

UN PAS EN AVANT VERS UNE PROTECTION INTERNATIONALE DES ENFANTS : L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA CONVENTION DE LA HAYE DU 19 OCTOBRE 1996 RELATIVE À LA PROTECTION DES ENFANTS (1)

I. Introduction

1. Contexte et origine

Depuis le 1^{er} septembre 2014, le droit international privé belge relatif à la protection internationale des enfants s'est enrichi d'un nouvel instrument : 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 (2) (ci-après, la « Convention relative à la protection des enfants »). Selon les termes de Paul Lagarde, dans son résumé du cadre général de la Convention, « *la protection de l'enfance en danger a toujours été au cœur des préoccupations de la Conférence de La Haye de droit international privé* » (3). Le préambule de la Convention relative à la protection des enfants rappelle également « *qu'il convient de renforcer la protection des enfants dans les situations à caractère international [...] et [...] que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » (4).

Cette préoccupation en matière de protection internationale de l'enfance oriente à la fois la Convention relative à la protection des enfants

(1) L'auteur remercie le professeur Stéphanie FRANCO pour ses précieux conseils et pour sa relecture attentive et les professeurs Jean-Louis VAN BOXSTAEL et Marc FALLON pour leurs précieux conseils.

(2) Convention de La Haye 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, 19 octobre 1996, disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse <http://www.hcch.net>.

(3) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, *Protection des enfants*, p. 538.

(4) Convention de La Haye 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, o.c., préambule.

et, avant elle, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (5) et remplaçant la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs (6). Quant à la Convention relative à la protection des enfants, elle remplace, dans les rapports entre les États contractants, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (7).

Historiquement, par une décision du 29 mai 1993, les États de la Dix-septième session de la Conférence de La Haye ont décidé « *d'inscrire à l'ordre du jour de la Dix-huitième session la révision de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et une extension éventuelle du domaine de la nouvelle Convention à la protection des incapables majeurs* » (8). Une nouvelle révision s'imposait car, selon les termes d'Adair Dyer, « *les signes d'obsolescence [étaient] nettement perceptibles* » (9). L'une des principales difficultés devant être réglée concernait la compétence concurrente des diverses autorités en matière de protection des enfants (10). La nouvelle Convention sur la protection des enfants s'efforce dès lors d'y répondre. C'est, à ce jour, la deuxième modification apportée à la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs. La première modification s'était concrétisée par l'adoption de la Convention de La Haye du 5 octobre

(5) Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, 5 octobre 1961, disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse <http://www.hcch.net>. Cette Convention n'est jamais entrée en vigueur en Belgique. La Belgique ne l'avait par ailleurs jamais signée.

(6) Convention de La Haye pour régler la tutelle des mineurs, 12 juin 1902, disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse <http://www.hcch.net>, signée par la Belgique le 12 juin 1902, ratifiée le 1^{er} juin 1904 et entrée en vigueur le 30 juillet 1904. (Voy. loi du 27 juin 1904, *M.B.*, 10 juillet 1904, p. 3493).

(7) Convention de La Haye 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, *o.c.*, article 51.

(8) Conférence de La Haye de droit international privé, *Acte final de la Dix-septième session*, 1993, Partie B, p. 1.

Il y a lieu de relever par ailleurs que la Convention sur la protection des enfants ne s'applique pas aux incapables majeurs, objets d'une convention ultérieure sur la protection internationale des adultes, signée à La Haye le 13 janvier 2000, disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse <http://www.hcch.net>. Cette Convention n'a pas encore été signée par la Belgique. Voy. sur la question de la protection des majeurs, J.-L. VAN BOXSTAEL, « L'adulte protégé et la frontière — Après la loi du 17 mars 2013 », *R.P.P.*, 2014, liv. 2, pp. 167 à 186 et pour un commentaire de cette Convention, voy. E. CLIVE, « The new Hague Convention on the protection of adults », *Y.P.I.L.*, 2000, vol. 2, pp. 1 à 23.

(9) A. DYER, « Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs — Première partie », in Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, *Protection des enfants*, p. 12.

(10) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, pp. 538 et 540.

1961 et ce, suite à l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice qui avait souligné les limites de la Convention de 1902 (11) (voy. III, IV et V pour les modifications apportées par la nouvelle Convention relative à la protection des enfants).

2. Assentiment à la Convention relative à la protection des enfants

En raison du besoin de modification de la législation existante, la Convention relative à la protection des enfants a été adoptée le 18 octobre 1996, à l'unanimité des États membres présents. Elle est ouverte à la signature des États le 19 octobre 1996 (12) et est entrée en vigueur en Belgique (13) le 1^{er} septembre 2014, suite à la loi d'assentiment fédérale du 5 mai 2014 (14).

