmes juridiques et pratiques, y compris les questions de compétence, et l'évaluation des avantages d'un nouvel instrument dans ce domaine, contraignant ou non »¹⁷.

¹⁴ Voir, en particulier, le chapitre 12 du Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 5) et la Partie C des Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation (*op. cit.* note 13).

¹⁵ Pour plus d'informations sur les premières discussions en la matière dans le cadre de la Commission spéciale, voir, en particulier, « Conclusions et Recommandations et Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (1 – 10 juin 2011) », C&R Nos 247 et s. (ci-après, les « C&R de la Première partie de la Sixième réunion de Commission spéciale ») (disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants », « Commissions spéciales précédentes (1989-2012) » puis « Sixième réunion de la Commission spéciale ») et « Guide de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale et examen de l'opportunité et de la faisabilité de poursuivre des travaux dans le cadre des Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 (Annexe) », Doc. pré-l. No 13 de décembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012 sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (ci-après, le « Guide de la Deuxième partie de la CS de 2012 ») (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants », « Commissions spéciales précédentes (1989-2012) » puis « Sixième réunion de la Commission spéciale »).

¹⁶ « Conclusions et Recommandations de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (25-31 janvier 2012) », C&R No 77, disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants », « Commissions spéciales précédentes (1989-2012) » puis « Sixième réunion de la Commission spéciale ».

¹⁷ « Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (17-20 avril 2012) », C&R No 7, disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Gouvernance », puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

7. Le Groupe d'experts s'est réuni à trois reprises, en novembre 2013, décembre 2015 et juin 2017¹⁸. Par suite de la première réunion, un Questionnaire sur le sujet a été diffusé et les réponses reçues ont été prises en compte lors de la deuxième réunion. En conclusion de sa deuxième réunion, le Groupe d'experts a recommandé « d'explorer plus avant l'élaboration de deux instruments :

- (1) un outil de navigation non contraignant visant à établir des bonnes pratiques sur la manière dont un accord conclu dans le domaine du droit de la famille impliquant des enfants peut être reconnu et exécuté dans un État étranger en vertu des Conventions de La Haye de 1980, 1996 et 2007 ;
- (2) un instrument juridique contraignant qui mettra en place un « guichet unique » pour les accords conclus dans un contexte transfrontière concernant les droits de garde, de visite, les aliments destinés aux enfants et les autres accords financiers (y compris concernant les questions de propriété) et qui renforcera l'autonomie de la volonté en accordant aux parents la possibilité de choisir l'autorité appropriée. Cet instrument permettra de conférer la compétence exclusive à un tribunal ou une autorité eu égard à l'approbation de tels accords et établira des mécanismes simples pour la reconnaissance et l'exécution de la décision de ce tribunal ou de cette autorité. Cet instrument s'inspirera des Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007 et les complétera »¹⁹.

8. En mars 2016, le Conseil a chargé le Bureau Permanent, entre autres, « d'élaborer un " outil de navigation " non contraignant visant à établir des bonnes pratiques relatives à la manière dont un accord conclu dans le domaine du droit de la famille impliquant des enfants peut être reconnu et exécuté dans un État étranger en vertu des Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007 ». Le Conseil a ensuite indiqué qu'il réexaminerait, « [a]u vu des informations résultant des travaux sur l'outil de navigation, [...], la nécessité et l'opportunité d'établir un instrument contraignant dans ce domaine »²⁰.

9. Lors de sa troisième réunion de juin 2017, le Groupe d'experts est arrivé à la conclusion que « l'élaboration d'un nouvel outil contraignant visant à ajouter une certaine valeur aux Conventions de La Haye existantes en matière familiale en facilitant le recours aux accords familiaux dans les États contractants pouvait être source de nombreux avantages »²¹.

10. Le Groupe d'experts a relevé, « parmi les avantages d'un tel instrument :

- La promotion, de manière économique de la reconnaissance du caractère exécutoire des accords d'ensemble dans un État, puis de leur reconnaissance et exécution dans un autre ;
- La mise en place d'une procédure simplifiée et rapide, qui peut comprendre une concentration de compétences, afin de rendre l'accord d'ensemble contraignant et exécutoire dans un État contractant et d'assurer la reconnaissance et l'exécution

¹⁸ Pour plus de détails sur les travaux menés par le Groupe d'experts, voir « Rapport du Groupe d'experts relatif à la reconnaissance et à l'exécution transfrontières des accords en matière familiale impliquant des enfants (La Haye, du 2 au 4 novembre 2015) », Doc. prélim. No 5 de janvier 2016 à l'attention du Conseil de mars 2016 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, le « Rapport de la réunion du Groupe d'experts de 2015 ») (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Gouvernance », puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ») et « Rapport de la réunion du Groupe d'experts sur la reconnaissance et l'exécution transfrontières des accords conclus dans le cadre de différends internationaux impliquant des enfants (du 12 au 14 décembre 2013) et Recommandation relative à la poursuite des travaux », Doc. prélim. No 5 de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, « Rapport de la réunion du Groupe d'experts de 2013 ») (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Gouvernance », puis « Conseil sur les affaires générales et la politique »).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Voir « Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (du 15 au 17 mars 2016) », C&R Nos 16 à 18, disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Gouvernance », puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

²¹ Voir « Conclusions et Recommandations à l'attention du Conseil sur les affaires générales et la politique de mars 2018 », Réunion du Groupe d'experts sur la reconnaissance et l'exécution des accords en matière familiale (La Haye, du 14 au 16 juin 2017), disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse : < www.hcch.net >, sous la rubrique « Accords familiaux impliquant des enfants ».

simples et rapides de la décision du tribunal ou de l'autorité dans d'autres États contractants ;

- La garantie de l'autonomie de la volonté en donnant aux parents la possibilité, aux fins d'exécution de l'accord, de choisir l'ordre juridique avec lequel l'enfant a un lien étroit, tout en protégeant l'intérêt supérieur de ce dernier. »²²

11. Le Groupe d'experts a par conséquent recommandé au Conseil « d'élaborer une nouvelle Convention de La Haye, fondée sur les Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007 et leur apportant une certaine complémentarité. Il conviendrait d'élaborer cette Convention dans l'optique d'attirer le plus d'États parties possible »²³.

STRUCTURE

12. Tout d'abord, le chapitre I, intitulé « Observations préliminaires », fait une brève distinction entre les aspects juridiques conférant force contraignante et exécutoire à un accord en matière familiale qui relèvent exclusivement du droit matériel ou procédural national, et ceux abordés dans la présente Note explicative.

13. Le chapitre II, intitulé « Questions réglées dans les accords », énumère les différentes questions régulièrement abordées dans des accords visant à régler des différends familiaux impliquant des enfants. Ce chapitre précise également quels sujets tombent sous le coup de quelles Conventions de La Haye.

14. Le Chapitre III, « Les Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007 – quels sont leurs avantages », analyse brièvement l'importance qu'accordent les Conventions de 1980, de 1996 et de 2007 aux accords et la mesure dans laquelle elles promeuvent et respectent l'autonomie de la volonté. Dans un second temps, ce chapitre contient un résumé des mécanismes prévus par les Conventions en vue d'assurer que le contenu d'un accord, que ce soit sous forme de décision, d'autres mesures équivalentes ou de « convention en matière d'aliments », « voyage » au-delà des frontières.

15. Le chapitre IV, « Aborder des situations typiques de différends familiaux transfrontières », examine les particularités des accords conclus dans le cadre d'un déménagement transfrontière envisagé, dans des affaires transfrontières et dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants. Il détaille en outre les conséquences découlant de l'analyse de ces situations présentée au chapitre III.

16. Enfin, le chapitre V énonce une liste récapitulative ainsi que des recommandations pour la rédaction d'accords dans les différends familiaux transfrontières impliquant des enfants.

I. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

17. Il peut, en pratique, s'avérer complexe de conférer force contraignante et exécutoire dans plusieurs États (deux ou plus) et dans les meilleures conditions à un accord portant sur diverses questions de droit international privé. Ce problème recouvre plusieurs strates qu'il convient de distinguer aux fins de clarté dans les discussions portant sur les questions juridiques. Les réponses reçues par le Bureau Permanent au Questionnaire de 2015 élaboré par le Groupe d'experts ont révélé un certain degré d'incertitude quant à la meilleure démarche à adopter en la matière, même parmi les praticiens du droit. Cela souligne la nécessité d'explorer la question, sous tous ces aspects, avant de se consacrer à l'analyse de l'assistance fournie dans le cadre des Conventions de 1980, de 1996 et de 2007 et de présenter des bonnes pratiques.

1. Accords conclus dans un contexte purement national

18. Afin de distinguer au mieux les différentes strates de notre sujet, il convient de s'intéresser brièvement à un accord couvrant plusieurs questions, conclu dans le cadre d'un différend familial et dans un contexte purement national.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

a) Restrictions à l'autonomie de la volonté en matière familiale

19. Dans un contexte purement national, la première question qui se pose est la suivante : Eu égard à quelles questions, le droit national²⁴ reconnaît-il aux parties l'autonomie de la volonté et dans quelle mesure ?

20. Un accord juridiquement contraignant, auquel on peut conférer force exécutoire, implique que les droits et obligations établis ou modifiés par l'accord relèvent effectivement de l'autonomie des parties. Il convient ainsi d'insister sur le fait que les accords parentaux conclus dans les différends familiaux impliquant des enfants ne consistent pas simplement en des accords conclus entre deux parties, mais affectent directement un tiers vulnérable : l'enfant.

21. Au cours des dernières décennies, l'importance donnée à l'autonomie de la volonté en matière familiale et dans le cadre du droit international de la famille a crû indubitablement²⁵. Comme l'a constaté le Groupe d'experts, on observe en pratique en matière familiale une volonté croissante « d'accepter le fait que les parents sont en principe les mieux placés pour régler leurs affaires de famille, compte tenu de l'intérêt supérieur de leurs enfants »²⁶. Dans le même temps, cette tendance va de pair avec un changement majeur de perception du rôle de l'enfant dans les droits national et international en matière familiale ; un certain nombre de traités consacrés aux droits de l'homme et de l'enfant sont à l'origine de ce changement²⁷. Aujourd'hui, les enfants sont reconnus comme des sujets de droits, leur rôle dans le cadre de la procédure a évolué de manière considérable. Ce changement de perception se traduit également par un changement de terminologie dans le domaine du droit de la famille : le terme « responsabilité parentale » a largement remplacé le concept de « droit de garde » et l'on utilise plus volontiers le « droit de visite » plutôt que le « droit d'accès ». Ce changement terminologique dénote une relation réciproque en termes de droits²⁸.

22. Le principe fondamental selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer une considération primordiale dans toutes les procédures le concernant (art. 3 de la CNUDE) a été examiné et développé plus avant dans les législations nationales et internationales, ainsi que dans la jurisprudence pertinente. En outre, le droit de l'enfant d'exprimer son opinion sur toute question le concernant et que celles-ci soient prises en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité (art. 12 de la CNUDE) est d'une importance particulière dans la résolution des différends familiaux transfrontières.

23. Il n'est dès lors pas surprenant que le droit interne impose parfois certaines limites ou mette en place des mécanismes de contrôle en matière d'accords parentaux concernant l'enfant, notamment eu égard à la responsabilité parentale. Ces accords peuvent être soumis à validation d'un juge chargé de vérifier qu'il ne contrevient pas à l'intérêt supérieur de l'enfant afin qu'il puisse produire des effets juridiques. Dans le cadre de l'examen de l'accord par le juge, celui-ci peut être tenu d'entendre l'enfant, selon son âge et son degré de maturité.

24. Un aperçu comparatif des dispositions pertinentes des législations nationales dépasse largement le cadre de la présente Note explicative. En revanche, la Note se propose d'indiquer quelle est ou quelles sont la ou les loi(s) qu'il convient de prendre en considération au moment de la rédaction d'un accord. Les parties devront ensuite, avec l'aide de leurs avocats ou de tout autre conseiller juridique spécialisé, examiner les exigences des lois nationales pertinentes. Les Profils des États en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 qui, sous les points 19.5 et 19.6, traitent de l'octroi de la force exécutoire aux accords de médiation, peuvent

²⁴ Aux fins de la présente partie, il convient de présumer que l'État pris en exemple est un État qui dispose d'un droit de la famille et procédural uniforme, autrement dit, il ne s'agit pas d'un État composé de plusieurs unités territoriales appliquant des règles procédurales et juridiques distinctes en matière familiale.

²⁵ Voir Rapport de la réunion du Groupe d'experts de 2015 (*op. cit.* note 18), para. 5 pour l'examen réalisé par le Groupe d'experts.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Dans ce contexte, le traité le plus important est sans aucun doute la *Convention des Nations Unies du 20 septembre 1989 sur les droits de l'enfant* (ci-après, la « CNUDE ») ratifiée par la quasi-totalité des États du monde. En outre, un certain nombre d'instruments régionaux importants en matière de droits de l'homme et de l'enfant sous-tendent les principes fondamentaux visés par la CNUDE. L'on compte parmi ces instruments : la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* adoptée par l'Organisation de l'unité africaine le premier juillet 1990 ; la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (2010/C 83/02), art. 24 ; la *Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996*.

²⁸ Voir *supra* sous les points « Terminologie » puis « Responsabilité parentale ».

se révéler une source utile d'informations²⁹. De plus, les Autorités centrales désignées en vertu des Conventions de 1980 et de 1996, ainsi que les soi-disant « Points de contact centraux » établis dans le cadre des Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation³⁰ pourraient s'avérer utiles (voir *infra* « Prochaines étapes »).

b) Faire la distinction entre la validité juridique et la force exécutoire

25. La différence entre la validité juridique et la force exécutoire est un point dont le profane peut ne pas avoir conscience. Un accord est (dans son ensemble ou en partie) susceptible d'avoir des effets ou une validité juridiques immédiats, mais des efforts supplémentaires peuvent être nécessaires aux fins d'obtention du caractère exécutoire. Parfois, la validité juridique et la nature exécutoire peuvent être obtenues de manière simultanée, dans d'autres cas, un point peut être valable juridiquement mais ne pas avoir force exécutoire.

26. Si l'on veut, en pratique, être en mesure de tirer profit des termes d'un accord, il convient au minimum d'obtenir sa validité juridique. En cas de non-respect des termes de l'accord par l'une des parties, l'exécution forcée peut s'avérer nécessaire. Cela nécessite la reconnaissance du caractère exécutoire de l'accord qui, comme cela a déjà été évoqué, peut impliquer des étapes (procédurales) supplémentaires³¹.

27. Dans un contexte purement national, il convient de consulter le droit interne en vue de déterminer les conditions requises pour qu'un accord produise ses effets juridiques et les étapes supplémentaires nécessaires à l'obtention de la force exécutoire.

28. La conclusion d'un accord devant notaire ou son enregistrement auprès d'une autorité peut permettre de lui conférer force exécutoire. En outre, la validation de l'accord par un tribunal ou l'introduction de son contenu dans une décision judiciaire peuvent être des options permettant de lui conférer force exécutoire. En ce qui concerne l'introduction du contenu de l'accord dans une décision judiciaire ou dans un jugement d'expédient, des variations sont possibles. La décision ou le jugement d'expédient peut concrétiser l'accord en soi, sans aucun changement de formulation, reprendre le fond de l'accord et le reformuler ou encore aborder des points supplémentaires ou s'éloigner légèrement de ce qui était convenu dans l'accord original. Au surplus, d'un point de vue procédural, différentes modalités sont envisageables. L'intervention du tribunal ou de l'autorité peut revêtir une importance purement formelle ou l'introduction du contenu de l'accord dans une décision ou dans un jugement d'expédient peut être considérée comme une décision au fond, présupposant une compétence en la matière³². Les législations nationales varient de manière significative quant aux différentes options disponibles.

29. Il convient, dans ce contexte, de garder à l'esprit que dans certains États la loi accorde une certaine importance à la procédure concernant l'élaboration des accords pour ce qui est de lui conférer force exécutoire. Les accords issus d'une médiation menée par un médiateur assermenté disposent d'un statut privilégié : ils sont automatiquement exécutoires ou peuvent facilement se voir conférer force exécutoire dans l'État concerné³³.

²⁹ Les Profils des États sont disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Conventions », « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 » puis « Profils des États ».

