

Enlèvement d'enfants et déplacement illicite : pratiques comparées France - États-Unis



Colloque organisé par la FABA, présidée par Céline Bondard, Paris, 20 septembre 2016

En France, l'enlèvement international d'enfants fait l'objet de plusieurs textes internationaux applicables pour chacun selon leurs propres conditions. Néanmoins, l'essentiel du contentieux relève de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 est un véritable outil à l'assistance et l'aide apportées aux couples internationaux dans les périodes de conflits les plus difficiles. Elle compte aujourd'hui 94 États-membres et fait preuve d'une véritable efficacité en matière d'enlèvement d'enfants. Elle est entrée en vigueur, en France, le 1^{er} décembre 1983.

La Convention prévoit un mécanisme de retour immédiat de l'enfant lorsque le déplacement caractérisé est illicite au sens de la Convention, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu violation du droit de garde du titulaire au regard du droit interne du lieu de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement.

La Convention prévoit un mécanisme principal de coopération entre les autorités centrales compétentes en la matière, chacune désignée par l'État-membre. Ce mécanisme a pour but d'éviter la judiciarisation du litige, puisqu'il y a lieu de favoriser un retour volontaire dans l'État d'origine. À défaut, l'autorité centrale pourra indirectement enclencher une procédure judiciaire. Le parent dont le droit de garde a été violé peut aussi être seul à l'origine de l'application de la Convention.

QUELQUES STATISTIQUES CONCERNANT LA FRANCE

- Pour 54 États (ayant répondu au formulaire) : on compte 1965 demandes de retour adressées ce qui concerne 2 703 enfants (statistiques 2008) ;
- Nombre de demandes de retour reçues par la France en 2015 : 118, dont 6 depuis les États-Unis ;
- Nombre de demandes adressées par la France aux autorités centrales étrangères en 2015 : 193, dont 8 à l'autorité centrale américaine.

RÔLE DE L'AUTORITÉ CENTRALE FRANÇAISE

L'autorité centrale désignée par la France en matière de déplacement illicite d'enfant est le Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile (Direction des affaires civiles et du Sceau – Ministère de la justice).

Comme dans la plupart des États parties à la convention, l'autorité centrale française peut être saisie en tant qu'autorité centrale de l'État requis (refuge) ; ou bien en tant qu'autorité centrale de l'État requérant (d'origine).

L'autorité centrale française a un rôle relativement important puisqu'elle appréciera l'opportunité de mettre en œuvre sa coopération dans le cadre d'une demande de retour immédiat qui lui est présentée, notamment au regard des informations que le demandeur a obligation de fournir à l'autorité centrale, conformément à l'article 8 de la Convention. En effet, s'il est manifeste que les conditions requises par la Convention ne sont pas remplies ou que la demande n'est pas fondée, elle n'est pas tenue d'accepter sa coopération (article 27).

Si la demande de retour n'est pas manifestement infondée :

- Dans les hypothèses où la France est État requérant : l'autorité centrale française adresse la demande de retour à l'autorité centrale étrangère ; une coopération se met alors en place ;
- Dans les hypothèses où la France est État requis : l'autorité centrale française tente une résolution amiable du conflit (courrier au parent ayant déplacé l'enfant, médiation¹), elle fait procéder à la localisation le cas échéant, elle sollicite le parquet pour introduire la procédure de retour, elle prévient le cas échéant la juridiction française saisie au fond des dispositions de l'article 16 de la Convention.

DEMANDE ET REQUÊTE

La procédure de retour immédiat dans l'État de refuge prévu par la Convention peut, en France, être à l'initiative de l'autorité centrale, mais également du parent ayant vu son enfant illicitement déplacé.

Delphine Eskenazi



La FABA :

La French-American Bar Association (FABA), actuellement présidée par maître Céline Bondard, a été fondée en 2007 dans l'État de New-York par 5 avocats qui ont étudié aussi bien en France qu'aux États-Unis. Son siège social est situé à New-York.

Comptant des associés à New-York, Californie et Paris, la FABA est une véritable organisation mondiale. La FABA reconnaît que le développement de réseaux internationaux et la compréhension de systèmes légaux étrangers est fondamental dans l'économie globale aujourd'hui, dans la mesure où les professionnels du droit doivent régulièrement faire face à la nécessité de collaborer avec des avocats étrangers ou bien échanger en tenant compte des lois et réglementations étrangères. La FABA souhaite atteindre ses objectifs en promouvant un échange d'informations et d'expériences, et par le développement d'un soutien international et d'un réseau de référence.