Cet assentiment à la Convention sur la protection des enfants en Belgique 18 ans après l'ouverture à la signature des États se justifie en raison de la compétence partagée de l'Union européenne et des États membres pour conclure ladite Convention et en raison de la compétence exclusive de l'Union européenne sur certains domaines de la Conven-

(11) C.I.J., *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, 28 novembre 1958, *C.I.J. Rec.*, 1958, p. 55. Cet arrêt concernait la question de savoir si les autorités suédoises avaient manqué à leurs obligations découlant de la Convention de 1902 en appliquant une mesure d'éducation protectrice suédoise à une mineure néerlandaise (p. 62 de la décision). La C.I.J. déclara que la Convention ne définissait pas la notion de « tutelle » et que partant, les mesures en cause n'entraient pas dans le champ d'application de la Convention, voy. à cet égard A. E. VON OVERBECK, « La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 233, 1992, pp. 19 à 98, spéc. pp. 57 et 58 et pour un commentaire de la décision, voy. H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *R.C.D.I.P.*, 1959, pp. 259 à 276.

(12) Voy. pour un résumé de l'adoption de la Convention relative à la protection des enfants, P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 538 et pour les documents complets ayant précédé son adoption, voy. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, *Protection des enfants*.

(13) Cette Convention est à ce jour en vigueur dans les États suivants : Albanie, Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Equateur, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Lesotho, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Maroc, Monaco, Monténégro, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République dominicaine, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Ukraine, Uruguay (voy. hchc.net). Elle a par ailleurs été signée par les États-Unis et l'Italie, mais n'y est pas encore entrée en vigueur.

(14) Loi du 5 mai 2014 portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *M.B.*, 22 août 2014, p. 63560. Voy. également la loi du 27 novembre 2013 visant à assurer la mise en œuvre de la Convention 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, *M.B.*, 22 août 2014 (2^e éd.), p. 63578 et la loi du 21 décembre 2013 modifiant les articles 1322bis et 1322undecies du Code judiciaire, *M.B.*, 22 août 2014 (2^e éd.), p. 63580.

tion. En effet, dans sa décision du 19 décembre 2002 autorisant les États membres à signer la Convention relative à la protection des enfants, le Conseil de l'Union européenne a déclaré que « *certaines articles de la Convention affectent le droit communautaire dérivé relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions, notamment le règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil 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* » (15). Ces matières relèvent donc de la compétence exclusive de l'Union alors que certaines matières, couvertes par cette même Convention, n'affectent pas le droit européen et partant, ressortent de la compétence des États membres (16).

Or, à l'époque, l'Union européenne n'était pas membre de la Conférence de La Haye (17) et ne pouvait dès lors ni signer, ni ratifier cette Convention. Sans autorisation expresse, les organisations internationales n'étaient donc pas en mesure de signer et ratifier la Convention relative à la protection des enfants. L'article 57 stipule par ailleurs expressément que « *la Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-huitième session* ». Ainsi, en raison d'une part, de l'existence d'une compétence exclusive dans le chef de l'Union européenne et d'autre part, de son impossibilité de signer et de ratifier la Convention précitée, l'Union européenne devait autoriser les différents États membres à signer et ratifier cet instrument. C'est par l'intermédiaire de la décision précitée du 19 décembre 2002 que le Conseil a autorisé les États membres à signer la Convention sur la protection des enfants et ce, dans l'intérêt de l'Union (18). La dernière étape du processus d'assentiment à la Convention sur la protection des enfants par

(15) Décision du Conseil n° 2003/93/CE du 19 décembre 2002 autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté, la Convention de La Haye de 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, *J.O.*, L. 48, 21 février 2003, p. 1, considérant 3.

(16) *Ibid.*, considérant 4.

(17) L'Union européenne est devenue membre de la Conférence de La Haye de droit international privé le 3 avril 2007, à la suite de la Décision du Conseil n° 2006/719/CE du 5 octobre 2006 relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la conférence de La Haye de droit international privé, *J.O.*, L 297, 26 octobre 2006.

(18) Décision du Conseil n° 2003/93/CE du 19 décembre 2002 autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté, la Convention de La Haye de 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, *o.c.*, article 1^{er}, § 1^{er}.

les États membres, en d'autres termes sa ratification, a été expressément autorisée par le Conseil le 5 juin 2008 (19).

Enfin, au niveau de l'État belge, la Convention relative à la protection des enfants a un caractère mixte, c'est-à-dire qu'elle contient des matières relevant tant de la compétence de l'État fédéral que des compétences des Communautés (20). Cette Convention devait dès lors faire l'objet d'un assentiment des différents pouvoirs concernés. De 2008 à 2014, les communautés flamande, française et germanophone ainsi que la Commission communautaire commune ont adopté respectivement des décrets et une ordonnance portant assentiment à la Convention relative à la protection des enfants (21).

3. Plan de la contribution

Cette contribution détaillera le contenu de la nouvelle Convention relative à la protection des enfants sous la forme du schéma classique de droit international privé, en d'autres termes sous l'angle de la compétence internationale, de la loi applicable et de la reconnaissance et de l'exécution des décisions (voy. III, IV et V). Lorsque cela se justifie, les changements par rapport à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 seront mentionnés. Au préalable, un titre préliminaire dressera les contours du champ d'application de la Convention relative à la protection des enfants (voy. II). Enfin, un dernier point traitera de l'articula-

(19) Décision du conseil n° 2008/431/CE du 5 juin 2008 autorisant certains États membres à ratifier la convention de La Haye de 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 ou à y adhérer, dans l'intérêt de la Communauté européenne, et autorisant certains États membres à procéder à une déclaration relative à l'application des règles internes pertinentes du droit communautaire, *J.O.*, L. 151, 11 juin 2008, p. 36.

