

Le déménagement international de l'enfant de parents séparés

Guillaume Kessler, Maître de conférences HDR à l'université Savoie Mont Blanc, Centre de recherche en droit Antoine Favre

L'essentiel

La coparentalité a beau s'être largement développée au cours des dernières décennies, son effectivité reste soumise à un minimum de proximité géographique. Le principe sera ainsi mis à mal dès que l'un des deux parents souhaitera déménager pour réaliser un projet personnel ou professionnel, *a fortiori* si celui-ci implique un départ à l'étranger avec l'enfant. Les incertitudes jurisprudentielles nuisant à la prévisibilité des solutions et risquant, par là même, d'aggraver les conflits, il conviendrait de faciliter la tâche du juge en établissant des standards d'appréciation qui lui serviront de repères dans sa prise de décision mais aussi en développant davantage une coopération internationale qui s'attache exclusivement à la résolution des problèmes d'enlèvement international d'enfant sans chercher suffisamment à les prévenir.

Introduction

Plus qu'aucune autre, la question du déménagement international met en lumière les contradictions d'une évolution sociologique erratique qui bouleverse le droit de la famille contemporain. Le rééquilibrage des rôles parentaux et l'aspiration corrélative à une coparentalité concrète et effective doivent ainsi s'accommoder de la précarisation des relations de couple et d'un nomadisme requis par l'évolution du marché du travail et facilité par le développement des moyens de transport et de communication. À l'ère de l'hypermobilité (1), un départ à l'étranger, qu'il soit motivé par des raisons personnelles ou professionnelles, n'a plus rien d'exceptionnel. Il constitue même dans certains cas un prérequis indispensable à la réussite d'une carrière (2). Il serait dès lors inconcevable d'assigner un parent à résidence, même si son déplacement risque de nuire à la fréquence et à la régularité des rencontres de l'enfant avec son ex-conjoint. Le droit à la mobilité, prévu notamment par l'art. 2 du protocole 4 additionnel à la Conv. EDH, peut ainsi entrer en conflit direct avec le droit de l'enfant au respect de ses relations avec ses deux parents, garanti par l'art. 9 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 nov. 1989. Si des contacts quasi quotidiens peuvent être organisés par le biais d'applications telles que *Skype* ou *Facetime*, l'impact de la distance géographique ne saurait être sous-estimé. Aussi sophistiquées soient-elles, les avancées technologiques ne compenseront jamais le besoin d'un parent de serrer son enfant dans ses bras (3). La qualité des contacts risque par ailleurs de s'en ressentir. Le sociologue américain Richard Warshak a observé par exemple que l'existence d'un décalage horaire pouvait nuire de façon substantielle à la préservation d'une communication spontanée (4). On pourrait sans doute en dire autant des discordances culturelles ou linguistiques qui peuvent altérer la qualité des échanges.

Déjà problématique dans le contexte interne (5), le déplacement du parent auprès duquel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée ou qui bénéficie d'une mesure de résidence alternée engendre une situation quasi inextricable (6), obligeant le juge saisi à faire un choix cornélien sans aucun repère satisfaisant. Le critère de l'intérêt de l'enfant peut aussi bien aller dans le sens de l'épanouissement du candidat au départ, qui sera plus apte à fournir à l'enfant un environnement éducatif adapté s'il n'a pas été frustré dans son projet, que de celui qui souhaiterait le contraindre à rester afin de garantir l'effectivité de sa relation avec l'enfant. L'issue étant aussi incertaine que l'enjeu est important, le parent résidant pourrait être tenté de passer outre l'absence d'autorisation du juge et partir coûte que coûte. Le déménagement constitue ainsi parfois l'antichambre de l'enlèvement international d'enfant. Des règles ont beau être posées par la Convention de La Haye du 25 oct. 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant ou, dans le contexte européen, par le Règlement « Bruxelles II bis », de nombreuses situations échappent encore au champ d'application des textes internationaux (7). Le coup de force se révèle malheureusement parfois

fructueux : plus le temps passe, plus il devient difficile de remettre en cause la situation établie. L'intérêt de l'enfant peut contraindre le juge à consolider la situation y compris si celle-ci s'est constituée en violation des droits de l'autre parent. Quand bien même le problème sera finalement réglé par la voie judiciaire, le mal sera fait. Le conflit parental aura d'inévitables répercussions sur le bien-être de l'enfant. Pour reprendre la formule de Patrick Parkinson, « *relocation for a parent is dislocation for the child* » (8).

L'absence d'encadrement spécifique du déménagement international (1^{re} partie) soulève des difficultés majeures qui invitent à réfléchir à la mise en place de dispositifs nouveaux qui faciliteront la tâche des juges et permettront une résolution plus rapide et efficace des conflits familiaux (2^e partie).

1. Absence d'encadrement spécifique du déménagement international de l'enfant de parents séparés

Si le déménagement parental est envisagé par le code civil, celui-ci ne contient toutefois que peu de règles spécifiques aux situations internationales. Le quatrième alinéa de l'art. 373-2 c. civ. se contente ainsi d'établir une obligation d'information (9), tandis que l'alinéa 2 de l'art. 373-2-6 autorise le juge à prendre « les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun des parents » ; ce qui comprend potentiellement une interdiction de sortie du territoire national en cas de risque d'enlèvement (10). Aucun critère spécifique n'est par contre énoncé et il revient donc aux juges de se prononcer selon une approche purement casuistique. On retrouve cette tendance à l'étranger, même si certains États essaient d'encadrer davantage le processus afin de garantir une certaine prévisibilité des solutions.

