












## RTD Civ. 2010 p.748

**Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et déplacement illicite de l'enfant**

(CJUE, 23 déc. 2009, n° C-403/09, *Deticek c/ Sgueglia*, D. 2010. 1055  , note C. Brière  ; *ibid.* 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke  ; AJ famille 2010. 131, obs. A. Boiché  ; RTD. civ. 2010. 549, obs. J. Hauser  ; RTD eur. 2010. 113, chron. L. Coutron  ; *ibid.* 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard  - CJUE 1<sup>er</sup> juill. 2010, *Povse*, C-211/10 PPU, D. 2010. 1798  ; AJ famille 2010. 482, Pratique A. Boiché  - CJUE 5 oct. 2010, *J. McB*, C-400/10 PPU, D. 2010. 2516, obs. I. Gallmeister  ; AJ famille 2010. 482, Pratique A. Boiché  )

Pauline Remy-Corlay, Professeur de Droit ; Avocat aux Conseils

On sait que par l'article 6 du Traité de l'Union européenne entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux a désormais la même valeur juridique que le Traité lui-même (art. 6, al. 1, TUE). Si la Charte n'étend pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont établies dans le Traité, du moins la Charte a-t-elle vocation à imprégner l'ensemble du droit de l'Union européenne. C'est donc à la lumière de cette Charte, et en son application, que la Cour de justice doit désormais interpréter l'ensemble des actes de l'Union, primaire ou dérivé, comme leur intégration dans les ordres nationaux. On en observe désormais l'usage fréquent par la Cour de justice dans tous les domaines - il y était d'ailleurs fait largement référence dès avant qu'elle ait pris une telle valeur juridique. C'est le cas en particulier en matière de déplacement illicite de l'enfant pour l'interprétation du règlement n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (« Bruxelles II bis ») abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (« Bruxelles II »), le règlement Bruxelles II bis ayant été rédigé en contemplation même de la charte (V. cons. 33). En témoignent les trois arrêts rendus par la Cour de justice, respectivement les 23 décembre 2009 (C-403/09 PPU, *Deticek*), 1<sup>er</sup> juillet 2010 (C-211/10 PPU, *Povse*) et 5 octobre 2010 (C-400/10, PPU, *J. McB*) portant sur la garde des enfants. On peut se demander cependant quelle est l'effectivité de cette référence : y a-t-il simple pétition de principe ou l'utilisation de la Charte permet-elle d'aller au-delà de l'interprétation littérale du texte, voire une interprétation *contra legem* pour mieux respecter les principes posés par la Charte.

Les deux premiers arrêts présentés (*Deticek* et *Povse*) ne font qu'une application, semble-t-il incidente de la Charte. C'est mieux avec, mais ils auraient pu s'en passer : dans la mesure de l'intérêt de l'enfant, l'article 24 alinéa 3 de la Charte tient une place prédominante, l'entretien de relations personnelles et de contacts directs de l'enfant avec ses deux parents se « confondant » avec son intérêt supérieur. Dans le troisième arrêt (*McB*), la question directement posée était de savoir si la Charte pouvait avoir une influence sur l'interprétation de la notion de « garde » au sens du règlement : cette notion, dont l'interprétation est autonome par rapport à celle des Etats, peut-elle être comprise autrement en raison de l'applicabilité de la Charte ? de quelle manière cette dernière peut-elle influencer le droit des Etats membres ?

- Les arrêts *Deticek* et *Povse* sont tous deux relatifs aux mesures provisoires de garde d'enfants.

