

# Étude de cas: Responsabilité parentale et enlèvement d'enfant (niveau supérieur)

## PROJET: MIEUX APPLIQUER LES REGLEMENTS DE L'UE EN DROIT DE LA FAMILLE ET DES SUCCESSIONS



Cofinancé par le Programme de la Justice de l'Union Européenne 2014-2020

Cette publication a été réalisée avec le soutien financier du programme Justice 2014-2020 de l'Union Européenne. Le contenu de la publication relève de la seule responsabilité de l'ERA et ne peut en aucun cas être considéré comme reflétant les opinions de la Commission Européenne.

## Étude de cas n° 5 : la responsabilité parentale (niveau supérieur)

Kylie est une ressortissante maltaise, qui a habité à Malte jusqu'à l'âge de 22 ans, puis qui est partie au Canada pour poursuivre des études de troisième cycle. Au Canada, elle a rencontré Julien, un étudiant français, qui était également allé au Canada pour poursuivre des études de troisième cycle la même année que Kylie. Julien et Kylie se sont tous deux révélés brillants et sont restés au Canada pour entreprendre un doctorat. En même temps, ils ont entamé une relation et se sont installés ensemble.

Après trois ans, ils se sont mariés lors d'une cérémonie romantique à Malte, ils ont passé leur lune de miel en Espagne, puis ils sont retournés au Canada. Leur fils aîné, Luis, est né un an plus tard et Elias est arrivé l'année suivante. Les deux garçons ont la double nationalité française et maltaise. Kylie parle maltais aux enfants et Julien leur parle français, et entre eux, Kylie et Julien parlent anglais, la famille utilisant donc tout un mélange de langues. Les conjoints ont traversé une crise : ils étaient stressés par leur travail exigeant et ils manquaient de repos à cause de leurs deux jeunes garçons. Ils s'occupaient tous les deux des enfants et des tâches ménagères.

La mère de Kylie a remarqué les difficultés du couple et elle est allée s'installer chez les jeunes conjoints pendant trois mois pour les aider à s'occuper des garçons. Sa présence a constitué un grand soulagement pour Kylie, mais elle a engendré une tension supplémentaire dans la relation car Julien avait le sentiment d'être jugé en permanence par une femme qu'il connaissait à peine.

Après que la mère de Kylie est retournée à Malte, les choses n'ont fait qu'empirer. Kylie s'est aperçue qu'elle ne pouvait compter sur aucun réseau de soutien. Il est apparu qu'Elias souffrait de troubles du spectre autistique et qu'il avait besoin d'une plus grande attention. Les deux garçons fréquentaient l'école maternelle et Kylie avait réduit son horaire de travail (elle participait à présent à un projet de post-doctorat) pour pouvoir aller les chercher à l'heure. Julien pensait que Kylie exagérait les problèmes d'Elias et qu'il fallait simplement le traiter comme n'importe quel autre enfant et ne pas lui faire prendre de médicaments si jeune. Les disputes ont commencé à se multiplier et la relation du couple n'était plus paisible.

Alors que Luis avait quatre ans et Elias trois ans, Kylie a résolu qu'elle ne pouvait plus gérer la situation et elle a dit à Julien qu'elle souhaitait se rendre à Malte pour réfléchir à ce qu'elle allait faire du reste de sa vie. Julien a accepté qu'elle parte à Malte en emmenant les garçons pour une durée de six mois. Dans l'intervalle, il avait été engagé à l'université et il disposait de cinq ans pour faire ses preuves afin d'être titularisé. Conformément à leur accord, Julien a rejoint Kylie à Malte six mois plus tard et ils ont tenu une discussion approfondie à ce moment. Kylie a alors expliqué que Luis réalisait de bons résultats à l'école maternelle et qu'Elias suivait un traitement spécifique, grâce auquel il était beaucoup plus calme. Il était préférable, selon elle, que les garçons restent cinq mois de plus à Malte, jusqu'à la fin de l'année scolaire. Kylie continuait en même temps de travailler sur son projet de post-doctorat depuis Malte.

À ce stade, Julien a consulté un avocat en France sur la possibilité d'introduire une procédure de divorce dans ce pays.

À la fin de l'année scolaire, Kylie a annoncé à Julien qu'elle souhaitait divorcer. Étant donné qu'il avait déjà pris ses renseignements, il a rapidement intenté une procédure de divorce en France bien qu'il habitait encore au Canada. Il a demandé au tribunal français la garde exclusive des enfants en alléguant que Kylie était paranoïaque et qu'elle n'était donc pas une mère digne de confiance. Il

souhaitait exercer ce droit de garde exclusif au Canada et, par conséquent, il a réclamé le retour des garçons.

Julien a également intenté une procédure à Malte pour obtenir le retour de Luis et Elias au Canada. Kylie s'est opposée à la demande de retour au motif que les garçons avaient acquis leur résidence habituelle à Malte. Elle a argumenté pour sa défense que Julien présentait un comportement abusif sur le plan psychologique et que le retour au Canada comporterait un risque, spécialement pour Elias, car Julien refusait qu'il bénéficie des médicaments et du traitement dont il a besoin.

Kylie a ensuite introduit à son tour une procédure de divorce à Malte en soutenant que le tribunal français n'était pas compétent. Elle a en outre sollicité des mesures provisoires, à savoir l'autorisation pour les enfants de rester avec elle dans l'attente de la décision sur le fond. Étant donné que d'après elle, les enfants résidaient désormais habituellement à Malte, elle était persuadée que la procédure au fond relative à la responsabilité parentale devait être menée à Malte.

Répondez aux questions suivantes :

1. Le tribunal français peut-il connaître du litige relatif à la responsabilité parentale ? Si oui, quelle loi s'y applique ?
2. Le tribunal maltais peut-il connaître de l'action intentée par Kylie au sujet de la responsabilité parentale ? Si oui, quelle loi s'y applique ?
3. Le tribunal maltais peut-il ordonner les mesures provisoires que Kylie demande ?
4. Où ces mesures provisoires produiraient-elles leur effet ?
5. Le juge maltais doit-il ordonner le retour des enfants au Canada ? Si oui, quels éléments la décision de retour doit-elle contenir ?

## Modèle de réponse

La question 1 concerne le juge français et toutes les autres questions concernent le juge maltais.



### Méthodologie

Étape n° 1 : identifier le **domaine du droit** concerné.

Étape n° 2 : examiner quel **aspect du droit international privé** entre en jeu.

Étape n° 3 : trouver les **sources de droit** européennes et internationales pertinentes.

Étape n° 4 : vérifier le **champ d'application** des instruments européens et internationaux applicables, et s'il existe plusieurs instruments, leurs relations réciproques.

Étape n° 5 : trouver les **dispositions adéquates**.

## 1) Le tribunal français peut-il connaître du litige relatif à la responsabilité parentale ? Si oui, quelle loi s'y applique ?

