

La garde d'enfant : litiges dans les relations franco-allemandes

C'est une première ce soir, car c'est pour la toute première fois que nous avons l'occasion de parler des litiges familiaux impliquant notamment les enfants dans les relations franco-allemandes.

C'est une première ce soir que nous devons aux français expatriés en Allemagne et mécontents de la justice allemande.

C'est eux qui apportent la contradiction, contradiction à laquelle nous tentons de répondre.

En effet, il est temps, grand temps qu'on parle, qu'on se parle pour qu'ils soient dissipés des préjugés, préjugés médiatiquement entretenus depuis plus d'une décennie à l'égard de l'Allemagne.

Préjugés qui nuisent dans les procédures en France dans lesquelles nous avons l'occasion de défendre au quotidien.

C'est dans ce contexte que nous avons accepté de vous éclairer sur la pratique des juridictions allemandes et très exactement sur la question de savoir si la notion de l'intérêt de l'enfant était différemment appréciée par les juridictions allemandes que par les juges français.

Pour ma part, je vous parlerai de la notion de l'intérêt de l'enfant dans les affaires d'enlèvement d'enfant international.

A la fois pour dépassionner le débat et pour le nourrir, je rappellerai d'abord les textes qui luttent contre les enlèvements d'enfant, puis la jurisprudence tant allemande que française, car c'est à travers la jurisprudence que je pourrai répondre à la question posée.

I. La notion de l'intérêt de l'enfant dans les affaires d'enlèvement d'enfant international

Les textes qui fondent les déplacements et retentions illicites d'enfant sont d'abord, la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils en matière d'enlèvement d'enfant international, convention qui est le texte de référence en la matière.

Puis, en ce qui concerne les déplacements et retentions illicites d'enfants au sein de l'Union Européenne, c'est le Règlement Bruxelles II-bis sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de démariage et de responsabilité parentale qui complète les dispositions de la convention internationale qui demeure le texte de base.

En vertu de la convention, l'enfant illicitement déplacé ou retenu doit retourner le plus rapidement possible dans l'Etat de sa résidence habituelle avant son déplacement ou sa rétention illicite. La convention de la Haye suppose que c'est la juridiction du lieu de la résidence habituelle de l'enfant qui est la mieux placée pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

Pour atteindre cet objectif, les Etats contractants doivent mettre en place des procédures rapides pour faire cesser la voie de fait créée par le déplacement et la rétention illicite. La convention internationale prévoit un délai de 6 semaines à compter de la saisine de la juridiction.

Le déplacement d'un enfant vers l'étranger n'est pas en soit un déplacement illicite.

Il y a déplacement ou rétention illicite d'enfant, si le déplacement a eu lieu en violation du droit de garde du parent qui est resté dans le pays.

La question de savoir si le parent victime est investi ou non du droit de garde, doit être résolue en vertu du droit de l'Etat de la dernière résidence habituelle de l'enfant.

La notion de l'intérêt de l'enfant n'est pas mentionnée explicitement dans la convention de la Haye en tant que critère correcteur de l'objectif qui vise à assurer le retour immédiat au lieu de sa résidence habituelle avant son déplacement illicite.

Même si la notion de l'intérêt de l'enfant n'est mentionnée que dans le préambule de la convention, elle est sous-jacente dans le texte, le déplacement ou la rétention illicite constituant un péril pour l'intérêt de l'enfant dont l'enfant doit être protégé de ses inconvénients.

Donc, la notion de l'intérêt de l'enfant est dans la convention internationale en relation avec l'acte de retour de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle avant son déplacement ou sa rétention illicite.

Le meilleur intérêt de l'enfant coïncide avec son retour au lieu de sa résidence habituelle, sauf dans les cas où une des exceptions prévues par la convention de la Haye s'applique.

Le principe est le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle avant son déplacement, sauf exceptions prévues à l'article 13 de la convention.

Donc c'est à travers les exceptions de l'article 13 et plus particulièrement l'article 13 al. 1 b) de la convention que l'intérêt de l'enfant est interprété par les juridictions.

Les exceptions prévues à l'article 13 sont les dispositions les plus controversées de la convention de la Haye.

Le retour de l'enfant peut être refusé, en vertu de l'article 13

- a) Si le requérant n'avait pas effectivement exercé son droit à l'époque du déplacement ou avait consenti ou acquiescé postérieurement,
- b) 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

Le dernier critère concerne l'opposition de l'enfant.