³⁰ Voir Partie A des Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation (*op. cit.* note 13). Jusqu'à présent, les États suivants ont mis en place un Point de contact central : Allemagne, Australie, États-Unis d'Amérique, France, Hongrie, Pakistan, Pays-Bas, République slovaque et Russie, coordonnées disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Médiation transfrontière en matière familiale » et « Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale ».

³¹ En outre, le caractère exécutoire de l'accord peut être prérequis lorsque l'on souhaite donner à l'accord un effet juridique à l'étranger avec l'aide du droit international privé ; cette question est abordée au point I.2, voir *infra* para. 35 et 36.

³² À l'évidence, dans les affaires internationales, la compétence matérielle présuppose une compétence internationale.

³³ À titre d'exemple, en Belgique, un accord issu d'une médiation menée par un médiateur assermenté peut être homologué par un tribunal uniquement sur demande de l'une des parties, voir art. 1733 du Code judiciaire belge. De même, à Mexico, lorsque la médiation est menée par un médiateur public ou un médiateur privé assermenté, l'accord qui en découle a force contraignante et exécutoire, voir Nuria Gonzalez-Martin, BJV, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017, p. 129 et s., at p. 133.

30. La présente Note explicative n'est pas en mesure de présenter un aperçu exhaustif de tous les mécanismes existants en droit interne visant à conférer force contraignante et exécutoire aux accords. Il revient aux parties à l'accord ou à leurs avocats d'étudier les exigences pertinentes du droit matériel et procédural national. Encore une fois, il convient d'attirer l'attention sur les informations utiles contenues dans les Profils des États en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980³⁴.

31. Il convient de souligner qu'en cas d'accord portant sur différents points, diverses exigences peuvent s'appliquer en matière d'octroi de la force contraignante et exécutoire à l'accord. La question de la validité partielle de l'accord est susceptible de jouer un rôle quant à savoir si l'« approbation » de l'accord par une autorité est nécessaire pour qu'il produise des effets juridiques. Dans les cas où une partie de l'accord ne peut produire d'effets juridiques, quelles sont les options qui s'offrent aux parties ? Le reste de l'accord conserve-t-il sa validité ou les parties souhaitent-elles abandonner l'accord dans son intégralité en raison de son invalidité partielle ? Ces questions peuvent être réglées directement dans l'accord (voir *infra* chapitre V.2.f).

2. Accords conclus dans un contexte purement national impliquant ensuite une reconnaissance et une exécution à l'étranger

32. Une affaire familiale purement nationale peut, par suite du règlement d'un différend au moyen d'un accord, présenter un élément d'extranéité lorsque l'une des parties déménage à l'étranger. À titre d'exemple, une convention en matière d'aliments établie dans un contexte purement national qui, par suite du déménagement du débiteur dans un autre État, doit être exécutée à l'étranger³⁵.

33. Outre les sujets abordés au point I.1, un certain nombre de questions supplémentaires restent encore à traiter. Comment peut-on conférer force contraignante et exécutoire à un accord dans un autre État ? Existe-t-il des instruments internationaux, régionaux ou bilatéraux pertinents en vigueur entre les deux États concernés, susceptibles d'aider à conférer force exécutoire à l'accord à l'étranger ? Si tel n'est pas le cas, ce sont les règles autonomes de droit international privé de l'État requis qui énonceront la manière dont l'accord peut être rendu exécutoire sur son territoire³⁶.

34. Une fois que les règles de droit international privé ont été identifiées (qu'ils s'agissent d'instruments internationaux, régionaux ou bilatéraux ou de règles de droit international privé autonomes), il convient de déterminer les exigences requises en vue de l'octroi de la force exécutoire. Deux « méthodes » permettent de rendre un accord exécutoire ; il convient de les distinguer aux fins de notre propos : (A) l'octroi de la force exécutoire à l'accord en tant que tel³⁷ et (B) l'octroi de la force exécutoire à son contenu, au moyen de sa transposition dans une décision de justice, un jugement d'expédient ou une mesure semblable.

35. L'on pourrait, à titre d'exemple, compter parmi les conditions imposées par les instruments de droit international privé en vue de la reconnaissance du caractère exécutoire en soi (méthode A) dans un État lié par l'instrument concerné : le fait que l'accord ait été « conclu »³⁸ dans un État lié par l'instrument et qu'il soit exécutoire dans l'État d'origine³⁹. En outre, certaines « garanties » peuvent être exigées au moment de la conclusion de l'accord,

³⁴ Voir, *supra*, note 29.

³⁵ Il est logique de s'assurer que l'accord « voyage » dans un autre ordre juridique si son contenu est exécutoire malgré le changement de circonstances induit par le déménagement de l'une des parties dans cet ordre juridique. À titre d'exemple, les modalités de contact rédigées aux fins de contact entre un enfant et un parent vivant dans le voisinage devront sans aucun doute être revues en cas de déménagement de ce dernier dans un autre État.

³⁶ Voir aussi, *infra*, para. 42 concernant des situations dans lesquelles les règles de droit international privé applicables n'aident pas à rendre l'accord contraignant et exécutoire à l'étranger, ce dernier doit alors être « de nouveau » rendu contraignant et exécutoire en vertu du droit du second État.

³⁷ Voir art. 46 du Règlement Bruxelles II *bis* concernant la force exécutoire des accords, *op. cit.* note 4.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.* Pour les questions concernant la manière d'obtenir la reconnaissance de la force exécutoire dans l'État d'origine, voir *supra*, para. 28 et s. À l'évidence, si la force exécutoire de l'accord ne peut être reconnue dans l'État d'origine qu'au moyen de l'inclusion de son contenu dans une décision de justice, la reconnaissance de la force exécutoire dans l'autre État s'effectuera grâce à la méthode B.

notamment le fait que l'enfant concerné par l'accord ait pu être entendu⁴⁰. De plus, il est probable que les règles de droit international privé exigent que le contenu de l'accord ne soit pas jugé contraire à l'ordre public de l'État étranger.

36. Pour ce qui est de la méthode B, il est fort probable que les règles de droit international privé exigent que la décision de justice ou le jugement d'expédient ait force exécutoire dans l'État d'origine. En outre, les questions de compétence internationale sont également susceptibles de jouer un rôle eu égard aux motifs de non-reconnaissance ainsi qu'à certaines « garanties » relatives à l'établissement de la décision⁴¹. Rappelons que dans notre exemple, l'accord a été établi dans un contexte purement national, toutes les parties résidant dans le même État, il est dès lors peu probable que les questions de compétence internationale pose un quelconque problème quant à la reconnaissance à l'étranger de la force exécutoire de la décision reprenant les termes de l'accord (à condition que les termes de l'accord aient déjà été repris dans une décision, avant que l'affaire ne présente un élément d'extranéité). La reconnaissance de la force exécutoire nécessitera certainement, comme condition supplémentaire, que le contenu de la décision ne soit pas jugé contraire à l'ordre public de l'État étranger.

37. Les conditions énumérées ci-dessus ne sont, évidemment, que de simples exemples. Le test précis applicable aux fins de reconnaissance de la force exécutoire à l'accord ou à la décision l'entérinant dépendra avant tout des règles de droit international privé applicables en l'espèce. Là encore, il convient d'insister sur le fait que différentes questions traitées dans l'accord peuvent tomber sous le coup de règles distinctes. C'est la raison pour laquelle il est possible que des conditions différentes s'appliquent à la reconnaissance à l'étranger de la force exécutoire de plusieurs parties de l'accord.

38. La présente Note explicative aura vocation à examiner quelles questions sont régulièrement abordées dans les accords relevant des Conventions de La Haye conclus en matière familiale impliquant des enfants et ce que cela implique en termes de conditions applicables à la reconnaissance de la force exécutoire de ces accords (ou de leur contenu) à l'étranger. En revanche, elle n'aborde pas en détail les conditions applicables à différentes parties de l'accord qui ne relèvent pas du champ d'application des Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007.

3. Accords conclus dans les différends familiaux présentant dès le départ un élément d'extranéité

39. La résolution d'un différend familial transfrontière impliquant des enfants au moyen d'un accord et l'obtention de la reconnaissance de ses effets juridiques et de la force exécutoire dans tous les États concernés par le différend ou sa résolution sont, sans aucun doute, relativement périlleuses. Il importe, au moment de la rédaction de l'accord, d'anticiper les questions soulevées aux points I.1 et I.2. Toutefois, en application de quelles lois convient-il de les apprécier ? Quel droit matériel est pertinent pour indiquer si l'autonomie de la volonté existe eu égard à certains sujets et quelles sont les limites de cette autonomie ? Quelle loi détermine les étapes supplémentaires susceptibles d'être nécessaires à la reconnaissance de la validité juridique du contenu de l'accord (ou de la partie de l'accord qui ne dispose pas d'une validité immédiate) et à l'octroi de la force exécutoire dans un État ? Quelles règles de droit international privé s'appliquent à la détermination des exigences requises pour la reconnaissance du caractère exécutoire à l'étranger ?

40. En vue de la rédaction d'un accord viable en matière familiale internationale, il est nécessaire d'être stratégique. Tout d'abord, l'accord doit respecter les exigences de validité de l'ordre juridique dans lequel il a vocation à être reconnu et exécuté en premier lieu. Il convient

⁴⁰ Par ex., conformément à l'art. 46 du Règlement Bruxelles II *bis*, les accords exécutoires peuvent être reconnus et rendus exécutoires dans un autre État membre de l'UE sous les mêmes conditions qu'un jugement. L'art. 23 du Règlement, qui s'applique également à la reconnaissance des accords, énonce que la reconnaissance d'une décision peut être refusée « si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu », *op. cit.* note 4.

⁴¹ Voir par ex. l'art. 23(2)(b) de la Convention Protection des enfants de 1996, en application duquel la reconnaissance d'une mesure de protection des enfants peut être refusée « si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis ».

donc de « choisir »⁴² avec attention ce « premier » ordre juridique parmi l'ensemble des ordres juridiques ayant un lien avec la situation. Afin de déterminer l'ordre juridique le plus adapté comme « point de départ » pour que l'accord (ou son contenu entériné par une décision de justice ou une autre mesure) ait force exécutoire dans tous les États concernés, la première étape consiste donc à évaluer les règles de droit international privé applicables dans tous les ordres juridiques concernés, y compris les instruments de droit international privé internationaux, régionaux ou bilatéraux. En outre, il convient de regarder ces règles dans le détail afin de déterminer quelles sont les conditions requises pour la reconnaissance du caractère exécutoire à l'étranger, y compris les questions de compétence internationale (voir, *supra*, para. 35 et 36). Ces conditions sont susceptibles d'avoir un impact sur le contenu⁴³ même de l'accord, les garanties procédurales et les étapes qu'il convient de garder à l'esprit aux fins de reconnaissance et d'exécution de l'accord dans le premier État.

41. À l'évidence, lorsque des instruments internationaux ou régionaux qui créent des règles uniformes de droit international privé sont en vigueur entre les États concernés, la situation juridique s'en trouve considérablement simplifiée ; c'est notamment le cas des Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007⁴⁴.

42. Dans certains cas, peu importe l'État utilisé comme « point de départ », la reconnaissance et l'exécution transfrontières en vertu du droit international privé peuvent s'avérer impossibles entre les deux États concernés. Dans ces cas-là, il peut être nécessaire que l'accord soit de nouveau reconnu contraignant et exécutoire, conformément au droit interne de chaque État concerné. Cela peut, selon le cas, également être nécessaire lorsque les autorités de l'État choisi comme « point de départ » ne disposent pas de la compétence internationale en vertu des règles de droit international privé en vigueur dans l'autre État. Il semble judicieux d'indiquer que dans certains cas, le recours aux procédures internes de reconnaissance et d'exécution dans les deux ordres juridiques concernés peut se révéler plus rapide que le recours aux mécanismes de reconnaissance et d'exécution prévus par le droit international privé.

43. La Note explicative offre une analyse stratégique des Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007 en vue d'aider à cerner l'ordre juridique de « départ » aux fins de reconnaissance et d'exécution des accords portant sur des sujets relevant de leur champ d'application. La Note explicative examine également les règles de reconnaissance et d'exécution transfrontières visées par les Conventions de La Haye dans l'optique de mettre en lumière toute condition particulière que l'accord, la décision ou la mesure qui l'entérine est tenu de respecter.

II. MATIÈRES TRAITÉES DANS LES ACCORDS FAMILIAUX INTERNATIONAUX

44. Le présent chapitre examine les matières⁴⁵ typiquement abordées dans le cadre de la résolution amiable des différends transfrontières impliquant des enfants. Il convient d'analyser quelles matières relèvent de quelles Conventions de La Haye. Pour certaines matières, à l'instar des questions de régime matrimonial, aucune Convention de La Haye ne prévoit de mécanismes de reconnaissance et d'exécution transfrontières⁴⁶.

⁴² Dans chaque cas particulier, ce sont les circonstances de l'espèce qui déterminent s'il existe un véritable « choix » quant au premier ordre juridique (ordre juridique de « départ »). Cependant, il convient d'être conscient du fait que l'ordre juridique de « départ » n'est pas nécessairement celui dans lequel la médiation ou une procédure similaire a lieu, voir la partie concernant le « lieu » de l'accord, *infra*, chapitre V.2.a).

⁴³ Par ex., l'accord doit être en mesure de passer le test de l'« ordre public » de l'État étranger.

⁴⁴ Pour des informations actualisées concernant les États parties à ces Conventions de La Haye, voir le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse suivante : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Instruments », « Conventions » puis, après avoir choisi la Convention pertinente, « État présent ». Un aperçu complet des États ayant ratifié des Conventions de La Haye est disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse suivante : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Instruments » puis « État présent ».

⁴⁵ Le présent chapitre se concentre sur les matières juridiques uniquement, il ne contient aucune référence aux accords de choix de la loi ou d'élection de for.

⁴⁶ La *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* se contente de régler les questions de loi applicable et dispose, en pratique, d'une influence relativement limitée puisqu'elle n'est en vigueur que dans trois États. Dans ce domaine, il convient de préciser qu'à partir d'avril 2018, les deux Règlements suivants s'appliqueront dans un certain nombre d'États membres de l'UE : le *Règlement (UE) No 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux* et le *Règlement (UE) No 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*.

45. Il est important de mettre en exergue que la manière dont l'accord est rédigé pourra influencer sur la reconnaissance d'une matière comme relevant ou non d'une certaine Convention. De plus, il faut garder à l'esprit que certains sujets peuvent relever de deux Conventions différentes, ils sont autrement dit susceptibles d'être reconnus et exécutés en vertu des mécanismes de ces deux Conventions.

1. Responsabilité parentale

a) Exercice de la responsabilité parentale, y compris les droits de garde et de visite

46. Tout accord portant résolution d'un différend familial transfrontière impliquant des enfants aborde nécessairement des questions d'exercice de la responsabilité parentale⁴⁷. L'accord peut concerner le droit de garde, déterminer qui parmi les titulaires de la responsabilité parentale sera « principalement responsable » de l'enfant et dans quel État ce dernier résidera. L'accord peut également prévoir les visites transfrontières entre un parent et l'enfant ainsi que les contacts avec d'autres membres de la famille. Outre les contacts physiques, les contacts peuvent s'effectuer à distance grâce aux moyens de communication, comme le téléphone ou Skype.

Exemple : Notre enfant, S. déménagera avec sa mère à Rome (Italie) en septembre 2017, où elles prévoient d'établir leur résidence habituelle. [...] Elle passera les six premières semaines des vacances d'été avec son père et ses grands-parents paternelles en Belgique. Pour le reste des vacances scolaires, le modèle suivant s'appliquera : les années paires, S. passera la première moitié des vacances scolaires avec son père et la deuxième moitié avec sa mère. Pour les années impaires, cet ordre sera inversé. [...]

