

LES RISQUES ET SOLUTIONS FACE AUX DÉPLACEMENTS ILLICITES DE TRÈS JEUNES ENFANTS PAR L'UN DES PARENTS

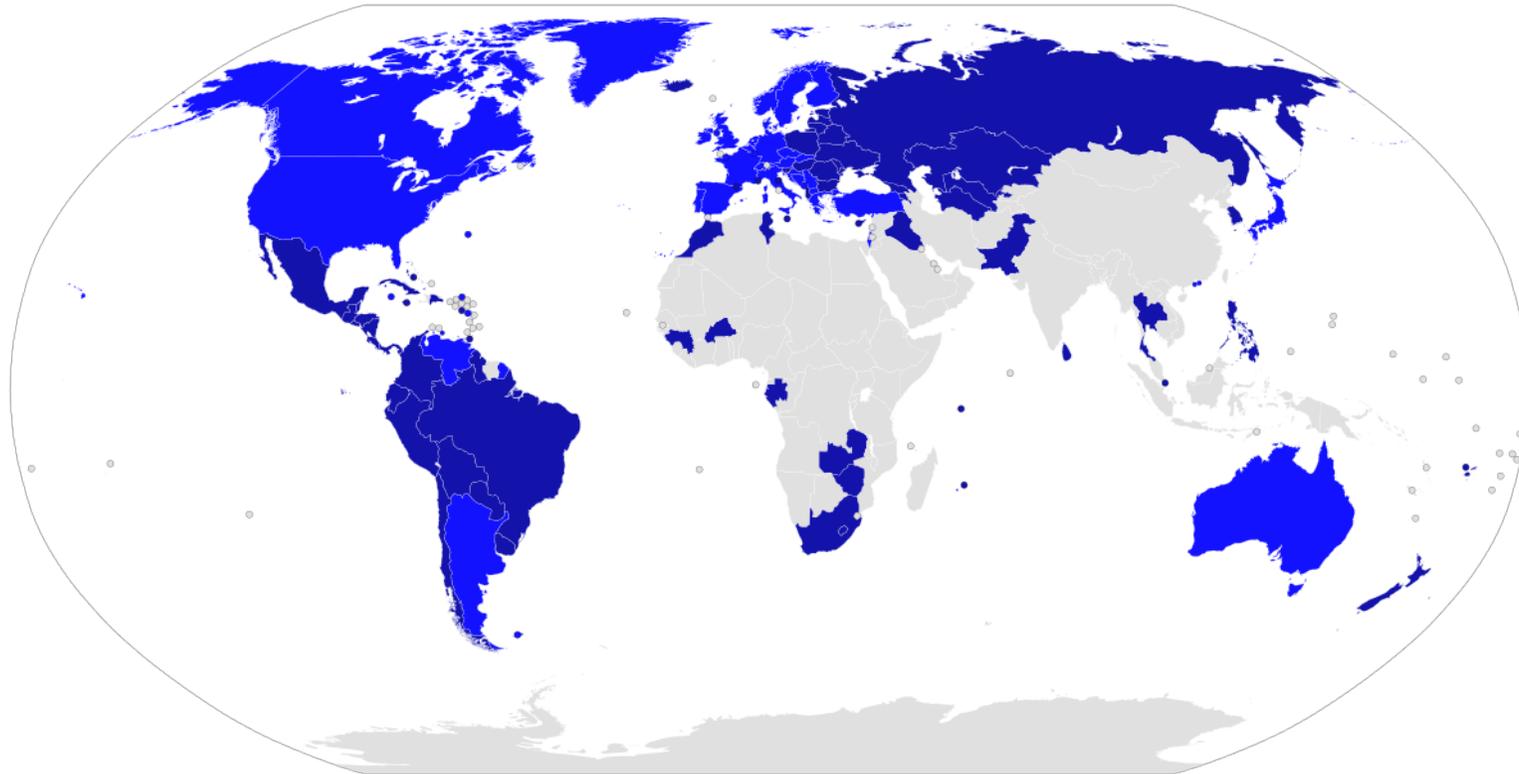
Madeleine DIÉBOLT, Avocate, CBBC avocat



PROPOS INTRODUCTIF

- Les déplacements transfrontaliers de mineurs, une nouvelle réalité sociologique à l'heure de la mondialisation,
- Face à ce phénomène, la Conférence de La Haye de droit international privé a adopté très tôt un instrument international afin de lutter contre ce phénomène par un mécanisme de coopération entre Etats.
- La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