Le règlement Bruxelles-II-bis améliore considérablement la protection de l'enfant illicitement déplacé.

En vertu du Règlement européen le juge doit ordonner le retour de l'enfant, malgré un risque grave ou une situation intolérable allégué, s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour dans le pays de sa résidence habituelle.

En vertu du règlement communautaire, l'audition de l'enfant est obligatoire si l'enfant a atteint un certain âge et un degré de maturité.

Enfin, en vertu de l'article 10 du règlement, le parent victime de l'enlèvement peut immédiatement saisir le juge de la

résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement pour obtenir une décision fixant les droits parentaux, sans attendre le retour de l'enfant.

On se souvient qu'avant l'entrée en vigueur du règlement européen le 1^{er} mars 2005, seul un français pouvait revendiquer la compétence internationale du juge français en raison du privilège de juridiction française des articles 14 et 15 du code civil, les non français dont les enfants avaient été déplacés vers l'étranger, devaient attendre le retour de l'enfant pour déclarer le juge français compétent pour statuer sur les droits parentaux.

Si le juge du fond fixe la résidence habituelle de l'enfant chez le parent victime, et si le juge de l'autre Etat rejette la demande de retour de l'enfant, la décision du juge du fond s'impose et l'enfant doit revenir dans l'Etat de sa résidence habituelle.

II. Appréciation de l'intérêt de l'enfant par les juridictions

a) au regard du risque encouru

Je n'ai volontairement pas limité mon intervention aux déplacements et rétentions illicites d'enfant entre la France et l'Allemagne, mais également examiné la jurisprudence dans les cas d'enlèvements en provenance d'un Etat tiers vers la France ou vers l'Allemagne.

La convention internationale est entrée en vigueur en France le 1.12.1983 et en Allemagne le 1.12.1990.

Très rapidement, l'Allemagne a été montrée du doigt par la France et les Etats-Unis.

A la fin des années 1990 sont nées des tensions diplomatiques entre l'Allemagne et les Etats-Unis et entre l'Allemagne et la France puisqu'il a été reproché aux tribunaux allemands de rejeter trop souvent les demandes de retour au regard des exceptions.

Dans l'affaire qui avait fait couler de l'encre, les enfants avaient été illicitement déplacés par leur mère d'Allemagne en France, puis 9 mois après le père s'est fait justice lui-même en les ramenant de force en Allemagne.

En France l'affaire est connue sous le nom du Préfet, car en France on avait compris à tort que le père allemand était préfet.

Il s'agissait donc d'enlèvements d'enfant croisé avec des requêtes parallèles. L'OLG, savoir l'équivalent de la Cour d'Appel française, devait statuer sur la requête de la mère et la Cour de Cassation sur le recours du père.

L'OLG de Celle avait fini par ordonner le retour des enfants en France, mais a suspendu l'exécution provisoire de la décision quelques jours plus tard.

S'agissant d'enlèvements croisés, l'OLG s'est livrée à une appréciation approfondie de la notion de l'intérêt de l'enfant et auditionné les enfants.

L'OLG est la dernière instance dans les affaires d'enlèvement d'enfant international. Le plaideur mécontent de la décision, a cependant la possibilité de saisir le Bundesverfassungsgericht de Karlsruhe, la Cour fédérale Constitutionnelle allemande.

Sur requête du père, la cour fédérale constitutionnelle a le 29 octobre 1998 déclaré conforme à la loi fondamentale l'interprétation approfondie de l'intérêt de l'enfant sur le fondement des dispositions de l'article 13 al. 2 b)(BVerfG, ord. 29/10/1998, 2 BvR 1206/98).

La Cour fédérale constitutionnelle rappelle le 9 mars 1999 que dans les cas particuliers de demandes de retour croisées, un examen approfondi de l'intérêt de l'enfant s'imposait dans le cadre de l'article 13 (1) b. Dans les autres cas, une interprétation strictes des exceptions conventionnelles n'étaient pas contraire à la loi fondamentale allemande, (article 6) poursuivant l'intérêt de l'enfant.

Cependant, dans les affaires d'enlèvement simple, les juridictions allemandes avaient déjà dans les années 90, fait une appréciation restrictive des exceptions prévues à l'article 13 de la convention de la Haye.

En décembre 1994 un couple germano-américain divorce aux Etats-Unis lorsque leur fils était âgé de 5 ans. La mère allemande avait le droit de garde exclusif, le père un droit de visite et d'hébergement et un droit de regard lors de la fixation de la résidence de l'enfant. La mère part avec l'enfant en Allemagne et n'informe pas le père de son intention d'y rester. Le père obtient alors le droit de garde exclusif aux USA.