La majorité des membres de la FABA exercent en France et aux États-Unis, bien que l'association soit ouverte aux avocats provenant d'autres pays.

La FABA est une organisation non-religieuse et indépendante au sein de laquelle aucune des activités ne consiste à faire de la propagande.

Lorsqu'elle est à l'initiative de la procédure, l'autorité centrale n'agira pas directement devant les tribunaux français. La requête est d'abord transmise au procureur général près la Cour d'appel territorialement compétente, qui

1) Cf. Cellule de médiation familiale du ministère de la Justice

lui-même transmettra la requête au procureur de la République du tribunal de grande instance territorialement compétent. Le parent demandeur pourra ici intervenir volontairement à la procédure, mais c'est le procureur qui introduira l'instance, à défaut d'obtenir amiablement le retour de l'enfant dans son État d'origine, pour la défense de l'ordre public que constitue le respect de la convention de La Haye².

L'article 29 de la Convention prévoit également que toute personne titulaire du droit de garde au sens de la Convention a la possibilité de saisir directement l'autorité judiciaire ou administrative compétente dans l'État de refuge. La France n'a émis ni réserve, ni déclaration à l'application de cet article, et la Cour de cassation a par ailleurs précisé à plusieurs reprises que la circonstance selon laquelle l'autorité centrale étant déjà saisie n'empêche aucunement le parent dont le droit de garde a été violé de saisir directement l'autorité judiciaire compétente de l'État refuge³.

UNE COMPÉTENCE JUDICIAIRE CONCENTRÉE |||||

À l'inverse des États-Unis, où la compétence est partagée entre les tribunaux étatiques et fédéraux, la France a fait le choix de concentrer le contentieux de l'enlèvement d'enfant, au civil, et a prévu une compétence exclusive doublement spéciale. D'une part, spécialisé matériellement, puisqu'en vertu de l'article 1210-4 du Code de procédure civile, seul le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître des actions relevant du déplacement illicite international d'enfant (pour la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 mais plus généralement pour l'ensemble des instruments internationaux traitant du déplacement illicite d'enfant).

D'autre part, et en vertu de l'article L 211-12 du Code de l'organisation judiciaire, seul le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance spécialement désigné dans le ressort de Cour d'appel est spécialisé en la matière (un seulement par ressort de Cour d'appel). Le législateur ne précise pas le facteur de rattachement qui permet de désigner le juge aux affaires familiales territorialement compétent, mais la doctrine et la pratique font corps pour retenir celui du lieu où l'enfant est retenu.

Cette spécialisation a notamment été voulue d'une part quant à la complexité du contentieux ; mais également au regard de l'objectif de célérité imposé par la Convention.

DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE ET AUDIENCE |||

Toujours dans un souci de célérité, le législateur

français a aménagé la procédure de retour immédiat en précisant à l'article 1210-5 du Code de procédure civile que cette demande est formée, instruite et jugée en la forme des référés afin de respecter le délai de 6 semaines entre la saisine et la décision apportée par les autorités compétentes dans l'État refuge.

À l'inverse des États-Unis, il n'existe qu'une seule audience pour l'ensemble de la procédure où il sera statué sur l'applicabilité de la Convention et par la même sur le caractère illicite du déplacement de l'enfant. Effectivement, il n'existe pas de mise en état à proprement parler, d'une part car la procédure de référé est orale et, d'autre part, car c'est précisément la raison pour laquelle la procédure est instruite en la forme des référés, dans un souci de célérité ainsi que la nécessité d'obtenir rapidement une décision.

Néanmoins, dans un objectif d'intelligibilité et de clarté, il est bien évidemment nécessaire de produire des conclusions et le cas échéant certaines pièces. Il est cependant important de ne pas perdre de vue l'objectif de rapidité de la procédure, intrinsèque à la Convention. Par ailleurs, il est certainement utile de rappeler, comme la Cour de cassation l'a fait à maintes reprises, que l'audience n'est pas une audience sur le fond de la responsabilité parentale au sens du droit international privé mais uniquement de caractériser ou non l'illicéité du déplacement.

Enfin, en France, la décision est une ordonnance et non un jugement, si bien que par application du droit commun, le délai d'appel est de quinze jours et non d'un mois à compter de sa signification.

