

Retrait de l'effet suspensif en cas d'autorisation de transfert de la résidence de l'enfant à l'étranger (art. 301a et 450c CC)

Recommandations de la Commission permanente de la COPMA du 6 février 2023

Les développements ci-dessous se réfèrent à l'arrêt de la CEDH du 8 février 2022¹ et indiquent comment le mettre en œuvre en pratique. Il est recommandé de ne pas retirer l'effet suspensif ou de ne le faire qu'avec beaucoup de retenue.

1. Contexte

a) En application de l'article 301a al. 2 let. a CC, l'accord de l'APEA (ou, le cas échéant, du juge civil) est requis lorsque, en cas d'autorité parentale conjointe, l'un des parents souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant en le déplaçant à l'étranger et qu'il n'obtient pas l'accord de l'autre parent. La décision de l'APEA peut faire l'objet d'un recours conformément à l'art. 450 CC et le recours en question a en principe un effet suspensif, mais l'APEA peut, en application de l'art. 450c CC, décider de retirer l'effet suspensif. L'instance de recours, dès lors que le dépôt du recours a fondé sa compétence, peut également décider de retirer l'effet suspensif (ou de le restituer).

b) Lorsque l'un des parents déménage à l'étranger sur la base de la décision exécutoire de l'APEA et qu'il s'installe dans un Etat partie à la Convention de La Haye sur la protection des enfants (CLaH96), c'est le nouvel Etat de résidence qui devient compétent (art. 5 al. 2 CLaH96) et la procédure devant les tribunaux suisses prend fin (ATF 143 III 193 consid. 2/JdT 2018 II 187). Dans ce cas de figure, la décision de l'APEA donnant son consentement à la modification du lieu de résidence ne peut pas faire l'objet d'un contrôle matériel en Suisse et la légalité du retrait de l'effet suspensif décidé par l'APEA ne peut pas être examinée par un tribunal.

c) Dans son arrêt du 8 février 2022, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté (contestation de l'ATF 143 III 193/JdT 2018 II 187) que le retrait de l'effet suspensif par une APEA viole l'art. 6 CEDH lorsque cette décision ne peut jamais être examinée par un tribunal (p. ex. si la procédure devient sans objet en raison du départ dans un Etat partie à la CLaH96) et que l'APEA qui décide du retrait de l'effet suspensif n'est pas un tribunal au sens de l'art. 6 CEDH. Dans de telles circonstances, il faut qu'il soit assuré que le parent concerné ait la possibilité de s'adresser à un juge avant que le retrait de l'effet suspensif n'entre en vigueur et que ce parent soit rendu attentif à la procédure à suivre (CEDH du 8.2.2022 dans l'affaire Roth c. Suisse, § 67).

d) Dans l'ATF 142 III 732 (qui concerne l'APEA du canton de Thurgovie), le Tribunal fédéral met l'accent sur la différence entre les tribunaux au sens formel et au sens matériel. Les tribunaux au sens formel sont intégrés dans le système judiciaire et font donc partie de l'organisation judiciaire traditionnelle. S'agissant des tribunaux au sens matériel et selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme, les exigences de l'art. 30 Cst. et de l'art. 6 ch. 1 CEDH sont satisfaites par toute « autorité qui, en matière de litiges, prend des décisions contraignantes et fondées légalement et juridiquement à l'issue d'une procédure équitable d'aspect judiciaire. Cette autorité ne doit pas nécessairement faire partie de la structure judiciaire ordinaire d'un Etat ; elle doit cependant par son organisation et sa composition, d'après la façon dont sont nommés ses membres et la durée de leur fonction, ainsi que par la protection contre les influences extérieures, être indépendante et impartiale par rapport aux autres autorités et par rapport aux parties et apparaître comme telle » (ATF 142 III 732 consid. 3/JdT 2018 II 187).

e) La question peut se poser de savoir si toutes les APEA sont des tribunaux au sens matériel du terme. Tant que cette question n'est pas résolue, la procédure suivante peut être recommandée à toutes les APEA et en particulier à celles qui ne peuvent pas – a priori – être qualifiées de tribunal (au sens matériel).

¹ Affaire Roth c. Suisse, requête n° 69444/17.

2. Recommendations

a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le retrait de l'effet suspensif en vertu de l'article 450c CC ne doit être envisagé qu'en cas d'urgence et après une pesée des intérêts en jeu. Le retrait de l'effet suspensif doit absolument constituer une exception lorsque le déménagement se fait dans un Etat partie à la CLaH96 et entraîne par conséquent un changement de compétence juridictionnelle menaçant de rendre la procédure suisse sans objet (ATF 144 III 469 consid. 4.2./JdT 2019 II 155 ; TF 5A_520/2017 consid. 3.2 ; ATF 143 III 193 consid. 4/JdT 2018 II 187). Ce principe vaut indépendamment du fait que la décision soit prise par une autorité judiciaire au sens formel, judiciaire au sens matériel ou éventuellement non judiciaire.

b) Les APEA qui répondent aux conditions d'un tribunal au sens matériel (voir point 1d ci-dessus) pourraient ordonner – avec toute la retenue qui s'impose – le retrait de l'effet suspensif avec effet au moment de la notification de la décision. En revanche, pour les APEA qui ne répondent pas aux conditions d'un tribunal au sens matériel (voir point 1d ci-dessus), le retrait de l'effet suspensif ne peut déployer d'effet que si la personne concernée n'a pas contesté la décision devant l'instance judiciaire de recours, respectivement si le tribunal compétent a confirmé le retrait.

c) Cette dichotomie n'est pas satisfaisante, ce d'autant plus qu'il n'est pas toujours évident de savoir, a priori, quelle APEA remplit les critères d'un tribunal au sens matériel. La recommandation formulée est par conséquent, dans un but de précaution (voir point 2a ci-dessus), que l'effet suspensif d'une autorisation de modification du lieu de résidence de l'enfant à l'étranger (avec changement de juridiction) ne soit, par principe, pas retiré. Il est également recommandé d'indiquer expressément, si nécessaire, que le retrait de l'effet suspensif peut être demandé auprès de l'instance de recours (le cas échéant à titre superprovisoire).

Si, à titre exceptionnel, l'effet suspensif est tout de même retiré (uniquement en cas d'extrême urgence, voir point 2a ci-dessus), il est recommandé d'indiquer que le rétablissement de l'effet suspensif peut être demandé auprès de l'instance de recours (le cas échéant à titre superprovisoire).