47. Toutes les questions évoquées ci-dessus tombent sous le coup de la Convention Protection des enfants de 1996. Pour tout ce qui a trait à la reconnaissance à l'étranger du caractère exécutoire de l'accord ou de son contenu entériné dans une décision ou autre mesure grâce à la Convention, voir, *infra*, les chapitres III et IV. Nous attirons l'attention sur le fait que l'exécution effective dans l'autre ordre juridique s'effectue conformément au droit national de celui-ci (voir art. 28 de la Convention de 1996). Cela signifie également que le contenu de l'accord (en tant que tel ou tel qu'entériné dans une décision ou autre mesure) doit être « exécutoire » selon l'interprétation de cet ordre juridique.

b) Octroi de la responsabilité parentale

48. L'accord pourrait en outre évoquer l'octroi de la responsabilité parentale.

Exemple : Nous déclarons par la présente que nous souhaitons établir une responsabilité parentale conjointe pour notre enfant, S. (Une telle déclaration peut s'avérer pertinente dans les cas où le couple n'est pas marié et où le père ne peut dès lors exercer la responsabilité parentale de plein droit).

49. Cette matière relève également de la Convention Protection des enfants de 1996. Pour plus de détails, voir, *infra*, chapitre III.1.b).

2. Aliments

50. En outre, un accord conclu dans le cadre d'un différend familial transfrontière impliquant des enfants a de fortes chances d'aborder la question des aliments destinés à ces derniers, voire à l'époux ou ex-époux. Pour ce qui est des aliments destinés à l'époux ou ex-époux, il peut parfois être nécessaire de les distinguer de tout ce qui a trait au domaine patrimonial. C'est particulièrement le cas lorsque l'accord est établi dans le contexte d'une séparation ou d'un divorce ; il y a alors de fortes chances que les questions relatives aux aliments entre ex-époux et celles relatives aux biens s'entremêlent. Il est donc impératif de bien rédiger l'accord afin de les distinguer clairement, notamment en précisant quel est l'objet du versement prévu⁴⁸.

⁴⁷ Concernant le terme « responsabilité parentale » utilisée dans la présente Note explicative, voir, *supra*, « Terminologie » puis « Responsabilité parentale ».

⁴⁸ À titre d'exemple, il convient de renvoyer à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « CJUE ») qui fait jurisprudence en la matière, *Van den Boogaard v. Laumen* (arrêt du 27 février 1997, C

Exemple : Le père s'engage à verser, tous les mois, sur le compte de la mère (coordonnées bancaires : ...) la somme de 350 € en vue de contribuer aux dépenses relatives à l'enfant. Étant entendu que la mère ne travaillera pas à temps plein avant que l'enfant n'ait atteint l'âge de deux ans, le père s'engage en outre à verser à la mère la somme supplémentaire de 250 € par mois.

51. Tout ce qui a trait aux aliments destinés aux enfants et à l'époux ou ex-époux tombe sous le coup de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Au vu de l'importante distinction susmentionnée par rapport au domaine patrimonial, il peut s'avérer utile que les termes de l'accord énoncent clairement que les parties jugent que certaines questions relèvent des « aliments » et donc du champ d'application de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 (ou, respectivement, d'autres instruments de droit international privé, comme le Règlement Obligations alimentaires).

3. Financement des voyages dans le cadre des visites transfrontières régulières entre le parent et l'enfant

52. Dans de nombreux différends familiaux transfrontières, la question des frais de voyage dans le cadre des visites transfrontières entre le parent et l'enfant se pose. Lorsqu'un parent envisage de déménager dans un autre État avec l'enfant, le consentement de l'autre parent au déménagement peut même être conditionné à la rédaction d'un accord concernant le « financement » de ces visites transfrontières.

53. Trancher la question des frais de voyage dans les accords parentaux peut se révéler délicat considérant que le non-respect des obligations de paiement des frais de voyage peut impliquer une obstruction de fait des contacts transfrontières. Des difficultés dans la mise en œuvre de l'accord sont également susceptibles de survenir puisque le montant exact des frais de voyage n'est pas connu au moment de la conclusion de l'accord.

Exemple : Les parents conviennent de partager, à part égale, les frais de voyage annuels de l'enfant vers les États-Unis pendant les vacances d'été. Le père s'engage à réserver chaque année, au plus tard à la fin du mois de janvier, un vol en classe économique. La mère s'engage à verser, sur le compte du père (coordonnées bancaires :...) avant le premier janvier de chaque année, une somme préétablie : pour le premier voyage, la somme avancée s'élèvera à 400 €. Dès que le père aura réservé le billet et aura informé la mère du prix réel, celle-ci transfèrera le reste de la somme due ou le père lui remboursera la différence versée en excédent. Les années suivantes, l'avance de la mère correspondra à la moitié du prix réel du billet de l'année précédente...

54. De prime abord, il peut ne pas être évident de déterminer si les frais de voyage dans le cadre des visites transfrontières relèvent de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 ou de la Convention Protection des enfants de 1996. Cependant, si l'on observe à quel point ces frais de voyage et le maintien de la relation parent/enfant au-delà des frontières sont liés, il convient de s'interroger quant à savoir si une décision obligeant un parent à payer les frais de voyage ou à y contribuer ne peut pas être interprétée comme faisant partie des « modalités de contacts » et relevant dès lors de la Convention Protection des enfants de 1996⁴⁹. Par voie de conséquence, il convient de s'interroger quant à savoir si un accord portant sur les frais de voyage dans le cadre de visites transfrontières, repris dans une décision ou autre mesure, ne pourrait pas être reconnu et exécuté en vertu d'un mécanisme visé par la Convention Protection des enfants de 1996. Après tout, le fait de s'assurer que les relations parent/enfant au-delà des frontières soient matériellement possibles revient à garantir le droit de l'enfant, consacré par

220/95, EU:C:1997:91). En l'espèce, il revenait à la CJUE de statuer quant à savoir si le versement d'une somme forfaitaire correspondait au versement d'« obligations alimentaires » au sens de la Convention de Bruxelles, devenue par la suite le Règlement Bruxelles I, puis remplacé, pour ce qui a trait aux obligations alimentaires, par le Règlement éponyme. La CJUE a conclu que le versement serait considéré comme correspondant au versement d'obligations alimentaires s'il ressortait clairement qu'il était « destiné à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou si les besoins et les ressources de chacun des époux [étaient] pris en considération pour déterminer son montant ».

⁴⁹ Voir également le Rapport de la réunion du Groupe d'experts de 2015, *op. cit.* note 18, para. 14 qui renvoie au champ d'application relativement large de la Convention Protection des enfants de 1996.

l'article 10(2) de la CNUDE⁵⁰, « [...] d'entretenir [...] des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents ».

55. Dans l'optique de faciliter, dans chaque cas, la reconnaissance des frais de voyage dans le cadre des visites transfrontières comme faisant partie de l'« exercice de la responsabilité parentale »⁵¹, il conviendrait, dans l'idéal, que la décision ou autre mesure de protection de l'enfance énonce ce lien de manière expresse. Voir également, *infra*, chapitre V.2.b).

56. Afin de dissiper tout doute quant à la possibilité pour une décision ou autre mesure entérinant un accord portant sur les frais de voyage d'être reconnue et exécutée en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996, il est recommandé d'effectuer une demande aux fins de reconnaissance préalable conformément à l'article 24 de la Convention Protection des enfants de 1996.

57. Il peut également être envisageable, selon les circonstances de l'espèce et la loi applicable, d'inclure les frais de voyage dans les versements au titre des aliments⁵². À titre d'exemple, s'il ressort clairement des motifs de la décision ordonnant à l'un des parents de prendre en charge les frais de voyage que ce versement, en vertu de la loi applicable, fait partie intégrante des aliments destinés à l'enfant, la décision peut être reconnue et exécutée en application de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

58. Il convient de garder à l'esprit qu'il est tout à fait possible qu'une matière relève à la fois de la Convention Protection des enfants de 1996 et de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

4. Dépenses liées à l'éducation

59. L'une des préoccupations principales après une séparation, en particulier dans les différends familiaux transfrontières impliquant des couples mixtes dont la langue maternelle diverge, est de s'assurer que l'enfant continuera à apprendre les deux langues et maintiendra un lien étroit avec la culture respective de ses deux parents. À cet égard, les frais de scolarité des écoles privées ou bilingues ou toute autre dépense éducative liée à la langue ou la culture peuvent être relativement élevés.

Exemple : Les parents conviennent que leur enfant S. ira à l'école française à Rome (coordonnées de l'école :...); ils supporteront, à part égale, les frais de scolarité y afférents (frais annuels :...). ...

60. Si les choix éducatifs des parents concernant leur enfant relèvent clairement de l'exercice de la responsabilité parentale et donc de la Convention Protection des enfants de 1996, il n'est pas évident de déterminer si la décision ou toute autre mesure prévoyant la contribution des parents aux frais de scolarité ou à toute autre dépense éducative relève également de son champ d'application. Néanmoins, compte tenu de son champ d'application relativement large, cela n'est pas exclu⁵³.

⁵⁰ *Op. cit.* note 27.

⁵¹ À titre d'exemple, la jurisprudence allemande évoque la contribution aux frais de voyage dans le cadre des contacts parent/enfant en tant qu'obligation découlant de la responsabilité parentale. Si les tribunaux allemands ont généralement tendance à conclure que les frais relatifs aux contacts sont à la charge du parent qui en bénéficie, quelques décisions indiquent que lorsque ces frais s'avèrent particulièrement élevés, l'on peut s'attendre à une contribution de la part du parent principalement responsable de l'enfant, voir OLG Brandenburg, NJW-RR 2010, 148 et OLG Nürnberg, NJW-RR 2014, 644. Les tribunaux allemands ne sont toutefois pas unanimes sur ce point.

⁵² En Allemagne, la jurisprudence indique que lorsque des frais élevés relatifs aux contacts sont pris en charge par l'un des parents, ceux-ci peuvent être considérés comme des dépenses spéciales qui réduisent son revenu net, sur la base duquel s'effectue le calcul du montant de la pension alimentaire. Ainsi, les frais de voyage ne seraient pas en soi considérés comme faisant partie des « aliments » mais constitueraient un élément impactant la détermination de leur montant en vertu de la loi allemande.

⁵³ Voir aussi, *supra*, note 18. À tout le moins dans les cas où les dépenses éducatives sont nécessaires pour garantir que l'enfant maintienne un lien avec la culture de ses deux parents, il est envisageable que la décision entérinant l'accord portant sur le partage de ces dépenses soit vue comme une mesure de protection de l'enfant au sens de la Convention de 1996. Dans ce contexte, il convient de rappeler que la CNUDE oblige les États à « respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales » et précise que l'éducation de l'enfant doit se concentrer sur la fait : « [d'i]nculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le

61. En outre, tout comme les dépenses liées aux enfants, les dépenses liées à l'éducation sont des « aliments » et entrent donc dans le champ d'application de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

5. Biens de l'enfant

62. Dans de rares cas, les accords conclus dans le cadre de différends familiaux transfrontières impliquant des enfants peuvent évoquer les biens de l'enfant.

Exemple : Les parents conviennent que les biens immeubles de l'enfant dans l'État A (détails :...) seront vendus. Le père, dont la résidence habituelle reste dans l'État A, se charge de recruter un agent immobilier ... Le produit de la vente sera transféré directement sur le compte bancaire de l'enfant dans l'État B. (Cette disposition peut s'avérer pertinente dans les cas de déménagement à l'étranger).

63. La Convention Protection des enfants de 1996 s'applique aux mesures de protection qui traitent de « l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant »⁵⁴. Comme l'indique le Rapport explicatif, « [c]ette formulation très large englobe toutes les opérations intéressant les biens des mineurs, y compris les acquisitions, considérées comme des placements ou des actes de disposition des biens cédés en contrepartie de l'acquisition »⁵⁵. Le Manuel pratique précise « que la Convention n'empiète pas sur les régimes de la propriété et qu'elle ne couvre pas le droit matériel relatif au contenu des droits réels (par ex. les conflits relatifs à la propriété) »⁵⁶.

64. Il convient de relever qu'aux fins de protection effective de l'intérêt supérieur de l'enfant, la loi de certains États met en place des mécanismes de contrôle pour tout ce qui a trait à la disposition, par les parents, des biens de l'enfant. La Convention Protection des enfants de 1996 ne déroge pas aux choix de la loi nationale. En revanche, une fois adoptée par l'autorité compétente d'un État contractant, la mesure de protection de l'enfant relative à la disposition de ses biens sera automatiquement reconnue dans tous les autres États contractants⁵⁷.

6. Séparation des biens en cas de divorce

65. Les accords conclus dans le cadre d'un divorce traiteront, outre toutes les questions classiques relatives aux enfants, de tout ce qui concerne la séparation des biens entre les époux. Comme indiqué ci-dessus, il convient d'établir dans l'accord une distinction claire entre les questions d'aliments et de propriété. Quant aux accords sur la séparation des biens, aucune Convention de La Haye ne prévoit de mécanismes de reconnaissance et d'exécution transfrontières⁵⁸. D'autres instruments internationaux, régionaux ou bilatéraux en vigueur entre les États concernés ou les règles de droit international privé pertinentes peuvent offrir des solutions à cet égard.

respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne », voir art. 8 et 29 de la CNUDE.

⁵⁴ Voir art. 3(g) de la Convention Protection des enfants de 1996.

⁵⁵ Voir P. Lagarde, « Rapport explicatif sur la Convention Protection des enfants de 1996 », in *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome II, *Protection des enfants*, La Haye, SDU, 1998, p. 535 à 605, para. 25.

⁵⁶ Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des enfants de 1996*, La Haye, 2014, para. 13.72 (ci-après, le « Manuel pratique sur la Convention de 1996 »).

⁵⁷ Toutefois, la Convention de 1996 « n'empiète pas sur les régimes de la propriété et [...] ne couvre pas le droit matériel relatif au contenu des droits réels ». Autrement dit, si, par ex., « un État impose des exigences en matière de vente ou d'achat de terrains fonciers ou d'immeubles à tous les vendeurs ou acquéreurs d'un terrain foncier donné [...] et que ces exigences ne sont pas liés au fait que ces biens sont achetés ou vendus par un représentant de l'enfant, la délivrance de ces autorisations de vente n'entrera pas dans le champ d'application matériel de la Convention », voir aussi para. 13.72 et s. du Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 56).

⁵⁸ Voir, *supra*, note 46.

7. Sujets particuliers pertinents dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants

66. Dans le cadre d'un enlèvement international d'enfant, plusieurs sujets supplémentaires interviennent dans les accords parentaux.

a) Retour, non-retour

67. La question du « retour » ou du « non-retour » constituera une question primordiale dans les accords conclus dans le contexte d'un enlèvement international d'enfant.

68. Il importe de comprendre précisément ce que les parties ont à l'esprit lorsqu'elles utilisent les termes « retour » et « non-retour » dans un accord ; ces termes ne sont pas nécessairement interprétés de la même manière que lorsqu'ils sont utilisés dans des procédures de retour fondées sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

69. Lorsque le « retour » est ordonné dans le cadre d'une procédure fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, l'enfant est renvoyé dans l'État dans lequel il avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement, en vue de rétablir la situation antérieure à l'« enlèvement » (« *statu quo ante* »). La décision de retour est sans effet sur la décision de fond en matière de droit de garde. Après le retour de l'enfant, le tribunal compétent en matière de responsabilité parentale peut décider avec lequel des parents et dans quel État l'enfant vivra. Il est possible que le retour soit suivi d'un déménagement légal dans l'État dans lequel le retour a été ordonné en vertu de la Convention de La Haye. Tout comme c'est le cas pour une décision de retour, une décision de non-retour adoptée dans le cadre d'une procédure fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 n'est en aucun cas une décision de fond portant sur le droit de garde, même si elle peut servir de base à un changement de circonstances qui impacte la décision relative à la responsabilité parentale à l'avenir.

70. Lorsque les parents cherchent une solution amiable dans le cas d'un enlèvement international, il y a de fortes chances qu'ils se concentrent, non seulement sur la manière de résoudre immédiatement la situation, mais également sur la cause sous-jacente du différend familial (relative aux droits de garde, de visite ou au déménagement) qui a abouti à l'enlèvement. En d'autres termes, ils veulent mettre un terme à la procédure fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et, dans le même temps, trouver une solution convenue au conflit sous-jacent. Il s'ensuit que le recours aux termes « retour » et « non-retour » dans les accords parentaux est susceptible d'indiquer dans quel État l'enfant résidera à long terme. En outre, les accords établissent régulièrement qui sera, sur le long terme, responsable de l'enfant à titre principal et incluent les modalités de contact avec le parent qui n'est pas responsable de l'enfant à titre principal.