### Étape n° 1 : domaine du droit

La question de savoir où les enfants doivent habiter relève de la catégorie de la responsabilité parentale.

Le règlement (CE) n° 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (règlement Bruxelles II bis) dispose à l'article premier, paragraphe 1, point b), qu'il s'applique « à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale ». L'article premier, paragraphe 2, point a), précise que ces matières incluent « le droit de garde et le droit de visite ».

### Étape n° 2 : aspect du droit international privé

La question appartient aux deux domaines : la compétence et la loi applicable.

### Étape n° 3 : sources de droit

Les règles relatives à la **compétence** dans les litiges internationaux en matière de responsabilité parentale sont établies dans les instruments suivants :

- a) le règlement (CE) n° 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (règlement Bruxelles II bis) ;
- b) la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (convention sur la protection des enfants).

En ce qui concerne la **loi applicable**, l'instrument pertinent est la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (convention sur la protection des enfants).



BON à SAVOIR

## Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants

La convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants ne régit pas les questions de compétence ou de loi applicable au fond d'un litige, mais seulement à la procédure de retour (cf. question 5 ci-après). Elle peut cependant être pertinente pour la compétence dans la mesure où elle régit la procédure de retour.

### Étape n° 4 : champ d'application des instruments juridiques

#### Étape n° 4.a) Règlement Bruxelles II bis

**Champ d'application géographique.** Le règlement Bruxelles II bis s'applique dans tous les États membres de l'UE excepté le Danemark (considérants 30 et 31).

- Il convient de remarquer que le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ont un statut particulier par rapport à tous les instruments juridiques liés à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (cf. protocoles 21 et 22 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent décider d'accepter ou non tout acte législatif et ils ont choisi de participer à la réglementation Bruxelles II bis, tandis que le Danemark n'est pas lié par la législation dans ce domaine et ne peut décider d'y participer.

Le règlement est donc applicable en France, où le litige a été porté en justice.



BON à SAVOIR

## Refonte du règlement Bruxelles II bis

Il y a lieu de noter que ce règlement fait actuellement l'objet d'un réexamen. La proposition d'amendement de la Commission européenne a été publiée le 30 juin 2016 sous la référence COM (2016) 411.

**Champ d'application matériel.** Le règlement Bruxelles II bis est applicable au divorce et à la responsabilité parentale (article premier), ce qui inclut le droit de garde, le droit de visite et les mesures de protection de l'enfant.

Le règlement est donc applicable aux objets du litige dans le cas étudié.

**Champ d'application personnel.** Le champ d'application personnel a trait à la désignation des personnes qui tombent sous le coup du règlement. Pour la responsabilité parentale, il est déterminé par la résidence habituelle de l'enfant. Si l'enfant réside habituellement dans un État membre de l'UE (excepté au Danemark), le règlement Bruxelles II bis est applicable (article 8).

Si l'enfant ne réside pas habituellement dans l'UE, le juge doit déterminer s'il a sa résidence habituelle dans un État qui est partie contractante à la convention de La Haye sur la protection des enfants (article 61, point a), du règlement Bruxelles II bis et article 52 de la convention de La Haye sur la protection des enfants). Une liste des États parties à la convention figure sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)). Si c'est le cas, cette convention s'applique.

Si l'enfant réside habituellement dans un État qui n'est ni un État membre de l'UE ni une partie contractante à la convention de La Haye sur la protection des enfants, le règlement Bruxelles II bis s'applique si les parents ont accepté la compétence d'une juridiction d'un État membre conformément

aux exigences de l'article 12 de ce règlement ou si l'enfant est présent dans cet État membre, que sa résidence habituelle ne peut être établie et qu'aucune élection de for n'a été faite (article 13 du règlement Bruxelles II bis). Si aucun de ces critères n'est rempli, les États membres appliquent leur loi nationale (article 14 du règlement Bruxelles II bis).



### Tensions entre le règlement Bruxelles II bis et la convention de La Haye sur la protection des enfants

L'interaction entre le règlement Bruxelles II bis et la convention de La Haye sur la protection des enfants en ce qui concerne la compétence n'est pas bien organisée. Dans certaines situations, les deux instruments paraissent applicables, mais il en découlerait un conflit entre le droit de l'UE et le droit international. Ce serait le cas, en particulier, si l'enfant réside habituellement dans un État membre de l'UE mais que les parents conviennent que leur litige relatif à la responsabilité parentale soit tranché en conjonction avec la procédure de divorce dans un État non membre de l'UE, mais partie à la convention de La Haye sur la protection des enfants (comme l'Albanie, le Monténégro, la Russie, la Serbie, la Suisse ou la Turquie). L'article 10 de la convention de La Haye sur la protection des enfants autorise une telle prorogation de compétence dans des circonstances spécifiques. Le règlement Bruxelles II bis prévoit toutefois, à l'article 8, que l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant est compétent et, à l'article 61, que ce règlement prime dans une situation de ce type.

La difficulté tient donc à ce que le juge est contraint de choisir entre son obligation résultant du droit de l'UE ou du droit international.

L'on peut espérer que la refonte du règlement Bruxelles II bis élimine ce dilemme.

**Champ d'application temporel.** Le règlement Bruxelles II bis s'applique aux actions judiciaires intentées à compter du 1<sup>er</sup> mars 2005 (articles 64, paragraphe 1, et 72). En supposant que le litige est contemporain, ce règlement est donc applicable.

#### Étape n° 4.b) Convention de La Haye sur la protection des enfants

**Champ d'application géographique.** Cette convention est en vigueur dans tous les États membres de l'UE et plusieurs autres pays. La liste complète des États contractants est disponible sur [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

La convention n'est pas en vigueur au Canada.

**Champ d'application matériel.** La convention couvre les questions relatives à la protection des enfants, ce qui comprend la responsabilité parentale (articles premier et 3). La convention et le règlement Bruxelles II bis ont donc dans une large mesure le même champ d'application matériel.

**Champ d'application personnel.** En ce qui concerne le champ d'application personnel, une distinction doit être opérée entre les règles relatives à la compétence et les règles relatives à la loi applicable. Les dispositions de la convention sur la compétence s'appliquent aux enfants qui ont leur résidence habituelle dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'UE. En ce qui concerne la loi applicable, l'application de la convention est universelle (article 20). Autrement dit, la convention s'applique sans distinction que les facteurs de rattachement désignent la loi d'un État contractant ou non contractant. La nationalité et la résidence habituelle des enfants et de leurs parents n'exercent aucune influence.

**Champ d'application temporel.** La convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Elle s'applique aux mesures prises après son entrée en vigueur (article 53, paragraphe 1).

La convention est entrée en vigueur à différentes dates pour les différents États contractants. Cette information peut également être consultée sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

La convention est entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> février 2011.

