



## NEWSLETTER n°14 Actualités juridiques janvier 2019 à décembre 2020

### Un nouveau règlement européen : Bruxelles II ter

Le 25 juin 2019, le Conseil de l'Union européenne a adopté le [Règlement 2019/1111 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ainsi qu'à l'enlèvement d'enfants](#). Ce texte entrera en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> août 2022 et remplacera le Règlement Bruxelles II bis. L'ensemble des États membres de l'Union européenne seront liés par ce règlement, à l'exception du Danemark.

En matière matrimoniale, le principal apport du règlement Bruxelles II ter, est d'inclure les accords en matière de divorce et de séparation de corps dans son champ d'application et d'en permettre la reconnaissance dans les autres États membres (v. article 65).

En matière de responsabilité parentale, la nouveauté majeure est la consécration du principe de l'autonomie de la volonté (v. article 10). Les parents pourront désormais choisir le juge qui sera compétent pour statuer sur la responsabilité parentale, en amont ou au moment de la survenance du litige. Le règlement prévoit également la suppression de l'exequatur pour l'ensemble des décisions relatives à la responsabilité parentale (v. article 34).

Enfin, le Règlement consacre désormais un chapitre entier à l'enlèvement international d'enfants (chapitre 3). Le Règlement impose désormais des délais stricts en matière de procédure de retour à respecter par les autorités compétentes (v. les articles 23, 24, 28 du règlement). Ainsi que des exigences probatoires plus importantes en ce qui concerne le refus de retour d'un enfant fondé sur l'existence d'un risque grave de danger physique ou psychique (v. article 27).

## Jurisprudences européennes :

- Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) :

[CJUE 26 mars 2019, SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section](#) - **Un enfant recueilli dans le cadre d'une kafala algérienne n'est pas un descendant direct d'un citoyen européen au sens de la directive 2004/38/CE.**

La kafala ne permet pas d'établir un lien de filiation puisqu'elle n'est pas considérée comme une adoption, elle demeure devant les juridictions nationales et européennes un recueil légal d'un enfant qui ne permet pas d'obtenir l'ensemble des effets de la filiation.

Deux conjoints de nationalité française résidant au Royaume-Uni, se sont vu refuser leur demande de permis d'entrée pour une mineure algérienne, en qualité d'enfant adopté, par les autorités britanniques compétentes. Ce refus était motivé par le fait que la prise en charge de l'enfant leur avait été confiée en Algérie dans le cadre du régime de la kafala, qui ne crée pas de lien de filiation.

La CJUE saisie du litige, conclut qu'un mineur pris en charge dans le cadre d'une kafala algérienne ne peut être considéré au titre de la présente directive comme le « descendant direct » de son tuteur puisque la kafala ne crée pas de lien de filiation. Toutefois, la Cour invite les États à favoriser l'entrée et le séjour de l'enfant en tant « qu'autre membre de la famille d'un citoyen de l'Union » afin de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

- Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) :

[CEDH, 10 octobre 2019, Lacombe c. France](#) - **Dans le cadre d'un enlèvement international d'enfant, l'ordre de retour d'un enfant vers sa mère ne constitue pas une violation du droit au respect de la vie privée et familiale du père.**

Un ressortissant français et une ressortissante mexicaine se sont mariés en 1998 au Mexique. De leur union est né un enfant au Mexique. Par la suite, le divorce des deux époux est prononcé par les juridictions mexicaines et la garde de l'enfant est transférée à la mère. Cependant, la mère décide de s'installer aux Etats-Unis avec son enfant. Le père saisit les juridictions américaines aux fins d'obtenir le retour de l'enfant au Mexique. Il sollicite, à cette occasion, la garde de son fils qu'il obtient par le juge mexicain. Quatre jours plus tard, le requérant part pour la France avec son enfant sans autorisation de la mère. Une procédure d'enlèvement international est donc ouverte. Le procureur de la république ordonne le retour immédiat de l'enfant vers sa mère. Le jugement est confirmé en cassation.

La CEDH est donc saisie par le requérant estimant que la décision des juridictions françaises d'ordonner le retour de son fils aux Etats-Unis, constituait une atteinte à son droit au respect de sa vie familiale. Il se plaint également du défaut de motivation des décisions internes quant à la question de l'existence d'un risque grave pour l'enfant en cas de retour.