Exemple : Nous convenons que notre fille S. rentrera dans l'État A avec sa mère le ... S. résidera avec sa mère. S. passera les deuxième et quatrième semaines de chaque mois chez son père. En ce qui concerne les vacances scolaires, les modalités suivantes s'appliqueront...

71. Toutes les parties de l'accord ayant trait au retour ou au non-retour impliquant une décision à long terme des parents quant au lieu de résidence de l'enfant, à la personne avec qui il va vivre et aux éventuelles modalités de contact, relèvent de la Convention Protection des enfants de 1996.

b) Modalités pratiques du retour, y compris les frais de retour

72. Dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, un certain nombre de questions ayant trait au retour de l'enfant et du parent l'ayant emmené jouent un rôle important dans la résolution du conflit. L'accord peut ainsi aborder les questions suivantes : lequel des parents aura la charge des frais de voyage retour, tant pour l'enfant que pour le parent l'ayant emmené et où résideront-ils immédiatement après leur retour ?

Exemple : Le père s'engage à acheter le billet de train de sa fille S. ... À leur retour, S. et sa mère résideront dans l'ancien appartement familial jusqu'à la fin du mois de juin 2017. ...

73. Toutes ces questions ont trait au retour sans danger de l'enfant dans l'État duquel il a été déplacé illicitement. Une décision ou toute autre mesure reprenant ces points constitue une mesure de protection de l'enfant en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996.

c) Poursuites pénales

74. Les poursuites pénales intentées dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé, contre le parent qui l'a emmené, constituent l'une des principales problématiques en matière d'enlèvement international d'enfants. En particulier si la peine prévue dans ces cas est l'emprisonnement ; si une procédure est pendante ou si des poursuites pénales ont été engagées à son encontre, il est fort probable que le parent ayant emmené l'enfant se montre réticent à l'idée de rentrer dans l'État ou de s'y rendre dans le cadre de l'exercice d'un futur droit de visite. Selon les circonstances de l'espèce, des poursuites pénales engagées dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé peuvent aboutir à une interruption totale des contacts entre l'enfant et le parent l'ayant emmené. La situation est alors en contradiction avec l'objectif de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ; les problèmes liés aux poursuites pénales ont été évoquées, de manière répétée, lors des réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980⁵⁹.

75. Dans le cadre de la résolution amiable d'un différend impliquant un enlèvement parental transfrontière, la question des poursuites pénales ajoute en général des difficultés supplémentaires, qui sont parfois insurmontables. À l'inverse de l'engagement des poursuites pénales, qui peut, selon l'État, être à l'initiative du parent privé de l'enfant, l'abandon des poursuites relève, en vertu du droit de nombreux États, du pouvoir discrétionnaire des autorités concernées. Toutefois, le parent privé de l'enfant peut s'engager, dans le cadre d'un accord, à coopérer et à prendre toutes les mesures appropriées en vue de l'abandon des poursuites pénales. Cela peut également être établi au rang de condition à remplir pour que l'accord prenne ses effets. En outre, pour les cas dans lesquels le droit de l'État prévoit des poursuites pénales en cas d'enlèvement parental d'un enfant, mais qu'aucune mesure n'a été prise à cet égard, l'accord peut contenir une clause en vertu de laquelle le parent privé de l'enfant s'engage à ne pas lancer une telle procédure.

Exemple : Le père s'engage à s'abstenir de toute action visant à déclencher des poursuites pénales pour enlèvement contre la mère. ...

76. Tout ce qui relève du droit pénal n'entre pas dans le champ d'application des Conventions de 1980, de 1996 et de 2007. Pour plus d'informations sur la meilleure manière de faire face, dans le cadre de la résolution amiable d'un différend familial, à tout ce qui a trait aux poursuites pénales, voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation⁶⁰.

8. Autres questions

77. Il existe, bien entendu, d'autres questions que les accords familiaux impliquant des enfants sont susceptibles d'aborder. Pour tout ce qui ne relève pas des Conventions de La Haye en matière familiale, des instruments internationaux, régionaux ou bilatéraux en vigueur entre les États concernés ou les règles de droit international privé pertinentes peuvent offrir des solutions.

78. Il convient de ne pas oublier les accords parentaux concernant les enfants handicapés ayant atteint l'âge de la majorité. Dans de tels cas, la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* peut s'avérer utile pour s'assurer que l'accord ou son contenu repris dans une mesure de protection « voyage » au-delà des frontières.

III. CE QU'OFFRENT LES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980, 1996 ET 2007

⁵⁹ Voir, par ex., les discussions intervenues lors de la Première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale, C&R Nos 52 et s. de la Première partie de la Sixième réunion de Commission spéciale.

⁶⁰ Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, *op. cit.* note 5, chapitre 2.8, para. 85 et s.

1. Remarques générales – Comment les Conventions respectent-elles et promeuvent-elles les accords et comment aident-elles à ce qu'ils « voyagent » au-delà des frontières

79. Tout d'abord, il convient d'analyser brièvement l'importance accordée par les Conventions de La Haye de 1980, 1996 et 2007 aux accords et la mesure dans laquelle celles-ci promeuvent et respectent l'autonomie de la volonté.

a) *Convention Enlèvement d'enfants de 1980*

80. Si l'on s'intéresse à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 dans le détail, l'on s'aperçoit clairement que cet instrument est favorable au respect de l'autonomie de la volonté pour tout ce qui a trait à la responsabilité parentale, à tout le moins dans une certaine mesure.

81. Tout d'abord, son article 3 mentionne de manière expresse la possibilité que les droits de garde résultent « d'un accord en vigueur selon le droit de [l']État [dans lequel l'enfant résidait habituellement immédiatement avant le déplacement ou le non-retour] »⁶¹. Le Rapport explicatif précise : « En principe, les accords envisagés peuvent être de simples transactions privées entre les parties, au sujet de la garde des enfants. La condition d'être « en vigueur » selon le droit de l'État de la résidence habituelle [...] introduite [...]. [Elle] répond à un désir de clarification, mais aussi d'assouplissement, autant que possible, des conditions posées à l'acceptation d'un accord en tant que source de la garde protégée par la Convention. Sur le point précis de savoir ce qu'est un accord " en vigueur " selon un droit déterminé, il nous semble que l'on doive inclure sous cette appellation tout accord qui ne soit pas interdit par un tel droit et qui puisse servir de base à une prétention juridique devant les autorités compétentes. »⁶²

82. La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est principalement axée sur les situations d'enlèvement international d'enfants et dispose d'un champ d'application restreint. Cependant, il convient de garder à l'esprit la propension à sanctionner toute violation des droits de garde, tels que découlant d'un accord. Il suffit pour cela que l'accord soit « en vigueur » en vertu de la loi de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour.

83. En parallèle, la Convention est conçue pour respecter tout accord parental portant sur le déménagement d'un enfant dans un autre État. L'interprétation commune qui veut que le « parent privé de l'enfant » peut consentir au déménagement de l'enfant dans un autre État ou l'approuver (art. 13(1)(a)) en est la preuve ; cela démontre la capacité de la Convention à accepter un accord parental concernant le déménagement.

84. Il convient d'insister sur le fait que la possibilité d'« acquiescer » au déplacement ou au non-retour représente une porte ouverte à la résolution amiable des différends familiaux transfrontières, en envisageant une solution autre que le retour de l'enfant dans l'État dans lequel il a été enlevé. Comme le souligne le Guide de bonnes pratiques sur la médiation, la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 n'oblige pas les parents à se limiter « à discuter des modalités du retour immédiat de l'enfant »⁶³, lorsqu'ils envisagent une solution amiable visant à mettre un terme à la situation d'enlèvement. Ils peuvent également aborder le « non-retour, ses conditions, ses modalités et les questions connexes, c'est-à-dire la décision à long terme du déménagement de l'enfant »⁶⁴. Comme le précise le Guide, « la médiation n'est pas confrontée aux restrictions de compétence des procédures judiciaires »⁶⁵. Le fait que l'article 16 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 bloque la compétence eu égard au « fond du droit de garde » dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé n'empêche pas les parents d'aborder ces questions dans le cadre de la médiation. L'on s'intéressera plus tard à la mesure dans laquelle l'article 16 impacte les modalités requises pour rendre un accord contraignant et exécutoire dans les deux États concernés (voir chapitre IV.3). Ce qu'il convient de retenir ici,

⁶¹ Voir art. 3 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et art. 7 de la Convention Protection des enfants de 1996 ; ces deux articles utilisent la même terminologie.

⁶² Voir E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants », in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome III, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, para. 70.

⁶³ Voir chapitre 5, « Champ d'intervention de la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants », du Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 5), para. 186.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, para. 187.

c'est que la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est encline à accepter des solutions, même lorsqu'elles envisagent le non-retour de l'enfant, permettant ainsi de clore la procédure de retour au moyen de l'acquiescement visé à l'article 13(1)(a).

85. Enfin, l'article 7(c) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 contient une déclaration encourageant vivement à la résolution amiable des conflits. La disposition impose aux Autorités centrales désignées en vertu de la Convention d'« assurer la remise volontaire de l'enfant ou [de] faciliter une solution amiable ». Aujourd'hui, de nombreuses Autorités centrales informent les parties, le cas échéant, quant à la médiation spécialisée⁶⁶ ou facilitent l'accès à des informations y afférentes, notamment concernant les exigences requises pour la reconnaissance et l'exécution d'un accord en vertu du droit interne. L'obligation visée à l'article 7(c) s'applique également, aux termes de l'article 21 de la Convention, dans le cadre des affaires de droit de visite dans lesquelles un parent présente une demande d'assistance à l'Autorité centrale en vue de l'organisation ou de la protection de l'exercice effectif du droit de visite à l'étranger.

b) Convention Protection des enfants de 1996

86. Tout comme le cadre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, celui de la Convention Protection des enfants de 1996 entérine deux sortes d'accords portant sur des points de droit matériel : les accords octroyant le droit de garde en premier lieu et les accords réglant les différends relevant de son champ d'application.

87. En reprenant la définition du terme « déplacement ou non-retour illicite » de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la Convention Protection des enfants de 1996 intègre également l'idée selon laquelle les droits de garde peuvent naître d'un accord en vigueur dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle (voir art. 7(2) de la Convention de 1996).

88. La Convention de 1996 va toutefois plus loin. L'idée de l'attribution de la responsabilité parentale au moyen d'un accord est reprise à l'article 16(2). Si on lit cette disposition en lien avec l'article 16(3), cela offre aux accords octroyant la responsabilité parentale une sphère d'influence bien plus large. L'article 16(3) assure qu'un changement de résidence habituelle n'implique pas une perte de la responsabilité parentale en raison d'une situation juridique différente dans le nouvel État. Par conséquent, un accord octroyant valablement la responsabilité parentale conformément au droit de l'État de résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord prend effet est reconnu dans le nouvel État de résidence habituelle de l'enfant. Il va de soi que les accords qui peuvent « voyager » au-delà des frontières en vertu de l'article 16(3) ont un champ d'application restreint : seul l'octroi consenti de la responsabilité parentale sera respecté dans le nouvel État, et non les modalités d'exercices consenties de celle-ci.

89. Si l'on se penche sur les accords portant sur l'exercice de la responsabilité parentale, il convient de se demander s'ils peuvent être considérés comme une « mesure de protection » au sens de la Convention Protection des enfants de 1996. Le terme « mesure de protection » avait déjà été utilisé dans une précédente Convention, à savoir la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*. Ni l'ancienne, ni la nouvelle Convention ne contiennent de définition du terme « mesure de protection », même si la Convention Protection des enfants de 1996 comprend « une énumération des objets sur lesquels peuvent porter ces mesures »⁶⁷. Au vu de ce qui précède, il semble possible de considérer un accord parental portant sur l'exercice de la responsabilité parentale comme une « mesure de protection ». Néanmoins, le régime général de la Convention démontre clairement que le terme « mesure de protection » renvoie à toute mesure adoptée par une « autorité » d'un État contractant (voir en particulier les art. 1(1) et 23(1) de la Convention de 1996). Tout accord parental portant sur l'exercice de la responsabilité parentale exige dès lors l'intervention d'une « autorité » avant qu'il ne devienne une « mesure de protection » aux fins de la Convention Protection des enfants de 1996 et qu'il « voyage » au-delà des frontières grâce au mécanisme de reconnaissance et d'exécution de la

⁶⁶ Voir sur cette question de la médiation familiale spécialisée en matière d'enlèvement international d'enfants, le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 5).

⁶⁷ Voir P. Lagarde, *op. cit.* note 55, para. 18.

Convention⁶⁸. Cependant, l'« homologation » par une autorité compétente peut, selon les options disponibles dans l'État contractant, s'avérer suffisante pour que la mesure soit considérée comme une « mesure de protection de l'enfant » adoptée par une autorité.

90. Pour ce qui concerne les accords relatifs à la compétence internationale, la Convention Protection des enfants de 1996 offre une autonomie de la volonté relativement restreinte. La Convention concentre la compétence, avec très peu d'exceptions, dans les mains des autorités de l'État dans lequel l'enfant réside habituellement. Dans ce cas de figure, on part du postulat que les autorités les plus proches de l'environnement social et familial habituel de l'enfant sont les mieux placées pour prendre des mesures en vue de sa protection. L'article 10 de la Convention permet aux parents, dans des conditions extrêmement restreintes, de convenir que le tribunal chargé de leur divorce ou de leur séparation sera également compétent pour prendre les mesures de protection de l'enfant. Comme l'indique l'article 10(1)(b) de la Convention, le choix de l'autorité compétente doit répondre à l'« intérêt supérieur de l'enfant »⁶⁹. Il importe de préciser que le changement de compétence convenu conformément à l'article 15 de la Convention Protection des enfants de 1996 amorce généralement l'application d'un droit distinct, et représente, autrement dit, un choix indirect de la loi.

91. Tout comme la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la Convention Protection des enfants de 1996 promeut la résolution amiable des différends transfrontières relatifs à la responsabilité parentale en demandant aux Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de « faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention »⁷⁰.

c) Convention Recouvrement des aliments de 2007

92. Parmi les Conventions de La Haye récentes en matière familiale, la Convention Recouvrement des aliments est celle qui va le plus loin en termes de promotion des accords portant sur des matières qui relèvent de sa compétence et d'appui à ceux-ci.

93. Tout d'abord, l'article 30 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 établit un mécanisme de reconnaissance et d'exécution des « conventions en matière d'aliments ». L'article 3 en donne la définition suivante : « un accord par écrit relatif au paiement d'aliments qui : i) a été dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique par une autorité compétente ; ou (ii) a été authentifié, conclu avec elle ou déposé auprès d'elle, et peut faire l'objet d'un contrôle et d'une modification par une autorité compétente ». Ainsi, ne sont pas seulement inclus les actes authentiques, mais également les accords privés. L'article 30(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 exigent que les conventions en matière d'aliments soient conclues dans un État contractant et aient force exécutoire dans l'État d'origine. Dans ce contexte, la convention en matière d'aliments peut être exécutée, comme le serait une décision, dans un autre État contractant.

94. Les États contractants à la Convention Recouvrement des aliments de 2007 peuvent, au moyen de réserves, exclure la reconnaissance et l'exécution des conventions en matière d'aliments. Cependant, la pratique montre que la majorité des États qui deviennent Parties à la Convention sont prêts à accepter leur reconnaissance et exécution⁷¹.

⁶⁸ Il convient de préciser que le Règlement Bruxelles II *bis*, instrument régional en vigueur entre les États membres de l'UE (à l'exception du Danemark) qui remplace partiellement la Convention, va plus loin. Il contient une disposition permettant aux accords de voyager au-delà des frontières, voir art. 46 du Règlement, *op. cit.* note 4.

⁶⁹ L'art. 12(3) du Règlement Bruxelles II *bis* reconnaît une autonomie de la volonté plus large sur le fondement d'un « lien matériel » entre l'enfant et l'État choisi. Une autre solution permettant d'élargir le fondement de la compétence au moyen de l'autonomie de la volonté est de demander au tribunal élu de solliciter le transfert de compétence en vertu de l'art. 9 de la Convention Protection des enfants de 1996 ou de l'art. 15 du Règlement Bruxelles II *bis*.

⁷⁰ Voir art. 31(b) de la Convention Protection des enfants de 1996.