1.1. Le déménagement international dans la jurisprudence française

La France ne privilégie aucune approche spécifique de la question du déménagement international. La question est traitée par les juges au cas par cas, en fonction de l'intérêt de l'enfant, sans privilégier une solution par rapport à une autre comme cela apparaît parfois à l'étranger (11). Trois critères se voient toutefois accorder une importance particulière : la motivation du parent résidant, sa capacité à respecter les droits du parent non hébergeant, et le besoin de stabilité de l'enfant.

Prise en compte du motif du déménagement - S'agissant du premier critère, il n'y a guère de différence entre le déménagement interne et le déménagement international. Si le départ est justifié par une embauche, une promotion ou une mutation, par exemple, le juge aura plus facilement tendance à l'estimer justifié et à ordonner en conséquence un maintien de la résidence de l'enfant (12). La mère licenciée de son emploi qui a déménagé en Suisse après y a trouvé un travail ne saurait dès lors être regardée comme ayant fait ce choix dans le but d'éloigner le père de ses enfants (13). La conclusion est en général différente lorsque le motif est purement personnel. Le suivi du nouveau conjoint ou la volonté de revenir dans sa région ou son pays d'origine sont ainsi le plus souvent considérés comme insuffisants, de sorte que le juge sera amené à ordonner un transfert de résidence chez l'autre parent (14).

Capacité à respecter les droits du parent non hébergeant - Le second critère fondamental, qui revient de manière de plus en plus insistante, est directement lié aux exigences de la Convention relative aux droits de l'enfant. Il ne faudrait pas que le parent hébergeant désireux de déménager profite de l'occasion qui lui est donnée pour mettre son ex-conjoint à l'écart de la vie de l'enfant. L'intérêt de l'enfant commande que celui-ci puisse entretenir des relations régulières avec ses deux parents : si le parent hébergeant ne respecte pas les droits du parent non hébergeant, il devient nécessaire de transférer la résidence de l'enfant chez ce dernier (15).

Exemple - Le fait que la mère n'ait pas informé le père de son projet de déménagement à Barcelone révèle un mépris des droits de ce dernier et justifie donc que la résidence habituelle des enfants soit transférée à son domicile alors même que ceux-ci ont indiqué lors de leur audition préférer habiter avec elle (16).

Un tel transfert doit également être ordonné dans le cas où le candidat au départ n'est pas revenu de ses vacances à l'étranger et a empêché par la suite son conjoint de voir l'enfant et d'exercer ses droits (17).

Le droit fondamental au maintien des relations entre l'enfant et le parent non hébergeant l'emporte par ailleurs sur le motif invoqué à l'appui du déménagement.

Exemple - La cour d'appel de Paris a estimé qu'il convenait d'ordonner le transfert de la résidence des

enfants au domicile du père à la suite du déménagement de la mère à Dubaï en affirmant que celle-ci avait « accepté un poste à l'international utile à sa carrière en négligeant l'intérêt des enfants qui est de conserver des liens étroits avec chacun des parents » (18). Le fait qu'elle n'ait pas pris la peine de recueillir l'accord du père révélait en effet son incapacité à respecter les droits de ce dernier.

Il en va bien sûr différemment si le parent hébergeant a informé le parent non hébergeant en temps utile comme le prévoit l'art. 373-2 c. civ. et a pris de surcroît la peine de lui faciliter la tâche dans l'exercice de son droit de visite et d'hébergement.

Exemple - Le père ne peut soutenir que ses droits à entretenir des relations avec sa fille sont niés alors qu'il va bénéficier d'un tel droit pendant la quasi-totalité des périodes de vacances scolaires et qu'il est libre d'entrer en contact avec elle ou de venir la rencontrer quand il le souhaite (19).

Ce critère ne semble toutefois pas toujours convaincre la Cour de cassation de la capacité à respecter les droits du parent non hébergeant.

Exemple - Tel est le cas dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 12 sept. 2019 (20). Il s'agissait en l'espèce de statuer sur les conséquences du déménagement de la mère aux États-Unis. Pour justifier le transfert de la résidence au domicile du père, la cour d'appel de Versailles s'est appuyée sur le comportement de la mère, qui, pendant deux ans, avait fait obstacle à l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père et manifesté ainsi son « mépris des règles imposées par l'exercice conjoint de l'autorité parentale ». Elle a considéré que cela constituait « une situation extrêmement dommageable pour l'enfant », celui-ci ayant besoin, « pour son épanouissement », de ses deux parents, « particulièrement au regard des troubles dont il souffre » (troubles du spectre autistique, en l'occurrence). L'arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation pour défaut de base légale, la cour d'appel s'étant déterminée « par des motifs impropres à caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des conséquences sur son état de santé d'un déménagement sans délai des États-Unis vers la France, de nature à entraîner pour [l'enfant] une rupture sérieuse dans son environnement matériel et affectif ». En se focalisant trop sur l'attitude de la mère, les juges du fond auraient perdu de vue l'intérêt concret de l'enfant.

Respect des repères de l'enfant - L'arrêt montre, par contre, combien le besoin de stabilité peut se révéler déterminant. Même si la situation varie considérablement selon l'âge ou la personnalité de l'enfant concerné, tout départ à l'étranger constitue une perturbation susceptible de nuire à son développement. Les différences culturelles ont beau être partiellement gommées par la mondialisation galopante, celui-ci risque de rencontrer des difficultés d'adaptation, que ce soit sur le plan linguistique (21) ou scolaire, les rythmes et programmes variant inévitablement d'un État à l'autre.

Exemple - La cour d'appel de Metz est allée jusqu'à considérer que le projet du père de déménager au Luxembourg constituait potentiellement une source de bouleversement alors même que les parents vivaient en Lorraine, à quelques dizaines de kilomètres seulement de la frontière (22) !