Le premier porte sur le point de savoir si, en application de l'article 20 du règlement n° 2201/2003 qui permet, en cas d'urgence, que les juridictions d'un Etat membre, même non compétent au fond, prennent « des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat », un Etat pouvait prendre une mesure provisoire de garde sur un enfant présent sur son Etat malgré l'existence d'une mesure provisoire contraire prise par l'Etat compétent au fond, en raison d'un « changement de circonstances ». Dans ce litige en divorce opposant une mère slovène à son époux italien devant les juridictions italiennes compétentes au fond, si la garde avait été accordée provisoirement au père, l'enfant devait être placée dans le foyer des Soeurs calasantiennes à Rome. Et le jour même de cette décision (du 27 juill. 2007), la mère avait quitté l'Italie avec sa fille pour son pays d'origine. Un an plus tard, le 28 novembre 2008, alors même que le jugement italien avait été déclaré exécutoire en Slovénie, la mère avait saisi un tribunal slovène afin qu'il prenne une mesure provisoire et conservatoire lui attribuant la garde de l'enfant. Par décision du 9 décembre 2008, ce tribunal avait fait droit à cette demande relevant que l'enfant s'était intégrée dans son environnement social en Slovénie. Un retour en Italie, avec un placement forcé dans un foyer, serait contraire à son bien-être car cela lui provoquerait un traumatisme physique et psychique irréversible. Par ailleurs, Antonella, l'enfant, aurait émis le souhait, durant la procédure judiciaire conduite en Slovénie, de rester auprès de sa mère. Le « changement de circonstances » invoqué tenait donc à l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu et au choc psychologique que pourrait causer un retour en Italie, causes dont on sait qu'elles justifient l'opposition au retour immédiat de l'enfant malgré son déplacement illicite aux termes de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (Sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants). D'une part en effet l'article 12 de cette convention prévoit que l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat où se trouve l'enfant n'est pas tenue d'ordonner le retour immédiat de l'enfant qui y réside depuis plus d'un an s'il est « établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu » ; d'autre part, l'article 13 permet à l'Etat requis de ne pas ordonner le retour de l'enfant, malgré l'illicéité de l'enlèvement, lorsqu'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 second arrêt est relatif à l'interprétation qu'il faut donner d'une part à la notion de « décision de garde » au sens de l'article 10 b° iv, permettant de transférer la compétence aux juridictions de l'Etat membre où l'enfant a nouvellement acquis une résidence habituelle sous certaines conditions ; d'autre part à l'article 11-8 qui permet à la juridiction compétente d'ordonner le retour de l'enfant malgré une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye : ce retour peut-il être ordonné alors qu'aucune « décision définitive de garde » n'a été prise. Un couple de concubin austro-italien qui avait vécu en Italie, ayant la garde commune de leur enfant, s'est séparé en 2008, la mère est repartie en Autriche avec sa fille malgré une « décision provisoire et urgente » adoptée sur demande du père à un tribunal italien, faisant interdiction à la mère de sortir du pays avec sa fille. Le père a alors saisi d'un côté les juridictions autrichiennes d'une demande de retour immédiat de l'enfant ; d'un autre côté le tribunal italien. Celui-ci a décidé, dans un jugement du 23 mai 2008, de lever l'interdiction de quitter le territoire et confié, de façon provisoire, la garde de l'enfant aux deux parents, autorisant en particulier l'enfant à résider en Autriche avec sa mère. Les juridictions autrichiennes ont rejeté la demande de retour du père, en invoquant un risque grave de dommage psychique de l'enfant au sens de l'article 13 b) de la Convention de La Haye de 1980 (même cause que dans l'affaire *Deticek*). La mère, M<sup>me</sup> Povse, a demandé au tribunal autrichien de lui

confier la garde de l'enfant ; toutefois, le père, M. Alpago, s'était préalablement adressé au tribunal italien dans le cadre de la procédure pendante concernant le droit de garde, pour voir ordonner le retour de son enfant en Italie. Le 10 juillet 2009, le tribunal italien a ordonné le retour immédiat en Italie. Le 25 août 2009, les tribunaux autrichiens ont confié la garde provisoire de l'enfant à M<sup>me</sup> Povse et adressé leur décision à M. Alpago - sans l'informer de son droit d'en refuser la réception et sans y joindre de traduction. Cette ordonnance est devenue définitive le 23 septembre 2009 et dotée de la force exécutoire en droit autrichien. Le 22 septembre 2009, M. Alpago a demandé, auprès du tribunal autrichien, l'exécution de la décision italienne ordonnant le retour de son enfant en Italie. Cette demande a été rejetée au motif que l'exécution de la décision du tribunal italien présentait un risque grave de danger psychique pour l'enfant. M. Alpago ayant fait appel de cette décision devant le *Landesgericht Leoben*, ce dernier, se fondant sur l'arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 2008, *Rinau* (C-195/08 PPU), a réformé cette décision et ordonné le retour de l'enfant. C'est dans ces conditions que l'*Oberster Gerichtshof* a été saisi d'un recours en révision.