(20) Le caractère mixte de la Convention a été affirmé par le Groupe de travail « Traités mixtes » du 18 février 2003 et du 27 octobre 2011, voy. à ce propos le projet de loi portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2321/1 du 5 novembre 2013, p. 3.

(21) Décr. Comm. fl. du 28 novembre 2008 portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *M.B.*, 15 janvier 2009, p. 2530, Décr. Comm. fr. du 13 décembre 2012 portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *M.B.*, 1^{er} février 2013, p. 5342, Décr. Comm. germ. du 28 mars 2011 portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *M.B.*, 29 avril 2011, p. 25805 et Ord. C.C.C. du 27 février 2014 portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *M.B.*, 2 avril 2014, p. 28482.

tion des divers instruments en matière de protection internationale des enfants (voy. VI).

II. Champ d'application de la Convention relative à la protection des enfants

À titre préliminaire, il y a lieu de déterminer quelles situations entrent dans le champ d'application de la Convention relative à la protection des enfants.

Dès lors que la Convention relative à la protection des enfants a force obligatoire pour un État, l'ayant signée et ratifiée, elle s'applique aux situations qui entrent dans son domaine matériel (voy. 1), spatial (voy. 2) et temporel (voy. 3).

1. Domaine matériel

Le domaine *rationae materiae* de la Convention relative à la protection des enfants est prévu sous le chapitre I^{er} intitulé « *champ d'application de la Convention* ».

L'article 1^{er} décrit tout d'abord l'objet de la Convention de la manière suivante :

« 1. La présente Convention a pour objet :

a) de déterminer l'État dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant;

b) de déterminer la loi applicable par ces autorités dans l'exercice de leur compétence;

c) de déterminer la loi applicable à la responsabilité parentale;

d) d'assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les États contractants;

e) d'établir entre les autorités des États contractants la coopération nécessaire à la réalisation des objectifs de la Convention [...] ».

Ensuite, l'article 3, sans définir ce qu'on entend par « protection », contient une liste exemplative de domaines sur lesquels les mesures prises par les États concernés peuvent porter (22). À titre d'exemple, une mesure peut régir l'attribution ou le retrait, total ou partiel de la responsabilité parentale ou régler le recueil légal de l'enfant par *kafala* (23).

(22) N. LOWE, « The 1996 Hague Convention on the protection of children — a fresh appraisal », *Child & Fam. L. Q.*, 2002, vol. 14, n° 2, pp. 191 à 206, spéc. p. 194.

(23) Convention de La Haye 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, *o.c.*, article 3, a) et e).

Il faut de plus être particulièrement attentif à la liste des exclusions du domaine de la Convention relative à la protection des enfants prévue à l'article 4. En vertu de cet article, « *sont exclus du domaine de la Convention* :

- a) *l'établissement et la contestation de la filiation;*
- b) *la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption;*
- c) *les nom et prénoms de l'enfant;*
- d) *l'émancipation;*
- e) *les obligations alimentaires;*
- f) *les trusts et successions;*
- g) *la sécurité sociale;*
- h) *les mesures publiques de caractère général en matière d'éducation et de santé;*
- i) *les mesures prises en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants;*
- j) *les décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration ».*

Enfin, conformément à l'article 2, la Convention ne va s'appliquer qu'aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à l'âge de 18 ans. Contrairement à la Convention antérieure du 5 octobre 1961, elle donne sa propre définition de ce qu'elle entend par enfant (24). La Convention fixe ainsi le point de départ de l'application de cet instrument à la naissance, et non à la conception, de l'enfant (25). Elle fixe par ailleurs la protection à l'âge limite de 18 ans, au-delà duquel elle cesse de s'appliquer, sauf si la loi applicable prévoit une protection au-delà de cet âge (26). La fixation d'un âge limite ne peut en aucun cas être considérée comme une règle matérielle établissant l'âge de la majorité à 18 ans (27).

La Convention relative à la protection des enfants présente donc un champ d'application matériel très étendu, ne permettant pas de déterminer aisément ce qu'il recouvre essentiellement (28).

(24) A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Marseille, Presses Universitaires, 2003, p. 44.

(25) Cette proposition d'appliquer la Convention relative à la protection des enfants à l'enfant conçu émanait de diverses délégations, dont le Notariat latin. Ce dernier voulait appliquer la Convention aux enfants conçus, à tout le moins lorsqu'il s'agissait de la protection de leurs biens. Cette proposition fût rejetée. Voy. P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 544.

(26) P. NYGH, « The Hague Convention on the protection of children », *N.I.L.R.*, 1998, pp. 1 à 28, spéc. p. 9.

(27) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 544.

(28) N. LOWE, « The 1996 Hague Convention on the protection of children — a fresh appraisal », *o.c.*, p. 200.