Le juge aux affaires familiales allemand ordonne le retour de l'enfant en janvier 1996, l'OLG confirme la décision entreprise.

Le recours constitutionnel de la mère n'avait selon la cour pas suffisamment de chance de prospérer.

La cour motivait sa décision en ce sens que la limitation des dispositions d'exception de l'article 13 a) avait but de garantir l'intérêt de l'enfant et que les décisions concernant les droits parentaux rendus dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant devaient être respectées.

Donc dans les années 90 la jurisprudence allemande l'intérêt de l'enfant était déjà apprécié de manière restrictive et donc en conformité à la convention internationale.

Il a été reproché à l'Allemagne, d'avoir e trop souvent rejeté le retour de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle avant son déplacement illicite.

Deux exemples montrent que les juridictions françaises ont fait de même dans les années 1990.

Dans un arrêt du 12/07/1994 la Cour de Cassation a approuvé les juges du fond en ce qu'ils ont rejeté la demande de retour de l'enfant au motif que le danger ou la situation intolérable, au sens de l'article 13 al. 1 b de la convention internationale, résultait aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'Etat de sa résidence habituelle.

Selon les juges du fond, la séparation de l'enfant avec sa mère, compte tenu de son très jeune âge (1 an ½) serait vécue comme un deuil par l'enfant, dans l'immédiat le retour de l'enfant aux-Etats-Unis l'exposerait à un danger psychique caractérisé. Dans cette affaire un peu plus de 3 ans s'étaient écoulés entre le déplacement illicite et la décision finale, l'enfant avait entretemps 4 ans (Cass. 1^{er} civ. 12 juillet 1994, pourvoi n° 93.15495 P, G.P. mercredi 25, jeudi 26 janvier 1995. p. 28).

Dans un arrêt rendu le 21 novembre 1995, la Cour Suprême a rejeté le pourvoi pour les mêmes motifs. Dans cette affaire, 4 années s'étaient écoulées entre l'arrivée en France des enfants âgés respectivement de 2 ans et de 3 mois, le retour brutal des enfants aux Etats-Unis les placerait dans une situation intolérable (Cour Cass. 21 nov. 1995, pourvoi n° 93-20140, publié au bull.).

Les exceptions de l'article 13 al. 2 b) de la convention sont d'interprétation restrictive. Cependant, les décisions doivent être rendues rapidement pour éviter l'intégration de l'enfant dans son nouvel environnement.

Selon l'article 11 al. 2 de la convention, une décision doit être rendue dans un délai de 6 semaines à compter de la saisine de la juridiction.

Avec cette disposition, la conférence de la Haye voulait consacrer une importance primordiale à l'intégration de l'enfant dans son nouvel environnement.

Dans ces deux affaires, la longueur des procédures françaises - Trois ans dans la première affaire, quatre ans, dans la deuxième affaire - a protégé les enfants d'un éventuel traumatisme qu'aurait causé leur retour aux Etats-Unis.

Pour de très jeunes enfants, l'intégration est avant tout une intégration dans leur milieu familial, ces enfants n'ont pas la même notion du temps que les enfants plus âgés, ils ne sont pas encore scolarisés et n'ont donc pas encore pu s'intégrer dans un environnement social.

Le retour de l'enfant dans son environnement habituel ne poursuit non seulement le but de faire cesser une voie de

fait, mais également de permettre à l'enfant d'être à nouveau en relation avec l'autre parent. C'est le lien avec l'autre parent qui doit être préservé.

Lorsque le retour d'un enfant a été refusé au motif qu'il courrait un risque grave ou le mettrait dans une situation intolérable dans l'Etat de sa résidence habituelle, cela signifie également que dans l'avenir l'enfant n'aura plus de contact avec le pays qui fut celui de sa résidence habituelle, dans lequel il a vécu et où la plupart du temps vit le parent qui a demandé son retour.

Depuis les années 90 a eu lieu un changement quant à l'interprétation des exceptions prévues à l'article 13 de la convention internationale tant dans la jurisprudence allemande que française.

Mais avant de poursuivre sur la jurisprudence allemande et française récente, je voudrais rappeler une jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme qui a suscité de vives critiques de la part des praticiens de la convention de la Haye.