### Étape n° 5 : dispositions

Les enfants n'ont jamais habité en France. En conséquence, le tribunal français n'est pas **compétent** sur la base de la règle générale énoncée à l'article 8 du règlement Bruxelles II bis et il peut uniquement être compétent sur la base de l'article 12 ou 14 du règlement Bruxelles II bis.

i) Article 12 du règlement Bruxelles II bis : *si le tribunal français est compétent pour le divorce en vertu de l'article 3 du règlement Bruxelles II bis et que les parties acceptent que le tribunal français puisse également statuer sur la responsabilité parentale, ce tribunal est compétent.*

La compétence en matière de divorce ne fait pas l'objet de la présente étude de cas, mais l'explication succincte ci-après peut être donnée.

L'article 3 du règlement Bruxelles II bis énumère plusieurs bases de compétence alternatives. Étant donné que les juridictions françaises ne sont compétentes sur le fondement d'aucun de ces motifs, le tribunal français devrait examiner si une autre juridiction de l'UE est compétente pour le divorce avant de pouvoir recourir aux bases de compétence du droit national français (article 7, paragraphe 1, du règlement Bruxelles II bis et arrêt de la CJUE du 29 novembre 2007 dans l'affaire C-68/07, *Sundelind Lopez*, ECLI:EU:C:2007:740). Le tribunal devrait donc examiner si le tribunal maltais est compétent, ce qui peut uniquement être le cas si Kylie a sa résidence habituelle et réside à Malte depuis au moins six mois (elle a la nationalité maltaise) (article 3, paragraphe 1, point a), 6<sup>e</sup> tiret). La résidence habituelle d'un adulte comprend une dimension subjective (intentionnelle) et objective. Sur le plan subjectif, il semble que Kylie n'avait pas l'intention de rester à Malte (ou peut-être l'avait-elle envisagé sans le dire à son époux ?). Sur le plan objectif, elle n'a pas réellement fixé le centre de ses intérêts à Malte - elle y a sa famille, mais son emploi, son époux et une grande partie de ses biens se trouvent toujours au Canada. S'il est considéré que Kylie réside habituellement à Malte, les juridictions maltaises sont compétentes pour le divorce et les juridictions françaises ne peuvent se déclarer compétentes, et si ce n'est pas le cas, le tribunal français peut utiliser les bases de compétence de sa loi nationale. Dans la seconde hypothèse, le tribunal français est compétent sur le fondement de l'article 14 du Code civil français, qui reconnaît la compétence lorsque le demandeur, en l'espèce, Julien, est un ressortissant français, ce qu'il est effectivement.

L'article 12 du règlement Bruxelles II bis autorise les parents à convenir que les questions de responsabilité parentale soient tranchées par le tribunal qui statue sur le divorce, mais uniquement si ce tribunal est compétent sur la base de l'article 3. Les juridictions françaises ne peuvent donc invoquer leur compétence sur cette base.

ii) Article 14 du règlement Bruxelles II bis : *s'il est considéré que les enfants ont leur résidence habituelle au Canada et qu'aucun État membre de l'UE n'est compétent en matière de responsabilité parentale, le tribunal français peut utiliser les bases de compétence de sa loi nationale.*

Il faut donc tout d'abord déterminer la résidence habituelle des enfants. Se situe-t-elle dans l'UE (Malte) ou en dehors de l'UE (Canada) ? La résidence habituelle est une notion autonome. La Cour de justice de l'UE a émis des orientations pour son interprétation dans son arrêt du 2 avril 2009 dans

l'affaire C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225, dans son arrêt du 22 décembre 2010 dans l'affaire C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, et dans son arrêt du 9 octobre 2014 dans l'affaire C-376/14 PPU, *C c. M*, ECLI:EU:C:2014:2268).



Dans l'affaire A, la Cour a déclaré :

« La notion de «résidence habituelle», au titre de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2201/2003, doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce. »



### Discussion : Résidence habituelle

Cette question se prête à un débat nourri. D'un côté, les enfants sont jeunes et habitent à Malte depuis un an. L'aîné fréquente l'école maternelle à Malte et le cadet y suit un traitement. Ils ont une famille sur place (au moins leurs grands-parents). Ils parlent maltais et ils ont la nationalité maltaise. Un certain degré d'intégration sociale et familiale à Malte est donc acquis. De l'autre côté, personne ne sait avec certitude si les parents avaient une intention commune et laquelle elle était. Les garçons allaient également à l'école maternelle au Canada et ils parlent anglais et français. La raison du déménagement à Malte était la nécessité d'une période de répit pour la mère.

Dans la mise en balance de tous les éléments de fait, il est primordial de focaliser constamment l'approche sur les enfants.

Si le juge français conclut que les enfants résident habituellement à Malte, il n'est pas compétent.



### Résidences habituelles multiples ?

La question de savoir si des enfants peuvent avoir plusieurs résidences habituelles à un même moment n'a pas encore trouvé de réponse ferme. La formulation des différents instruments donne à penser que les législateurs n'envisageaient qu'une seule résidence habituelle. À l'inverse, une jurisprudence nationale laisse entendre que deux résidences habituelles simultanées sont possibles, mais il n'est pas certain que la Cour de justice adhère à cette approche.

Si le juge français arrive à la conclusion que la résidence habituelle des enfants se trouve au Canada, il doit se fonder sur la loi nationale française pour apprécier sa compétence. Il peut être remarqué à cet égard que le Canada n'a pas ratifié la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, et que s'il l'avait fait, le tribunal français devrait examiner cette convention avant de se déclarer compétent selon son droit national.

Afin de déterminer la **loi applicable** (uniquement s'il est compétent), le tribunal français se référerait à la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Deux règles se distinguent dans ce cadre : premièrement, la question de savoir qui est titulaire de la responsabilité parentale est régie par la loi de la résidence habituelle des enfants (article 16) et, deuxièmement, le tribunal applique sa propre loi pour statuer sur la résidence future des enfants (article 15, paragraphe 1). Si toutefois la protection



des enfants le requiert, le tribunal français peut appliquer la loi d'un autre État avec lequel les enfants ont un lien étroit (article 15, paragraphe 2, de la convention de La Haye sur la protection des enfants).

## 2) Le tribunal maltais peut-il connaître de l'action intentée par Kylie au sujet de la responsabilité parentale ? Si oui, quelle loi s'y applique ?

### Étape n° 1 : domaine du droit

Le même qu'à la première question, c'est-à-dire la responsabilité parentale.

### Étape n° 2 : aspect du droit international privé

La question appartient aux deux mêmes domaines que la question 1 ci-dessus : la compétence et la loi applicable.

### Étape n° 3 : sources de droit

Les instruments relatifs à la compétence et à la loi applicable ont été énumérés dans la réponse à la question 1 ci-dessus.