Plusieurs questions ont été posées à la Cour de justice, et en particulier celle de savoir dans quelle mesure l'Etat d'origine (de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement illicite, art. 9 - en l'espèce, l'Italie) pouvait perdre sa compétence de principe. L'article 10 du règlement, intitulé *Compétence en cas d'enlèvement d'enfant*, réserve par principe la compétence à l'Etat membre d'origine mais pose à ce principe deux exceptions, lorsque l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat membre : l'acquiescement de la personne ou de l'institution ayant le droit de garde, ce qui ne pose pas *a priori* de difficultés (le déplacement n'est alors plus illicite bien qu'il l'ait été à l'origine) ; une résidence de l'enfant d'au moins un an dans cet Etat depuis que la personne ou l'institution qui en avait la garde en a eu ou aurait dû en avoir connaissance, si l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement et que (alternativement) : aucune demande de retour n'a été faite (acquiescement implicite, par défaut) ; la demande de retour a été retirée sans nouvelle demande dans le délai d'un an ; ou qu'est intervenue une « décision de garde n'impliquant pas le retour de l'enfant ». C'est cette dernière alternative qui était en cause ici : la décision italienne du 23 mai 2008, qui avait autorisé la mère à demeurer en Autriche avec son enfant, la garde de l'enfant étant provisoirement confiée aux deux parents, pouvait-elle être considérée comme une « décision de garde » au sens de l'article 10 ? Si tel était le cas, la compétence était transférée des tribunaux italiens aux tribunaux autrichiens. Sinon, les premiers conservaient leur compétence.

La Cour de justice apporte, pour chacun de ces arrêts, les réponses auxquelles on pouvait s'attendre : L'arrêt *Deticek* pose ainsi que l'article 20 du règlement « doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il ne permet pas à une juridiction d'un Etat membre d'adopter une mesure provisoire en matière de responsabilité parentale visant à octroyer la garde d'un enfant qui se trouve sur le territoire de cet Etat membre à l'un de ses parents lorsqu'une juridiction d'un autre Etat membre, qui est compétente en vertu dudit règlement pour connaître du fond du litige relatif à la garde de l'enfant, a déjà rendu une décision confiant provisoirement la garde de cet enfant à l'autre parent et que cette décision a été déclarée exécutoire sur le territoire du premier Etat membre ». L'arrêt *Povse* retient que l'article 10 b), iv), du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la « doit être interprété en ce sens qu'une mesure provisoire ne constitue pas une « décision de garde n'impliquant pas le retour de l'enfant », au sens de cette disposition, et ne saurait fonder un transfert de compétence aux juridictions de l'Etat membre vers lequel l'enfant a été illicitement déplacé » ; que selon l'article 11-8 « une décision de la juridiction compétente ordonnant le retour de l'enfant relève du champ d'application de cette disposition, même si elle n'est pas précédée d'une décision définitive de la même juridiction relative au droit de garde de l'enfant ; qu'une décision rendue ultérieurement par une juridiction de l'Etat membre d'exécution, qui accorde un droit de garde provisoire et est considérée exécutoire selon le droit de cet Etat, ne peut pas être opposée à l'exécution d'une décision certifiée, rendue antérieurement par la juridiction compétente de l'Etat membre d'origine et ordonnant le retour de l'enfant ; et enfin que l'exécution d'une décision certifiée ne peut être refusée, dans l'Etat membre d'exécution, au motif que, en raison d'une modification des circonstances survenue après son adoption, elle serait susceptible de porter gravement atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle modification doit être invoquée devant la juridiction compétente de l'Etat membre d'origine, laquelle devrait être également saisie d'une demande éventuelle de sursis à l'exécution de sa décision ».

