

Articles thématiques

Droit matrimonial

Mots-clés:

accords familiaux | médiation



iusNet DC 23.02.2023

## Quelle reconnaissance et quelle exécution, pour les accords familiaux présentant des éléments d'extranéité trouvés en médiation?



Anne Reiser,

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

*Résumé : la présente contribution discute des moyens à disposition pour favoriser la reconnaissance et l'exécution internationale des accords familiaux présentant des éléments d'extranéité trouvés en médiation.*

Alors que l'on s'accorde actuellement en Suisse pour poser le principe que les parents sont experts de leurs enfants, et que l'intérêt des enfants est qu'ils s'accordent à leur sujet, au besoin en ayant recours à la médiation, aucun consensus ni aucun traité international n'existe sur la reconnaissance et l'exécution des accords familiaux en général, ni sur les accords trouvés en médiation<sup>1</sup>.

**La Convention de Singapour de 2018 sur la médiation<sup>2</sup> et la Directive européenne de 2008/52/CE sur la médiation<sup>3</sup> ne s'appliquant pas à la reconnaissance et l'exécution des accords trouvés à l'issue d'une médiation dans le domaine familial**, c'est ainsi dans le droit de l'État de l'exécution des accords qu'il faut rechercher tant le moyen de faire exécuter de telles conventions que les sanctions attachées à leur inexécution.

Si le droit civil codifié de certains États d'Europe connaît la transaction extrajudiciaire<sup>4</sup>, et l'homologation d'accords extrajudiciaires<sup>5</sup>, dans d'autres États, c'est le droit de procédure et non le droit matériel, qui connaît cette institution, qualifiée d'entente par conciliation<sup>6</sup>. La forme authentique des accords peut, certes, faciliter la reconnaissance et l'exécution de ceux-ci dans certains pays<sup>7</sup>. Il n'en demeure pas moins que lorsque l'accord comprend des obligations de faire (et l'on pense en particulier à l'obligation de permettre à l'enfant d'entretenir des liens avec le parent qui n'a pas sa garde principale), l'incertitude juridique liée à l'absence de traité assurant la reconnaissance et l'exécution internationales d'accords intervenus en médiation familiale enlève hélas à ce processus la force ancrée dans l'espérance d'une reconnaissance et d'une exécution efficaces au lieu auquel l'exécution devra intervenir.

Cela a pour conséquence que **le seul moyen actuel de faire reconnaître et exécuter les accords intervenus en médiation familiale au lieu d'exécution de ceux-ci est judiciaire** ; ce qui donnera au co-contractant qui ne s'est pas exécuté, l'occasion d'élever les objections et exceptions liées, non seulement à la convention elle-même, mais aussi au processus de médiation, comprenant en particulier celles qui touchent aux compétences et aux obligations de neutralité et d'impartialité du médiateur<sup>8</sup>.

À ces difficultés de reconnaissance et d'exécution internationales s'ajoute celle que, à supposer que l'accord trouvé en médiation ait été homologué (comme le permet en Suisse l'art. 217 CPC), même si la procédure de ratification du droit interne dispose que l'accord ratifié a les effets d'une décision entrée en force, le juge de l'homologation n'a pas été saisi par un réel litige *en amont* de la négociation de l'accord, mais ne l'a été qu'une fois celui-ci réglé, ce qui est susceptible de permettre la remise en cause, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, de la nature même de jugement matériel de la décision judiciaire qui a homologué l'accord.

En effet, non seulement aucune reconnaissance et exécution internationale des jugements n'est pour l'heure d'actualité dans tous les pays du monde<sup>9</sup>, mais en outre la Convention de La Haye 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, qui a cette ambition, ne couvre pas la reconnaissance et l'exécution internationale d'accords même ratifiés judiciairement (ni, d'ailleurs, celle d'accords revêtant la forme de titres authentiques). Ceci ouvre donc la voie à la contestation de la reconnaissance d'accords trouvés en médiation qui pourraient l'avoir été en amont de toute saisine du juge de l'homologation<sup>10</sup>.

Sur le chapitre de l'exécution (judiciaire) internationale des accords familiaux, rappelons également que les conséquences internationales de l'inexécution varient : l'exécution en nature n'est, par exemple, pas connue des pays de Common law<sup>11</sup>, qui ont recours aux dommages-intérêts pour indemniser la partie lésée par l'inexécution<sup>12</sup>. La partie qui recherche l'exécution en nature à l'étranger d'un accord contemplé a ainsi intérêt à y inclure toutes les prestations promises, à assurer l'exécution de manière précise conforme au droit étranger, et à prévoir des sanctions efficaces de l'inexécution à l'étranger, si elle entend assurer cette exécution en nature.

De manière plus générale, afin de favoriser la reconnaissance et l'exécution internationales des accords familiaux, en l'état actuel des traités signés par la Suisse, les praticiens seront bien avisés de saisir la justice civile d'une requête dans laquelle ils exposeront succinctement l'état des *désaccords* existants entre les membres des familles concernés, *avant* de suspendre la procédure pour initier un processus de médiation, et de soumettre leurs accords subséquents à la condition suspensive de leur ratification (art. 151 CO *cum* 7 CC) par le juge civil, afin de doter, dans toute la mesure possible, la décision de ratification de l'accord de la qualité de jugement matériel.