La perte des repères familiaux ou amicaux peut ainsi conduire à favoriser le maintien de la résidence en France.

Exemple - La cour d'appel de Paris a ordonné le transfert de la résidence habituelle des enfants au domicile du père à la suite du déménagement de la mère aux États-Unis alors que celui-ci avait entretenu le conflit parental en omettant de les rassurer sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'un abandon de sa part (23).

L'ancrage retenu par le juge n'est pas seulement territorial. Il peut également être de nature personnelle. Il arrive ainsi que le juge tienne compte de l'attachement spécifique de l'enfant à sa mère en raison de son besoin de « maternage » (24). Le suivi de celle-ci dans son déménagement s'impose alors malgré les objections du père dans la mesure où il serait « contraire à son intérêt de modifier brutalement ses conditions et rythme de vie » (25).

1.2. Le déménagement international en droit comparé

Approche multicritères - Comme la France, l'Allemagne a une approche du déménagement international que l'on pourrait qualifier d'holistique dans la mesure où elle tient compte de l'ensemble des paramètres en cause et ne fait jamais abstraction des droits des parents, contrairement à d'autres États qui s'attachent eux exclusivement à la situation de l'enfant. Pour le *Bundesgerichtshof*, l'intérêt de l'enfant doit être déterminé

en fonction de critères multiples, et notamment du droit de chacun des parents à circuler librement, dont le poids dépendra des circonstances spécifiques de la cause^[26]. Cette approche multicritères est également retenue au **Canada** depuis l'arrêt *Gordon c/ Goertz* rendu par la Cour suprême du Canada en 1996. Selon cette décision, l'intérêt de l'enfant (*best interest of the child*) exclut que l'on puisse établir une présomption en faveur de l'un ou l'autre des parents et que l'on puisse fixer des règles rigides en matière de charge de la preuve^[27]. Le même raisonnement est suivi aux États-Unis par des États tels que la **Californie** ou **New York** qui raisonnent selon le « *best interest test* »^[28]. On peut enfin citer l'exemple de la **Suisse**, où le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 7 juill. 2016, a refusé d'autoriser une mère à s'installer en Espagne avec l'enfant aux motifs que sa relation amoureuse n'était pas encore suffisamment stable, qu'elle n'avait pas de points de référence dans ce pays et qu'elle n'en parlait pas la langue. Tout en affirmant que la liberté d'établissement et de mouvement du parent devait être respectée et que les motifs du déménagement ne devaient en principe pas être discutés, le tribunal a estimé qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de le transférer de manière abrupte dans un milieu qui ne lui est pas familier^[29].

Priorité donnée au déménagement - Au Royaume-Uni, le célèbre arrêt *Payne c/ Payne* rendu en 2001 a consacré par contre une approche dite « *pro-relocation* » (pro-déménagement) en permettant au parent « de référence » (*primary caretaker*) de partir avec l'enfant dès lors que son projet est « raisonnable », c'est-à-dire motivé par des raisons légitimes^[30]. L'autre parent ne peut s'y opposer qu'en démontrant de manière claire qu'un tel projet est contraire au bien-être de l'enfant^[31]. Cette solution est également retenue aux États-Unis dans l'État d'**Indiana** qui favorise la liberté de mouvement du parent résidant^[32].

Priorité donnée au respect de la relation avec l'autre parent - D'autres États peuvent à l'inverse être qualifiés d'« *anti-relocation* » dans la mesure où ils s'attachent avant tout aux intérêts du parent qui reste et qui risque de voir sa relation avec l'enfant altérée par la distance géographique. Cela apparaît, toujours aux États-Unis, en **Louisiane**, où la mobilité est découragée par l'obligation imposée au parent de démontrer que le déménagement est motivé par l'intérêt de l'enfant^[33] ou encore dans le **Missouri**, où une présomption contre le suivi de l'enfant dans le projet de déménagement est prévue par la loi^[34]. Cette tendance se retrouve en **Nouvelle-Zélande**, où le déménagement international pose tout particulièrement problème en raison de l'isolement géographique du pays^[35]. La nécessité de préserver la relation entretenue par l'enfant avec le parent non résidant s'est enfin révélée déterminante à **Singapour** dans l'affaire *BNT* ^[36] dans laquelle la *Court of Appeal* a considéré que la prise en considération de la seule volonté du parent gardien faciliterait trop le déménagement : l'intérêt de l'enfant à avoir une relation substantielle avec ses deux parents prime sur l'intérêt du *primary caregiver* à déménager en raison de son insatisfaction ou de son sentiment d'isolement^[37]. Cette solution se démarque nettement de la position adoptée en **Angleterre** par l'arrêt *Payne*, qui tend toutefois à perdre peu à peu de sa portée au fil des décisions. Dans un arrêt remarqué, la *Court of Appeal* a ainsi affirmé, sur le fondement de l'art. 8 de la Conv. EDH, la nécessité de réaliser une analyse holistique et de tenir compte du risque d'érosion de la qualité de la relation entre le père et sa famille si la mère gardienne devait déménager en Allemagne^[38]. La tendance est la même en **Australie** : la sauvegarde de la relation avec le « *left behind parent* » exige que des circonstances « rares », voire « extrêmes », soient établies afin que le parent gardien puisse obtenir une ordonnance coercitive l'autorisant à déménager à l'étranger avec l'enfant^[39].

Absence de tendance claire - Aucune tendance claire ne se dégage ainsi en droit comparé. Les juges sont partout confrontés au même problème : comment garantir un minimum de prévisibilité alors que la solution du litige doit être déterminée selon une notion aussi fuyante et incertaine que celle d'« intérêt de l'enfant »^[40] ? Une approche fondée sur un concept aussi évanescant ne risque-t-elle pas d'aggraver les conflits et de décourager les accords, faute pour les parents de pouvoir anticiper l'issue du litige^[41] ? À défaut de pouvoir établir des règles rigides ou des listes exhaustives de critères impératifs, il serait souhaitable de fixer au moins un cap afin de faciliter la tâche des tribunaux et d'atténuer les incertitudes des parents.