BON à SAVOIR

### Portée de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants

La convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants ne régit pas les questions de compétence ou de loi applicable au fond d'un litige, mais elle pourrait influencer la compétence du tribunal maltais à connaître du fond de l'affaire.

### Étape n° 4 : champ d'application des instruments juridiques

Ainsi que cela a été expliqué à la question 1 ci-dessus, la date d'entrée en vigueur de la convention de La Haye sur la protection des enfants diffère pour les différents États. Cette convention est entrée en vigueur à Malte le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

### Étape n° 5 : dispositions

Lorsqu'il examine s'il peut connaître cette affaire, le tribunal maltais doit analyser trois facteurs :

- i) la litispendance (existence d'une procédure parallèle) ;
- ii) l'allégation d'enlèvement d'enfants ;
- iii) sa propre compétence.

i) En ce qui concerne la **litispendance**, il est important de rappeler que le tribunal français a été saisi en premier lieu. Il en résulte que le tribunal maltais doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal français se soit prononcé sur sa compétence (article 19, paragraphe 2, du règlement Bruxelles II bis). En effet, les actions introduites devant les deux tribunaux concernent les mêmes enfants et elles ont le même objet et la même cause.

Si le tribunal français établit sa compétence, le tribunal maltais doit se dessaisir en faveur de celui-ci (article 19, paragraphe 3, du règlement Bruxelles II bis). Il ne peut préjuger de la décision du tribunal français. Si par contre le tribunal français décline sa compétence, le tribunal maltais peut reprendre l'affaire et examiner sa propre compétence.

ii) Même si le tribunal français décline sa compétence, le tribunal maltais doit prendre en considération l'**allégation d'enlèvement d'enfants** et la procédure de retour que Julien a introduite.



BON à SAVOIR

### Attribution interne de la compétence

C'est le droit national qui détermine si la procédure de retour est traitée par le même tribunal que celui saisi de la procédure au fond par le parent à l'origine de l'enlèvement. Certains États ont concentré la compétence relative aux affaires d'enlèvement d'enfants, de sorte que seul un tribunal ou un petit nombre de tribunaux peuvent connaître d'une procédure de retour.



### Discussion : concentration de la compétence

Les participants peuvent indiquer si la compétence est concentrée dans leur pays et comment le système fonctionne.

Aux termes de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants, les juridictions de l'État dans lequel un enfant a été déplacé ou retenu de manière illicite ne peuvent statuer sur le fond tant qu'il n'a pas été établi que les conditions pour un retour de l'enfant n'étaient pas réunies (article 16).



### Discussion : connaissance de l'introduction d'une procédure de retour

Dans les États qui ont instauré une concentration de compétence, un mécanisme devrait être prévu pour que les autres tribunaux sachent qu'une procédure de retour a été introduite. Ces autres tribunaux n'ont pas le droit de statuer sur le fond tant que la procédure de retour est en cours d'examen. Les participants peuvent discuter des moyens de connaître l'existence d'une procédure de retour.

iii) Ce n'est qu'après que le tribunal maltais compétent a pris en considération la procédure de retour (cf. question 5 ci-après pour plus d'informations) qu'il peut examiner sa **compétence** pour statuer sur le fond. À cette fin, le tribunal maltais doit déterminer la résidence habituelle des enfants. On peut se reporter à ce sujet à la question 1 ci-dessus, les mêmes éléments de fait devant être analysés. Si les enfants ont leur résidence habituelle à Malte, le tribunal maltais est compétent.

Si le tribunal maltais conclut que les enfants n'ont pas leur résidence habituelle à Malte, d'autres dispositions doivent entrer en ligne de compte.

Premièrement, si l'une des parties a introduit une procédure de divorce à Malte et que le tribunal maltais est compétent en vertu de l'article 3 du règlement Bruxelles II bis, les parties peuvent convenir que ce tribunal maltais peut également se déclarer compétent pour le litige relatif à la responsabilité parentale (article 12 du règlement). Cette compétence choisie doit correspondre à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Deuxièmement, si aucune juridiction de l'UE n'est compétente en vertu du règlement Bruxelles II bis, le tribunal maltais peut examiner les bases de compétence de son droit national (article 14 du règlement). Au préalable, ce tribunal doit néanmoins examiner si les enfants ont leur résidence habituelle dans un État non membre de l'UE qui est partie à la convention de La Haye sur la protection des enfants. Le Canada, qui est le seul autre endroit où il pourrait être considéré que les enfants résident, n'est pas partie à cette convention et elle ne s'applique donc pas en l'espèce.

Une troisième possibilité, si les enfants n'ont pas leur résidence habituelle à Malte, est que le tribunal se déclare compétent uniquement pour prendre des mesures provisoires (article 20 du règlement Bruxelles II bis). Étant donné qu'une question distincte est consacrée à cet aspect (cf. question 3 ci-après), il ne sera pas examiné à ce stade.

Si le tribunal maltais conclut qu'il n'est pas possible d'établir la résidence des enfants, il peut se déclarer compétent sur la base de la présence des enfants à Malte (article 13 du règlement Bruxelles II bis). Avant de recourir à cette disposition, il doit néanmoins s'efforcer d'établir la résidence habituelle.



La Cour de justice de l'UE a noté dans son arrêt du 2 avril 2009 dans l'affaire C-523/07, A (ECLI:EU:C:2009:225, point 33) :

« Ainsi, la seule présence physique de l'enfant dans un État membre, en tant que règle de compétence subsidiaire par rapport à celle énoncée à l'article 8 du règlement, ne peut pas suffire à établir la résidence habituelle de l'enfant. »

Dans cette même affaire (C-523/07, A, conclusions du 29 janvier 2009, ECLI:EU:C:2009:39, point 20), l'avocat général Kokott avait déclaré :

« Il convient de distinguer la simple présence d'une résidence habituelle. La présence d'un enfant dans un État membre est certes également à l'origine d'une proximité géographique avec les juridictions de cet État. Ce lien n'a toutefois pas la même qualité que celui tenant à la résidence habituelle. C'est pourquoi l'article 13 du règlement n° 2201/2003 ne confère aux juridictions de l'État dans lequel l'enfant est présent qu'une compétence subsidiaire qui cède devant la constatation d'une résidence habituelle dans un autre État. »

Cette disposition est plus souvent utilisée dans les cas d'enfants réfugiés ou d'enfants internationalement déplacés (article 13, paragraphe 2), où la résidence habituelle est réellement ambiguë, que dans les situations où deux possibilités distinctes s'opposent.



BON à SAVOIR

### Mention de la base de compétence

Il est recommandé que les juges mentionnent expressément la base sur laquelle ils fondent leur compétence. Les juridictions d'exécution peuvent ainsi identifier les mesures provisoires, qui ne peuvent faire l'objet d'une exécution transfrontalière au titre du règlement Bruxelles II bis (arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010 dans l'affaire C-256/09, *Purrucker*, ECLI:EU:C:2010:437).