2. *Domaine spatial*

À la différence de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, la Convention relative à la protection des enfants ne limite pas, dans une de ses dispositions, son application aux enfants dont la résidence habituelle se situe sur le territoire d'un État contractant. Aucune disposition générale n'est prévue en ce sens, le domaine d'application territorial de la Convention variant dès lors en fonction des dispositions (29).

Le domaine spatial peut cependant être résumé comme suit. Certaines dispositions relatives à la compétence internationale visent la compétence des autorités de l'État contractant sur le territoire duquel l'enfant a sa résidence habituelle (ce sont les articles 5, 8 et 9) alors que d'autres, ce sont les articles 6, 7, 10, 11 et 12, prévoient la compétence des autorités d'un autre État contractant. Par exemple, celui sur le territoire duquel se localisent des biens de l'enfant (articles 11 et 12).

Les règles de conflit de lois ne sont, quant à elles, pas limitées aux enfants résidant habituellement sur le territoire d'un État contractant, ni à la désignation du droit d'un État contractant (30). L'article 20 consacre expressément l'universalité du domaine spatial de la Convention relative à la protection des enfants en affirmant que « *les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un État non contractant* ». Enfin, les divers articles en matière de reconnaissance et d'exécution des mesures limitent l'obligation de reconnaissance et d'exécution aux mesures prises par un État contractant, sans pour autant exiger que ces mesures concernent un enfant ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un État contractant (31).

Le champ d'application spatial de cette Convention relative à la protection des enfants, à l'instar de son ancêtre de 1961, traduit une évolution vers un rattachement territorial consacré tant par les règles de conflit de lois que par les règles de compétence internationale (32).

3. *Domaine temporel*

La Convention relative à la protection des enfants est entrée en vigueur dans l'ordre international le 1^{er} janvier 2002, suite aux ratifications du Maroc, de la République tchèque et de la Slovaquie, et dans l'ordre interne belge le 1^{er} septembre 2014. En vertu de l'article 53, la Convention ne s'applique qu'aux mesures prises dans un État après son

(29) P. NYGH, « The Hague Convention on the protection of children », *o.c.*, p. 9.

(30) *Ibid.*, p. 9.

(31) *Ibid.*, p. 9.

(32) A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, *o.c.*, p. 45.

entrée en vigueur dans cet État et ne s'applique qu'à la reconnaissance et à l'exécution des mesures prises après son entrée en vigueur dans les rapports entre l'État où les mesures ont été prises et l'État requis. L'élément pivot concernant le champ d'application temporel de la Convention est le prononcé des mesures après son entrée en vigueur.

Dans son rapport, Paul Lagarde précise par ailleurs que « *le sort des instances pendantes sans qu'aucune mesure ait encore été prise à la date d'entrée en vigueur de la Convention doit être réglé par le droit national de chaque État contractant* » (33). Cette affirmation suscite un doute quant au critère d'applicabilité : est-ce l'existence des mesures ou la date de saisine du juge qui doit être prise en considération ? (34) Selon un auteur, c'est la date de saisine du juge qui devrait être retenue car il faudrait comprendre, dans l'affirmation de Paul Lagarde, « *que la Convention ne s'applique que si un juge n'a pas encore été saisi lors de son entrée en vigueur [...]* » (35). Une telle interprétation pose toutefois problème dans l'hypothèse où un juge prend des mesures avant l'entrée en vigueur de la Convention relative à la protection des enfants et qu'un recours est introduit à leur encontre, après l'entrée en vigueur de cette Convention (36). Si la Convention est appliquée à ce recours, le problème sera le suivant : l'État nouvellement compétent, en application de la Convention, ne remettra probablement pas en cause les mesures prises par l'État initialement compétent, rendant dès lors le recours caduc (37).

Il y a lieu de relever que l'article 53 de la Convention relative à la protection des enfants ne prévoit pas de règle de droit transitoire à propos des règles de conflit de lois (38). Sauf en matière de responsabilité parentale, la règle de conflit de lois suivra donc le régime de droit transitoire de l'article 53 à propos de la compétence internationale car elle ne s'appliquera dans un État contractant qu'à condition que les autorités de cet État soient compétentes selon la Convention (39).

(33) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 602.

(34) Voy. à cet égard, V. BONNET, note sous Cass. fr. (civ.) du 20 mars 2013 (2 arrêts), *R.C.D.I.P.*, 2014, pp. 100 à 109, spéc. pp. 105-106.

(35) *Ibid.*, p. 106.

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*, p. 106. Ainsi, cette phrase de Paul LAGARDE s'entendrait en réalité comme permettant un recours à l'encontre de mesures prises avant l'entrée en vigueur de la Convention devant une juridiction du même État, et non devant une juridiction d'un État nouvellement compétent pour un tel recours en application de la Convention.

(38) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 602.

(39) *Ibid.*

III. Compétence internationale du juge

1. Principe

La Convention relative à la protection des enfants règle tant les questions de compétence que celles de droit applicable. Concernant la compétence internationale, celle-ci est réglée par les articles 5 à 14. À titre liminaire, il convient de relever que la Convention relative à la protection des enfants détermine l'État dont les autorités sont compétentes et non les autorités elles-mêmes, qui peuvent être soit judiciaires soit administratives (40).