La Cour Européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui à travers l'article 8 de la convention européenne exerce un contrôle sur l'appréciation des dispositions de la convention de la Haye par les juridictions internes, a le 6 juillet 2010 condamné la Suisse pour avoir ordonné le retour d'un enfant illicitement déplacé par sa mère d'Israël vers la Suisse (CEDH 06/07/2010).

Dans cette affaire une mère avait clandestinement quitté Israël pour la Suisse avec son fils. Le père avait déposé plainte, suite à laquelle mère et enfant ont pu être localisés en Suisse.

Les juges inférieurs avaient refusé le retour de l'enfant sur le fondement du risque grave visé à l'article 13 al. 1, b) de la convention internationale, notamment parce que l'enfant serait alors séparé de sa mère qui refusait de rentrer en Israël.

Le tribunal fédéral suisse a fini par ordonné le retour de l'enfant le 16 août 2007 en estimant que la mère ne pouvait invoquer un risque qu'elle faisait elle-même courir à l'enfant puisque c'est elle qui refusait de rentrer en Israël.

Mère et enfant ont saisi la Cour de Strasbourg.

La chambre de la Cour jugeait que la décision de retour n'était pas disproportionnée.

La grande Chambre de la Cour n'était pas du même avis.

Elle jugeait que seul un retour de l'enfant avec sa mère est envisageable. Une procédure pénale a été engagée contre la mère en Israël. Si la mère était incarcérée à son arrivée en Israël, l'enfant serait alors placé dans une situation difficile.

La cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. Quant à la mère, elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de la vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël.

En conséquence il y aurait violation de l'article 8 de la convention dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour du second était exécutée (Neulinger et Shuruk c/ Suisse, n° 4161507, 6 juill. 2010, AJ fam. 2012.97 note Boiché, AJ fam. 2012.562, note Elisa Viganotti).

Par arrêt rendu le 26 novembre 2013, la Cour de Strasbourg apporte une clarification à sa jurisprudence *Neulinger* (CEDH 26 nov. 2013 n° 27853/09, AJ fam. 2014.58, note Boiché).

Les juges nationaux ne doivent en aucun cas se livrer à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale. Simplement les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des dispositions de la convention de la Haye doivent réellement être pris en considération par le juge requis dans une décision suffisamment bien motivée. Ils doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Indépendamment de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, les juridictions allemandes étaient confrontées par la même situation.

En effet, dans deux affaires que je vais citer, les mères tentaient d'obtenir le rejet de la demande de retour en refusant de rentrer avec les enfants dans l'Etat de la résidence habituelle.

Par décision rendue le 9 mars 1999, le recours constitutionnel d'une mère allemande a été déclaré irrecevable (BverfG, 2 BvR 420/99, 9 mars 1999).

L'OLG avait fait droit à la demande de retour des enfants vers la Suède au motif que le retour des enfants en Suède ne créerait pas de risques excédant les risques normalement associés à un changement du lieu de vie des enfants. On pouvait exiger de la mère qu'elle retourne au lieu de son ancienne résidence habituelle. S'il on exigeait seulement des circonstances exceptionnellement graves pour justifier le non-

retour d'un enfant sur le fondement de l'exception de l'article 13, on devait exiger de même s'agissant du parent ayant emmené l'enfant (INCADAT HC/E/DE 602).

Dans une affaire analogue, la mère allemande avait fait un recours auprès de la Cour fédérale constitutionnelle pour savoir si l'on pouvait exiger d'elle de raccompagner personnellement l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle.

La cour fédérale constitutionnelle a par décision rendue le 8 avril 2010 déclaré conforme à la loi fondamentale l'obligation de raccompagner personnellement l'enfant illicitement déplacé au motif que la dureté de l'interprétation de la convention devrait être acceptée par le parent enleveur comme une conséquence de son acte illicite.

En France, la cour d'appel de Grenoble avait rejeté la demande de retour de l'enfant aux Etats-Unis en suivant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

La motivation de la Cour d'appel était la suivante :

Il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un traumatisme de séparation de d'abandon.

Cette décision a été censurée par la Cour de Cassation au motif au visa de l'article 3-1 de la convention de New York de 1989 relative aux droits de l'enfant.

Pour la cour de cassation, les circonstances d'un risque grave doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant (Cass. 1^{er} civ., 13 fév. 2013 n° 11-28.424 (107 FS-P+B+I) AJ Famille 2013.185, note A. Boiché).