Si le tribunal maltais connaît de l'affaire, il doit déterminer la **loi applicable** sur la base de la convention de La Haye sur la protection des enfants. Comme à la question 1 ci-dessus, cet examen comprend deux aspects : d'une part, la question de savoir qui est titulaire de la responsabilité parentale est régie par la loi de la résidence habituelle des enfants (article 16) et, d'autre part, le tribunal appliquerait sa propre loi pour rendre une décision (loi du for) (article 15, paragraphe 1). Si la protection des enfants le requiert, le tribunal maltais peut en outre appliquer la loi d'un autre État avec lequel les enfants ont un lien étroit (article 15, paragraphe 2).

### 3) Le tribunal maltais peut-il ordonner les mesures provisoires que Kylie demande ?

#### Étape n° 1 : domaine du droit

La question de savoir où les enfants doivent habiter relève de la catégorie de la responsabilité parentale.

#### Étape n° 2 : aspect du droit international privé

La question a trait à la compétence des juridictions.

#### Étape n° 3 : sources de droit

Pour la compétence, les sources sont les mêmes que celles examinées aux questions 1 et 2 ci-dessus.



### Portée de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants

La convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants ne s'applique pas à la question des mesures provisoires, mais seulement à la procédure de retour (cf. question 5 ci-après).

#### Étape n° 4 : champ d'application des instruments juridiques

On peut se reporter à ce sujet à la question 1 ci-dessus.

#### Étape n° 5 : dispositions : compétence

**Option 1 :** si le tribunal maltais est compétent sur le fond du litige relatif à la responsabilité parentale (ce point a été examiné à la question 2 ci-dessus), ce tribunal peut également prendre des mesures provisoires.

**Option 2 :** le règlement Bruxelles II bis permet par ailleurs aux juridictions d'un État membre, en cas d'urgence, de prendre des mesures provisoires « relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État » (article 20). Un tribunal ne doit pas être compétent au fond pour appliquer cette disposition.

De surcroît, un tribunal peut faire usage de cette possibilité même si une procédure est pendante devant une autre juridiction de l'UE (comme le tribunal français en l'espèce). La Cour de justice de l'UE a statué que la règle de la litispendance n'est pas applicable aux situations dans lesquelles une juridiction est compétente sur le fond et une autre prononce seulement des mesures provisoires (arrêt du 9 novembre 2010 dans l'affaire C-296/10, *Purrucker*, ECLI:EU:C:2010:665 : dans cette affaire, des mesures provisoires étaient prononcées par la juridiction première saisie, mais le même raisonnement prévaut si la juridiction saisie en deuxième lieu souhaite prononcer des mesures provisoires en cas d'urgence). Ces mesures cessent automatiquement d'avoir effet lorsque la juridiction compétente au fond a pris des mesures ayant le même objet (article 20 du règlement Bruxelles II bis).

Examinez les exigences de l'article 20 :

1) La situation est-elle urgente ? Il ne plane apparemment aucune menace immédiate que Julien enlève les enfants et les enfants ne semblent pas en danger. De plus, la Cour de justice de l'UE a statué dans l'affaire C-403/09, *Detiček* (23 décembre 2009), que des mesures provisoires ne peuvent servir à conforter la position d'un parent à l'origine d'un enlèvement. Le juge devrait donc examiner s'il s'agit d'un cas d'enlèvement international d'enfants. Un enlèvement d'enfant désigne le déplacement ou le non-retour illicites d'un enfant (article 3 de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants et article 2, point 1), du règlement Bruxelles II bis). Un déplacement ou un non-retour est illicite s'il viole un droit de garde qui est né d'une décision judiciaire, d'un accord légalement en vigueur ou d'une attribution de plein droit et si ce droit de garde était exercé effectivement. Ces critères doivent être déterminés en fonction de la loi de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour illicite.

2) Ces mesures concernent-elles des personnes présentes à Malte ? L'article 20 mentionne des « mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État ». Au premier abord, les mesures concernent les enfants présents à Malte, mais le juge doit également garder à l'esprit l'arrêt de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire *Detiček*.

La Cour a statué au point 51 :

« une mesure provisoire, en matière de responsabilité parentale, visant un changement de garde d'un enfant, est prise non pas seulement relativement à l'enfant lui-même, mais également



relativement au parent à qui la garde de l'enfant est nouvellement confiée ainsi qu'à l'autre parent qui se voit, à la suite de l'adoption d'une telle mesure, privé de cette garde »

Ce point suscite la confusion. L'article 20 a été formulé tel qu'on le connaît parce qu'il ne s'applique pas seulement à la protection des enfants, mais aussi aux mesures provisoires prises dans le cadre d'un divorce. Il trouve son origine dans le règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs et dans la convention du 28 mai 1998 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, qui a été remplacée, avant même son entrée en vigueur, par le règlement n° 1347/2000. Dans le rapport explicatif sur cette convention, le professeur Borrás affirmait que cette disposition englobe des matières non couvertes par la convention (point 59). Il apparaît donc que la formulation large était intentionnelle et qu'aucune limitation n'était recherchée.



### La confusion *Detiček*

L'arrêt dans l'affaire *Detiček* semble laisser entendre que *toutes* les parties doivent se trouver dans l'État dans lequel les mesures provisoires sont demandées, mais cela réduirait sensiblement la portée et l'utilité de l'article 20. Dans cette affaire, la Cour avait une autre raison de ne pas autoriser la prise de mesures provisoires. On peut se demander si ce passage supplémentaire sur la présence de toutes les parties était réellement nécessaire. La refonte du règlement Bruxelles II bis s'attaquera sans doute à cette question de façon à ce que des mesures puissent être prises si l'enfant se trouve dans l'État membre de la juridiction.

#### 4) Où ces mesures provisoires produiraient-elles leur effet ?

Étape n° 1 : **domaine du droit**

À nouveau, le même qu'à la question 1, c'est-à-dire la responsabilité parentale.

Étape n° 2 : **aspect du droit international privé**

La question a trait à la reconnaissance et à l'exécution de décisions.

Étape n° 3 : **sources de droit**

Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale sont établies dans les instruments suivants :

- a) le règlement Bruxelles II bis ;
- b) la convention de La Haye sur la protection des enfants.



BON à SAVOIR

#### Convention de Luxembourg

En marge du règlement Bruxelles II bis et de la convention de La Haye sur la protection des enfants, le Conseil de l'Europe a également adopté une convention dans ce domaine, à savoir la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (convention de Luxembourg). Cet instrument est en vigueur dans 37 États européens (cf. service des traités du Conseil de l'Europe). Cette convention n'est pas souvent utilisée pour deux raisons : premièrement, le règlement Bruxelles II bis prévaut sur elle (article 60, point d) du règlement) et, deuxièmement, tous les États parties à cette convention sont également parties à la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants, excepté le Liechtenstein. La convention de La Haye, avec son mécanisme de retour spécifique, est plus polyvalente car elle peut être utilisée lorsqu'il n'existe pas de décision judiciaire préalable, tandis que

la convention de Luxembourg s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de garde.