⁷¹ Sur les 34 États qui sont actuellement liés par la Convention (état présent arrêté à la date d'avril 2017), seuls deux ont fait une réserve en application de l'art. 30(8), à savoir la Turquie et l'Ukraine, voir État présent disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Recouvrement des aliments » puis « État présent ». La Norvège et l'Albanie ont fait une déclaration en vertu de l'art. 30(7) en conséquence de laquelle les demandes de reconnaissance et d'exécution d'une convention en matière d'aliments ne peuvent être présentées que par l'intermédiaire des Autorités centrales.

95. Outre la possibilité de reconnaître et d'exécuter une convention en matière d'adoption en application de l'article 30 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, l'article 19 de celle-ci prévoit également qu'une « transaction ou un accord conclu devant de telles autorités [judiciaires ou administratives] » peut être reconnu et exécuté, comme le serait une décision, en vertu du chapitre V de la Convention⁷².

96. Si l'on compare les accords visés à l'article 19(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 et ceux susceptibles d'être reconnus et exécutés conformément à l'article 30 sous forme de « conventions en matière d'aliments », il convient en pratique de préciser qu'un chevauchement mineur est probable⁷³.

97. Comme c'est le cas dans le cadre des autres Conventions de La Haye en matière familiale, la Convention Recouvrement des aliments de 2007 charge les Autorités centrales d'apporter une assistance dans la résolution amiable du litige. L'article 6(2)(d) demande aux Autorités centrales d'« encourager les règlements amiables afin d'obtenir un paiement volontaire des aliments, lorsque cela s'avère approprié par le recours à la médiation, à la conciliation ou à d'autres modes analogues ».

98. En outre, la Convention évoque dans plusieurs cas sa propension à accepter l'autonomie de la volonté en matière de compétence. Considérant que les États n'ont pu, au moment des négociations relatives à la Convention, se mettre d'accord sur un ensemble de règles de compétence directe, la possibilité de choisir le for compétent peut ne pas être évidente de prime abord. Toutefois, la règle négative de compétence de l'article 18 et la règle de compétence indirecte de l'article 20 contiennent toutes deux une référence à un « accord quant à la compétence »⁷⁴. Ce genre d'accord n'est volontairement pas envisagé en matière d'aliments destinés aux enfants⁷⁵.

99. Lorsque l'on évoque la promotion de l'autonomie de la volonté dans le cadre de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, il ne faut pas oublier que le Protocole Obligations alimentaires de 2007⁷⁶, instrument connexe et contemporain relatif à la loi applicable en la matière, introduit une nouveauté⁷⁷ : la possibilité d'un choix de la loi applicable en matière d'aliments (même si cette possibilité est presque totalement exclue quant aux aliments destinés aux enfants)⁷⁸. Il s'agit là encore d'une nouvelle preuve de l'attention plus grande qui a été portée à l'autonomie de la volonté lors des négociations.

⁷² Le terme « transaction », dans son acceptation visée à l'article 19(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, apparaissait déjà dans une précédente Convention de La Haye, à savoir la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires*. Comme le relève le Rapport explicatif afférent à cette Convention, l'introduction des transactions répondait à un besoin pratique. Le Rapport décrit comme périlleuse la tâche de définir, en termes exacts, le terme « transaction » dans cet instrument « tant les systèmes nationaux diffèrent entre eux à ce propos » mais le dépeint, en termes généraux, comme un « contrat de droit privé conclu *inter partes* devant une autorité compétente – le plus souvent, un tribunal – pour mettre fin à un litige ». Voir M. Verwighen, « Rapport explicatif sur les Conventions Obligations alimentaires de 1973 », in *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome IV, *Obligations alimentaires*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1975, para. 28 et 29. La Convention Recouvrement des aliments de 2007 ajoute les « accords » à son art. 19(1) mais cela ne semble pas impliquer l'extension du champ d'application du chapitre portant sur la reconnaissance et l'exécution ; il s'agit plutôt d'une clarification. Voir A. Borrás & J. Dgeling, avec l'aide de W. Duncan & P. Lortie, « Rapport explicatif sur la Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille », La Haye, 2013, para. 433 (ci-après, le « Rapport explicatif sur la Convention Recouvrement des aliments de 2007 »).

⁷³ L'art. 19(1) est la disposition la plus restrictive : seuls les transactions et accords conclus devant une autorité ou approuvés par celle-ci sont inclus, alors que les conventions en matière d'aliments « couvre[nt] une palette de situations diverses dans lesquelles une autorité compétente intervient dans le cadre d'accords relatifs au paiement d'aliments », voir Rapport explicatif sur la Convention Recouvrement des aliments de 2007 (*ibid.*), para. 74 pour plus d'informations.

⁷⁴ Voir art. 18(2)(a) et 20(1)(e) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

⁷⁵ Il convient de rappeler que le Règlement sur les Obligations alimentaires, qui établit des règles exhaustives de compétence en matière d'obligations alimentaires et qui autorise expressément l'élection de for, exclut également les accords en matière de compétence pour les aliments destinés aux enfants, *op. cit.* note 4.

⁷⁶ *Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (ci-après, le « Protocole Obligations alimentaires de 2007 »).

⁷⁷ Voir A. Bonomi, « Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires », La Haye, 2013, para. 109 et 110.

⁷⁸ Le choix de la loi applicable ne s'applique pas en matière d'aliments destinés aux enfants (voir art. 8(3)), sauf pour les besoins d'une procédure particulière (voir art. 7).

2. Comment le contenu d'un accord transposé dans une décision ou autre mesure ou d'une « convention en matière d'aliments » peut-il « voyager » au-delà des frontières grâce aux Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007 ?

100. Parmi les trois Conventions de La Haye qui nous intéressent dans le présent document, seules les Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007 établissent des mécanismes de reconnaissance et d'exécution.

a) Convention Protection des enfants de 1996

101. Tout accord portant sur une matière relevant de la Convention Protection des enfants de 1996 peut, s'il est transposé dans une « mesure de protection » au sens de la Convention, « voyager » facilement d'un État contractant à un autre. Afin de tirer parti du mécanisme de reconnaissance et d'exécution de la Convention Protection des enfants de 1996, la mesure doit, comme susmentionné, émaner d'une autorité d'un État contractant. Il peut s'agir d'une décision judiciaire ou de toute autre mesure émanant d'une autorité d'un État contractant, conformément au droit procédural national. La Convention précédente renvoyait déjà au terme vague de « mesures »⁷⁹ afin de reconnaître que les lois des États sont significativement différentes en termes de « mesures » de protection de l'enfant disponibles et de montrer une volonté d'exhaustivité. Par conséquent, la manière dont un accord portant sur des matières relevant de la Convention peut être transformé en « mesure de protection de l'enfant » adoptée par une autorité dépendra avant tout des options disponibles dans l'État contractant concerné.

102. Après obtention d'une « mesure de protection de l'enfant » aux termes de la Convention Protection des enfants de 1996, celle-ci est reconnue de plein droit dans tout autre État contractant⁸⁰.

103. Néanmoins, il existe un certain nombre de motifs de refus de reconnaissance énumérés à l'article 23(2) de la Convention Protection des enfants de 1996 qu'il ne faut pas négliger. La présente Note explicative s'intéresse en particulier à trois de ces motifs.

104. Le premier motif de refus de reconnaissance découle de l'article 23(2)(a) de la Convention Protection des enfants de 1996, qui énonce que la reconnaissance peut être refusée si la mesure émane d'une autorité n'ayant aucune compétence internationale en vertu de la Convention. D'un point de vue stratégique, l'État dans lequel l'accord doit être « transformé » en « mesure de protection de l'enfant » doit donc être un État contractant disposant d'une compétence internationale en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996. Considérant, sauf quelques exceptions, que la Convention « centralise [...] la compétence sur les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant [afin d']éviter autant que possible toute concurrence d'autorités également compétentes »⁸¹, l'État d'obtention de la mesure de protection de l'enfant devrait en principe être l'État contractant dans lequel l'enfant réside habituellement⁸². Il est important d'insister sur le fait que « [l']autorité de l'État requis est liée par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité de l'État qui a pris la mesure a fondé sa compétence »⁸³. Les particularités des cas d'enlèvement international d'enfants sont analysées ci-après, voir chapitre IV.2.c).

105. Le deuxième motif de refus de reconnaissance susceptible de jouer un rôle dans la reconnaissance d'une mesure de protection de l'enfant consacrant un accord parental se trouve à l'article 23(2)(b) de la Convention Protection des enfants de 1996. Cette disposition énonce qu'il est possible de refuser la reconnaissance « si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis ». Comme le précise le Rapport explicatif, ce motif de refus est « directement inspiré de l'article 12, paragraphe 12, de la *Convention des Nations Unies relatives aux droits de*

⁷⁹ Voir W. de Steiger, « Rapport explicatif sur la Convention Protection des mineurs de 1961 », in *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*, tome IV, *Protection des mineurs*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1961, p. 8 et 9.

⁸⁰ Voir art. 23(1) de la Convention Protection des enfants de 1996.

⁸¹ Voir P. Lagarde, *op. cit.* note 55, para. 37. Voir également l'art. 5 de la Convention Protection des enfants de 1996.

⁸² Voir para. 13.49-13.50 du Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 56).

⁸³ Voir art. 25 de la Convention Protection des enfants de 1996.

l'enfant »⁸⁴. Le Rapport explicatif précise également que cette disposition n'implique pas nécessairement d'entendre l'enfant dans tous les cas. Le Rapport indique « qu'il n'est pas toujours de l'intérêt de l'enfant de devoir donner un avis, notamment si les deux parents sont d'accord sur la mesure à prendre. C'est seulement lorsque la non-audition de l'enfant est contraire aux principes fondamentaux de procédure de l'État requis qu'elle pourra justifier un refus de reconnaissance ». Aux fins de la présente Note explicative, il convient de garder à l'esprit que le fait d'« entendre l'enfant » peut revêtir une importance significative en matière de reconnaissance de la mesure de protection le visant. Le sujet est abordé plus en détail ci-après, chapitre V.2.e).

106. Le troisième motif de refus de reconnaissance qu'il convient de souligner se trouve à l'article 23(2)(d) de la Convention Protection des enfants de 1996. Cette disposition énonce la possibilité de refuser la reconnaissance d'une mesure « si [celle-ci] est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Au moment de la rédaction d'un accord (qui a par la suite vocation à se traduire en mesure de protection) il est important de s'interroger quant aux conséquences éventuelles du contenu de l'accord en termes d'ordre public dans l'État dans lequel il a vocation à être reconnu et exécuté. En matière d'examen de la conformité à l'ordre public de la reconnaissance de la mesure, l'importance donnée à l'« intérêt supérieur de l'enfant » représente une motivation supplémentaire en faveur de la prise en compte du point de vue de l'enfant dans le cadre de la rédaction de l'accord (voir ci-dessous chapitre V.2.d)).

107. Afin de dissiper tout doute quant à d'éventuels motifs de refus de la reconnaissance, toute personne intéressée peut présenter une demande aux fins de reconnaissance préalable conformément à l'article 24 de la Convention Protection des enfants de 1996. Il est nécessaire d'obtenir une déclaration de caractère exécutoire, conformément à l'article 26 de la Convention Protection des enfants de 1996, afin de s'assurer que la mesure de protection de l'enfant est susceptible d'exécution dans l'autre État.

b) Convention Recouvrement des aliments de 2007

108. Le mécanisme de reconnaissance et d'exécution de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 s'applique à tout accord, portant sur des questions d'aliments relevant du champ d'application de la Convention, consacré dans une décision, un jugement d'expédient, conclu devant une autorité ou approuvé par celle-ci (art. 19(1) de la Convention). L'application de ce mécanisme répond toutefois à une condition : la compétence de l'autorité impliquée doit provenir de l'un des « chefs de compétence indirecte » énumérés à l'article 20(1). Rappelons en outre que les États contractants sont en mesure d'émettre des réserves quant à certains « chefs de compétence » (voir art. 20(2) de la Convention). D'un point de vue stratégique, considérant que les États ne peuvent émettre des réserves quant à ces chefs de compétence, il est en principe plus prudent que la décision soit rendue dans un État dont les autorités disposent d'une compétence internationale en application de l'article 20(1)(a), (b) ou (d)⁸⁵.

109. Parmi les motifs de refus de reconnaissance que l'on retrouve à l'article 22, il convient de porter une attention particulière à l'article 22(a). Cette disposition énonce que la reconnaissance et l'exécution de la décision peuvent être refusées « si [elles] sont manifestement incompatibles avec l'ordre public de l'État requis ». Comme on l'a déjà évoqué ci-dessus, il convient de s'assurer, au moment de la rédaction d'un accord, que son contenu respecte l'« ordre public » de l'État étranger dans lequel il a vocation à être reconnu et exécuté (voir ci-dessous chapitre V.2.d)).

110. Aux fins de reconnaissance et d'exécution d'une « convention en matière d'aliments » aux termes de l'article 3(e) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, ce sont

⁸⁴ Voir P. Lagarde, *op. cit.* note 55, para. 123.

⁸⁵ Conformément à l'art. 20(1)(a), (b) ou (d), une « décision rendue dans un État contractant (« l'État d'origine ») est reconnue et exécutée dans les autres États contractants si :

- a) le défendeur résidait habituellement dans l'État d'origine lors de l'introduction de l'instance ;
- b) le défendeur s'est soumis à la compétence de l'autorité, soit expressément, soit en se défendant sur le fond de l'affaire sans contester la compétence lorsque l'occasion lui en a été offerte pour la première fois ;
- [...]
- d) l'enfant pour lequel des aliments ont été accordés résidait habituellement dans l'État d'origine lors de l'introduction de l'instance, à condition que le défendeur ait vécu avec l'enfant dans cet État et y ait fourni des aliments à l'enfant ; [...]. »

généralement les mêmes dispositions que pour la reconnaissance des décisions qui s'appliquent (voir art. 19(4) de la Convention). Toutefois, l'article 30 modifie quelque peu ces règles. En particulier, les motifs de refus de reconnaissance ne sont pas les mêmes (voir art. 30(4) de la Convention). Il importe de relever que les règles de compétence internationale indirecte de la Convention n'impactent pas la reconnaissance et l'exécution des conventions en matière d'aliments. Toutefois, les conventions en matière d'aliments doivent « passer » le même test relatif à l'ordre public que les décisions.

IV. ABORDER DES SITUATIONS TYPIQUES DE DIFFÉRENDS FAMILIAUX TRANSFRONTIÈRES

111. Le présent chapitre analyse les particularités des accords conclus dans le cadre des déménagements transfrontières, en matière de droits de visite transfrontière et en cas d'enlèvement international d'enfants. À cet égard, il énonce les conséquences de l'examen de ces situations présenté au chapitre précédent.

1. Accords dans le cadre d'un déménagement transfrontière

112. Le terme déménagement transfrontière est interprété comme renvoyant à des situations dans lesquelles l'un des parents déménage à l'étranger avec son/ses enfant(s) mineur(s) en vue d'établir leur résidence habituelle dans l'État de déménagement. L'on envisage ici seulement les déménagements intervenus légalement et non les situations dans lesquelles un parent emmène l'enfant dans un autre État en violation du droit de garde (ces situations sont évoquées ci-dessous, dans la partie « Enlèvement international d'enfants »).

113. Outre le consentement effectif au déménagement, un accord parental conclu dans le cadre d'un déménagement transfrontière est susceptible d'aborder les modalités de contact et d'autres questions relatives à l'exercice de la responsabilité parentale. De plus, l'accord peut traiter de questions relatives aux aliments destinés aux enfants ou à l'époux ou ex-époux, les frais de voyage et liés à l'éducation⁸⁶.

114. Le mécanisme effectif de reconnaissance et d'exécution de la Convention Protection des enfants de 1996 s'applique à toutes les questions relevant de son champ d'application et reprises dans une « mesure de protection de l'enfant » émanant d'une autorité d'un État contractant disposant de la compétence internationale. Rappelons que la Convention Protection des enfants de 1996 centralise la compétence internationale dans l'État de résidence habituelle de l'enfant, les parents devraient donc saisir les autorités de cet État aux fins d'obtention d'une « mesure de protection de l'enfant » inspirée de leur accord. Selon les différentes options disponibles dans l'État contractant pertinent, l'accord peut être transposé dans une ordonnance de consentement ou introduit d'une autre manière dans une décision. Le fait que l'accord soit enregistré auprès d'une autorité compétente ou homologué par celle-ci peut s'avérer suffisant. Une fois que les parents ont obtenu une « mesure de protection de l'enfant », cette dernière peut être reconnue de plein droit dans tous les autres États contractants. Afin de dissiper tout doute quant à d'éventuels motifs de refus de la reconnaissance, il est possible de solliciter la reconnaissance préalable conformément à l'article 24 de la Convention Protection des enfants de 1996.