En France, les dispositions de l'article 13 al. 1 b) de la convention sont interprétées à l'aune des dispositions de l'article 3-1 de la convention de New York sur les droits de l'enfant qui stipulent : *l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale dans toute les procédures le concernant.*

En effet, la Cour de Cassation admet l'invocabilité directe de l'article 3-1 de la convention internationale devant les juridictions civiles depuis 2005. Les premières décisions rendues sous le visé de l'article 3-1 concernant les affaires d'enlèvement d'enfant international (Civ. 1^{er}, 14 juin.2005 n° 04-16.942, D. 2005 ;2790, note F. Boulanger ; Rev. Crit. DIP 2005, 679, note D. Bureau, civ. 1^{er}, 13 juil. 2005, n° 05-10.519, Bull. civ. I n° 334 ; D. 2005 ; ibid. 2006, 1778, F. Jault-Seseke et C. Pigache).

Par une décision rendue le 26 octobre 2011, la Cour de Cassation approuvait les juges du fond qui avaient ordonné le retour des enfants aux Etats-Unis malgré l'invocation par la mère des exceptions de l'article 13 al. 1 b) de la convention.

Dans cette affaire il s'agissait d'une mère française, autorisée par son époux américain à se rendre avec l'enfant âgé de 2 ans en France auprès de son père malade.

Finalement, elle restait en France où elle donnait naissance à un deuxième enfant en 2008.

Pour échapper au retour des enfants aux Etats-Unis, la mère faisait état du risque grave que courrait son fils de 10 mois d'être séparé de sa mère en cas de retour.

Selon la Cour de Cassation, la mère ne pouvait se prévaloir d'une situation qu'elle avait créée par sa voie de fait et du danger qu'elle avait elle-même fait courir à ses enfants en les privant de leur père (Cass. 1^{er} civ., 26 oct. 2011 n° 10-19.905 (n° 1015 FS-P+B+I)).

Non seulement la Cour Suprême fait une interprétation restrictive des exceptions de l'article 13 al. 1 b) de la convention internationale, mais les juridictions allemandes font de même.

Par décision rendue le 15 novembre 2002 l'OLG de Karlsruhe confirmait la décision entreprise qui avait ordonné le retour d'un enfant âgé de 4 ans Mexique aux motifs que les exceptions de l'article 13 al. 1 b) de la convention internationale étaient d'interprétation stricte.

Le refus d'ordonner le retour ne saurait être justifié par la simple menace sur le bien-être de l'enfant que représente le retour. Le risque de danger exigé va bien au-delà des difficultés inhérentes au retour d'un enfant déplacement dans l'Etat de sa résidence habituelle (INCADAT HC/E/DE 944).

Déplacements illicites au sein de l'UE

Dans les déplacement illicite d'enfant au sein de l'Union européenne, les dispositions de la convention de la Haye sont complétées par le règlement Bruxelles II-bis.

Le règlement vient considérablement limiter les effets de la mise en œuvre de l'exception de l'article 13 en ce qui

concerne le risque grave. Le danger d'une interprétation abusive de ces exceptions est ainsi circonscrit.

En effet, lorsqu'un risque grave ou une situation intolérable est invoqué, les juges ont selon l'article 11 du règlement, interdiction de refuser le retour s'il est établi que des mesures de protection ont été prises dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

Le risque grave et la situation intolérable sont invoqués dans toutes les procédures par l'auteur du déplacement ou de la rétention illicite.

Il est difficile pour le juge de la convention d'apprécier l'existence d'un risque grave ou une situation intolérable encourus dans l'Etat de sa résidence habituelle.

En revanche, les administrations de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sont bien placées pour protéger l'enfant si un risque grave s'avérait.

Pour mettre en œuvre ces dispositions, il doit exister une coopération entre les Etats, entre les bureaux centraux saisis de ces affaires.

Cependant, des difficultés semblent exister en ce qui concerne la preuve de la mise en place des mesures de protection.

Dans une affaire franco-allemande, une jeune fille congolaise qui vivait avec sa tante maternelle à Berlin depuis 2007, sa mère étant décédée au Congo dans les couches, a été retenue par son père en France après les vacances d'été de 2010.

Le 7 juin 2011 le juge parisien était saisi par le procureur en vue de son retour en Allemagne.

Le 6 septembre 2011 l'enfant disait lors de son audition qu'elle ne voulait rentrer en Allemagne chez sa tante, se plaignant de mauvais traitements. La tante la bâterait au quotidien.