#### Étape n° 4 : **champ d'application des instruments juridiques**

##### Étape n° 4.a) **Règlement Bruxelles II bis**

**Champ d'application géographique.** Idem que ci-dessus.

**Champ d'application matériel.** Idem que ci-dessus.

**Champ d'application personnel.** Le règlement Bruxelles II bis s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des décisions d'un État membre dans les autres États membres. Dans ce domaine du droit international privé, la nationalité et la résidence habituelle des parties ne jouent aucun rôle.

**Champ d'application temporel.** Le règlement Bruxelles II bis s'applique aux décisions rendues à compter du 1<sup>er</sup> mars 2005 ou aux décisions antérieures sous certaines conditions (articles 64 et 72).

##### Étape n° 4.b) **Convention de La Haye sur la protection des enfants**

**Champ d'application géographique.** Idem que ci-dessus.

**Champ d'application matériel.** Idem que ci-dessus.

**Champ d'application personnel.** La convention de La Haye sur la protection des enfants régit la reconnaissance et l'exécution des décisions d'un État contractant dans les autres États contractants (article 23, paragraphe 1).

**Champ d'application temporel.** La convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des mesures prises après son entrée en vigueur dans les rapports entre les États contractants concernés (article 53, paragraphe 2). Le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé peut être consulté pour connaître la date d'entrée en vigueur de la convention dans chaque État.

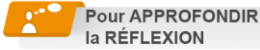
#### Étape n° 5 : **dispositions : reconnaissance et force exécutoire**

Nous examinerons tout d'abord la reconnaissance et l'exécution dans les autres États membres de l'UE.

La réponse à cette question nécessite de savoir si le tribunal maltais est compétent au fond (cf. question 2 ci-dessus).

Si le tribunal maltais est compétent au fond (sur la base de l'article 8, 12, 13 ou 14), les mesures peuvent être reconnues et exécutées dans les autres États membres de l'UE dès qu'elles ont été déclarées exécutoires (articles 21 et suivants du règlement Bruxelles II bis).

Si le tribunal maltais n'est pas compétent au fond, mais uniquement sur la base de l'article 20 pour l'adoption de mesures provisoires (comme cela a été expliqué à la question 3 ci-dessus), la décision ne peut pas bénéficier d'une reconnaissance et d'une exécution transfrontalières. On peut se reporter à ce sujet à l'arrêt dans l'affaire C-256/09, *Purrucker* (15 juillet 2010), dans lequel la Cour de justice de l'UE a déclaré que les dispositions du règlement sur la reconnaissance et l'exécution ne s'appliquent pas aux mesures provisoires.



Pour APPROFONDIR  
la RÉFLEXION

### Absence de force exécutoire transfrontalière pour les mesures provisoires

Cette restriction imposée par la Cour de justice soulève deux préoccupations. Premièrement, si des enfants sont en danger et qu'un tribunal prend des mesures conservatoires, leur effet se limite au territoire de l'État de ce tribunal. Cela signifie que si les enfants traversent une frontière (le cas échéant, emmenés par un parent), de nouvelles mesures devraient être sollicitées au besoin. Deuxièmement, le juge saisi de la reconnaissance et de l'exécution doit examiner la base de compétence du tribunal qui a pris les mesures. Il est normalement interdit de contrôler la compétence de la juridiction d'un autre État membre au stade de la reconnaissance ou de l'exécution (article 24 du règlement Bruxelles II bis). Un tel contrôle de compétence devient ici obligatoire. Dans le prolongement de cette deuxième préoccupation, il peut être ajouté que l'appréciation de la compétence d'une autre juridiction n'est pas toujours chose aisée. Souvent, les tribunaux ne mentionnent pas expressément le fondement de leur compétence dans une décision. Dans un cas urgent, un tribunal pourrait en outre se déclarer compétent sur la base de l'article 20 sans prendre la peine d'examiner s'il est compétent au fond car il devrait à cette fin trancher la question épineuse de la résidence habituelle, ainsi que cela a été expliqué aux questions 1 et 2 ci-dessus.

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution au Canada, d'autres dispositions s'appliquent. Étant donné que ni la convention de La Haye sur la protection des enfants, ni la convention de Luxembourg n'est applicable au Canada, il faudrait se tourner vers d'éventuelles conventions bilatérales. S'il n'en existe pas, c'est le droit national canadien qui s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des mesures dans ce pays.

### 5) Le juge maltais doit-il ordonner le retour des enfants au Canada ? Si oui, quels éléments la décision de retour doit-elle contenir ?

#### Étape n° 1 : domaine du droit

L'enlèvement d'enfants, qui forme un sous-domaine spécifique de la responsabilité parentale.

#### Étape n° 2 : aspect du droit international privé

La question a trait à la compétence pour le retour, au mécanisme de retour lui-même et à la coopération entre autorités.

#### Étape n° 3 : sources de droit

Les règles relatives au retour d'enfants déplacés ou retenus illicitement sont énoncées dans :

- a) la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants) ;
- b) le règlement Bruxelles II bis.



BON à SAVOIR

### Portée de la convention de La Haye sur la protection des enfants

La convention de La Haye sur la protection des enfants ne régit pas le retour, mais les autres aspects de la responsabilité parentale, tels que la résidence permanente.

## Étape n° 4 : champ d'application des instruments juridiques

### Étape n° 4.a) Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants

**Champ d'application géographique.** Cette convention est en vigueur dans tous les États membres de l'UE et de nombreux autres pays (environ 100). Le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé contient la liste exhaustive des États contractants : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

La convention est également en vigueur au Canada.



BON à SAVOIR

### Application de la convention sur l'enlèvement d'enfants

La convention ne s'applique pas automatiquement entre tous les États contractants, mais l'adhésion des États qui n'étaient pas membres de la Conférence de La Haye de droit international privé à la date de la conclusion de la convention doit être acceptée par les autres États (article 38). Avant d'appliquer la convention, le juge doit donc examiner si les deux États concernés sont liés l'un par rapport à l'autre.

**Champ d'application matériel.** La convention sur l'enlèvement d'enfants a une portée très limitée : elle ne s'applique qu'au déplacement illicite et au non-retour illicite d'enfants. En l'espèce, il s'agit de déterminer si la mère a retenu les enfants illicitement à Malte.

La convention couvre uniquement le retour des enfants. Elle ne régit pas les autres aspects de la responsabilité parentale, ni les modalités relatives à la résidence permanente après le retour.

**Champ d'application personnel.** La convention s'applique si à la fois l'État de la résidence habituelle des enfants et celui dans lequel ils ont été déplacés ou ils sont retenus sont des États contractants.