En son article 5, § 1^{er}, la Convention relative à la protection des enfants adopte le critère de la résidence habituelle de l'enfant, sans le définir (41), pour déterminer la compétence internationale. La résidence habituelle doit s'entendre comme une notion de fait qui, à tout le moins, implique un séjour d'une certaine durée (42). Ainsi, en cas d'absence temporaire de l'enfant du lieu de sa résidence habituelle, par exemple pour des vacances, cette résidence habituelle ne change pas (43) (pour un changement licite ou illicite de résidence habituelle, voy. 2.).

L'article 5, § 1^{er} précité consacre ainsi la compétence de principe en ces termes : « *Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens* ». Cette disposition reprend le texte de l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. La seule différence entre ces deux textes, et non des moindres, a trait à la suppression dans l'article 5 des exceptions prévues à l'article 1^{er} de la convention révisée. Cette dernière prévoyait notamment que les autorités de l'État de la nationalité

(40) *Ibid.*, p. 542.

(41) Une telle définition irait d'une part, à l'encontre de la tradition de la Conférence de La Haye et d'autre part, risquerait de perturber l'interprétation des autres instruments internationaux utilisant la même notion, voy. P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 552. Et pour plus d'informations sur l'introduction de la notion de résidence habituelle dans les Conventions de La Haye, voy. A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 2000, t. 283, pp. 9 à 186, spéc. pp. 35 à 41 et J. ATKINSON, « The meaning of 'habitual residence' under The Hague Convention on the civil aspects of international child abduction and The Hague Convention on the protection of children », *Okla. L. Rev.*, 2011, vol. 63, pp. 647 à 661.

(42) A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *o.c.*, p. 38. L'auteur ajoute que la notion de résidence habituelle revête un caractère fonctionnel, dès lors que son contenu diffère selon la nature et les objectifs des règles de compétence et de loi applicable dont cette notion sert de critère de rattachement.

(43) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 552.

du mineur pouvaient prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (44).

Lors de la discussion sur l'adoption de la nouvelle convention en matière de protection internationale des enfants, certains avaient suggéré que ces exceptions soient supprimées (45). En effet, étant donné que la « *compétence prévue à l'article premier [est] fortement réduite par les dispositions des articles 3, 4, 5 et 15* » (46), la question qui se posait était de savoir si les exceptions devaient être éliminées du nouveau texte ou déclarées subsidiaires par rapport au rôle de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (47). La principale difficulté, résultant du système de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, concernait la concurrence entre la compétence des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant et de celles de sa nationalité et ce, en raison de l'absence de précision quant à savoir si les règles donnant compétence aux autorités de l'État contractant de la nationalité de l'enfant étaient, ou non, subsidiaires par rapport à la compétence de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (48).

Le texte final de la Convention relative à la protection des enfants retient le principe de la compétence internationale des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. Des exceptions sont prévues, notamment en ce qui concerne la compétence des autorités de l'État dont l'enfant est ressortissant, par ailleurs expressément qualifiées comme telles par rapport à la compétence de principe de l'article 5, § 1^{er} (49) (voy. 2.).

2. *Compétences subsidiaires*

La Convention relative à la protection des enfants crée un ensemble commun de règles relatives à la compétence internationale dans le but d'éviter les conflits de juridictions, spécialement en matière de garde

(44) Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, 5 octobre 1961, *o.c.*, article 4.

(45) Pour le détail, voy. A. DYER, « Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs — Première partie », *o.c.*, pp. 16 et 17.

(46) A. DYER, « Liste récapitulative des dispositions à inclure éventuellement dans la Convention révisée, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (pour ce qui est de la protection de la personne du mineur) », in Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, *Protection des enfants*, p. 58.

(47) *Ibid.*

(48) L.J. SILBERMAN, « Co-operative efforts in private international law on behalf of children : The Hague Children's Convention », *R.C.A.D.I.*, 2006, t. 323, pp. 261 à 478, spéc. pp. 392 et 399.

(49) *Ibid.*, p. 399 et P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, pp. 552 et s.

internationale, où le risque existe que la compétence des autorités soit établie en fonction de la rapidité d'un des parents à saisir les autorités d'un État (50). Dans cet ensemble de règles communes, pour rappel, la Convention consacre le principe de la compétence des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant en raison de la proximité des autorités de l'État compétent avec le milieu dans lequel évolue l'enfant. La Convention permet toutefois de déroger à ce principe dès lors qu'un for plus approprié existe (51). Elle prévoit également une série de compétences subsidiaires.

Dérogation au principe de l'article 5, § 1^{er} — La Convention relative à la protection des enfants permet de déroger, sous certaines conditions, au principe de la compétence des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. En vertu de l'article 8 de la Convention, cette dérogation permet un transfert de la compétence de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant à un des États contractants mieux placé pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Il convient de préciser que l'opportunité d'un tel transfert de la compétence va dépendre d'une part, des liens avec la situation d'espèce et d'autre part, du fait que l'autorité saisie d'un autre État contractant va appliquer sa propre loi (52).