Au-delà des réponses apportées, ce qui nous intéresse ici est d'observer l'usage qui est fait de la Charte européenne (pour une analyse plus approfondie des problèmes juridiques posés par ces arrêts relativement aux mesures provisoires de garde, et également par l'arrêt *Perrucker* du 15 juillet 2010, V. Revue de l'ordre des avocats aux Conseils, à paraître).

Ces deux arrêts font référence à la Charte européenne, mais de façon semble-t-il incidente. Ceci ressort particulièrement de l'arrêt *Povse*, qui n'y consacre qu'un point (point 64) et encore par renvoi à l'arrêt *Deticek*, pour souligner que « l'un des droits fondamentaux de l'enfant est celui, énoncé à l'article 24, § 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JOCE C 364, p. 1), d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents dont le respect se confond incontestablement avec un intérêt supérieur de tout enfant ». Aussi considère-telle qu'une juridiction non compétente au fond ne peut refuser le retour de l'enfant requis par la juridiction compétente au motif que cela serait susceptible de causer un choc psychologique à l'enfant, son intérêt supérieur étant de conserver des liens avec ses deux parents. Ainsi, la Charte ne servirait que dans la mesure où elle viendrait corroborer le règlement qui - en application du principe de confiance mutuelle entre Etats membres - pose à l'article 11-4 qu'« une juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, point b), de la Convention de La Haye de 1980 s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour » et à l'article 11-8 que « nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant ».

C'est d'ailleurs bien le terme « corroborer » qui est utilisé par l'arrêt *Deticek* (point 53) : « Enfin, les considérations qui précèdent sont corroborées par les exigences qui découlent du trente-troisième considérant du règlement n° 2201/2003, aux termes duquel ce dernier reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte en veillant, en particulier, à assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant, tels qu'énoncés à l'article 24 de celle-ci ». La Cour de justice procède ainsi par une sorte de tautologie : le règlement a été écrit en considération de la Charte donc ce qu'il dit y est conforme et on ne peut y déroger par référence à la Charte puisqu'il la respecte déjà. Certes la Cour de justice consacre sept points à l'interprétation du règlement au regard de la Charte (points 53 à 59) et reconnaît que « l'article 20 du règlement n° 2201/2003 ne saurait être interprété d'une manière telle qu'il méconnaîtrait le ... droit fondamental » tel qu'énoncé à l'article 24, § 3, de la charte, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents. Mais c'est pour retenir immédiatement que le respect de ce droit « se confond incontestablement avec un intérêt supérieur de tout enfant » (point 54) et qu'il ne saurait être dérogé à ce droit, en application de l'article 24 alinéa 1<sup>er</sup> de la Charte que « par un autre intérêt de l'enfant d'une intensité telle que ce dernier prime celui sous-tendant ledit droit fondamental ». Ce faisant, la Cour de justice procède à une classification des intérêts de l'enfant qui ne paraît pas dans ladite Charte.