2. Perspectives d'évolution en matière de déménagement international de l'enfant de parents séparés

La diversité des paramètres à prendre en compte en cas de déménagement du parent hébergeant a beau rendre chaque cas unique^[42], il serait toutefois possible de définir des standards permettant d'aider le juge saisi dans sa prise de décision^[43], tout en favorisant le développement d'une coopération internationale sans laquelle les jugements rendus risquent de rester lettre morte. Plutôt que de lutter *a posteriori* contre l'enlèvement international d'enfant, il serait plus utile et efficace de l'empêcher *a priori* en établissant des mécanismes préventifs réactifs et innovants.

2.1. Les standards d'appréciation du bien-fondé du déménagement international

Développement d'un guide de conduite - Au-delà du risque d'arbitraire et de hasard⁽⁴⁴⁾, l'utilisation du seul critère de l'intérêt de l'enfant soulève également des problèmes fondamentaux du point de vue du temps judiciaire. L'absence de repères complique la tâche des tribunaux et rallonge inévitablement la durée nécessaire à la résolution du litige. Or, la question des délais est absolument critique en matière d'autorité parentale. Le temps passant, le parent peu scrupuleux qui serait passé en force sans que la situation puisse être qualifiée pour autant d'enlèvement international pourrait être conforté dans son choix, le juge ne pouvant que constater que l'enfant a désormais ses repères dans son nouveau lieu de vie. La sanction du motif illégitime s'efface ainsi souvent face à l'intérêt de l'enfant à ne pas voir ses habitudes bouleversées⁽⁴⁵⁾, surtout si les relations avec l'autre parent ont été distendues en raison de l'éloignement géographique⁽⁴⁶⁾. La meilleure façon d'éviter ce type de situation serait d'établir un guide de conduite claire qui conduirait à privilégier la solution proposée par le parent le plus soucieux du bien-être de l'enfant et le plus respectueux des droits de l'autre. Sans remettre en cause les critères déjà utilisés par la jurisprudence, il s'agirait de les ordonner en fonction d'un objectif, la préservation des relations avec les deux parents, et d'une norme de comportement, la loyauté parentale.

Préservation des relations avec les deux parents : critères à prendre en compte - S'agissant tout d'abord de l'objectif poursuivi, la préservation des liens s'impose avec la force de l'évidence. La fréquence des contacts est consubstantielle à la coparentalité. Celle-ci ne saurait se résumer à des prérogatives juridiques, elle ne peut être réalisée que de manière concrète et effective à travers une communication régulière et des rencontres fréquentes. Plusieurs critères peuvent être analysés à l'aune de cet objectif. Le premier est lié à la place du parent dans le quotidien de l'enfant. Si la relation est équilibrée, tout particulièrement en cas de mise en place d'une mesure de résidence alternée, le déménagement sera d'autant plus difficile à admettre : il revient au parent qui empêche la poursuite d'une coparentalité effective d'en assumer les conséquences. Il en ira différemment s'il est démontré que l'un des parents est beaucoup plus investi dans le quotidien des enfants. Le déménagement sera plus facile à admettre dans ce cas, à condition bien sûr de s'assurer que l'autre parent bénéficiera d'un droit de visite et d'hébergement effectif. L'exigence de maintien des liens pourrait également conduire le juge saisi à moduler la solution en fonction de la destination choisie.

Exemple - Le déménagement de la mère dans un pays comme le Japon, où les droits des pères sont extrêmement réduits et où la mère peut aisément faire obstruction à toute visite⁽⁴⁷⁾, invite par exemple à faire preuve d'une certaine prudence⁽⁴⁸⁾.

Il en va de même si le lieu d'accueil impose des normes culturelles si différentes de celles de l'État d'origine qu'il pourrait en résulter une altération du lien avec le parent non résident⁽⁴⁹⁾. Le déménagement ne devrait enfin être admis qu'à condition de s'assurer que des mesures pourront être prises afin de limiter au maximum son impact sur la qualité des relations entretenues par ce dernier et son enfant. Le parent éloigné devrait pouvoir contacter celui-ci de manière quotidienne par téléphone ou moyens de communication numériques s'il le souhaite. Si la distance est particulièrement importante, la répartition du temps de vacances scolaires devrait enfin être organisée de manière à lui permettre d'accueillir les enfants pour une plus longue durée⁽⁵⁰⁾. Il serait enfin souhaitable, dans la mesure du possible, de mettre à la charge du parent hébergeant l'essentiel, si ce n'est la totalité, des frais de déplacement occasionnés. Une présomption pourrait ainsi être posée afin de subordonner le suivi de l'enfant à la démonstration que les droits des deux parents seront garantis une fois le déménagement réalisé⁽⁵¹⁾.