L'article 8 liste de manière exhaustive les États contractants qui peuvent bénéficier du transfert de la compétence internationale. Ce sont soit l'État contractant dont l'enfant possède la nationalité, soit l'État dans lequel sont situés des biens de l'enfant, soit l'État dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage, soit l'État avec lequel l'enfant présente un lien étroit (53).

En pratique, deux hypothèses donnant lieu à un transfert de la compétence peuvent se présenter. La première concerne le cas où l'autorité de l'État contractant compétente considère qu'elle n'est pas la mieux à même d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle peut alors soit demander à l'autorité de l'État contractant ou à l'Autorité centrale d'accepter la compétence, soit surseoir à statuer et inviter les parties à

(50) N. LOWE, « The 1996 Hague Convention on the protection of children — a fresh appraisal », *o.c.*, spéc. p. 195, citant à ce propos W. DUNCAN.

(51) P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *R.C.D.I.P.*, 1997, pp. 217 à 237, spéc. pp. 224 et 225.

(52) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 181.

(53) Convention de La Haye 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, *o.c.*, article 8, § 2.

saisir cet État de leur demande (54). La seconde hypothèse concerne, à l'inverse, le cas où l'autorité d'un État contractant listé à l'article 8, § 2 considère être la mieux à même de se prononcer sur un cas particulier. À cet égard, elle peut soit demander à l'autorité compétente de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant (directement ou avec le concours de son autorité centrale) de l'autoriser à exercer la compétence, soit inviter les parties à présenter cette demande devant les autorités initialement compétentes (55).

Ainsi, les articles 8 et 9 de la Convention relative à la protection des enfants consacrent une répartition de la compétence entre l'État de la résidence habituelle de l'enfant et celui dont il est ressortissant (56). La compétence des autorités de l'État national de l'enfant n'est plus que subsidiaire alors qu'elle était, du moins en théorie, la principale compétence prévue dans la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (57). Par ailleurs, selon Andreas Bucher, « *les limites ainsi posées à la compétence de l'État national ne s'expliquent pas seulement par le caractère inapproprié du for national, [...]. Elles trouvent leur fondement également dans un relâchement constant et certain des liens entre l'État et ses citoyens établis à l'étranger* » (58).

Compétence de principe inopérante — L'article 6 de la Convention relative à la protection des enfants prévoit expressément deux cas particuliers. Ces cas concernent les enfants réfugiés sur le territoire d'un État contractant ou les enfants dont la résidence habituelle ne peut être

(54) Article 8, § 1^{er} de Convention de La Haye 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, *o.c.*, stipulant que : « À titre d'exception, l'autorité de l'État contractant compétente en application des articles 5 ou 6, si elle considère que l'autorité d'un autre État contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peut

— soit demander à cette autorité, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet État, d'accepter la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elle estimera nécessaires,

— soit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une telle demande l'autorité de cet autre État ».

(55) Article 9, § 1^{er} de Convention de La Haye 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, *o.c.*, prévoyant que : « Les autorités des États contractants mentionnés à l'article 8, paragraphe 2, si elles considèrent qu'elles sont les mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peuvent

— soit demander à l'autorité compétente de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet État, de leur permettre d'exercer la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elles estiment nécessaires,

— soit inviter les parties à présenter une telle demande devant les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant ».

(56) L.J. SILBERMAN, « Co-operative efforts in private international law on behalf of children : The Hague Children's Convention », *o.c.*, p. 410.

(57) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 560.

(58) A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *o.c.*, p. 52.

établie. Sont ainsi compétentes, les autorités de l'État contractant sur le territoire duquel les enfants sont présents du fait de leur déplacement. Cette règle est également d'application dans le cadre de l'absence de résidence habituelle déterminable. Dès lors, ces compétences vont remplacer la compétence de principe de l'article 5, § 1^{er} et non la concurrencer. Elles deviennent de ce fait principales (59).

Changement licite de résidence habituelle — L'article 5, § 2 de la Convention relative à la protection des enfants précise par ailleurs qu'en cas de déplacement licite de l'enfant, les autorités de l'État contractant de la nouvelle résidence habituelle sont compétentes. Le principe reste le même, les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes. Toutefois, le for le plus approprié dans ce cas précis est celui de la nouvelle résidence habituelle. À cet égard, il y a lieu d'ajouter que si le changement de résidence s'effectue pendant une procédure en cours, les autorités premières saisies qui étaient compétentes disposeront d'une compétence exclusive par rapport à celles des autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. Ces dernières devront s'abstenir de prendre des mesures de protection de l'enfant, sauf à considérer que les autorités de l'État premières saisies ont renoncé à leur compétence (60). C'est le principe de la litispendance, consacré à l'article 13 de la Convention relative à la protection des enfants.

Dans tous les cas, conformément à l'article 14, les mesures prises par les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement restent d'application tant que les autorités de l'État nouvellement compétent ne les ont pas modifiées, remplacées ou levées.

Changement illicite de résidence habituelle — Toujours dans une optique de protection de proximité, la Convention retient en son article 7, § 1^{er} qu'« *en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État et que :*

a) *toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour;*

ou

b) *l'enfant a résidé dans cet autre État pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait*

(59) A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, o.c., p. 78.