La CEDH, conclut à la non-violation de l'article 8 § 2 de la CESDH aux motifs que l'ingérence n'était pas disproportionnée. En effet, l'ordre de retour de l'enfant poursuivait un but légitime qui était d'assurer le respect des droits et libertés de l'enfant. La dernière résidence habituelle de l'enfant était caractérisée au Texas. De plus, la Cour constate que, l'allégation de risque grave en cas de retour de l'enfant a fait l'objet d'un examen effectif, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'enfant a notamment pu être entendu et n'a manifesté aucune opposition concernant son retour auprès de sa mère. Désormais, l'audition de l'enfant semble être un élément ayant de plus en plus de valeur dans les procédures relatives à un enlèvement international.

**Cass, 1ère Civ , 18 mars 2020 - L'admission d'un mariage par procuration au Maroc n'est pas contraire à l'ordre public Français au regard de l'article 4 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.**

Le Maroc et la France sont liés par la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire. Les conditions de fond du mariage, sont régies par la loi nationale de chacun des époux. La loi désignée, ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec son ordre public (article 4).

En l'espèce, un ressortissant français s'est marié au Maroc avec une ressortissante marocaine, sans la présence de celle-ci, l'épouse ayant mandaté un wali (tuteur matrimonial) à qui elle a donné son consentement pour conclure l'acte de mariage. Quelques années plus tard, l'épouse décide d'assigner son époux en divorce pour faute. En conséquence, son conjoint introduit en parallèle une demande d'annulation du mariage au motif que celui-ci a été célébré par procuration, qui est selon lui contraire au droit français.

La Cour de cassation saisie de l'affaire, constate en premier lieu que la question de la présence d'un époux à son mariage est une condition de fond du mariage, car elle la rattache au consentement au mariage. Les conditions de fond du mariage sont soumises à la loi nationale de chaque époux, elles sont donc pour l'épouse régies par le droit marocain. Or, le droit marocain autorise la célébration du mariage et le recueil du consentement d'une épouse par procuration. Cette permission ne saurait être remise en cause par l'article 146-1 du Code civil français, qui impose la présence de ses seuls ressortissants nationaux, lors de la célébration d'un mariage conclu à l'étranger. Le ressortissant français étant présent lors de

la conclusion de son mariage et la présence de la ressortissante marocaine n'étant pas requise, le mariage est valablement conclu.

La Cour conclut en énonçant que « la disposition du droit marocain qui autorise le recueil du consentement d'une épouse par une procuration n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public, dès lors que le droit français n'impose la présence de l'époux à son mariage qu'à l'égard de ses seuls ressortissants. ».

**Cass, 1ère Civ, 12 juin 2020 - Enlèvement international d'un nourrisson : La résidence habituelle d'un nourrisson au sens du Règlement Bruxelles II bis doit être déterminée en prenant en considération l'environnement social et familial de l'enfant.**

Une ressortissante suisse et un ressortissant grec se sont mariés en Grèce, où ils ont eu un enfant. Un mois après la naissance de l'enfant, les époux se sont rendus en France accompagnés de l'enfant, afin de se reposer chez les parents de l'épouse. À l'issue du séjour, l'épouse refuse de rentrer en Grèce avec l'enfant, alors que cela était convenu initialement entre les époux. Par conséquent, le père assigne son épouse devant le Tribunal de grande instance de Strasbourg afin d'ordonner le retour immédiat de l'enfant.

La Cour d'appel de Colmar a jugé que le non-retour de l'enfant était illicite et ordonne son retour immédiat en Grèce, au motif que sa résidence habituelle était fixée en Grèce. La Cour avait retenu que, s'agissant d'un nourrisson, il était nécessaire de prendre en considération la résidence du couple et l'intention commune des parents, et qu'en cas de séjour temporaire à l'étranger, la mère ne pouvait décider de modifier unilatéralement la résidence habituelle de l'enfant. La mère forme un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation, casse l'arrêt de la Cour d'appel aux motifs que les juges n'ont pas recherchés si l'environnement social et familial de l'enfant se trouvait en France, notamment du fait du très jeune âge de l'enfant et de la circonstance qu'il était arrivé à l'âge d'un mois en France et y avait séjourné de manière ininterrompue depuis lors avec sa mère, afin de déterminer la résidence habituelle de l'enfant. Enfin, la Cour estime que la volonté préalable du couple ne saurait à elle seule fonder la résidence habituelle de l'enfant.