REPRÉSENTATION DE L'ENFANT |||||||||||

Le législateur français n'a pas prévu de disposition spécifique quant à la représentation de l'enfant illicite déplacé en application de la Convention de La Haye, et il ne semble pas que les juges français nomment un administrateur *ad hoc* pour la défense des intérêts de l'enfant. En France, c'est au procureur de la République qu'il incombera de vérifier et de s'assurer que les intérêts de l'enfant sont respectés dans sa mission générale de protection de l'ordre public.

L'AUDITION DE L'ENFANT DÉPLACÉ |||||||||||

Les dispositions de droit commun de l'article 388-1 du Code civil, qui dispose que le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant, sont applicables. Souvent, les décisions françaises contiennent dans leurs dispositifs la

formule suivante « *Vu le jeune âge de l'enfant et son immaturité* » afin de justifier sa non-audition.

L'article 13 alinéa 2 de la Convention de La Haye laisse place à la possibilité de refuser d'ordonner le retour de l'enfant déplacé dans la mesure où celui-ci s'y oppose et « *a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion* ». Néanmoins, et lorsque l'audition de l'enfant est possible, la cour de cassation a précisé que le seul refus de l'enfant de rentrer dans son État d'origine avant son déplacement ne permet pas de justifier à lui seul une décision de non-retour. A priori, sur ce point, les juridictions américaines et françaises se rejoignent.

FRAIS JURIDIQUES |||||||||||||||

La Convention de La Haye prévoit un accès pour le demandeur à l'aide juridique dans l'ensemble des États-membres et ce peu importe sa nationalité. *A priori*, les frais déboursés par l'autorité centrale restent à la charge de cette dernière. S'agissant des frais d'avocats, la Convention prévoit également que ce sont les autorités centrales qui les supportent.

Néanmoins, il a été prévu par les rédacteurs de la Convention la possibilité pour les États membres de formuler des réserves à cette disposition conformément à l'article 42. L'État français (comme bon nombre des États-membres) a déclaré qu'il ne prendrait en charge les frais d'avocats déboursés par le demandeur qu'à hauteur de la couverture prise en charge par l'aide juridictionnelle.

Enfin, la jurisprudence française⁴ tend à rendre effectif l'article 26 alinéa troisième de la Convention en mettant à la charge de parent ayant enlevé l'enfant les frais qui ont été rendus nécessaires au retour de celui-ci dans son État d'origine (frais d'avocats ; de voyage).

Il convient également de rappeler, au sein de l'Union européenne, le mécanisme mis en place par la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires. En France, le Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes est en charge de sa mise en œuvre.

LE PROBLÈME DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE |||||

La question de la détermination de la résidence habituelle est, comme dans la plupart des litiges attrayants au droit international privé de la famille, cruciale. Effectivement, selon

2) Cf. art. 423 CP Civ. et Civ. 1^{er}, 19 mars 2002

3) Cass. Civ. 1^{er}, 7 juin 1995, n°94-15.860

4) Cass. Civ. 1^{er}, 25 septembre 2013, n°12-26.864

sa localisation, la Convention de La Haye ne sera pas applicable puisqu'il n'y aura pas de déplacement illicite s'il est démontré que l'État prétendument de refuge est de facto le lieu de la résidence habituelle de l'enfant (article 3). La question de la résidence habituelle pose un problème quant à sa définition.

La Convention ne donne évidemment pas de définition de la résidence habituelle de l'enfant, et il appartient au juge du fond, dans le cadre de son application, de la déterminer selon des critères non exhaustifs et pas nécessairement harmonisés d'un État-membre à un autre.

À ce titre, à la différence des États-Unis, le juge français doit s'appuyer sur la jurisprudence européenne rendue en la matière, et notamment de la Cour de justice de l'Union européenne dans des espèces mettant en application le Règlement « Bruxelles II bis ».

Le juge français prendra en compte ces éléments dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

On peut effectivement souligner l'importance pratique en France des décisions « A »⁵ et « mercredi »⁶ de 2009 et 2010 rendues par la cour de justice de l'Union européenne. En synthétisant ces deux décisions, il apparaît que le juge européen, donc français, doit localiser la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement de telle manière : il doit rechercher le « lieu qui traduit d'une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial » celui-ci étant déterminé par des critères non-exhaustifs pourtant essentiels que sont « la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de cet État membre (l'État de refuge supposé) » mais également « l'âge de l'enfant, les origines géographiques et familiales de la mère (plus généralement du parent ayant enlevé l'enfant) ainsi que les rapport familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant », et la Cour de justice de préciser que tous ces éléments devant bien sûr être appréciés selon l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque espèce.