Proposition de consécration d'un principe de loyauté parentale - La meilleure façon de garantir cet objectif serait par ailleurs de combiner celui-ci avec une norme de comportement qui inciterait les parents à fournir les efforts nécessaires à sa réalisation. Le lien parental étant, contrairement au lien conjugal, indissoluble⁽⁵²⁾, on pourrait considérer que le simple fait de la naissance engendre des obligations réciproques de loyauté et de respect indépendamment de toute vie commune⁽⁵³⁾. Dans cette perspective, le parent désireux de déménager pourrait ainsi être amené à présenter des solutions permettant de préserver au maximum la relation avec le parent non hébergeant tandis que ce dernier pourrait être invité à faire des concessions afin de permettre au premier de réaliser son projet. Bien qu'une telle obligation ne soit pas encore consacrée en droit positif, cette pratique existe déjà aux États-Unis. Le fait pour le candidat au déménagement de présenter un *parenting plan* favorisant au maximum les relations avec le parent non résident est considéré comme un atout important par les avocats qui encouragent vivement leurs clients à fournir des efforts en ce sens⁽⁵⁴⁾. Cette exigence apparaît également déjà en filigrane dans la jurisprudence française qui, comme nous l'avons vu précédemment, attache une importance considérable à

la capacité du candidat au départ à respecter les droits de l'autre parent. Un parent non coopératif, qui n'attache pas l'importance qu'il devrait à la préservation de la relation avec ce dernier ne devrait pas être autorisé à déménager, y compris s'il peut être considéré comme le parent de référence parce qu'il a consacré davantage de temps à l'enfant, en décidant de travailler à temps partiel ou en prenant un congé parental, par exemple (55). Le devoir de loyauté fonctionnant dans les deux sens, on pourrait considérer que le parent qui s'oppose au déménagement n'a pas de raison valable de le faire s'il n'a pas exercé de manière régulière son droit de visite et d'hébergement ou versé sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. À quoi bon s'opposer au projet de vie du parent hébergeant si les visites sont rares et les liens distendus.

Exemples - Cette idée a été consacrée par la Court of appeals du Connecticut dans un arrêt rendu en 2010 dans lequel elle a affirmé qu'un parent qui n'a exercé son droit de contact que de manière sporadique et utilisé l'enfant comme un pion dans une lutte de pouvoir avec l'autre parent ne peut légitimement s'opposer au déménagement de ce dernier (56). De la même façon, à Singapour, les tribunaux ne reconnaissent le bien-fondé de l'opposition du parent non résidant que si celui-ci a développé un véritable lien avec l'enfant et passé un temps significatif avec lui (57) ou cherche à tout le moins activement de reconstruire sa relation avec lui (58).

Si l'intérêt de l'enfant est impossible à définir de manière générale et doit inévitablement être apprécié au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce, certaines constantes peuvent néanmoins être dégagées. Parmi elles figure en premier lieu la capacité des parents à s'entendre et à coopérer, même s'ils ne parviennent pas forcément à conclure un accord sur l'organisation future de leurs relations respectives avec l'enfant. C'est pourquoi il serait si souhaitable de les responsabiliser en leur imposant une obligation de loyauté qui permettra de surcroît au juge de bénéficier d'un repère qui facilitera sa prise de décision.

2.2. La mise en oeuvre d'une coopération internationale

Insuffisance des textes internationaux - La question de savoir si le déménagement international doit ou non être autorisé n'est évidemment pas la seule à régler. Une grande partie des problèmes sont liés à une autre difficulté majeure qui découle du cloisonnement des systèmes juridiques et de leur absence d'articulation dans une démarche prophylactique. La coordination, lorsqu'elle est possible, n'intervient malheureusement qu'à un stade avancé, lorsque le déplacement a déjà eu lieu. Ni la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international, ni celle de 1996 sur la protection des enfants, ni le Règlement « Bruxelles II bis » ne permettent d'anticiper les problèmes soulevés par le déménagement international. Le nouveau Règlement (UE) n° 2019/1111 du 25 juin 2019, dit « Bruxelles II ter », qui sera applicable à compter du 1^{er} août 2022 (59) a beau insister sur la nécessité de diminuer la durée et le coût des litiges transfrontières concernant des enfants (consid. 58), il n'est pas sûr que les outils proposés (suppression de la déclaration constatant la force exécutoire des décisions rendues en matière d'autorité parentale, mise en place d'une procédure unique d'exécution transfrontière, coopération entre les autorités nationales) soient suffisants. Si l'assistance prévue en matière de localisation de l'enfant et le développement de la communication d'informations sur l'enfant (consid. 78) sont prometteurs, il serait souhaitable d'agir en amont, avant même que la décision relative à la détermination de la résidence de l'enfant soit rendue.

Premières tentatives de fixation d'un cadre international pour la régulation du déménagement transfrontière - En 2010, à l'occasion d'une conférence organisée à Washington par la Conférence de La Haye de droit international privé et le département d'État américain, une cinquantaine de juges et experts de quatorze pays (Allemagne, Argentine, Australie, Brésil, Canada, Espagne, États-Unis, France, Égypte, Inde, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Royaume-Uni) ont rédigé une déclaration visant à fixer un cadre commun dont les législateurs pourraient s'inspirer pour encadrer le déménagement international (60). Les États doivent s'assurer qu'une procédure judiciaire puisse être engagée par les parents, exiger que le projet soit notifié au parent non hébergeant et faire de l'intérêt de l'enfant le critère fondamental pour rendre la décision. Le texte établit par ailleurs une liste indicative de critères susceptibles d'être pris en compte (volonté exprimée par l'enfant, accords des parents sur tel ou tel point, motifs invoqués à l'appui ou à l'encontre du déménagement, existence de violences ou d'abus, qualité des relations, impact potentiel de l'acceptation ou du refus de déménagement sur la situation de l'enfant, capacité des parents à s'entendre, force obligatoire des décisions rendues en matière de droit de visite dans l'État d'accueil, etc.). Le texte renvoie ensuite aux Conventions de La Haye en cas de litige et établit un système de reconnaissance mutuelle des décisions rendues entre l'État de destination et l'État d'origine. Dans le cadre plus restreint du Conseil de l'Europe, une Convention sur les relations personnelles concernant les enfants a été ouverte à la signature le 15 mai 2003 et est entrée en vigueur le 1^{er} sept. 2005. Elle n'a toutefois été ratifiée que par un