Celle-ci contient en effet trois alinéas à l'article 24 relatif aux droits de l'enfant : « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». Il est ainsi d'abord posé que l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale puis il est donné une illustration de cet intérêt, l'entretien régulier de relations personnelles avec ses deux parents dans la mesure où cet entretien est conforme à cet intérêt. La lecture de la Charte donne donc à penser qu'il y a lieu d'apprécier concrètement chaque fois l'intérêt de l'enfant. Ainsi dans l'arrêt *Deticek*, était-il invoqué d'une part que l'enfant s'était intégrée dans son nouveau milieu, d'autre part qu'un retour dans l'Etat d'origine risquait de lui causer un choc psychologique, enfin que l'enfant avait elle-même exprimé le souhait de rester à la garde de sa mère en Slovaquie. La Cour de justice, si elle se réfère bien à la Charte, s'en tient à une appréciation abstraite qui permet de maintenir les objectifs du règlement : faire prévaloir la compétence au fond de l'Etat d'origine et ne pas permettre qu'une mesure provisoire prise par un Etat sur le seul fondement de l'article 20 puisse détourner la compétence de principe. Elle considère - sans entrer davantage dans les arguments invoqués par la mère - que l'intérêt supérieur de l'enfant se confond avec l'entretien régulier de relations avec les deux parents et qu'une mesure provisoire faisant obstacle à ceci ne peut « se justifier que par un autre intérêt de l'enfant d'une intensité telle que ce dernier prime celui sous-tendant ledit droit fondamental ».

La Cour de justice concède cependant qu'« une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, qui doit reposer sur des considérations objectives relatives à la personne même de l'enfant et à son environnement social, doit, en principe, être effectuée dans le cadre d'une procédure devant la juridiction compétente pour connaître du fond en vertu des dispositions du règlement » (point 60 de l'arrêt *Deticek*). On pourrait donc penser que l'appréciation sera concrète dès lors que c'est la juridiction compétente au fond qui se prononcera. On est alors étonné de la lecture de l'arrêt *Povse* et de l'usage qui y est fait de la Charte. Il s'agissait là de savoir si une juridiction non compétente au fond pouvait s'opposer à la requête de retour de l'enfant en raison d'une décision prise par le tribunal compétent au fond. On aurait pu s'attendre à ce qu'il soit vérifié que le juge compétent au fond avait bien, par une appréciation concrète, vérifié le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais ainsi qu'on l'a vu, l'arrêt *Povse* rappelle uniquement, par référence à l'arrêt *Deticek*, que l'intérêt supérieur de l'enfant se confond avec l'entretien régulier de relations avec ses deux parents. La Cour de justice considère encore, par tautologie que le règlement ayant été rédigé en considération de la Charte, les dispositions de l'article 11 ne peuvent être que conformes à celui-ci : le principe de confiance mutuelle entre Etats membres peut jouer à plein et si l'Etat compétent ordonne le retour de l'enfant - même en présence d'une décision de non retour prise en application de l'article 13 de la Convention de La Haye -, l'Etat requis doit obéir, une décision de retour exécutoire dans l'Etat membre compétent étant exécutoire de plein droit dans les autres Etats membres (art. 42).

On voit mal dès lors que la Charte puisse permettre de contourner les règles établies par le règlement n° 2201/2003 au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Reste que l'interprétation abstraite qui est faite de l'intérêt de l'enfant me semble, personnellement, plus sûre qu'une interprétation concrète de cet intérêt. Il s'agit là, on le sait bien, d'une question bien délicate pour un juriste : elle tient du sentiment. Si l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait être invoqué, les règles établies par le règlement seraient bien facilement détournées et favoriseraient le déplacement illicite de l'enfant, ce contre quoi le règlement a bien justement pour objectif de lutter.