Il en résulte une différence par rapport aux États-Unis où, comme l'expliquera Jérémy Morley, la résidence habituelle est déterminée par des approches différentes selon les tribunaux, ces appréciations pouvant notamment être focalisée sur certains éléments de faits. Le juge français quant à lui doit donc prendre en compte l'ensemble de ces éléments.

C'est pourquoi, la seule intention des parents



de s'établir avec l'enfant dans un autre État-membre ne constitue pas le principal élément à prendre en compte, pour autant que cette intention soit apparente dans des décisions de fait tangibles qui démontrent cette intention. Elle constitue donc un élément parmi les autres. Dans cette même perspective, ne peuvent être uniquement pris en compte les éléments de faits attirant à l'enfant.

La résidence habituelle de l'enfant est par conséquent déterminée par les juges français selon la méthode du faisceau d'indices.

LA NOTION DE DROIT DE GARDE

L'article 3 de la Convention prévoit que « Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite : a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ».

La notion de « garde » ne doit pas être confondue avec le fait que les enfants vivent principalement avec l'un des parents seulement. Le fait que le parent victime bénéficie seulement d'un droit de visite et d'hébergement ne signifie en aucun cas qu'il ne bénéficie pas d'un droit de garde au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye⁷.

Il est vrai que, selon les circonstances et le droit du pays étranger en cause, la garde peut être éventuellement attribuée de façon exclusive à l'un des parents seulement, en raison d'une décision judiciaire ou administrative, ou bien être attribuée de droit en attendant une décision sur le fond⁸.

RISQUE GRAVE DE DANGER ET APPRÉCIATION PAR LES JURIDICTIONS FRANÇAISES

Pour rappel, le principe mis en œuvre par la Convention est le retour immédiat de l'enfant dès lors qu'a été constaté une violation d'un droit de garde effectif au sens de la convention relativement au droit interne de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement.

Les articles 12 et 13 prévoient néanmoins des motifs justifiant le non-retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle. Il s'agit de l'intégration de l'enfant dans son milieu corrélée à une demande tardive du titulaire du droit de garde violé (plus d'un an après le déplacement) ; de l'acquiescement postérieur au déplacement par le demandeur (explicite ou implicite pourvu que certain) ; ou bien l'existence d'un risque grave qui expose l'enfant à un danger physique ou psychique le plaçant dans une situation intolérable. Enfin, la convention prévoit que, selon son degré de maturité et son âge, l'enfant peut s'opposer à son retour (mais ne peut seul constituer un motif de non-retour, cf. paragraphe sur l'audition de l'enfant).

La doctrine française a souligné un abus des juridictions du fond appliquant trop régulièrement les exceptions de non-retour⁹. Surtout, en pratique, l'exception la plus sujette à interprétation est bien évidemment le risque grave de danger physique ou psychique exposant l'enfant à une situation intolérable dans son État d'origine.

La Cour de cassation a néanmoins mis un terme au milieu des années 2000 à cette position souple pour rappeler qu'en droit, l'exception

5) CJCE, 2 avril 2009, « A », aff. C-523/07

6) CJUE, 22 décembre 2010, « Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe », aff. C-497/10.

7) Cass. 1^{re} ch. Civ. 24 juin 2015, n° 14-14.909.

8) Cass., 1^{re} ch. Civ. 10 juillet 2007, n° 07-10.190 (n° 1031 FS-P+B).

9) Boiche Alexandre, « Enlèvement international d'enfant » in Droit et pratique du divorce, Dalloz, Dalloz référence, 2016, 241.193.3° ; Devers, Alain, « Enlèvement international d'enfant » in Droit de la famille, Dalloz, Dalloz action, 2016, 535.41



© Shonit / Parfait Ben-Ari

doit s'interpréter de manière stricte, cette interprétation stricte devant s'appliquer à la lecture de la Convention de La Haye, tout cela à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰.

En outre, on peut souligner que cette interprétation stricte est également justifiée en ce que le juge saisi d'une demande de retour ne doit pas statuer au fond sur l'autorité parentale, et une appréciation trop extensive des motifs de retour peut inviter le juge à apprécier l'ensemble des conditions de la vie familiale de l'enfant ce qui reviendrait à notre sens à s'intéresser effectivement au fond du litige et ce qui n'est évidemment pas l'objectif de la Convention.