**L'OBJECTIF DE CONVENTION DE LA
HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 (CLH):
METTRE EN PLACE DES PROCÉDURES AYANT POUR
BUT "DE GARANTIR LE RETOUR IMMÉDIAT DE
L'ENFANT DANS L'ÉTAT DE SA RÉSIDENCE
HABITUELLE**



**CHAMP
D'APPLICATION
DE LA CLH**

- Enfants de moins de 16 ans
- Déplacement depuis un Etat membre, vers un autres Etat membre

MECANISME DE RETOUR

- **Le mécanisme à suivre par le juge de l'Etat dans lequel se trouve l'enfant déplacé est le suivant :**
 - Vérifier que la **résidence habituelle** de l'enfant était située dans un autre Etat Contractant avant son déplacement vers un Etat également contractant,
 - Vérifier si le parent qui demande le retour était investi d'un « **droit de garde** » au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, et qu'il l'exerçait effectivement,
 - **Examiner les éventuelles exceptions au retour** dont la preuve doit être rapportée par le défendeur, et prendre en considération les protections que la loi du pays de la résidence habituelle permet,
 - Et le cas échéant ordonner le retour immédiat.

EXCEPTIONS AU RETOUR IMMEDIAT

- **Demande tardive et intégration** : lorsque la demande de retour de l'enfant est tardive, en ce sens qu'elle a été formée plus d'un an après le déplacement ou la rétention illicite, le retour peut être refusé si la preuve de l'intégration de l'enfant dans l'État de refuge est apportée.
- **Exercice non-effectif du droit de garde ou acquiescement** : retour peut être refusé lorsque le demandeur n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour.
- **Danger physique ou psychique** : le retour peut être refusé s'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.
- **Opposition de l'enfant** : « *l'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de [son] opinion* ».

LA DIFFICULTÉ D'APPLICATION AUX NOURRISSONS

Problème juridique : Aucune définition n'est donnée de la notion de « résidence habituelle » dans la Convention.

Définition jurisprudentielle :

La résidence habituelle de l'enfant doit être établie en considération de facteurs susceptibles de faire apparaître que la présence physique de l'enfant dans un État membre n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant correspond au lieu qui traduit une certaine **intégration dans un environnement social et familial** (arrêts A du 2 avril 2009 n° C-523/ 07, **arrêt du 22 décembre 2010, Mercredi**, aff. C-497/ 10 PPU, arrêt du 9 octobre 2014, C, n° C-376/ 14 PPU).

La Cour de cassation a intégré la jurisprudence de la CJUE à son analyse de la résidence habituelle et utilise la méthode du faisceau d'indices pour localiser la résidence habituelle de l'enfant (Cass. 1re civ., 4 mars 2015, no 14-19015, F–PB). Sont notamment pris en compte, outre la durée et les conditions de séjour et déménagement susmentionnées, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans ledit État, mais aussi l'intention des parents ou de l'un des deux de s'établir avec l'enfant dans un autre État membre, exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans cet État.

Il convient également de préciser que traditionnellement, ses éléments étaient de deux ordres et que les juges recherchaient tout à la fois :

- Des éléments matérielles (présence de l'enfant, inscription chez le pédiatre, à l'école etc),
- Des éléments intentionnels : l'intention des parents d'établir la résidence de l'enfant dans un lieu donné.