nombre limité d'États (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Malte, République Tchèque, Saint-Marin, Turquie et Ukraine), alors qu'elle établit des principes potentiellement intéressants (instauration d'une coopération entre autorités centrales et autorités judiciaires pour promouvoir et améliorer les relations entre les enfants et leurs parents, affirmation de l'importance à accorder à l'établissement et à l'entretien de relations de chacun des parents avec leur enfant, exigence d'un recueil d'informations suffisantes pour prendre une décision dans l'intérêt de l'enfant, encouragement des accords parentaux, mise en place de mesures de sauvegardes telles que la confiscation du passeport ou le dépôt de garantie par le parent hébergeant, exonération des frais afférents aux mesures prises par les autorités centrales au nom du demandeur...). Les cadres existent donc déjà. Le développement de la coopération internationale pourrait se faire sans qu'il y ait lieu de partir de zéro.

Perspectives d'avenir : vers la création de tribunaux multinationaux ? - À côté de ces dispositifs qui faciliteraient les échanges et harmoniseraient les critères utilisés et les objectifs poursuivis, il conviendrait également de songer à la mise en place de tribunaux bi- ou multinationaux. Il est aujourd'hui acquis que « les méthodes traditionnelles du conflit de lois tendent à s'infléchir de façon à laisser une part plus importante à la détermination de l'autorité compétente, par exemple à travers la conjonction des compétences juridictionnelles et législatives, mais aussi par le biais de la coopération d'autorités »⁽⁶¹⁾. L'établissement de juridictions composées de juges spécialisés issus de chaque État concerné par la situation constitue sans doute l'étape suivante de cette évolution. Gian Paolo Romano estime ainsi qu'« il est raisonnable de prévoir que, dans un avenir non lointain, seront créés des tribunaux judiciaires multinationaux dont les membres auront formation et nationalité de différents États et dont les décisions déploieront une efficacité multiterritoriale »⁽⁶²⁾. L'idée peut sembler démesurément ambitieuse et, par là même, totalement irréaliste. Pourtant, même si l'on peut penser que les États se sentiraient dans un premier temps menacés dans leur souveraineté, le principe finira très probablement par s'imposer. Il existe en effet aujourd'hui des moyens techniques qui permettraient de mettre en oeuvre cette solution sans que cela représente un coût trop important. Salles de réunion dématérialisées, usage de la réalité virtuelle pour améliorer la qualité des échanges, outils de traduction automatique de plus en plus performants, les outils ne manquent pas.

Développement de l'arbitrage familial - Le développement de l'arbitrage international familial pourrait servir de laboratoire à cette évolution future. Développée initialement en matière de droit patrimonial de la famille, l'idée fait son chemin. La célérité, la discrétion et la garantie d'expertise offerte par ce mode alternatif de règlement des conflits séduisent de plus en plus les praticiens dont la clientèle est composée de « citoyens du monde »⁽⁶³⁾. Si elle est pour l'instant confidentielle, cette pratique pourrait rapidement se développer. Un *International Family Law Arbitration Scheme* établi par des arbitres australiens, néo-zélandais, américains, écossais, sud-africains et anglais peut déjà être utilisé comme modèle⁽⁶⁴⁾. Aussi prometteuse soit-elle, cette perspective ne saurait cependant suffire à régler le problème. Le coût de l'arbitrage, en particulier, constitue un obstacle majeur à sa démocratisation. La création de tribunaux judiciaires multinationaux sera nécessaire si l'on veut surmonter la question de l'investissement⁽⁶⁵⁾ et éviter la mise en place d'une justice « à deux vitesses »⁽⁶⁶⁾.

Intérêt de la mise en place de tribunaux multinationaux - Indépendamment des perspectives qu'elle impliquerait sur le plan de l'efficacité des décisions et de la célérité de la procédure, cette évolution aurait l'immense avantage de rassurer les parents engagés dans un conflit forcément sensible dans la mesure où il est susceptible de remettre en cause leur relation avec leur enfant. Les parties au litige peuvent ainsi être animées d'un soupçon de partialité et d'absence d'indépendance d'un tribunal « mono-étatique » qui « dépend » de la communauté qui le nomme et au nom de laquelle il statue, ce qui est très problématique en présence d'une « composante *inter-sociétale* prononcée du différend, comme c'est le cas lorsqu'est en jeu le sort des enfants bi-nationaux »⁽⁶⁷⁾. La décision rendue sera dès lors plus facilement acceptée si elle provient d'une autorité judiciaire dont la légitimité et l'investiture sont « bi-nationales » et qui est « équidistante » des parents et des collectivités intéressées »⁽⁶⁸⁾, autrement dit, pour reprendre l'expression de David Hodson, si elle n'est pas « *national-centric* »⁽⁶⁹⁾. Il est essentiel que la décision soit comprise et acceptée de manière à pacifier les relations des parties et éviter tout conflit subséquent.

Afin de s'assurer d'une parfaite compréhension de la situation, le tribunal saisi de la demande conformément aux règles de conflit de juridictions pourrait proposer aux parties de convoquer des juges de leur nationalité et/ou de leur résidence⁽⁷⁰⁾. Ceux-ci pourraient ensuite régler le problème selon la loi du lieu de résidence de l'enfant, les quelques divergences législatives pouvant aisément être gommées au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les solutions en matière de responsabilité parentale étant très largement guidées par un coeur commun découlant de textes internationaux tels que la Convention de New York de 1989 ou la Convention européenne des droits de l'homme, ce n'est pas l'identification de la règle applicable qui pose problème mais bien son application concrète. Confronter le point de vue de juges d'horizons différents

pourrait être une bonne façon de mieux appréhender l'intérêt de l'enfant. S'il serait évidemment extrêmement prématuré d'envisager la mise en place d'un tel système à l'échelle globale, cela pourrait au moins être fait à l'échelle européenne. La nécessité de renforcer la coopération des autorités nationales et de développer la confiance mutuelle nécessaire à la circulation des décisions a été parfaitement mise en avant dans le cadre de la réforme récente du Règlement « Bruxelles II *bis* ». Peut-être faudrait-il se montrer plus ambitieux encore et expérimenter, dans le domaine spécifique du déménagement de l'enfant de parents séparés, une façon totalement nouvelle de résoudre les litiges internationaux.