**Champ d'application temporel.** La convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1983.

Elle est entrée en vigueur au Canada le 1<sup>er</sup> décembre 1983 et à Malte le 1<sup>er</sup> janvier 2000. Le Canada a accepté l'adhésion de Malte le 29 août 2003 et la convention est entrée en vigueur entre ces deux États le 1<sup>er</sup> novembre 2003.

### Étape n° 4.b) Règlement Bruxelles II bis

**Champ d'application géographique.** Idem que ci-dessus.

**Champ d'application matériel.** Le règlement Bruxelles II bis est applicable au divorce et à la responsabilité parentale (article premier), ce qui inclut les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (cf. dispositions des articles 10 et 11).

**Champ d'application personnel.** Les dispositions du règlement Bruxelles II bis sur l'enlèvement d'enfants s'appliquent lorsqu'un enfant est enlevé d'un État membre de l'UE dans un autre (article 11). Elles complètent la convention sur l'enlèvement d'enfants pour les cas dans lesquels un enfant est enlevé depuis un État membre de l'UE à destination d'un autre État membre de l'UE. La lecture conjointe des considérants 17 et 18, de l'article 11 et de l'article 60, point e), fait apparaître un tableau complexe. Le règlement maintient l'applicabilité de la convention, mais prévaut sur celle-ci. En même temps, il ne contient pas son propre ensemble complet de dispositions pour régir l'enlèvement d'enfants, mais utilise la convention sur l'enlèvement d'enfants en la développant. En conséquence,



lorsqu'un enfant est enlevé d'un État membre de l'UE dans un autre (excepté le Danemark), les dispositions de base doivent être puisées dans la convention, mais le règlement y ajoute certains éléments, notamment sur le calendrier, l'obligation d'entendre l'enfant et l'exception pour risque grave, ainsi qu'un mécanisme supplémentaire permettant, dans certaines circonstances, de demander le retour dans l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant si l'État dans lequel l'enfant a été déplacé refuse le retour (appelé « procédure de la deuxième chance »).

Dans le cas étudié, le tribunal ne devrait prendre en considération que la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants, et non les dispositions complémentaires du règlement Bruxelles II bis, puisque les enfants ont été emmenés du Canada (en dehors de l'UE) à Malte. Les dispositions complémentaires du règlement Bruxelles II bis ne s'appliquent que si à la fois le pays de l'ancienne résidence habituelle et le pays du déplacement ou du non-retour sont des États membres de l'UE. Le fait que les enfants ont des nationalités de l'UE n'y change rien.

**Champ d'application temporel.** Le règlement Bruxelles II bis s'applique aux actions judiciaires intentées à compter du 1<sup>er</sup> mars 2005 (articles 64, paragraphe 1, et 72).

### Étape n° 5 : dispositions

Il convient de remarquer en premier lieu qu'une procédure de retour doit être traitée d'urgence, le tribunal devant statuer dans les six semaines. La convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants dispose que si l'autorité n'a pas statué dans un délai de six semaines, le demandeur ou l'Autorité centrale peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard (article 11).



BON à SAVOIR

#### Délai de six semaines

Le règlement Bruxelles II bis impose à la juridiction d'utiliser les procédures les plus rapides prévues par le droit national et de rendre sa décision six semaines au plus tard après sa saisine, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles (article 11, paragraphe 3). Ainsi que cela a été expliqué, ce règlement n'est pas applicable en l'espèce, mais il n'est pas fondamentalement différent de la convention sur l'enlèvement d'enfants. Il insiste simplement sur l'importance de procédures rapides dans l'intérêt des enfants concernés.

La première étape à accomplir, pour le tribunal, consiste à examiner s'il y eu un déplacement ou un non-retour illicite (article 3 de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants). Les parents étaient mariés et le juge doit donc contrôler si, selon le droit canadien, les deux parents possèdent un droit de garde.

La deuxième question que le tribunal doit se poser a trait à la résidence habituelle des enfants. Résidaient-ils habituellement au Canada au moment du non-retour illicite, c'est-à-dire au moment où Kylie a déclaré qu'elle ne retournerait pas dans ce pays et où le consentement donné par Julien au séjour à Malte a pris fin ? En vue de déterminer la résidence habituelle, le tribunal doit tenir compte de la jurisprudence de la CJUE (cf. question 1 ci-dessus). De même, les interprétations données par d'autres juridictions lors de l'application de la convention sont pertinentes et doivent être prises en considération. Il faut néanmoins noter que le moment pertinent pour la résidence habituelle en l'espèce est différent de celui considéré pour les questions 1 et 2 : dans ces questions, il s'agissait de déterminer la résidence habituelle au moment de la procédure, tandis que pour l'enlèvement d'enfants, le moment pertinent est situé immédiatement avant le déplacement ou le non-retour illicite.

Le troisième point porte sur la date d'introduction de la procédure. Si Julien a intenté la procédure de retour plus d'un an après le non-retour, le tribunal peut refuser d'ordonner le retour si les enfants se

sont intégrés dans leur nouveau milieu. La difficulté à cet égard tient au moment du début de ce délai, qui doit commencer à courir lorsque le consentement de Julien a pris fin. Julien avait consenti à un séjour temporaire, mais jamais à un déplacement, et le délai commence donc au moment où il n'a plus consenti au séjour (qu'il pensait temporaire).

En quatrième lieu, le tribunal doit examiner les motifs de refus prévus aux articles 13 et 20 de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants. Le retour des enfants ne doit pas être ordonné :

- si Julien a consenti ou acquiescé au maintien à Malte ou s'il n'exerçait pas son droit de garde (article 13, premier alinéa, point a), de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants) ;
- s'il existe un risque que les enfants soient exposés à un danger physique ou psychique à leur retour ou qu'ils soient placés dans une situation intolérable (article 13, premier alinéa, point b), de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants), comme Kylie s'efforce de le démontrer. La nature spécifique du problème doit être prise en considération, mais selon les bonnes pratiques d'application de la convention, le tribunal doit déterminer si Elias pourrait recevoir le traitement requis au Canada. Il peut s'appuyer à cette fin sur les informations fournies par l'Autorité centrale ;
- si les enfants s'opposent au retour et qu'ils ont atteint un âge et un degré de maturité suffisants pour que le juge doive tenir compte de leur opinion (article 13, deuxième alinéa, de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants). Les enfants sont jeunes, mais il pourrait être affirmé que Luis n'est pas trop jeune pour être entendu. Il convient à ce sujet d'attirer l'attention des participants sur l'article 12 de la convention relative aux droits de l'enfant, qui établit un double critère : si l'enfant est capable de discernement, il a le droit d'exprimer son opinion et le juge doit prendre cette opinion en considération en fonction de l'âge et du degré de maturité de l'enfant. Les participants peuvent décrire quand et selon quelles modalités ils entendent des enfants ou examiner s'il est différent d'entendre des enfants dans des affaires relevant de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants par rapport à d'autres affaires ;
- si le retour serait contraire aux principes fondamentaux de Malte sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 20 de la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants). Ce motif de refus est réservé aux situations extrêmes et ne s'applique pas en l'espèce.