- Toute autre était la question posée par le troisième arrêt, du 5 octobre 2010 (*McB*). Classiquement en matière de déplacement illicite d'enfants, un couple de concubins anglo-irlandais, résidant à la fin de leur union en Irlande, se sépare, après la naissance de trois enfants. Se réconciliant un moment, le couple se marie ; la mère s'enfuit à nouveau cependant dans un refuge pour femmes alléguant notamment des agressions du père. Le père introduit une requête devant la juridiction irlandaise visant à obtenir le droit de garde de ses trois enfants. Peu après, la mère prend l'avion pour l'Angleterre avec ses enfants, avant que la requête ne soit notifiée à la mère si bien que, selon le droit irlandais, l'action n'était pas dûment introduite. Le père, M. McB., introduit un nouveau recours devant la *High Court* anglaise visant à obtenir le retour des enfants en application de la Convention de La Haye de 1980 et du règlement n° 2201/2003. La Cour anglaise demande, en application de l'article 15 de la Convention de La Haye, la production d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités irlandaises constatant que le déplacement des enfants était illicite au sens de l'article 3 de ladite convention. Le père introduit alors une nouvelle procédure devant la *High Court* irlandaise visant à l'obtention, d'une part, d'une décision ou d'une attestation constatant que le déplacement de ses trois enfants était illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye de 1980 et, d'autre part, d'un droit de garde. La *High Court* rejette la première de ces demandes, au motif que le père n'avait aucun droit de garde relatif aux enfants à la date de leur déplacement, de sorte que celui-ci n'était pas illicite au sens de la Convention de La Haye de 1980 ou du règlement n° 2201/2003. Le père fait appel de cette décision devant la juridiction de renvoi. Dans sa demande de décision préjudicielle, cette juridiction relève que le père n'avait aucun droit de garde relatif à ses enfants à la date du départ de la mère pour l'Angleterre. Toutefois, elle observe que la notion de « droit de garde » est désormais définie, aux fins des demandes de retour d'enfants d'un Etat membre vers un autre tant par la convention de La Haye de 1980 que par règlement. C'est dans ces conditions que les juridictions irlandaises décident de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice la question suivante : « Le [règlement n° 2201/2003], interprété conformément à l'article 7 de la [charte] ou autrement, fait-il obstacle à ce que le droit d'un Etat membre exige que le père d'un enfant qui n'est pas marié avec la mère de celui-ci obtienne de la juridiction compétente un jugement lui confiant la garde de cet enfant de manière à ce qu'il se voie reconnaître un « droit de garde » qui rende le déplacement de l'enfant en dehors du pays de sa résidence habituelle illicite aux fins de l'article 2, point 11, de ce règlement ? ».

Il s'agissait donc de confronter directement le règlement avec les dispositions de la Charte européenne : la notion de garde telle que posée par le règlement et interprétée par la Cour de justice était-elle conforme en particulier - c'est ce qui était invoqué - à l'article 7 de la Charte (respect de la vie privée et familiale), lu sans doute en combinaison avec le principe de non-discrimination posé à l'article 21.

Le règlement définit le « droit de garde » comme « les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence ». Ainsi que le rappelle la Cour de justice (point 41), cette notion définie par le règlement, doit s'interpréter de manière autonome, c'est-à-dire sans considération des différents droits nationaux. Cependant il convient de distinguer la définition du droit de garde, européenne, de la désignation du titulaire de ce droit, nationale. Or en droit irlandais, le droit de garde n'est pas automatiquement attribué au père naturel de l'enfant, contrairement à la mère naturelle : celui-ci peut le demander, mais s'il n'en fait pas la demande, il n'a pas le droit de garde (v. en droit français, sur l'évolution vers un exercice en commun de l'autorité parentale, D. Fenouillet et F. Terré, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2005, n° 1022

s. ; le droit irlandais correspond en gros à l'état du droit français avant la réforme de 1987). La question était donc, plus profondément, de savoir si une telle conception n'était pas contraire au droit européen de l'Union.

La réponse de la Cour de justice est intéressante de plusieurs points de vue : sur la recevabilité de la question elle-même, car on peut se demander si l'interprétation du règlement - justifiant la question préjudicielle - était véritablement en cause ; sur l'incidence de la Charte sur l'interprétation du règlement ensuite ; sur les rapports entre la Charte et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme enfin.