Mots clés :

AUTORITE PARENTALE * Droit international privé * Droit comparé * Séparation des parents * Déménagement

- (1) S. C. Cohen et S. Gössling, A Darker Side of Hypermobility, 47 Environment and Planning 2015, 1661.
- (2) E. Frenyo, Transnational families, The right to family life in the age of global migration, in B. Stark et J. Heaton, Routledge Handbook of International Family Law, Taylor and Francis, 2019, 295.
- (3) L. D. Elrod, National and International Momentum Builds for More Child Focus in Relocation Disputes, 44 Fam. L.Q. 2010, 364.
- (4) R. A. Warshak, In a Land Far, Far Away : Assessing Children's Best Interests in International Relocation Cases, 10 Journal of Child Custody 2013, 306.
- (5) V., par ex., G. Kessler, Les conséquences du déménagement de l'un des parents sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant, Dr. fam. 2016, dossier 12 et C. Lafon, L'incidence du déménagement d'un parent sur la résidence de l'enfant, Dr. fam. 2016, dossier 13.
- (6) P. M. Stahl, Emerging Issues in Relocation Cases, 25 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 2012, 425.
- (7) M. Stattler, The Problem of Parental Relocation : Closing the Loophole in the Law of International Child Abduction, 67 Wash & Lee L. Rev. 2010, 1709.
- (8) P. Parkinson, Family Law and the Indissolubility of Parenthood, Cambridge University Press, 2011, 178.
- (9) « Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».
- (10) Sur ce sujet, v. G. Kessler, L'interdiction de sortie du territoire, Dr. fam. 2017, Dossier 15.
- (11) V. *infra*.
- (12) G. Kessler, Les conséquences du déménagement..., *op. cit.*
- (13) Nancy, 10 juill. 2015, n° 15/01053.

(14) V., par ex., Orléans, 7 déc. 2015, n° 14/02838 (départ de la mère à Barcelone pour rejoindre son nouveau conjoint) et Paris, 23 juin 2015, n° 14/14551 (le fait que la mère soit originaire de Nice n'empêche pas que son choix de s'y installer avec l'enfant constitue un choix personnel qui justifie le transfert de sa résidence habituelle).

(15) Civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 17-24.015, AJ fam. 2018. 293, obs. A. Sannier .

(16) Paris, pôle 3, ch. 2, 20 juin 2017, n° 15/08678.

(17) Paris, pôle 3, ch. 4, 2 juin 2016, n° 14/21084 (déménagement de la mère en Chine).

(18) Paris, pôle 3, ch. 3, 25 oct. 2012, n° 11/14395.

(19) Paris, pôle 3, ch. 2, 24 janv. 2017, n° 16/13125 (déménagement de la mère à Toronto).

(20) Civ. 1^{re}, 12 sept. 2019, n° 18-18.924, AJ fam. 2019. 526, obs. M. Saulier .

(21) Orléans, 7 déc. 2015, n° 14/02838 (déménagement de la mère à Barcelone alors que l'enfant ne parle pas catalan).

(22) Metz, 17 nov. 2015, n° 14/03313 et n° 15/00748.

(23) Paris, 10 sept. 2015, n° 13/13151.

(24) Civ. 1^{re}, 7 mars 2019, n° 18-26.373, AJ fam. 2019. 285, obs. A. Sannier .

(25) Paris, pôle 3, ch. 2, 24 janv. 2017, n° 16/13125.

(26) 28 avr. 2010, BGH XII ZB 81/09.

(27) *Gordon c/ Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27.

(28) *Tropea c/ Tropea*, 87 N.Y.2d 727 (1996) ; *Lamsuga c/ Lamsuga*, 88 p. 3d 81 (Cal. 2004).

(29) ATF 142 III 498. *FamPra.ch* 2016, 1029.

(30) Les motifs peuvent toutefois être appréciés de manière assez souple. En l'espèce, la raison retenue pour permettre à la mère de quitter l'Angleterre pour la Nouvelle-Zélande était uniquement son inconfort et son mal-être dans sa vie londonienne. Le juge Thorpe a estimé que celle-ci serait plus épanouie en Nouvelle-Zélande et que cela se répercuterait sur l'enfant, suscitant la critique de la doctrine qui s'est interrogée sur le bien-fondé d'un tel standard : The Hon. W. D. Duggan, *Rock-Paper-Scissors, Playing the Odds with the Law of Child Relocation*, 45 *Family Court Review* 2007, 205.

(31) *Payne c/ Payne*, [2001] 1 F.L.R. 1052 (U.K.).

(32) *Swonder c/ Swonder*, 642 N.E.2d 1376 (Ind. Ct. App 1994).

(33) *La. Rev. Stat. Ann.* § 9 :355.12.

(34) *Mo. Ann. Stat.* § 452 377.

(35) A. Worwood et L. Cummin, *Can we go or can we stay ? The International Child Relocation Rankings, International Family Law Report*, Penningtons Manches, 2016, p. 122.

(36) *BVS c/ BNT* [2015] 3 SLR973.

(37) C. Y. Muk, *Less Payne in the International Relocation of Children*, 28 SAclJ 2016, p. 311.