Le procureur de la République transmettait à l'autorité centrale française, la demande du juge en vue d'être informé sur les conditions de vie des enfants en Allemagne.

A l'audience fixée au 19 septembre 2011, le juge constatait qu'il n'était pas en possession des informations demandées à l'Allemagne. Or dès la saisine du bureau central allemand en février 2011, un couple d'industriel allemand qui avait soutenu moralement et financièrement les enfants, avait fait une attestation selon laquelle l'enfant n'était pas maltraité par sa tante.

Par décision rendue le 30 septembre 2011, le retour de l'enfant vers l'Allemagne fut ordonné.

Cependant, le juge dit que l'exécution provisoire n'est pas de droit en la matière, il n'est pas justifié de l'ordonner en l'espèce.

Ce délai pourra permettre aux autorités allemandes de s'organiser pour prendre les dispositions adéquates afin d'assurer la protection de l'enfant après son retour.

Le père de l'enfant fait appel de la décision le 20 octobre 2011, la Cour d'Appel de Paris fixe l'affaire à l'audience du 5 juin 2012, soit 8 mois après sa saisine.

Je suis appelée par la Tante deux jours avant l'audience devant la Cour d'Appel de Paris, celui-ci ignorant que le ministère de l'avocat est obligatoire devant cette juridiction.

Très touchée par les dires de l'enfant et affirmant que l'enfant n'avait jamais été maltraité par elle, mais qu'elle répétait ce que son père lui disait, la tante acceptait la volonté de l'enfant de rester auprès de son père en France et acquiesçait donc à la rétention illicite.

Dans une affaire franco-italienne, la Cour de Cassation jugeait suffisantes les informations du Ministère de la Justice italienne de la prise des dispositions adéquates auprès des autorités judiciaires et des services sociaux pour assurer la protection des enfants à leur retour en Italie (Cass. Civ., 20 oct. 2010, n°08-21.161, n° 933 F-P+B+I).

Le 11 novembre 2011 le juge aux affaires familiales de Coblenz a ordonné le retour d'un enfant âgé de deux ans en France. Le juge allemand note que le juge aux affaires familiales de Paris avait le 23 juillet 2011 par une décision frappée d'appel, fixé la résidence habituelle de l'enfant chez le père.

Le juge allemand note que le père avait des capacités éducatives et l'enfant était déjà inscrit dans une crèche du ministère dans lequel il travaille. Quant à la mère, le juge estime qu'elle pourra facilement trouver un logement social à Paris avec l'aide du consulat d'Allemagne en France.

La Cour d'Appel de Paris a rendu le 5 juillet 2013 deux arrêts l'un ordonnant le retour et l'autre le rejetant.

Il s'agissait de deux affaires franco portugaises dans lesquelles un risque grave de danger était invoqué par les mères.

En application du règlement européen, la Cour aurait dû à notre avis ordonner le retour des enfants au Portugal en s'assurant que les mesures de protection seraient prises par les autorités portugaises.

Dans l'affaire où le retour fut ordonné, la mère arguait du fait que le retour de l'enfant au Portugal était contraire à l'intérêt de l'enfant dans la mesure où il le conduirait à une séparation brutale de son demi et le père était violent.

La Cour notait qu'il ressortirait d'une enquête sociale portugaise que le père avait des compétences éducatives et pouvait accueillir l'enfant dans de bonnes conditions.

Quant à la séparation d'avec des enfants, celle-ci n'était pas de nature à exposer la cadette au regard de son âge, à un risque majeur de perturbation psychologique (CA Paris, 5 juillet 2013 n° RG 13-11.509, INCADAT HC/E/FR 1221).

Dans la deuxième affaire, la Cour d'Appel pour rejeter le retour de s'appuyait tout comme dans la première affaire sur le rapport d'une enquête sociale portugaise révélant les effets de l'alcoolisme du père sur l'enfant et les recommandations du rapport social selon lesquelles il serait mieux pour l'enfant de vivre avec sa mère en France.

La cour constatait que l'enfant était uni par des liens très forts à sa mère et que le père était dans l'incapacité d'exercer ses responsabilités éducatives dans des conditions garantissant la santé et la sécurité de l'enfant (CA Paris, 5 juillet 2013 n° 13-11.740. INCADAT HC/E/FR 1220).

Dans une autre affaire, la mère allemande partait avec l'enfant âgé de 2 ans en Allemagne alors qu'elle était enceinte d'un

second enfant. Devant le juge allemand, les parties se sont mises d'accord pour que la mère accouche en Allemagne et revient deux semaines après l'accouchement avec les deux en France ce qu'elle ne fut pas.