La Cour se conforme à la jurisprudence de la CJUE qui indique que la résidence habituelle d'un nourrisson, se définit en prenant en considération son environnement social et familial (1).

Cependant, la Cour de cassation effectue une application critiquable de la jurisprudence de la Cour de justice (2).

En effet, les faits de ces deux affaires sont considérablement différents, donnant lieu à une application contestable. Dans l'arrêt de la CJUE, il s'agissait d'un couple composé d'un ressortissant italien et d'une femme grecque. Le couple avait leur résidence habituelle en Italie, ils attendaient un enfant et ont décidé d'un commun accord que la femme accoucherait en Grèce et qu'elle retournerait par la suite avec l'enfant en Italie. La femme

accouche en Grèce mais refuse de retourner en Italie. Une procédure d'enlèvement international est donc ouverte. Cependant, la CJUE considère que la résidence habituelle du nourrisson se définit en raison son environnement social et familiale (de facto en Grèce). Elle a également indiqué que la volonté préalable des parents définissant la résidence habituelle ne pouvait constituer à elle seule un élément prépondérant pour la détermination de la résidence habituelle du nourrisson, et **notamment car l'enfant n'avait pas séjourné en Italie**. Or, dans notre arrêt, le couple vit en Grèce et l'enfant est né en Grèce ou il y a passé certes un court temps mais comme l'a démontré l'arrêt de la Cour d'appel il existait un certain nombre d'éléments pour déterminer que l'environnement social et familiale et donc la résidence habituelle de l'enfant se situait en Grèce.

L'arrêt de la Cour de cassation conduit nécessairement à une réduction de l'autorité de la Convention de la Haye. Tout voyage d'un parent avec un nourrisson en France et donc à l'extérieur de l'Etat où se situe leur résidence habituelle peut faire craindre à l'autre parent un non-retour.

## # Actualités relatives à la coopération internationale

- **Enlèvements internationaux : Guide de bonnes pratiques sur la notion de « risque grave »**

La Conférence de la Haye a publié le 9 mars 2020 un [guide de bonnes pratiques portant sur l'application de l'exception de risque grave prévu à l'article 13\(1\)\(b\) de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants](#).

Ce guide vise à promouvoir une application juste de l'article 13(1)(b) en prodiguant des conseils pour les juges et les autorités qui sont amenés à appliquer cette disposition.

En principe, lorsque l'enfant a été déplacé ou est retenu illicitement dans un État membre autre que celui de sa résidence habituelle, l'autorité saisie de la demande de retour est tenue d'ordonner son retour immédiat. Néanmoins, la Convention admet que le non-retour d'un enfant se justifie, notamment dans les cas où le retour exposerait l'enfant à un risque grave de danger.

Le guide se divise en cinq sections. La section première traite de l'article dans sa globalité, elle apporte des éléments techniques concernant l'interprétation du risque grave. Le guide (page 28) fait notamment état des trois types de « risques graves » pour l'enfant. Ces risques sont :

- Un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ;
- Un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger psychique,
- Un risque grave que le retour de l'enfant ne le place de toute autre manière dans une situation intolérable.

La section deux, envisage l'article dans une dimension pratique, elle indique notamment la méthode de raisonnement que doivent suivre les tribunaux afin de déterminer si le présent article est applicable aux cas d'espèces.

- **Enlèvements internationaux et Covid-19 : Boite à outils**

En réponse à la pandémie de Covid-19, la HCCH a mis en place une [boite à outil général Covid-19](#) ainsi qu'une [boite à outils qui s'adresse aux problématiques spécifiques de la Convention de 1980 sur les enlèvements d'enfants face au Covid-19](#).

La première vise à adresser des conseils et des ressources afin d'aider les praticiens quant à l'application des Conventions et autres instruments de la HCCH dans le contexte de la pandémie.

La seconde vise à donner des premiers éléments d'orientations concernant la marche à suivre pour permettre à la Convention de continuer à s'appliquer et maintenir l'intérêt de l'enfant en cette période de crise sanitaire.