(38) *Re F (A Child) (International Relocation Cases)* [2015] EWCA Civ 882.

(39) L. Young, *Revisiting Relocation Disputes*, Int'l Surv. Fam. L. 2016, 33.

(40) E. E. Sutherland, *Child custody and cognate concepts*, in B. Stark et J. Heaton, *Routledge Handbook of International Family Law*, Taylor and Francis, 2019, 134.

(41) *The pure best interests approach to relocation law is a failure. It is unpredictable and expensive, increasing conflict and discouraging settlement : R. Thompson, Presumptions, Burdens, and Best Interests in Relocation Law*, 53 Family Court Review 2015, 40.

(42) P. M. Stahl, *Emerging Issues in Relocation Cases*, 25 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 2012, 450.

(43) Faute de pouvoir développer une « *legislative policy* », il faudrait au moins une « *legislative guidance* » : P. Parkinson et J. Cashmore, *Reforming Relocation Law : an Evidence-Based Approach*, 53 Family Court Review 2015, 28.

(44) *The truth is this : there is n° evidence that our decisions in these types of cases result in an outcome that is any better for the child than if the parents did rock-paper-scissors*. The Hon. W. D. Duggan, *Rock-Paper-Scissors, Playing the Odds with the Law of Child Relocation*, 45 Family Court Review 2007, 198.

(45) Besançon, 27 nov. 2015, n° 14/02220.

(46) Nancy, 7 août 2015, n° 15/01700 (déménagement de la mère avec son nouveau mari aux Émirats arabes unis).

(47) C. P. A. Jones, *Fathers'rights. Japan as a different paradigm*, in B. Stark et J. Heaton, *Routledge Handbook of International Family Law*, Taylor and Francis, 2019, 242.

(48) Une proposition de résolution, en application de l'art. 34-1 de la Constitution, relative aux enfants franco-japonais privés de tout lien avec leur parent français à la suite d'un enlèvement parental, a été enregistrée à la présidence du Sénat le 8 oct. 2019 à l'initiative du sénateur Richard Yung : www.senat.fr/leg/ppr19-029.html. Le texte met en lumière le « désarroi absolu » des parents français d'enfants franco-japonais qui sont privés de tout lien avec lui suite à un divorce ou une séparation.

(49) R. A. Warshak, *In a Land Far, Far Away : Assessing Children's Best Interests in International Relocation Cases*, 10 *Journal of Child Custody* 2013, 314.

(50) The Hon. W. D. Duggan, *Rock-Paper-Scissors, Playing the Odds with the Law of Child Relocation*, 45 *Family Court Review* 2007, 210.

(51) M. Stattler, *The Problem of Parental Relocation : Closing the Loophole in the Law of International Child Abduction*, 67 *Wash & Lee L. Rev.* 2010, 1747.

(52) P. Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, 2011, 119 s.

(53) En ce sens, v. G. Kessler, *Les devoirs réciproques des parents séparés*, *Dr. fam.* Étude 4.

(54) P. M. Stahl, *Emerging Issues in Relocation Cases*, 25 *J. Am. Acad. Matrimonial Law.* 2012, 443.

(55) C'est la solution qui a été retenue par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *U v. U*, (2002) 211 CLR 238.

(56) *Taylor v. Taylor*, 990 A. 2d 882 (Conn. Ct. App. 2010).

(57) Parmi les éléments retenus figurant par exemple le fait de lui lire des histoires, de l'accompagner à l'école, de suivre ses progrès éducatifs, de lui préparer son repas etc. C. Y. Muk, *Less Payne in the International Relocation of Children*, 28 *SAC LJ* 2016, p. 313.

(58) *TAA v TAB* [2015] 2 SLR 879.

(59) E. Gallant, *Le nouveau Règlement « Bruxelles II ter »*, *AJ fam.* 2019. 401 📖.

(60) www.icmec.org/press/washington-declaration-on-international-family-relocation/

(61) D. Bureau et H. Muir-Watt, *op. cit.*, n° 767.

(62) G. P. Romano, *Souveraineté « mono-nationale », relations humaines « transterritoriales » et « humanisation » du droit international privé*. Libre propos, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, Iprolex, 2018, p. 1435.

(63) M. Farge, *L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ?*, in *Un droit en perpétuel mouvement, Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 323. - V.

aussi D. Hodson, Globalisation of Adjudication in International Family Law : Serving International Families by Producing International Solutions, in G. Douglas, M. Murch et V. Stephens (Eds), *International and National Perspectives on Child and Family Law, Essays in Honor of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, p. 160.

(64) <https://internationalfamilyarbitration.com/>

(65) G. P. Romano, Souveraineté « mono-nationale », relations humaines « transterritoriales » et « humanisation » du droit international privé. Libre propos, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, Iprolex, 2018, p. 1438.

(66) M. Farge, *op. cit.*, p. 324.

(67) G. P. Romano, *op. cit.*, p. 1437.

(68) *Ibid.*, p. 1437.

(69) D. Hodson, Globalisation of Adjudication in International Family Law : Serving International Families by Producing International Solutions, in G. Douglas, M. Murch et V. Stephens (Eds), *International and National Perspectives on Child and Family Law, Essays in Honor of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, p. 155.

(70) Il serait préférable de laisser une marge de manoeuvre aux parties qui pourraient estimer, à la suite de leur expatriation, que les conceptions de leur lieu de résidence ne correspondent pas du tout à leur ancrage culturel (parents franco-allemands expatriés en Chine, par exemple). Sur cette problématique de l'expatriation et du temps nécessaire à l'intégration sociologique, v. B. Bourdelois, Relations familiales internationales et *professio juris*, in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, Lextenso, LGDJ, 2014, p. 139.