Le juge du fond français s'est déclaré compétent pour statuer sur les deux enfants, le premier illicitement déplacé et le second illicitement retenu en Allemagne.

Ceci avait pour avantage que l'autorité parentale était de plein droit exercer conjointe sur les deux enfants.

b) Opposition de l'enfant

En vertu de la convention de la Haye et du Règlement Bruxelles II-bis, les juges doivent tenir compte de l'opinion de l'enfant si l'enfant est en âge d'être auditionné et a une maturité suffisante.

En vertu du règlement Bruxelles II bis, l'audition de l'enfant est obligatoire.

L'entrée en vigueur du règlement européen, n'a pas modifié dans la pratique allemande dans la mesure où les enfants sont facilement entendus par le juge allemand.

La volonté de l'enfant doit être prise en considération lorsque l'enfant a un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion.

Les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souverain d'ordonner le retour malgré la volonté de l'enfant (OLG Karlsruhe, FamRz 202, 1141, 1142, OLG Karlsruhe, FamRZ 2006, 1699,1701).

Selon l'OLG de Karlsruhe, l'opinion de l'enfant peut être déterminée au regard de son autonomie, intensité et stabilité (23/02/2006, 2 UF 2/06, FamRZ 2006, 1403).

La Cour fédérale constitutionnelle a décidé qu'il n'est pas possible de fixer un âge minimum et notamment la volonté d'un enfant âgé de 8 ans ne peut d'emblée être ignorée (BVerfG ord. 3/05/199, 2BvR 6/99, FamRZ 1999, 1053).

Pour les OLG, l'opinion de l'enfant est appréciée à partir de 10 ans.

Selon la Cour de Cassation, l'opposition de l'enfant doit viser un risque grave tel que défini par l'article 13 b) de la convention internationale, les avis émis par l'enfant relatif au parent auprès duquel il veut vivre sont sans incidence (Cass. 1^{er}, 20 oct. 2010 n° 08-21.161 (n° 933 F-P+B+I)).

La Cour d'Appel d'Agen dans un arrêt rendu le 20 décembre 2012 notait que les enfants avaient été entendus par le premier juge mais qu'elles ne faisaient pas preuve d'une maturité suffisante donnant la possibilité de prendre en compte leur opinion (CA Agent, 20 déc. 2012, n° RG 12/01694, INCADAT HC/E/FR 1216).

Par une décision rendue le 2 mai 2012 la Cour d'Appel de Versailles n'a pas pris en considération la parole de l'enfant âgé de 8 ans qui disait vouloir vivre avec sa mère en France au motif que de telles déclarations alors que l'enfant avait vécu exclusivement avec sa mère depuis de nombreux mois, ne suffisaient pas à justifier une décision de non-retour (CA Versailles, 2 mai 2012 n° RG : 12/00582, INCADAT HC/E/FR 1214).

Dans une affaire franco-allemande, la cour fédérale constitutionnelle a le 18 juillet 2006 annulé la décision de l'OLG avec renvoi de l'affaire devant l'OLG de Coblenz.

Dans cette affaire, la mère d'abord installée en France, amenait l'enfant en Belgique. Le père ne le rendait plus après la visite en Allemagne.

Le retour de l'enfant avait été ordonné. Cependant, l'enfant refusait de retourner vivre auprès de sa mère en Belgique.

Plusieurs tentatives d'exécution de la décision ont échouées. L'enfant y opposait une résistance farouche.

Le jour où le père faisait un recours constitutionnel, l'enfant s'enfuit, laissant une lettre manifestant sa déception que le père doive le ramener en Belgique et disant préférer mourir que de retourner en Belgique. Le lendemain il fut interné dans un établissement spécialisé.

La décision du OLG était annulé au motif que les juges du fond auraient dû suivre le père en ce qu'il réclamait dès le début de la procédure la désignation d'un curateur pour l'enfant.

Un curateur en droit allemand a plus de pouvoirs et d'obligations qu'un avocat assistant un enfant.

Conclusions :

Il y a une nette amélioration dans les traitements des affaires d'enlèvement d'enfant depuis l'instauration de juridictions spécialisées. En Allemagne, il y a depuis 1999, 22 juges aux affaires familiales compétentes. En France, il y en a 30 en métropole et 6 dans les DOM et les TOM depuis 2004.