115. Pour tout ce qui a trait à des questions relevant du champ d'application de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, deux voies sont envisageables aux fins d'application du mécanisme de reconnaissance et d'exécution mis en place par la Convention.

116. Premièrement, l'accord peut être repris dans une décision ou un jugement d'expédient ou avoir été établi devant une autorité compétente ou approuvé par celle-ci aux termes de l'article 19(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. L'État contractant choisi doit disposer de la compétence internationale en la matière, conformément aux règles de compétence indirecte de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Il convient de garder à l'esprit les éventuelles réserves émises par les États concernés par une affaire en particulier. Par mesure de précaution, la compétence internationale doit découler des chefs de compétence visés à l'article 20(1)(a), (b) ou (d) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, considérant qu'aucune réserve n'est possible à leur égard.

⁸⁶ Pour tout ce qui a trait aux matières typiques abordées dans les accords conclus dans le cadre de différends familiaux transfrontières voir, *supra*, chapitre II.

117. Deuxièmement, l'accord pourrait obtenir force exécutoire en raison de sa nature de convention en matière d'aliments (art. 30 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007). Cela présuppose que l'accord ait été établi ou consigné sous la forme d'un acte authentique ou authentifié par, conclu avec, enregistré ou déposé auprès d'une autorité compétente au sens de l'article 3(e) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Il convient d'attirer l'attention sur le fait que l'article 30 ne peut être utilisé entre tous les États contractants puisque des réserves sont possibles à son égard⁸⁷. En outre, il convient d'insister sur le fait que tous les systèmes juridiques ne connaissent pas nécessairement le concept d'« acte authentique » ou d'autres formes de « conventions en matière d'aliments » tel que défini à l'article 3(e) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Il pourrait dès lors s'avérer impossible de produire une telle convention dans un autre État contractant. En revanche, même les États qui ne connaissent pas de telles conventions en matière d'aliments dans leur droit interne seront tenus, sauf réserve émise en application de l'article 30(8), de reconnaître et d'exécuter les conventions en matière d'aliments émanant d'autres États contractants.

118. En application de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, la reconnaissance et l'exécution des conventions en matière d'aliments suivent les mêmes règles que celles applicables à la reconnaissance et l'exécution des décisions (voir art.19(4) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007). L'article 30 modifie toutefois quelque peu ces règles. Pour ce qui nous intéresse, les différents ensembles de motifs de refus de la reconnaissance applicables aux conventions en matière d'aliments revêtent une importance significative. Comme susmentionné, si la reconnaissance d'une décision fondée sur un chef de compétence qui ne dépend pas des règles de compétence indirecte de la Convention peut être refusée, la compétence internationale n'a aucune incidence sur les conventions en matière d'aliments. Par conséquent, une convention en matière d'aliments émanant de tout État contractant peut profiter du mécanisme de reconnaissance et d'exécution de la Convention.

119. Après avoir analysé les mécanismes prescrits par les Conventions de 1996 et de 2007, l'on peut tirer les conclusions suivantes quant aux accords relatifs au déménagement transfrontière.

120. Tout d'abord, il convient de mettre en exergue que lorsque l'accord de déménagement ne porte que sur des questions qui relèvent du champ d'application de la Convention Protection des enfants de 1996, il peut, grâce à celle-ci, voyager au-delà des frontières avec beaucoup d'aisance. De même, s'il traite de matières qui tombent exclusivement sous le coup de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, celle-ci lui offre un mécanisme efficace de reconnaissance et d'exécution transfrontières. Les choses se compliquent lorsqu'un accord portant sur le déménagement est un « accord d'ensemble »⁸⁸.

121. Pour toutes les questions d'un accord d'ensemble qui relèvent de la Convention Protection des enfants de 1996, l'État dans lequel l'enfant réside actuellement habituellement représente l'ordre juridique de « départ » idéal aux fins de reconnaissance et d'exécution de l'accord. Dans cet État, l'accord devra être incorporé dans une « mesure de protection de l'enfant » au sens de la Convention. Cette mesure sera alors reconnue de plein droit dans tous les autres États contractants. Le droit de l'État de résidence habituelle de l'enfant déterminera les conditions dans lesquelles l'accord peut être repris dans une « mesure de protection de l'enfant » ou transformé en une telle mesure.

122. Pour les questions de l'accord relevant de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, l'État dans lequel l'enfant réside actuellement habituellement constitue également un bon ordre juridique de « départ » aux fins de reconnaissance et d'exécution. En cas d'accord entériné dans une décision, un jugement d'expédient ou approuvé par une autorité aux termes de l'article 19(1) de la Convention, la compétence internationale fondée sur les chefs visés à l'article 20(1)(a), (b) ou (d) de la Convention Recouvrement de 2007 serait l'option la plus sûre : autrement dit, saisir le tribunal de l'État de résidence habituelle du défendeur⁸⁹ (c.-à-d.

⁸⁷ *Ibid.*, art. 30(8).

⁸⁸ Voir le terme « accord d'ensemble » dans la partie « Terminologie » ci-dessus.

⁸⁹ Il convient de préciser que l'art. 20(1)(a), (b) et (d) renvoie au terme « défendeur » (et ne parle pas de « débiteur » aux fins des demandes de l'art. 10(1) ou de « créateur » aux fins des demandes de l'art. 10(2)). Considérant que l'art. 20 s'applique aux accords conclus devant une autorité compétente ou approuvés par

le débiteur, qui est le défendeur dans le cadre de la procédure de reconnaissance et d'exécution en application du chapitre V de la Convention), à condition que le défendeur⁹⁰ consente à cette compétence ou saisir le tribunal de l'État de résidence habituelle de l'enfant considérant que le défendeur⁹¹ y a vécu avec l'enfant ou y a résidé et versé des aliments à l'enfant.

123. Dans l'éventualité où la loi de l'État concerné connaît le concept de « conventions en matière d'aliments » tel que défini à l'article 3 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, les étapes pertinentes pourraient être mises en œuvre en vue de l'obtention d'une telle convention en matière d'aliments. Indépendamment des règles de compétence internationale en matière d'aliments, cette convention pourrait alors obtenir force exécutoire dans tous les États contractants grâce à la Convention.

124. En résumé, l'on peut, en principe, dire qu'il est possible d'octroyer, dans tous les États contractants, force exécutoire à un accord relatif au déménagement comprenant des dispositions relatives aux aliments grâce aux Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007, si l'ordre juridique de « départ » est celui de l'État de résidence habituelle des enfants et que l'un des chefs de compétence visés à l'article 20 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 s'applique ou si les parties ont établi une « convention en matière d'aliments » valable en vertu des articles 3(e) et 30 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

125. Le droit procédural de l'État contractant pertinent déterminera en grande partie si la procédure de reconnaissance et d'exécution d'un accord de déménagement, contenant des dispositions concernant le versement d'aliments, dans l'État de « départ » évoqué ci-dessus se révèle aisée ou contraignante. Elle peut s'avérer coûteuse et chronophage. La complexité peut également découler du fait que les autorités compétentes pour prendre des mesures de protection de l'enfant au sens de la Convention Protection des enfants de 1996 et compétentes pour rendre une décision ou un jugement d'expédient en matière d'aliments, de conclure ou d'approuver un accord en vertu de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 sont des autorités distinctes. Les parties pourraient dès lors être contraintes de saisir deux autorités distinctes, ce qui implique en outre des frais supplémentaires.

126. À l'évidence, lorsque l'accord porte sur des questions⁹² qui ne relèvent ni du champ d'application de la Convention Protection des enfants de 1996, ni de celui de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 ou lorsque ces dernières ne sont pas en vigueur⁹³ entre les États concernés, l'obtention de la reconnaissance et de l'exécution de l'accord dans l'ensemble des États concernés est plus éprouvant.

127. Dans le meilleur des cas, les Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007 sont en vigueur dans tous les États concernés par le différend, toutes les questions abordées dans l'accord relèvent de l'une ou l'autre des Conventions et une seule autorité de l'ordre juridique de « départ » est compétente en vertu des deux Conventions aux fins de la reconnaissance et de l'exécution de l'accord. Pour

celle-ci aux termes de l'art. 19(1), c.-à-d. dans les cas dans lesquels aucune procédure n'a été intentée contre le « défendeur », le terme « défendeur » ne correspond pas exactement. Au moyen d'une interprétation téléologique, l'art. 20 peut cependant être interprété comme faisant référence au « défendeur » aux fins de la procédure de reconnaissance et d'exécution en application du chapitre V de la Convention, soit le débiteur en matière de créance alimentaire. Le strict minimum serait que l'art. 20(1)(b) s'applique aux cas dans lesquels les deux parties ont consenti à la compétence du tribunal en sollicitant une ordonnance de consentement, d'autant plus que les parties résident habituellement dans l'État compétent.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Cela peut notamment être le cas si l'accord de déménagement intervient dans le cadre d'une procédure de divorce et contient des questions ayant trait à la dissolution du régime matrimonial. Voir, *supra*, chapitre II. De toute évidence, les Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007 peuvent servir à obtenir la reconnaissance et l'exécution partielles de l'accord dans tous les États contractants eu égard à toutes les questions relevant de leur champ d'application. Pour le reste, il conviendra de cerner les règles de droit international privé pertinentes, voir, *supra*, para. 39 et s.

⁹³ La présente Note explicative met en exergue les avantages considérables des Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007, en ce qu'elles permettent aux accords ou à leur contenu de « voyager » au-delà des frontières. Les États qui ne le seraient pas encore devraient être encouragés à devenir Parties aux Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007.

compléter ce tableau idyllique, l'autorité compétente agit avec célérité et à titre gratuit ou impose à tout le moins des frais raisonnables⁹⁴.

2. Accords transfrontières relatifs au droit de visite

128. Dans cette partie, l'on s'intéresse aux cas dans lesquels l'un des titulaires de la responsabilité parentale réside dans un autre État que l'État de résidence habituelle de l'enfant et de l'autre parent. Dans de tels cas, des conflits peuvent survenir, par exemple, si l'un des parents souhaite modifier les modalités d'exercice du droit de visite ou si la personne principalement responsable de l'enfant entrave l'exercice de ce droit.

129. Néanmoins, un différend peut également survenir eu égard à des questions de versement d'aliments. Si les droits aux aliments et de visite sont des questions distinctes, il n'est pas rare, en pratique, que des retards dans le versement des aliments génèrent des difficultés en matière de mise en œuvre du droit de visite et *vice versa*.

130. Le cadre juridique évoqué dans la partie précédente concernant le déménagement transfrontière est presque le même. La différence est que l'enfant et l'un des parents résident habituellement dans un État tandis que l'autre parent réside dans un autre. Supposons que les Conventions Protection des enfants de 1996 et Recouvrement des aliments de 2007 sont toutes les deux en vigueur dans tous les États concernés, l'on peut alors, dans le cadre d'un accord relatif au droit de visite mentionnant les aliments, donner le conseil suivant : l'ordre juridique de « départ » idéal aux fins de reconnaissance et d'exécution d'un accord portant sur des points relevant de la Convention Protection des enfants de 1996 est celui de la résidence habituelle de l'enfant. Si l'on peut établir, dans cet État, une « convention en matière d'aliments » à caractère exécutoire au sens de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, il pourrait s'agir de la solution idéale pour toutes les questions relatives aux aliments, à condition qu'aucun des États concernés n'ait émis de réserves en application de l'article 30(8) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Dans le cas contraire, les parties de l'accord portant sur les aliments doivent être reprises dans une décision ou un jugement d'expédient, ou l'accord doit être conclu devant une autorité ou approuvé par celle-ci aux termes de l'article 19(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Cette démarche peut être effectuée dans l'État de résidence habituelle de l'enfant, autrement dit un État qui ne correspond pas à l'État de résidence habituelle du débiteur, sur le fondement du chef de compétence visé à l'article 20(b).

131. De toute évidence, les accords transfrontières relatifs au droit de visite portant exclusivement sur des questions relevant du champ d'application de la Convention Protection des enfants de 1996 voyagent, grâce à elle, très facilement dans tous les États contractants.

3. Enlèvement international d'enfants (accords relatifs au retour et au non-retour)

132. Dans le cas d'un enlèvement international d'enfants, la situation de fait diverge à de nombreux égards d'un déménagement transfrontière. Tout d'abord, il est probable que le différend soit plus conflictuel et qu'une solution amiable soit plus difficile à obtenir. En outre, les contraintes de temps sont beaucoup plus pressantes dans ces cas-là. Les procédures de retour engagées en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 sont des procédures rapides ; les décisions doivent être rendues dans un délai de quelques semaines seulement. Toute procédure visant à aboutir à une résolution amiable du différend doit respecter un calendrier très serré⁹⁵. Le déclenchement éventuel de poursuites pénales dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé complique la résolution du différend⁹⁶.

133. Dans les cas d'enlèvement international d'enfants, des règles particulières de compétence internationale en matière de responsabilité parentale s'appliquent en vertu des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996. Elles partent du postulat selon lequel le for le plus approprié pour statuer sur le fond du droit de garde est généralement l'État de résidence habituelle de l'enfant. L'enlèvement ou le non-retour de l'enfant déplace

⁹⁴ Il serait utile que les États réfléchissent à l'élaboration de bonnes pratiques visant à répondre au « meilleur des cas » décrit ici.

⁹⁵ Voir les défis particuliers en matière de médiation dans des cas d'enlèvement international d'enfants, chapitre 2 du Guide de bonnes pratiques sur la médiation, *op. cit.* note 5.

⁹⁶ Voir, *supra*, para. 74 à 76.

dans un autre État par l'un des parents en violation du droit de garde de l'autre parent ne devrait pas avoir d'incidence sur la compétence. Selon la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, tant que la procédure de retour est en cours, les tribunaux de l'État dans lequel l'enfant a été emmené ne peuvent statuer sur le fond du droit de garde (art. 16). La Convention Protection des enfants de 1996, étayant la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, énonce que les autorités de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement conservent la compétence internationale pour les matières relevant de son champ d'application, jusqu'à ce que les conditions visées à son article 7 soient satisfaites. En cas de transfert de la compétence internationale en vertu de l'article 7 de la Convention Protection des enfants de 1996, l'enfant doit avoir « acquis une résidence habituelle dans un autre État » et « a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour » ou « b) l'enfant a résidé dans cet autre État pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ».

134. Les particularités de la situation factuelle et juridique en matière d'enlèvement international d'enfants peuvent compliquer la procédure de reconnaissance et d'exécution, dans tous les États concernés, des accords conclus en matière familiale.

a) Accord de retour

Exemple : Une procédure de retour en vertu de la Convention de La Haye est pendante dans l'État A. Les parents ont établi, dans le cadre d'une médiation spécialisée, un accord détaillé en vertu duquel l'enfant et la mère (parent ayant emmené l'enfant) sont tenus de rentrer dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé (État B). À partir de maintenant, l'enfant vivra avec sa mère, qui en est principalement responsable, dans l'État B, le père disposera d'un droit de visite régulier en vertu de l'accord et l'enfant continuera à voir sa famille maternelle dans l'État A pendant les vacances estivales. Les Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 sont en vigueur entre les deux États.