Enfin, le juge doit intégrer dans ses réflexions le cadre des droits de l'homme et des enfants, à savoir la convention de 1989 relative aux droits de l'enfant (notamment son article 3, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale) et la convention européenne des droits de l'homme (articles 6 et 8). La Cour européenne des droits de l'homme a statué dans plusieurs affaires que l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être pris en considération (voir par exemple l'arrêt de la grande chambre du 26 novembre 2013 dans l'affaire *X c. Lettonie*, 27853/09). Le tribunal doit étudier soigneusement les rapports psychologiques ou autres qui lui sont soumis et apprécier les motifs de refus dans la perspective de l'intérêt supérieur de l'enfant. Avec son équilibre entre l'obligation générale de retour et les exceptions prévues pour certaines circonstances bien délimitées, la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants est conforme à la convention relative aux droits de l'enfant et à la convention européenne des droits de l'homme. Le juge doit témoigner du plus grand soin dans cette mise en balance de façon à respecter, premièrement, les diverses obligations internationales et européennes et, deuxièmement, les droits des enfants, qui peuvent être extrêmement vulnérables dans une telle situation.



### **Discussion : le retour**

Examinez si un juge doit ordonner le retour de Luis et Elias compte tenu du droit et des circonstances de l'affaire. Existe-t-il réellement un risque grave en cas de retour ? Le juge doit veiller à ne pas privilégier son propre pays en le désignant comme le meilleur endroit pour les enfants.

Rappelez-vous qu'un ordre de retour n'est pas une décision sur le fond, mais indique simplement que les enfants doivent retourner dans leur État, excepté si le parent à l'origine de l'enlèvement peut prouver l'existence de circonstances exceptionnelles qui justifient l'utilisation d'un des motifs de refus. Le fond de l'affaire doit être apprécié par la juridiction de la résidence habituelle des enfants.

Les juges doivent penser aux garanties qu'ils peuvent insérer dans leurs décisions de retour. Les possibilités fluctuent largement selon le droit national, mais il est recommandé que les juges rédigent une décision aussi détaillée que possible.

Les éléments suivants doivent notamment être inclus :

- quand les enfants doivent retourner dans leur État : il peut être utile que la décision précise une date ;
- comment les enfants doivent retourner dans leur État : en train ou en avion, s'ils devront voyager seuls ou si une personne les accompagnera et qui ;
- qui doit payer les titres de transport ;
- si l'Autorité centrale peut apporter son aide au retour (selon le droit national, le juge peut ordonner à l'Autorité de prendre des mesures ou leur demander une assistance) ;
- quelles garanties doivent être fournies dans le pays où les enfants retournent, par exemple, un soutien pour l'enfant atteint de troubles du spectre autistique ;
- comment le parent à l'origine de l'enlèvement (le plus souvent, la mère) peut obtenir une aide pour trouver un logement s'il souhaite effectuer le voyage avec les enfants ;
- si quelque chose peut être fait pour le permis de séjour du parent à l'origine de l'enlèvement dans le pays d'où il a déplacé les enfants ;
- comment la sécurité du parent à l'origine de l'enlèvement peut être garantie.



BON à SAVOIR

### Réseaux

Les juges peuvent solliciter une aide par le biais de différents réseaux. La Conférence de La Haye de droit international privé a ainsi créé le Réseau des juges de La Haye et l'Union européenne, le Réseau judiciaire européen. Les juges peuvent recourir aux juges membres de ces réseaux dans leur pays pour établir un contact avec leurs confrères dans d'autres pays. Ce contact peut porter sur une information générique (par exemple, les dispositions de la loi d'une province donnée du Canada sur la responsabilité parentale des pères non mariés) ou une aide spécifique dans une affaire précise (par exemple, les possibilités de visites surveillées dans une ville donnée).



Remarque à l'intention de l'instructeur : les participants doivent également garder à l'esprit l'intérêt de la médiation dans ce genre de situation. Avec une médiation, les parties peuvent régler toutes les questions en une seule opération au lieu de devoir saisir plusieurs tribunaux. Elles pourraient ainsi s'adresser à un seul interlocuteur pour fixer les dispositions sur le retour et sur la résidence et le droit de visite pour les enfants. Les juges doivent envisager de diriger les parties vers un service de médiation, qui peut souvent aplanir les conflits. En même temps, la médiation ne peut offrir un détour librement accessible pour allonger la procédure et permettre aux enfants de s'intégrer dans leur nouveau milieu de façon à ce qu'un retour ne soit plus possible ou conseillé. Elle doit donc être rapide. La meilleure solution est que les parties introduisent une procédure de retour et puissent ensuite se soumettre à une médiation avant l'audience. C'est le modèle utilisé en Allemagne et aux Pays-Bas.

## **Annexe : lectures complémentaires**

### Rapports et guides :

Borrás A., « Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale » (1998)

Cour européenne des droits de l'homme, « Fiche thématique – Enlèvements internationaux d'enfants » (2016), disponible sur le site Internet du Conseil de l'Europe : [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, « Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis » (2014), disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Conférence de La Haye de droit international privé, Guides de bonnes pratiques (cinq volumes de 2003 à 2012), disponible sur son site Internet : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Conférence de La Haye de droit international privé, La Lettre des juges sur la Protection internationale de l'enfant (1999 à ce jour), disponible sur son site Internet : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Conférence de La Haye de droit international privé, « Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants » (2014), disponible sur son site Internet : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

House of Commons Library, « Briefing Paper Number 7726, 3 October 2016. International child abduction » [Document d'information n° 7726, 3 octobre 2016. L'enlèvement international d'enfants] (2016), disponible sur le site Internet du parlement britannique.

Lagarde P., « Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants de 1996 » (1998), disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Pérez-Vera E., « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants » (1982), disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

Institut suisse de droit comparé, « Enlèvements parentaux transfrontaliers dans l'Union européenne », document commandé par la commission LIBE (2015), étude complète en anglais et résumé exécutif en français disponibles sur le site Internet du Parlement européen.

### Bases de données de jurisprudence :

[www.incadat.com](http://www.incadat.com) (jurisprudence sur la convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants)

[w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar](http://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar) (jurisprudence sur le règlement Bruxelles II bis)

[www.unalex.eu](http://www.unalex.eu) (jurisprudence sur le règlement Bruxelles II bis)

[www.curia.eu](http://www.curia.eu) (jurisprudence de la Cour de justice de l'UE)

[hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int) (jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)