Malgré la formation et la spécialisation des juges du premier degré, l'on constate parfois des problèmes. Les appréciations les plus élémentaires sont omises ou ne figurent pas dans la décision.

Ainsi, dans une affaire franco-allemande, la Cour de cassation censurait les juges du fond pour ne pas avoir recherché si le demandeur à la demande de retour était ou non investi du droit de garde au sens de l'article 3 de la convention de la Haye (Cass. 1^{er} civ. 14 mars 2012 n° 11-17-011, Aj Famille 2012. 350, note Boiché).

La jurisprudence tant allemande que française s'est durcie depuis quelques années dans les affaires d'enlèvement d'enfant en provenance d'un Etat tiers.

Tant dans la jurisprudence allemande que française l'interprétation de l'intérêt de l'enfant est conforme à la convention de la Haye, étant apprécié de manière restrictive au regard des exceptions prévues à la convention internationale.

Dans les déplacements ou rétentions illicites au sein de l'Union européenne, le danger d'une interprétation laxiste des exceptions prévues par la convention internationale, est circonscrit par les dispositions du Règlement Bruxelles II-bis.

L'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence française est apprécié à l'aune des dispositions de l'article 3-1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence allemande est apprécié à la lumière de l'article 6 de la loi fondamentale.

Au sens des deux textes, en cas de conflit entre les intérêts des parents c'est l'intérêt de l'enfant qui doit s'imposer.

Les enfants sont auditionnés dans la procédures allemandes et françaises si leur âge et leur maturité le permet en vertu du règlement européen rendant obligatoire leur audition.

La parole de l'enfant est appréciée de manière souveraine par les deux juridictions, son opinion doit viser un danger grave tel que prévu à l'article 13 (1) b de la convention de la Haye.

Le droit à l'audition prévu par le règlement européen renforce les droits de l'enfant énoncés à l'article 12 de la convention de New York relatif à l'audition.

Le temps est un facteur important dans la résolution des affaires d'enlèvement d'enfant. L'intégration de l'enfant par des procédures trop longues doit être évitée. La convention de la Haye prévoit un délai de 6 semaines à compter de la saisine de la juridiction. Le règlement européen renforce ce délai.

Il y a deux façon de mettre en œuvre la convention de la Haye : (1) le requérant saisi le bureau central près du Ministère de la Justice de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, qui lui le transmet le dossier s'il est complet à son homologue à l'étranger. Puis il y a une transmission au procureur de la République qui assigne devant le tribunal compétent (2) le requérant peut également en vertu de l'article de la convention saisir directement le juge compétent.

La durée de la saisine de la juridiction par le procureur de la République est en moyenne de 119 jours en France contre 72 jours en Allemagne.

En Allemagne une procédure de retour prend en moyenne 122 jours si le retour est ordonné contre 254 en France.

En cas de retour volontaire, la durée moyenne de la procédure en Allemagne est de 109 contre 89 jours en France (Conférence de la Haye, Lowe, document préliminaire, rapport national (pour la France page 85 et pour l'Allemagne page 107) .

Par contre si le retour est refusé en France, il faut compter en moyenne 419 jours contre 232 jours en Allemagne.

Les enlèvements d'enfant sont avant tout des problèmes familiaux dont la première victime est toujours l'enfant. Les mères et se sont principalement elles qui sont l'auteur d'enlèvements d'enfant, ont souvent pas conscience qu'elles commettent un acte illicite. Elles pensent être les mieux placées pour protéger les enfants.

L'exploitation médiatique de certaines affaires plus ou moins spectaculaires suscite toujours des malaises dans les relations internationales entre les Etats concernés.

Les préjugés médiatiquement entretenus à l'égard de l'Allemagne nuisent gravement l'intérêt de nos enfants, enfants qui sont partout les mêmes que cela soit à Paris ou à Göttingen.

Dans une réponse ministérielle en date du 22 novembre 2011, il est souligné que la coopération en matière familiale avec l'Allemagne s'inscrit principalement dans le cadre de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 dont les dispositions ont été renforcées par le Règlement Bruxelles II-bis.

Il résulte des données statistiques fournies par le Bureau de l'Entraide civile et commerciale internationale du Ministère de

la justice et des libertés, autorité centrale française chargée de mettre en œuvre ces instruments internationaux applicables en la matière, que les juridictions allemandes ordonnent plus fréquemment le retour de l'enfant que ne le font les juridictions françaises(<http://dl.avocatparis.org/CDD/famille-inter.html>).