(60) P. NYGH, « The Hague Convention on the protection of children », o.c., p. 15.

l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ».

Le § 2 définit ensuite ce qu'il y a lieu d'entendre par « déplacement illicite » et le § 3 permet aux autorités de l'État sur le territoire duquel l'enfant a été déplacé de prendre des mesures provisoires pour protéger sa personne ou ses biens.

Cet article n'entraîne pas de longs développements. Cet article s'inspire par ailleurs largement de la Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants du 25 octobre 1980 (61).

Compétences concurrentes et for du divorce — Enfin, il y a lieu de mentionner l'existence d'une compétence concurrente du for du divorce. Cette dernière est qualifiée de concurrente dès lors que les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant restent compétentes pour les mesures de protection de l'enfant, concurrentement aux autorités saisies du divorce (62). Selon l'article 10 de la Convention relative à la protection des enfants, « 1. *Sans préjudice des articles 5 à 9, les autorités d'un État contractant, dans l'exercice de leur compétence pour connaître d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents d'un enfant résidant habituellement dans un autre État contractant, ou en annulation de leur mariage, peuvent prendre, si la loi de leur État le permet, des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant*

a) si, au commencement de la procédure, l'un des parents réside habituellement dans cet État et que l'un d'eux ait la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et

b) si la compétence de ces autorités pour prendre de telles mesures a été acceptée par les parents, ainsi que par toute autre personne ayant la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et si cette compétence est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant [...] ».

Le for du divorce est retenu dans un État contractant à condition que l'enfant réside dans un autre État contractant. L'article 10 ajoute ainsi un autre chef de compétence qu'est la résidence habituelle d'un des parents sur le territoire de l'État contractant saisi du divorce. Il exige par ailleurs que l'un des parents ait la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et que les deux parents aient accepté cette compétence, qui doit par ailleurs être conforme à l'intérêt de l'enfant. Dans l'éventualité où l'acceptation par les deux parents fait défaut, la compétence du juge

(61) Pour de plus longs développements sur la question, voy. A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, o.c., pp. 80 à 84.

(62) P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », o.c., p. 228.

saisi de l'action en dissolution du lien conjugal se limitera aux mesures urgentes et provisoires prévues aux articles 11 et 12 (63). Et dans tous les cas, si les conditions prévues par l'article 10 ne sont pas remplies, la compétence subsidiaire de l'article 8, § 2, c) permettra de fonder la compétence du for du divorce dès lors que ce dernier est le plus approprié pour prendre les mesures de protection à l'égard de l'enfant (64). La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 ne prévoyait par contre pas de priorité claire.

À la différence des autres règles de la Convention, centrées sur la présence de l'enfant sur le territoire de l'État contractant, la règle de compétence internationale de l'article 10 ne suit pas cette approche, dès lors qu'il introduit une compétence indépendante de la résidence habituelle de l'enfant (65). L'introduction de cette compétence concurrente pose toutefois le problème du conflit potentiel de compétences (66). La Convention relative à la protection des enfants, grâce à sa règle de litispendance, règle ce conflit (67). Cette règle est contenue à l'article 13, § 1^{er} stipulant que « *Les autorités d'un État contractant qui sont compétentes selon les articles 5 à 10 pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant doivent s'abstenir de statuer si, lors de l'introduction de la procédure, des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre État contractant alors compétentes en vertu des articles 5 à 10 et sont encore en cours d'examen* ». En vertu de l'article 13, l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant s'abstiendra de prendre des mesures de protection de l'enfant si l'État contractant saisi du divorce est compétent pour ce faire et que cette procédure est en cours. Cette règle de litispendance ne s'applique

(63) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, o.c., p. 184.

(64) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, o.c., p. 560.

(65) Article 10, § 2 de Convention de La Haye 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, o.c. et voy. P. NYGH, « The new Hague child protection Convention », *Int. J. Law & Fam.*, 1997, pp. 344 à 359, spéc. pp. 350 et 351.

(66) P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », o.c., p. 228 et L.J. SILBERMAN, « Co-operative efforts in private international law on behalf of children : The Hague Children's Convention », o.c., p. 416. *Contra* A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, o.c., p. 185, déclarant qu'il n'y a que peu de risque d'expérimenter un conflit de compétences, dès lors que la compétence concurrente du for du divorce exige l'acceptation par les deux parents.

(67) En effet, « *Acceptance in the 1996 Protection Convention of a number of limited — yet concurrent bases of jurisdiction (as in Article 10's divorce jurisdiction [...]) — create the possibility of potential conflicts of jurisdiction. It was just such overlaps of jurisdiction without clear priorities that made the 1961 Convention unworkable* », in L.J. SILBERMAN, « Co-operative efforts in private international law on behalf of children : The Hague Children's Convention », o.c., p. 416.

cependant pas pour l'exercice de la compétence en matière de mesures urgentes et provisoires (68).

En conclusion, selon les termes de Paul Lagarde, « *les règles de compétence contenues au chapitre II [de la Convention relative à la protection des enfants] forment un système complet et clos qui s'impose en bloc aux États contractants lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire de l'un d'eux* » (69).