La Cour de justice retient la recevabilité de la question par une réponse désormais classique (points 32 à 34) : « il appartient aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour (arrêt du 30 nov. 2006, *Brünsteiner et Autohaus Hilgert*, C-376/05 et C-377/05, Rec. I-11383, point 26 et jurisprudence citée). En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (V., not., arrêts du 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, Rec. I-2099, point 38, AJDA 2001. 941, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert [📄](#) ; *ibid.* 941, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert [📄](#), et du 1<sup>er</sup> oct. 2009, *Gottwald*, C-103/08, Rec. I-9117, point 16, RDSS 2010. 73, note A. Boujeka [📄](#) ; Constitutions 2010. 81, obs. E. Saulnier-Cassia [📄](#)). Il s'ensuit que la présomption de pertinence qui s'attache aux questions posées à titre préjudiciel par les juridictions nationales ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels et, notamment, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée des dispositions du droit de l'Union visées dans ces questions n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal (V., not., arrêts *Gottwald*, préc., point 17, et du 22 avr. 2010, *Dimos Agios Nikolaos*, C-82/09, non encore publié au Recueil, point 15) ». En l'espèce, certes c'est l'article 15 de la Convention de La Haye qui autorise les autorités judiciaires ou administratives d'un Etat contractant, avant d'ordonner le retour de l'enfant, à demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite. Mais l'article 11 du règlement - permettant à une juridiction d'ordonner le retour - suppose bien que soit constatée l'illicéité du déplacement, et donc s'il y avait garde au sens de l'article 2 dudit règlement. Rappelant la primauté du règlement sur la Convention de La Haye (règl. art. 60), la Cour considère que la question sollicitée par la juridiction de pourvoi « n'apparaît pas dépourvue de pertinence au regard de la décision que cette dernière est appelée à rendre » (point 37). Au vu de la réponse apportée au fond, on peut douter cependant de cette pertinence : la Cour de justice retient que n'était pas en cause la notion de droit de garde - sur laquelle la Charte aurait pu avoir une influence - mais le titulaire de la garde, qui ressort du seul droit national...

Sur l'incidence de la Charte sur l'interprétation du règlement ensuite, la Cour prend soin de rappeler tout d'abord que la Charte qui a désormais même valeur juridique que les Traités ne s'adresse aux Etats qu'en ce qu'ils « mettent en oeuvre le droit de l'Union », sans étendre le champ d'application de celui-ci. Dès lors la Cour n'est appelée à interpréter, à la lumière de la Charte, le droit de l'Union que dans les limites des compétences attribuées à celle-ci. Or la question de la compatibilité du règlement avec la Charte ne se pose en l'espèce que parce que le règlement renvoie aux droits nationaux pour désigner les titulaires de la garde. C'est le droit irlandais lui-même qui serait contraire aux dispositions de la Charte en ne conférant pas au père naturel les mêmes droits qu'à la mère naturelle quant à la garde de l'enfant. Dès lors, utiliser en l'espèce la Charte reviendrait à étendre le champ d'application du règlement et du droit de l'Union qui n'a pas vocation à définir les titulaires du droit de garde. Une telle utilisation restrictive de la Charte semble raisonnable : dire autrement conduirait en effet à utiliser la Charte comme on utilise la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, pour venir réformer les droits nationaux en dehors même de la sphère de compétence de l'Union.