Cette interprétation stricte est dorénavant constante¹¹. La France et les États-Unis semblent se rejoindre dans le principe d'application restrictive des exceptions de non-retour dont disposent les articles 12 et 13 de la Convention.

EXÉCUTION EN FRANCE D'UNE DÉCISION DE RETOUR IMMÉDIAT

L'objectif de la Convention étant par essence de permettre le retour de l'enfant dans son État d'origine, la question de l'exécution de la décision est primordial pour la rendre effective.

En France, la procédure de retour immédiat est donc « formée, instruite et jugée » en la forme des référés. Aussi, après de nombreux débats doctrinaux, il convient aujourd'hui d'affirmer que l'ordonnance de retour immédiat est exécutoire de plein droit, sauf si des circonstances particulières justifient que le juge ordonne l'inverse (article 492-1 du Code de procédure civile selon lequel les décisions rendues en la forme des référés sont exécutoires de plein droit).

Enfin, le décret numéro 2012-98 relatif à

l'exécution par le procureur de la République des décisions de retour prises en application des instruments internationaux et européens relatifs au déplacement illicite international d'enfants en date du 27 janvier 2012 permet en France au procureur de la République de requérir l'aide de la force publique à défaut d'exécution volontaire d'une ordonnance de retour immédiat par le parent ayant enlevé l'enfant.

Ces dispositions permettent pour la France de répondre à l'objectif de célérité voulu par la Convention.

LES ENGAGEMENTS

La Convention ne prévoit pas directement des conditions incombant au parent demandeur pour que le retour soit ordonné, et en pratique, il ne semble pas que les juges conditionnent le retour immédiat de l'enfant, ce qui une fois de plus serait contraire à l'essence de la Convention et inviterait finalement le juge à se prononcer sur le fond du litige.

LA COEXISTENCE D'AUTRES INSTRUMENTS

EN LA MATIÈRE DANS L'ORDRE JURIDIQUE FRANÇAIS

En tant que membre de l'Union européenne, le Règlement (CE) numéro 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale est applicable directement et en tous ses éléments dans l'ordre juridique français.

Aussi, l'article 11 du Règlement complète la procédure de retour immédiat de la Convention de La Haye, uniquement lorsque l'État d'origine et l'État de refuge sont tous les deux membres de l'Union européenne. C'est ce que la doctrine appelle l'enlèvement intra-européen.

Dans une telle espèce, c'est essentiellement les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qui s'appliquent, mais celle-ci est complétée par les dispositions du règlement « Bruxelles II bis ». On parle d'application articulée.

De manière synthétique, le Règlement s'attache à répartir la compétence des juges des États-membres, en précisant que le juge de l'État membre ou l'enfant avait immédiatement sa résidence habituelle avant le déplacement conserve sa compétence quant au fond de la responsabilité parentale jusqu'à ce qu'il acquiert une nouvelle résidence habituelle. En revanche, auront compétence pour se prononcer sur l'illicéité du déplacement d'une part le juge de l'État-membre de refuge, et d'autre part celui de l'État-membre d'origine.

Le règlement prévoit aussi qu'une juridiction ne peut décider d'un non-retour de l'enfant s'il est démontré que des mesures visant à rendre le retour de l'enfant dans l'État-membre d'origine sans danger auraient pu être prises. Le juge doit donc vérifier, s'il décide de prononcer le non-retour, que des mesures permettent de faire cesser un éventuel risque et, le cas échéant, il devra ordonner le retour immédiat.

Enfin, la France est partie à plusieurs Conventions bilatérales qui n'ont finalement vocation à s'appliquer qu'avec un État non membre de la Convention de La Haye lui-même non membre de l'Union européenne. Ces conventions sont donc résiduelles mais peuvent parfois s'appliquer. Il s'agit de :

- La Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens ;
- La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire (mais le Maroc est désormais membre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, et ce depuis le 1^{er} juin 2010) ;
- La Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire en matière civile y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale, et administrative ;
- La Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982 relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires.

Delphine Eskenazi,
avocate associée aux barreaux de Paris et de
New-York, Libra avocats



2016-2146

10) Cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 04-16.942

11) Voir par exemple : Cass. Civ. 1^{re}, 10 février 2016, n°15-19.565