Il convient en effet de persuader le juge étranger éventuellement saisi au lieu d'exécution des accords que le juge suisse n'est pas qu'un « office d'enregistrement » de l'accord médié et que la loi l'oblige à exercer ses prérogatives au stade de la ratification de l'accord trouvé à l'issue de la médiation : en effet, même saisi de conclusions concordantes des parents d'enfants mineurs, le juge n'est pas lié par elles (art. 296 CPC) ; il doit ainsi vérifier, avant d'homologuer la convention, que le bien de l'enfant est servi par l'autorité parentale dont l'exercice est réglementé par l'accord (art. 296 CC), et que l'entretien qui est alloué à l'enfant

par convention est adéquat et préserve ses droits (art. 287a CC) sur le vu des indications fournies et des documents qui lui sont présentés. La suggestion d'insérer dans la convention la condition suspensive de sa ratification judiciaire à la validité de l'accord est destinée, au surplus, à éviter l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 5A\_447/2022 du 2 septembre 2022<sup>13</sup>) qui rappelle la nature contractuelle des accords parentaux, susceptible de faire obstacle à leurs reconnaissance et exécution internationales.

- 1. A cet égard, notons que les travaux préparatoires de la Convention de La Haye consacrés à la question ne permettent pas d'envisager une nouvelle convention dans un proche avenir. Cf à ce sujet Paul Beaumon et Nieve Rubaja, *Family Agreements including children*, in *A guide to a Global Private International Law, Studies in Private International Law* vol 32, Paul Beaumont and Jayne Holliday (edn), Hart Publishing, Great Britain, 2022, p. 549ss, 550.
- 2. <https://uncitral.un.org/fr/content/convention-des-nations-unies-sur-les-accords-de-r%C3%A8glement-internationaux-issus-de-la-mediation>.
- 3. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000018839736>.
- 4. Art. 2044ss Code civil français ; art. 1173ss Code civil italien.
- 5. Art. 1565-1567 Code de procédure civile français.
- 6. Par exemple, dans certains Etats de l'ex-URSS : Chapitre 15, accords en procédure de conciliation, Code de procédure d'arbitrage de la Fédération de Russie" du 24 juillet 2002 N 95-FZ (tel que modifié le 29 décembre 2022, tel que modifié le 10 janvier 2023) (tel que modifié et complété, en vigueur à partir du 1er janvier 2023) : Dmitry Davydenko, *Cross-Border Enforcement of Settlement Agreements*, <http://excuriainternational.com/2022/08/19/%d1%81ross-border-enforcement-of-settlement-agreements/> (consulté le 08.02.2023).
- 7. Par exemple Espagne, Allemagne, Autriche : Mediation ; principles and regulation in comparative perspective, Klaus J. Hopt (ed.), Felix Steffek (ed.) Published: 29 November 2012; et aussi, en ce qui concerne l'entretien, art. 57 CLug.
- 8. Cf. au sujet de la « mediator breach provision », *mutatis mutandis* : Sherby & Co. Advs. *The Singapore Convention : The Emperor's new clothes of International Dispute Resolution*, *International Dispute Resolution News*, (ABA Nov. 13, 2020), <https://shelby.co.il/page/the-singapore-convention-the-emperor's-new-clothes-of-international-dispute-resolution> (consulté le 8 février 2023). Relevons également qu'en Suisse, le titre de médiateur n'est pas protégé et que les cantons ne peuvent pas réglementer cette profession (et en particulier pas la soumettre à autorisation) sans violer le droit fédéral : arrêt du Tribunal fédéral 2C\_283/2020 du 5 février 2021 (RSPC 3/2021, p. 118ss, ATF 147 I 241).
- 9. Il n'est que de suivre les travaux de la Conférence de La Haye, puis le petit nombre de ratifications de la Convention Jugements 2019 pour s'en persuader.
- 10. Et ainsi la qualification certaine de « jugements » matériels d'accords ratifiés judiciairement n'est pas assurée : cf *mutatis mutandis* les réflexions de Dmitry Davydenko sur le sujet de la reconnaissance et de l'exécution, par application de la Convention de New York de 1958, de sentences arbitrales qui ne feraient qu'homologuer un accord trouvé à un différend avant la saisine du tribunal arbitral, note 6.
- 11. Charles Szladits, *The concept of specific performance in civil law*, *The American Journal of Comparative Law*, Spring 1955 (spring), vol 4. No 2, p. 208-234; published by Oxford University Press, <https://www.jstor.org/stable/837221>.
- 12. On relèvera à cet égard qu'en Suisse, l'inexécution des relations personnelles entre enfant et parent non- gardien pourrait être considérée, vu la jurisprudence actuelle du

TF protectrice des droits de la personnalité de l'enfant, comme due à une impossibilité subséquente non imputable à faute du parent gardien, lorsque l'enfant (même instrumentalisé) s'oppose aux dites relations, et n'est ainsi pas susceptible d'être indemnisée (cf. art. 119 al. 1 CO *cum* 7 et 273 al. 1, 274 al. 1 CC) par le parent gardien (nonobstant les art. 273 al. 1, 274 al. 1, 7 CC *cum* art. 112 CO).

- 13. qui a fait l'objet d'un précédent éclairage (IusNet.DC.22.12.2022), dans laquelle le Tribunal fédéral rappelait que, dès qu'elle a été signée, une convention oblige les parents, qui ne peuvent s'en départir qu'en invoquant des vices du consentement.