La Cour aurait pu (dû ?) en rester là. Elle prend soin cependant de vérifier qu'un tel renvoi au droit national est conforme aux droits reconnus par la Charte (point 62) - ce qui est assez contradictoire avec le raisonnement précédemment tenu : « Il y a lieu de tenir compte, à cet égard, de la grande diversité des relations hors mariage et de celle des relations des parents avec leurs enfants qui en résulte, diversité évoquée par la juridiction nationale dans sa décision de renvoi, qui se traduit par une reconnaissance différenciée de l'étendue et du partage des responsabilités parentales au sein des Etats membres. Ainsi, l'article 24 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, aux fins de l'application du règlement n° 2201/2003, le droit de garde soit conféré, en principe, exclusivement à la mère et qu'un père naturel ne dispose d'un droit de garde qu'en vertu d'une décision de justice. Une telle exigence permet, en effet, à la juridiction nationale compétente de prendre une décision sur la garde de l'enfant, ainsi que sur les droits de visite à l'égard de celui-ci, en tenant compte de toutes les données pertinentes, telles que celles mentionnées par la juridiction de renvoi, et notamment les circonstances entourant la naissance de l'enfant, la nature de la relation entre les parents, celle entre chaque parent et l'enfant, ainsi que l'aptitude de chacun des parents à assumer la charge de la garde. La prise en compte de ces données est de nature à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 24, § 2, de la Charte ». Contrairement au raisonnement tenu dans les arrêts *Devicek et Povse*, l'article 24 alinéa 2 (intérêt supérieur de l'enfant) prévaut ici sur l'alinéa 3 (droit au maintien des relations avec chacun des parents) et ne s'y confond pas. La juridiction anglaise devient donc compétente au fond en application combinée des articles 8 et 10 du règlement : compétence de l'Etat membre où réside habituellement l'enfant *au moment de la saisine* (art. 8) ; maintien de la compétence des juridictions de l'Etat membre où l'enfant avait antérieurement sa résidence habituelle *en cas de déplacement ou non retour illicites de l'enfant*. En l'absence de droit de garde du père, la mère pouvait aller où bon lui semblait avec les enfants : exercice licite de son propre droit de libre circulation (V. point 58 de l'arrêt) ; le déplacement n'étant pas illicite, l'article 10 n'avait pas lieu de s'appliquer. Certes, la juridiction anglaise pourra ordonner la garde conjointe, ou même accorder au père un droit de garde exclusif. Il n'en reste pas moins que les enfants ont été déplacés sans que le père puisse intervenir et - ainsi que le justifiaient les arrêts *Devicek et Povse*, dans une telle situation, la fuite de l'un des parents vient bien priver l'enfant en pratique de la possibilité d'entretenir des relations directes et personnelles avec le parent abandonné.

L'arrêt enseigne encore sur les liens entre la Charte et la Convention européenne. La Cour rappelle que les termes de l'article 52-3, de la Charte selon lesquels « dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention EDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère celle-ci. Cependant, cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». La Cour s'appuie dès lors sur la jurisprudence de la Cour européenne, la convention européenne comportant à l'article 8 des droits à peu près équivalents à ceux de l'article 7 de la Charte. Il est relevé à cet égard que la jurisprudence de la Cour européenne d'une part ne s'oppose pas à ce que l'autorité parentale ne soit conférée qu'à la mère du moment que le père peut demander la modification de l'attribution de cette autorité (citant *Guichard c/ France* du 2 sept. 2003, Rec. 2003-X ; V. également, en ce sens, décisis. *Balbontin c/ Royaume-Uni*, du 14 sept. 1999, req. n° 39067/97) ; d'autre part considère au contraire qu'il y a violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8 si la législation nationale n'accorde au père naturel aucune possibilité d'obtenir un droit de garde de son enfant en l'absence d'accord de la mère (citant *Zaunegger c/ Allemagne* du 3 déc. 2009, req. n° 22028/04, § 63 et

64). Malgré la mention selon laquelle l'Union peut accorder une protection plus étendue que celle conférée par la Cour européenne, la Cour de justice refuse sagement en l'espèce d'aller au-delà, s'appuyant à la fois sur la libre circulation de la mère, sur la possibilité pour le père d'obtenir par la suite le droit de garde de l'enfant ou un droit de visite, sur le risque enfin de donner à la Charte un rôle qu'elle n'a pas, c'est-à-dire le pouvoir pour la Cour de justice d'intervenir alors que n'est pas en cause le droit de l'Union - c'est dire que la question était à la limite de la recevabilité...

**Mots clés :**

**DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Généralités \* Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne \* Enlèvement de mineur \* Intérêt de l'enfant

**ENFANCE** \* Enlèvement de mineur \* Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne \* Intérêt de l'enfant

**AUTORITE PARENTALE** \* Droit de garde \* Conflit de juridictions \* Mesure provisoire \* Intérêt de l'enfant

**CONFLIT DE JURIDICTIONS** \* Enlèvement de mineur \* Droit de garde \* Intérêt de l'enfant