Le critère de l'intention des parents était même prédominant dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

EXEMPLE D'APPLICATION A DES ENFANTS A NAITRE

- la Cour de cassation avait considéré en 2011 que la résidence habituelle du nourrisson était celle de l'État dans lequel ses parents vivaient immédiatement avant sa naissance et son déplacement (*Civ. 1re, 26 oct. 2011, n° 10-19.905, P I, n° 178 ; Cass. 1re civ., 7 déc. 2016, n° 16-20858*). **Le critère de l'intention des parents était donc prédominant dans la jurisprudence de la Cour de cassation.**
- **Dans un arrêt du 8 juin 2017, CJUE :** Nouveau né déplacé in utero par sa mère en Grèce, alors que les époux vivaient en Italie de manière habituelle, et qu'il était prévu un retour en Italie après l'accouchement. La CJUE considère que le refus de la mère de rentrer en Italie ne peut pas être considéré comme un déplacement illicite puisque faute d'y avoir jamais séjourné post-partum, il n'y avait jamais eu de résidence habituelle de l'enfant en Italie.
- **Le critère matériel prend donc le pas sur le critère intentionnel :** « *« le consentement ou l'absence de consentement du père, dans l'exercice de son droit de garde, à ce que l'enfant s'établisse en un lieu ne saurait être une considération décisive pour déterminer sa résidence habituelle »*

**LA NOUVELLE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE
CASSATION, AUSSI SURPRENANTE QUE DANGEREUSE
1ERE CIV, 12 JUIN 2020**

LES FAITS

- Un couple marié réside en Grèce depuis plusieurs années. L'épouse, de nationalité suisse, donne naissance à un petit garçon. Un mois après sa naissance, soit en novembre 2018, le couple se rend avec l'enfant en France (zone frontalière avec la Suisse) où réside la famille maternelle pour ce qui devait être un court séjour afin de permettre à la mère de se reposer auprès des siens.
- La mère a ensuite prolongé son séjour et celui de l'enfant sous divers prétextes et petit à petit (au départ, pour les fêtes de Noël, puis ensuite, parce que le père allait voyager pour affaires et qu'elle expliquait préférer avoir un relais familial pour ce temps-là).
- En juin 2019, la mère annonce au père son souhait de divorce et explique qu'elle refuse de retourner en Grèce avec l'enfant. C'est donc à ce moment-là, soit 6 mois après le déplacement et 5 mois après la date de retour initialement prévue entre les parents, que le père a formé une demande de retour devant les tribunaux français. Si le juge aux affaires familiales de Strasbourg, puis à son tour, la Cour d'appel de Colmar, avaient fait droit à la demande de retour immédiat du père, la Cour de cassation a cassé cette décision.

**LA NOUVELLE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE
CASSATION, AUSSI SURPRENANTE QUE DANGEREUSE
1ERE CIV, 12 JUIN 2020**

LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION

La Cour de cassation décide de prendre en compte, dans la détermination de la résidence habituelle de l'enfant et de l'intégration de l'enfant en France, la durée de séjour au jour de la saisine des autorités judiciaires (et non pas au jour du retour initialement prévu). Ainsi, le temps que le père a perdu à tenter de raisonner la mère n'a fait que jouer contre lui puisque l'enfant avait passé seulement 1 mois en Grèce, et plus de 6 mois en France.

**LA NOUVELLE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE
CASSATION, AUSSI SURPRENANTE QUE DANGEREUSE
1ERE CIV, 12 JUIN 2020**

CONCLUSIONS

La présence physique a finalement triomphé, peu important l'intention initiale commune des parents. Cet arrêt invite donc indirectement le père/mère à s'opposer à tout type de voyage de l'enfant en France, tant qu'il n'est pas resté une durée suffisante dans le pays de résidence habituelle de ses parents.

En allant même plus loin, l'un des parent, faisant fi de l'opposition de l'autre, pourrait, sous le prétexte du prolongement d'un voyage temporaire sous diverses prétextes, arriver à établir de facto et sans l'accord de l'autre parent, la résidence de l'enfant dans un autre Etat.