135. Le tribunal saisi de la procédure de retour en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 peut y mettre un terme par consentement mais il ne dispose pas de la compétence internationale nécessaire pour statuer au fond sur les droits de garde et de visite. Les autorités de l'État B conservent cette compétence internationale, en application de l'article 7 de la Convention Protection des enfants de 1996, conforté par l'article 16 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

136. Dans le cadre de notre exemple, l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, qui, en cas d'urgence, attribue la compétence en matière de mesures de protection aux autorités de tout État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant, ne peut aider à obtenir la reconnaissance et l'exécution de l'accord dans l'État A. Il peut, dans le cadre d'une procédure de retour, jouer un rôle pour tout ce qui a trait au retour sans danger de l'enfant au moyen de certaines mesures de protection⁹⁷, comme désigner la mère, à titre temporaire, comme la personne principalement responsable de l'enfant et donner force exécutoire, de manière provisoire, à un accord conclu avec le père en matière de droit de visite. Cependant, les mesures prises en vertu de cet article 11 sont par nature des « mesures temporaires » et elles « cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 et 10 [de la Convention Protection des enfants de 1996] ont pris les mesures exigées par la situation »⁹⁸. Ainsi, tout tribunal compétent conformément à l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 ne peut procéder à l'exécution, sur le long terme, des accords relatifs aux droits de garde et de visite. La décision provisoire n'est effective que jusqu'à ce que l'autorité compétente de l'État B ne prenne la relève. Il appartient à l'autorité compétente de l'État B d'octroyer ou non force exécutoire à l'accord des parties eu égard aux droits de garde et de visite. En outre, le recours à l'article 11 implique une situation d'« urgence »⁹⁹ nécessitant l'adoption de mesures de protection.

⁹⁷ Voir pour plus de détails, le chapitre 6 du Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 56).

⁹⁸ Voir art. 11(2) de la Convention Protection des enfants de 1996.

⁹⁹ Voir, quant à l'interprétation restrictive du terme « urgence », le chapitre 6 du Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 56).

137. Dans l'éventualité où le tribunal de l'État A saisi d'une procédure de retour en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 reprend néanmoins les termes de l'accord dans sa décision, les autorités des autres États parties à la Convention Protection des enfants de 1996 ne seraient pas tenues de reconnaître cette décision quant aux droits de garde et de visite (voir les motifs de refus de reconnaissance de l'art. 23(2)(a) de la Convention Protection des enfants de 1996).

138. L'État B est l'ordre juridique de « départ » idéal aux fins de reconnaissance et d'exécution de l'accord portant sur les droits de garde et de visite, dans le cadre de la Convention Protection des enfants de 1996 (c.-à-d., l'État de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant l'enlèvement ou le non-retour illicite). Toutefois, comme cela a été évoqué lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale, « la Convention n'impose pas au tribunal saisi des questions de garde dans l'État B [...] de traiter l'affaire avec célérité (contrairement au tribunal saisi de la procédure de retour dans l'État A). Même si les tribunaux de nombreux États ont tendance à traiter rapidement les questions de garde, les procédures de l'État B peuvent s'avérer trop longues pour que la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 dans l'État A reste en instance »¹⁰⁰. En outre, d'autres obstacles pratiques supplémentaires peuvent rendre l'obtention d'une mesure de protection de l'enfant dans l'État B plus compliquée tant que la situation d'enlèvement n'est pas résolue. Les autorités de l'État B peuvent exiger la présence des deux parties au tribunal et souhaiter auditionner l'enfant¹⁰¹.

139. Le recours aux communications judiciaires directes est vivement recommandé pour aider les parties à faire face à cette situation difficile et à tirer le meilleur parti de l'action conjuguée des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996¹⁰². Le Réseau international de juges de La Haye¹⁰³ compte environ 124 membres de 81 systèmes juridiques distincts (état présent à la date du mois de mai 2017) qui aident à établir des communications judiciaires directes. Comme l'explique la Brochure consacrée aux communications judiciaires directes, « [i]ls exercent essentiellement deux fonctions de communications. La première, d'ordre général (c.-à-d. non directement liée aux affaires), consiste à relayer les informations générales entre le Réseau international de La Haye ou le Bureau Permanent et leurs collègues au sein de l'État, et vice versa, [...]. La seconde fonction consiste en communications judiciaires directes sur des affaires particulières, l'objectif de ces communications étant de pallier le manque d'informations du juge compétent sur la situation et les implications légales dans l'État de résidence habituelle de l'enfant. Les membres du Réseau peuvent être ainsi amenés à faciliter des arrangements pour le retour sans danger de l'enfant, notamment à mettre en place des mesures de protection urgentes et / ou provisoires, et à donner des informations sur des questions de garde ou de droit de visite ou les mesures possibles face à des allégations de violence domestique ou d'abus. Ces communications permettent souvent de gagner beaucoup de temps et de mieux utiliser les ressources disponibles, le tout dans l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁴. Lorsque les parties ont conclu, dans une affaire d'enlèvement international d'enfants, un accord prévoyant le retour, les communications judiciaires directes peuvent aider à obtenir rapidement la reconnaissance et l'exécution dudit accord dans l'État de retour.

140. Pour toutes les questions relatives aux aliments relevant du champ d'application de la Convention de 2007, en vigueur entre les deux États concernés, la situation d'enlèvement n'a pas pour effet de bloquer la compétence. Considérant que les autorités de l'État A disposent de la compétence internationale en matière d'aliments, conformément à ses règles internes¹⁰⁵, ces autorités peuvent rendre une décision reproduisant les termes de la convention en matière d'aliments. La décision sera ensuite reconnue et exécutée dans l'État B, à condition que les chefs de compétence utilisés dans l'État A relèvent de l'article 20 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007. Si la loi de l'État A permet d'établir une « convention en matière d'aliments » aux termes de l'article 3(e) de la Convention Recouvrement des aliments

¹⁰⁰ Guide de la Deuxième partie de la CS de 2012, *op. cit.* note 15, para. 48.

¹⁰¹ De toute évidence, selon les circonstances, l'audition de l'enfant au moyen de la vidéoconférence peut remplacer sa présence dans l'État B.

¹⁰² Voir pour plus de détails, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Communications judiciaires directes*, La Haye, 2013 et (to be added new Prel.Doc. on the matter).

¹⁰³ Voir pour plus de détails, la liste des membres du Réseau international de juges de La Haye, disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < www.hcch.net >, sous la rubrique « Enlèvement d'enfants ».

¹⁰⁴ Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, *op. cit.* note 102, p. 7.

¹⁰⁵ Dans les États membres de l'UE, il s'agira des règles de compétence visées dans le Règlement sur les Obligations alimentaires.

de 2007, son article 30 peut servir à la reconnaître et l'exécuter dans l'État B. Cette option est indépendante de toute considération en matière de compétence internationale.

b) Accord de non-retour

Exemple : une procédure de retour en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est pendante dans l'État A. Les parents ont établi, dans le cadre d'une médiation spécialisée, un accord détaillé en vertu duquel l'enfant et la mère (parent ayant emmené l'enfant) ne rentreront pas dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé (État B). À partir de maintenant, l'enfant vivra avec sa mère, qui en est principalement responsable, dans l'État A, le père disposera d'un droit de visite régulier en vertu de l'accord et l'enfant voyagera régulièrement dans l'État B pour voir son père. Les Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 sont en vigueur entre les deux États.

141. La reconnaissance et l'exécution de cet accord de non-retour dans les deux États concernés impliquera presque à coup sûr l'implication des autorités de l'État B, à tout le moins si les parties souhaitent obtenir l'exécution immédiate de l'accord dans son intégralité dès la clôture de la procédure de retour.

142. Tant que la procédure de retour est pendante, les autorités de l'État A ne disposent pas de la compétence internationale quant au fond des droits de garde et de visite (art. 16 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et art. 7 de la Convention Protection des enfants de 1996).

143. Une fois clôturée la procédure de retour en conséquence de l'accord des parents aux fins du non-retour de l'enfant, l'entrave à la compétence de l'article 16 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 cesse d'exister. Pour autant, cela ne provoque pas un transfert automatique de compétence en matière de droits de garde et de visite de l'État A à l'État B. Le transfert de compétence n'aura lieu que si les conditions cumulatives de l'article 7 de la Convention Protection des enfants de 1996 sont remplies, ce qui implique que l'État A soit désormais l'État de résidence habituelle de l'enfant.

144. Dans le cas où il n'est pas possible de satisfaire immédiatement aux conditions de l'article 7 aux fins de transfert de compétence, comme cela a été évoqué lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale, « un transfert de compétence de l'État B en faveur de l'État A, conformément à l'article 8 ou, plus habituellement, à l'article 9 de la Convention de 1996, pourrait être demandé pour que l'accord devienne juridiquement contraignant dans l'État A par voie de justice »¹⁰⁶. Cependant, le tribunal de l'État B statuant sur le transfert de compétence n'est pas tenu de traiter la question avec célérité. De plus, vu les échanges nécessaires entre les autorités des États A et B aux fins de transfert et considérant que toutes les autorités n'utilisent pas des moyens de communication réceptifs comme les courriels, la procédure de transfert de compétence peut se révéler chronophage en elle-même. Là encore, il convient de relever les avantages potentiels du recours aux communications judiciaires directes, en ce qu'elles aident à accélérer la procédure¹⁰⁷.

145. Dans ce contexte et afin de tirer le meilleur parti de l'action conjointe des Conventions de 1980 et de 1996, l'on devrait envisager de suivre les mêmes étapes que suggérées au paragraphe 138, c'est-à-dire présenter l'accord aux autorités compétentes de l'État B aux fins de transformation en « mesure de protection ».

146. Des problèmes sont susceptibles de survenir lorsque la procédure engagée dans l'État B n'est pas suffisamment rapide pour s'assurer que la procédure de retour est encore pendante dans l'État A jusqu'à ce que la « mesure de protection de l'enfant » soit obtenue dans l'État B. Comme susmentionné, « le fait que l'État B saisi pour transformer l'accord parental en matière de garde et de contact en décision de justice puisse exiger la présence des deux parties à l'audience et souhaiter entendre l'enfant peut constituer un obstacle pratique à la solution consistant à retourner dans l'État B »¹⁰⁸. Comme l'ont constaté les discussions de la Commission spéciale, « en raison de la corrélation entre les termes de l'accord, il n'est pas satisfait de mettre

¹⁰⁶ Guide de la Deuxième partie de la CS de 2012, *op. cit.* note 15, para. 47.

¹⁰⁷ Voir, *supra*, para. 139.

¹⁰⁸ Guide de la Deuxième partie de la CS de 2012, *op. cit.* note 15, para. 49.

fin à la procédure de retour conformément à l'accord sans que le reste de l'accord traitant des questions de garde à long terme ne devienne juridiquement contraignant et exécutoire »¹⁰⁹.

147. Pour les accords relatifs aux aliments, voir *supra*, para. 140.

V. LISTE RÉCAPITULATIVE AUX FINS DE RECONNAISSANCE ET D'EXÉCUTION DE L'ACCORD DANS LES ÉTATS CONCERNÉS ET RECOMMANDATIONS POUR LA RÉDACTION D'ACCORDS

1. Liste récapitulative

- Quelles sont les questions qu'un accord couvre (doit couvrir) ?
- Avec quels États le différend présente-t-il des liens et aura-t-il des liens, une fois qu'il sera mis en œuvre ?
- Eu égard à quelles questions l'accord doit-il être reconnu et exécuté et dans quel(s) État(s) ?
- Quels instruments de droit international privé pertinents pour les différentes questions de l'accord sont en vigueur entre les États concernés ? En particulier, les Conventions de La Haye de 1980, de 1996 et de 2007 sont-elles en vigueur dans les États concernés¹¹⁰ ?
- Dans quel ordre juridique l'accord doit-il d'abord être reconnu et exécuté aux fins d'exécution transfrontière dans le plus d'ordre(s) juridique(s) concerné(s) possibles, grâce, dans la mesure du possible, aux instruments de droit international privé susmentionnés ?
- Des procédures civiles relatives à (certaines) des questions couvertes par l'accord sont-elles pendantes dans un ou plusieurs État(s) ? Que prévoit l'accord eu égard à ces procédures ? Les procédures en cours affectent-elles le choix de l'ordre juridique dans lequel il convient d'obtenir, en premier lieu, la reconnaissance et l'exécution ?

Après avoir recensé les règles de droit international privé susceptibles de faciliter le « voyage » de l'accord au-delà des frontières aux fins d'exécution et après avoir cerné l'ordre juridique dans lequel il convient d'obtenir, en premier lieu, la reconnaissance et l'exécution, il convient de répondre aux questions suivantes :

- Dans le premier État, quelles sont les conditions requises en vue de la reconnaissance et de l'exécution de l'accord en interne ? Quelles sont, dans cet État, les règles de droit matériel applicables à/aux question(s) couverte(s) par l'accord et quelles limites imposent-elles à l'autonomie de la volonté ? Quelles étapes doivent-elles être entreprises aux fins de reconnaissance et d'exécution de l'accord ? S'il existe plusieurs moyens de rendre l'accord (ou son contenu) exécutoire, lequel facilite le « voyage » transfrontière de celui-ci conformément aux règles de droit international privé applicables ?
- Quelles conditions les règles de droit international privé en vigueur dans l'État requis imposent-elles aux fins de reconnaissance et d'exécution de l'accord ? Qu'est-ce que cela implique en termes de contenu de l'accord, de procédures à suivre et de mesures à prendre dans le premier ordre juridique ?

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Voir, pour des informations actualisées sur États parties à ces Conventions de La Haye, le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse suivante : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Instruments », « Conventions », puis en choisissant la Convention pertinente la rubrique « État présent ». Un aperçu complet des États ayant ratifié les Conventions de La Haye est disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse suivante : < www.hcch.net >, sous les rubriques « Instruments », « Conventions », puis « État présent ».

- Quelles conditions le droit interne du/des potentiel(s) État(s) d'exécution impose(nt)-t-il(s) en matière de contenu de l'accord pour que celui-ci soit considéré comme « exécutoire » ? À titre d'exemple, les dispositions relatives aux modalités du droit de visite sont-elles suffisamment précises pour être exécutées par les autorités de l'État d'exécution ?

D'autres questions sont susceptibles de se poser, selon les circonstances et la situation juridique de l'espèce :

- Dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, des poursuites pénales sont-elles pendantes / ont-elles été engagées dans l'un des États concernés ? Cela affecte-t-il la mise en œuvre de l'accord ?
- Si seule une partie de l'accord est susceptible d'être reconnue et exécutée, quelles conséquences découlent de cette exécution partielle ? Qu'envisagent les parties ? Quels sont les risques que l'accord soit exécuté quoiqu'il arrive (en particulier concernant l'enfant) ?

2. Recommandations pour la rédaction d'accords

148. Objectif : l'accord conclu en vue de régler un différend familial transfrontière impliquant des enfants a vocation à obtenir un effet juridique dans tous les États concernés et, dans l'idéal, force exécutoire dans tous les ordres juridiques pertinents¹¹¹.

149. Les réponses à la liste récapitulative ci-dessus requièrent une analyse de la situation juridique du cas particulier.

150. L'on présente ici un certain nombre de recommandations concernant la rédaction d'un accord.

a) « Lieu » d'établissement de l'accord et choix de la procédure accompagnant la résolution amiable du différend

151. Contrairement aux décisions, qui sont rendues par une autorité d'un État déterminé, il n'est pas rare que les accords ne soient clairement reliés à aucun lieu particulier. C'est d'autant plus vrai qu'aujourd'hui les communications à distance sont reconnues comme un moyen d'échange dans le cadre de la médiation ou de procédures similaires. Il peut donc s'avérer difficile d'établir l'« État d'origine » d'un accord.

152. En pratique, ce sont souvent les circonstances de l'espèce qui déterminent l'endroit où les parties peuvent se réunir pour débattre d'une solution convenue à un différend transfrontière. Parfois, des problèmes de santé, de visas ou, dans les cas d'enlèvement international d'enfants, des poursuites pénales peuvent empêcher l'une des parties de se déplacer dans un autre État.

153. Dans la plupart des cas, l'endroit exact où les parties se rencontreront pour discuter d'une solution amiable n'a pas d'incidence sur la procédure de reconnaissance et d'exécution de l'accord dans l'ensemble des ordres juridiques concernés par celui-ci. Comme indiqué ci-dessus, la question cruciale vise à déterminer dans quel État les parties « emmèneront » leur accord dans un premier temps, aux fins de reconnaissance et d'exécution, autrement dit, quel sera l'ordre juridique de « départ » choisi afin que l'accord soit reconnu et exécuté le plus largement possible, conformément aux règles de droit international privé applicables. Cependant, dans certains cas, les accords découlant de procédures spécifiques, comme la médiation certifiée, peuvent bénéficier d'un statut privilégié dans certains États¹¹². Dans l'éventualité où l'ordre juridique de « départ » idéal donne droit à un tel statut privilégié, il peut s'avérer judicieux de s'appuyer dessus dans le cadre de l'élaboration des termes de l'accord, à condition bien sûr qu'il s'agisse de la procédure appropriée pour la résolution des différends familiaux transfrontières. Comme l'a mis en exergue le Guide de bonnes pratiques éponyme, la médiation peut se révéler extrêmement utile en ce qu'elle facilite la résolution amiable des différends

¹¹¹ Voir la bonne pratique établie au chapitre 12 du Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 5), et à la Partie C des Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation (*op. cit.* note 13).

¹¹² Voir, *supra*, para. 29.

familiaux transfrontières. Il convient toutefois de recourir à la médiation spécialisée en matière familiale internationale.

154. En outre, certaines exigences imposées par les règles de droit international privé qui contribuent à la reconnaissance et l'exécution de l'accord (ou de son contenu) à l'étranger peuvent avoir une incidence sur le choix des parties quant à la procédure de résolution amiable en soi et le lieu où elle se déroule. À titre d'exemple, la proximité du lieu où se trouve l'enfant peut s'avérer importante s'il convient de l'impliquer dans la procédure.

155. Une dernière remarque semble s'imposer eu égard aux règles de droit international privé susceptibles d'exiger, comme condition de sa reconnaissance et de son exécution, que l'accord soit « conclu » dans un État déterminé. Par exemple, l'article 30(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 énonce : « Une convention en matière d'aliments conclue dans un État contractant doit pouvoir être reconnue et exécutée comme une décision en application de ce chapitre si elle est exécutoire comme une décision dans l'État d'origine. » La Convention ne précise pas quel sens il convient de donner à une convention « conclue » dans un État contractant. C'est le droit de l'État contractant concerné qui déterminera ce qui relève de cette catégorie. Il est concevable que l'accord établi hors de l'État, puis présenté dans cet État aux fins d'homologation en vue d'en obtenir l'exécution sur le territoire, soit considéré comme un accord « conclu » dans cet État.

VEUILLEZ NOTER :

- L'analyse juridique des règles de droit international privé applicables aidera à cerner l'ordre juridique de « départ » idéal aux fins de reconnaissance et d'exécution initiales de l'accord en vue de lui assurer l'effet le plus large possible dans d'autres ordres juridiques.
- Les discussions portant sur les termes de l'accord ne doivent pas nécessairement se dérouler dans cet ordre juridique de « départ ». Cependant, selon le droit de cet État et les circonstances de l'espèce, il peut s'avérer souhaitable de recourir à certaines procédures particulières de cet ordre juridique dans le cadre de la résolution amiable du différend familial.

b) *Réflexions sur les instruments internationaux contribuant au « voyage » transfrontière de l'accord ou de son contenu*

156. Comme cela a été expliqué à plusieurs reprises ci-dessus, il est crucial de s'intéresser aux instruments de droit international privé susceptibles d'aider dans un cas particulier en octroyant effets juridiques et force exécutoire à l'accord ou à son contenu, dans tous les États concernés. Une fois que l'ordre juridique de « départ » a été déterminé et que les conditions de la reconnaissance et de l'exécution sont connues, il est avisé d'inclure, dans les termes de l'accord, tout élément de fait susceptible de faciliter l'examen des autorités visant à s'assurer que toutes les conditions sont remplies. À titre d'exemple, si le respect de règles de compétence internationale directe ou indirecte constitue une condition aux fins de reconnaissance et d'exécution, il convient de mentionner tout fait non contesté permettant, plus tard, d'aider à déterminer que l'ordre juridique de « départ » dans lequel l'accord a été repris dans une décision, disposait, à ce moment-là, de la compétence internationale requise. Pour plus de détails quant à la « résidence habituelle », voir *infra*.

VEUILLEZ NOTER :

- Une fois que l'ordre juridique de « départ » a été établi, il convient d'examiner les conditions de la reconnaissance et de l'exécution de l'accord ou, le contenu de celui-ci.
- Il est recommandé d'inclure, dans les termes de l'accord, tout fait non contesté susceptible de faciliter l'examen des autorités visant à s'assurer que toutes les conditions sont effectivement remplies.

c) *Réflexions sur la « résidence habituelle » utilisée comme élément de rattachement dans les Conventions de 1980, de 1996 et de 2007*

157. La question de la « résidence habituelle » joue régulièrement un rôle important en matière de différends familiaux transfrontières impliquant des enfants. Tout d'abord, le désaccord des parents quant à savoir où l'enfant devrait résider habituellement à l'avenir peut être au cœur même du différend. Les conflits relatifs au déménagement transfrontière ou à un enlèvement international d'enfants en sont des exemples classiques. Élément de rattachement aux fins de compétence internationale et de détermination du droit applicable, la résidence habituelle de l'enfant influe directement sur le choix des autorités qu'il convient de saisir (autorités de quel État) et sur les chefs de compétence qui leur permettent d'agir.

158. La détermination de la « résidence habituelle » de l'enfant représentera, comme indiqué ci-dessus, une étape importante en vue d'arrêter l'ordre juridique de « départ » aux fins de reconnaissance et d'exécution d'un accord conclu dans le cadre d'un différend familial transfrontière, en particulier, pour tout ce qui relève de la Convention Protection des enfants de 1996.

159. Toutes les Conventions de La Haye en matière familiale recourent à la « résidence habituelle » comme élément de rattachement. Néanmoins, aucune d'entre elles ne définit ce terme. Il revient aux autorités nationales de déterminer où se trouve la résidence habituelle d'une personne, en fonction des faits de l'espèce. Le test appliqué à cet égard peut varier selon les États.

160. À titre d'exemple, les conseils élaborés par la CJUE¹¹³, chargée de garantir l'interprétation uniforme du droit de l'UE, en matière de « résidence habituelle » de l'enfant devraient nous donner une certaine perspective quant aux éléments qui peuvent avoir un impact sur sa détermination. La résidence habituelle d'un enfant « correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État [...] et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État »¹¹⁴. « Outre la présence physique de l'enfant dans un État [...], doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel »¹¹⁵ et que « l'intention des parents de s'établir avec l'enfant dans un autre État [...], exprimée par certaines mesures tangibles, telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans l'État [...] d'accueil, peut constituer un indice du transfert de la résidence habituelle »¹¹⁶. Dans une affaire dans laquelle on s'interrogeait sur la résidence habituelle d'un nourrisson de deux mois, la CJUE a insisté sur l'importance de prendre en considération l'environnement social et familial de l'enfant en fonction de son âge¹¹⁷ et a affirmé qu'un nourrisson « partage nécessairement l'environnement social et familial de l'entourage dont il dépend », de manière qu'il convient d'évaluer l'intégration de cet entourage¹¹⁸.

161. Lorsque les parents rédigent un accord en vue de régler le différend familial transfrontière, il existe de bonnes raisons d'inscrire dans l'accord leur interprétation des faits et leur souhait quant à la résidence habituelle de l'enfant. Il peut également être utile que l'accord consigne également la résidence habituelle des parents.

VEUILLEZ NOTER :

- Le terme résidence habituelle n'est pas défini dans les Conventions de La Haye et peut être interprété de manière quelque peu divergente selon les États.
- Dans tout accord visant à régler un différend familial transfrontière, il est extrêmement utile de consigner l'interprétation des parties en matière de résidence habituelle de leur enfant au moment de la rédaction de l'accord. C'est

¹¹³ Dans plusieurs décisions, la CJUE a mis au point des éléments très détaillés facilitant la détermination de la « résidence habituelle » de l'enfant dans le contexte de l'art. 8 du Règlement Bruxelles II *bis*. Si la jurisprudence de la CJUE n'est contraignante que pour les États membres de l'UE, les conseils donnés aux fins de détermination de la résidence habituelle au sein de l'UE influencent clairement la jurisprudence nationale en Europe.

¹¹⁴ CJUE, Arrêt du 2 avril 2009, A (C-523/07) EU:C:2009:225, para. 44.

¹¹⁵ *Ibid.*, para. 38.

¹¹⁶ *Ibid.*, para. 40.

¹¹⁷ CJEU, Arrêt du 22 décembre 2010, *Mercredi c. Chaffe (C-497/10 PPU)*, EU:C:2010:829, para. 53.

¹¹⁸ *Ibid.*, para. 55.

particulièrement important dans le cadre de différends impliquant un changement de résidence habituelle de l'enfant.

- Il peut également être utile que l'accord consigne la résidence habituelle des parents au moment de la rédaction de l'accord.

EXEMPLES DE RÉDACTION

(1) Accord portant sur un déménagement transfrontière

« Il est acquis entre les parents que la résidence habituelle actuelle de leur enfant se trouve dans l'État A, État dans lequel les deux parents résident habituellement. Les parents s'accordent sur le fait que la mère et l'enfant résideront de manière permanente dans l'État B à partir du ..., autrement dit, les parents s'accordent sur le changement de résidence habituelle de l'enfant en conséquence de la mise en œuvre du présent accord à l'avenir ».

(2) Accord portant sur le non-retour en cas d'enlèvement international d'enfants lorsque l'enfant s'est intégré dans le nouvel État

« Le père, qui réside habituellement dans l'État A, et la mère, qui réside habituellement dans l'État B, conviennent que l'enfant ne rentrera pas dans l'État A mais qu'il restera dans l'État B, son nouvel État de résidence. Compte tenu que l'enfant a vécu dans l'État B depuis plus de huit mois et qu'il va à l'école dans cet État depuis Compte tenu, en outre, qu'il est bien intégré dans son environnement social et familial dans l'État B, il est membre de différents clubs de sport et entretient des liens étroits avec sa famille maternelle, les parents reconnaissent que l'enfant est bien installé dans l'État B. Les parents s'accordent sur le transfert de la résidence habituelle de l'enfant dans l'État B ».

d) Réflexions sur le droit matériel applicable

162. Une fois que l'on a établi l'ordre juridique de « départ » aux fins de reconnaissance et d'exécution de l'accord, il convient de s'interroger sur les éventuelles limites à l'autonomie de la volonté imposées par le droit de cet État. Dans les affaires familiales transfrontières, les règles de droit international privé déterminent la loi applicable. Dans l'éventualité où le Protocole Obligations alimentaires de 2007 est en vigueur dans l'État concerné, la loi applicable en la matière sera, en principe, la loi de l'État de résidence habituelle du créancier¹¹⁹. Si la Convention Protection des enfants de 1996 est en vigueur dans l'État concerné, les autorités compétentes en vertu de celle-ci appliqueront, de manière générale, leurs propres règles en matière de responsabilité parentale et pour toute autre question relevant de la Convention¹²⁰. Selon les matières abordées dans l'accord, différentes lois peuvent s'avérer pertinentes eu égard à différentes parties de l'accord.

163. En outre, il convient de connaître les limites imposées par le test de l'ordre public d'un État étranger dans lequel la reconnaissance et l'exécution de l'accord sont recherchées.

VEUILLEZ NOTER :

- Il convient d'avoir conscience des restrictions imposées par le droit applicable aux questions réglées par l'accord dans l'ordre juridique dans lequel il a vocation à être reconnu et exécuté en premier lieu.
- Il convient, grâce aux règles de droit international privé, d'être conscient des limites découlant du test de l'ordre public d'un autre(s) État(s) dans lequel l'exécution est par la suite sollicitée.

e) Réflexions sur l'audition de l'enfant et prise en compte de son intérêt supérieur

164. Le fait d'entendre l'enfant et de prendre en considération son intérêt supérieur peut jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de reconnaître et d'exécuter, dans tous les ordres juridiques concernés, un accord conclu en matière familiale impliquant des enfants.

¹¹⁹ Voir art. 3 du Protocole Obligations alimentaires de 2007 ; voir art. 4 et s. pour les exceptions à cette règle.

¹²⁰ Voir art. 15 de la Convention Protection des enfants de 1996.

165. Le principe fondamental selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans toutes les décisions le concernant, comme cela est inscrit à l'article 3 de la CNUDE, est désormais profondément ancré dans le droit de la famille national et international¹²¹. C'est également le cas pour le droit de l'enfant à exprimer son avis sur toute question qui le concerne et que cet avis soit pris en compte en fonction de son âge et de son degré de maturité (art. 12 de la CNUDE).

166. La participation de l'enfant peut être proposée dès la médiation¹²² ou dans le cadre de toute autre procédure similaire visant la résolution amiable du différend. À défaut, le tribunal de l'ordre juridique de « départ » peut, dans le cadre de l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant au moment de statuer sur la reconnaissance et l'exécution de l'accord, lui donner l'opportunité de s'exprimer. Le fait de tenir dûment compte des besoins cognitifs de l'enfant et en termes de développement revêt à cet égard une importance significative.

167. Comme susmentionné, le fait qu'il soit donné à un enfant d'âge et de maturité suffisants l'opportunité d'être entendu peut s'avérer décisif pour le « voyage » transfrontière de l'accord conformément aux règles de droit international privé pertinentes. Voir, par exemple, l'article 23(2)(b) de la Convention Protection des enfants de 1996 indiquant qu'une mesure de protection de l'enfant peut être refusée « si [celle-ci] a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis »¹²³.

168. Dans ce contexte, il faut donc préciser que les normes et pratiques nationales eu égard à l'audition de l'enfant varient d'un État à l'autre et que ces différences nationales peuvent parfois s'avérer sources de difficultés supplémentaires en matière de reconnaissance transfrontière de décisions portant sur la responsabilité parentale¹²⁴. En matière contentieuse, la tendance veut qu'il revienne au juge de s'assurer que l'opinion de l'enfant est entendue, que ce soit directement ou indirectement. Il est toutefois important de garder à l'esprit l'argument, exprimé par P. Lagarde dans le Rapport explicatif sur la Convention de 1996 (*supra*, para. 63), selon lequel il n'est pas toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant de devoir donner son avis au juge, en particulier si les deux parents sont d'accord sur la mesure à prendre.

VEUILLEZ NOTER :

- Tout accord établi en tenant dûment compte de l'opinion de l'enfant doit comprendre une mention à cet effet.
- Dans les rares cas où les parents ont, pour des motifs valables, conclu un accord affectant l'enfant sans le consulter, il est recommandé d'inclure une mention justifiant l'absence de consultation. Les parents doivent être conscients que les motifs invoqués peuvent être rejetés par le juge et que l'enfant pourra, dans ce cas, être entendu avant que l'accord ne soit reconnu et exécuté.

¹²¹ Voir aussi les travaux importants menés par le Comité des droits de l'enfant dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de l'art. 3(1) : « Observation générale No 14 (2013) » (*op. cit.* note 9).

¹²² Il convient de garder à l'esprit qu'en 2009, dans une Observation générale, le Comité des droits de l'enfant a indiqué, quant à la mise en œuvre effective du droit de l'enfant d'être entendu conformément à l'art. 12 de la CNUDE, que le droit de l'enfant « d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant » doit également être respecté dans le cadre de « mécanismes de règlement des conflits tels que la médiation et l'arbitrage ». Voir, Comité des droits de l'enfant, « Observation générale No 12 (2009) – Le droit de l'enfant d'être entendu », CRC/C/GC/12, para. 32, 51 et 59, disponible à l'adresse suivante : < http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_fr.pdf > (consulté le 28 juillet 2017).

¹²³ Le Règlement Bruxelles II *bis* contient également une disposition de ce genre, voir art.23 b) du Règlement (*op. cit.* note 4).

¹²⁴ Les discussions au sein de l'UE concernant la refonte du Règlement Bruxelles II *bis* ont mis en lumière le fait que les différences nationales peuvent, en pratique, générer des « divergences dans l'interprétation » des motifs de non-reconnaissance de l'art. 23 b) du Règlement. Voir « Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) », COM(2016) 411 final, 30 juin 2016, disponible à l'adresse suivante : < <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-411-FR-F1-1.PDF> >, p. 4, (consulté le 28 juillet 2017).

f) *Réflexions sur les accords qui ne peuvent être que partiellement reconnus et exécutés dans les États concernés*

169. Dans les cas où l'on s'attend à ce qu'il soit difficile, voire impossible, d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de l'accord dans son intégralité dans tous les États concernés, il convient pour les parties de se pencher sur cette question. Il peut être souhaitable de mentionner que certaines parties de l'accord sont indépendantes les unes des autres de manière à savoir de quelle manière les parties souhaitent aborder la question de la validité partielle de l'accord.