IV. Loi applicable

1. Mesures de protection

L'article 15, § 1^{er} de la Convention relative à la protection des enfants prévoit, de manière impérative, que « *dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi* ». Le principe retenu par la Convention est donc l'application de la *lex fori*, suivant en cela la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (70). Ainsi, l'autorité compétente pour l'adoption de mesures de protection appliquera la loi qu'elle connaît le mieux (71). De plus, en raison des règles de compétence internationale de la Convention, les mesures de protection seront pour l'essentiel exécutées dans l'État de l'autorité qui les aura adoptées et partant, seront plus facilement mises en œuvre puisqu'elles seront conformes à la loi de cet État (72). Ce principe vaut également pour le for du divorce qui prendra les mesures de protection à l'égard de l'enfant conformément à la loi de l'État de la résidence habituelle d'un des parents (73).

Devant la Commission spéciale, la question a été débattue de savoir s'il fallait inclure un article prévoyant l'application, en toutes circonstances, de la loi de l'État contractant de la résidence habituelle de l'en-

(68) *Ibid.*, p. 416.

(69) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 572.

(70) La différence entre ces deux conventions a trait à l'introduction, par la Convention relative à la protection des enfants, d'un chapitre entier concernant la loi applicable. La Convention antérieure avait intégré les règles de conflit de lois dans celles de conflit d'autorités.

(71) CH. BENICKE, « Haager Kinderschutzübereinkommen », *IPRax*, 2013, vol. 1, pp. 44 à 54, spéc. p. 49.

(72) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 572.

(73) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, *o.c.*, p. 187. La loi applicable va donc différer, selon que les mesures à prendre à l'occasion d'un divorce sont demandées à l'autorité de la résidence habituelle de l'enfant ou à celle du divorce. Voy. à cet égard, A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *o.c.*, p. 57.

fant (74). Son avant-projet de Convention relative à la protection des enfants rejette cette proposition en raison de l'inutile complexité de la protection de l'enfant qui en aurait découlé (75). En effet, l'autorité compétente pour adopter une mesure de protection, appliquant la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, pourrait se trouver confrontée à une institution inconnue de son droit interne, rendant la mise en œuvre de la mesure de protection presque impossible (par exemple, un trust) (76).

Une nouveauté par rapport à la Convention antérieure a par ailleurs été introduite à l'article 15, § 2, selon lequel une autorité peut, par exception, appliquer, ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. Cette disposition apporte de la flexibilité dans les règles de conflit de lois en permettant aux autorités saisies d'appliquer éventuellement la loi nationale de l'enfant et non pas uniquement leur *lex fori* (77). Elle permet, de plus, d'appliquer une loi plus protectrice de l'enfant (78). Une telle clause d'exception n'est pas fondée sur « le principe de proximité (liens les plus étroits), mais sur l'intérêt supérieur de l'enfant » (79).

Enfin, en cas de changement de résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, l'article 15, § 3 règle le conflit mobile comme suit : « *En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, la loi de cet autre État régit, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'État de l'ancienne résidence habituelle* ». En d'autres termes, les mesures de protection prises par les autorités de

(74) Bureau permanent, « Conclusions de la première réunion de la Commission spéciale sur la protection des mineurs et des incapables majeurs », in Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, Protection des enfants, p. 88.

(75) Avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale, in Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, Protection des enfants, p. 142, stipulant en ces termes : « *Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi interne* ».

Il convient de relever toutefois que la compétence internationale relève, pour principe, de l'autorité de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant. Partant, l'application de la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sera plus fréquente, sans besoin de prévoir explicitement son application en toutes circonstances. Voy. P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 574.

(76) P. LAGARDE, « Rapport de la Commission spéciale », in Conférence de La Haye de droit international privé, in Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, 1996, t. II, Protection des enfants, p. 170.

(77) A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, *o.c.*, p. 100.

(78) P. NYGH, « The Hague Convention on the protection of children », *o.c.*, p. 22.

(79) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 574.

l'ancienne résidence habituelle subsistent, mais la loi de l'État contractant de la nouvelle résidence habituelle régit leur mise en œuvre (80).

En conclusion, selon les termes de Adair Dyer, dans le respect de l'objectif de protection des enfants, « *les tribunaux et autres autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant sont les mieux placés pour exercer la compétence et le feront d'autant mieux qu'ils appliqueront leur propre loi* » (81).

2. Responsabilité parentale et protection des tiers

La question de la responsabilité parentale a donné lieu à d'importantes discussions de principe lors de l'adoption de la Convention relative à la protection des enfants, en raison notamment des difficultés d'interprétation et d'application de l'article 3 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (82). Ces difficultés peuvent être résumées comme suit : la première concernait la question de savoir si l'article 3 contenait une règle de conflit de lois ou de reconnaissance et la seconde avait trait à son application à propos du rattachement du rapport d'autorité *ex lege* (sans l'intervention d'aucune autorité) à la loi nationale du mineur (83).

Dans la Convention relative à la protection des enfants, les articles 16 et suivants sont, de manière incontestée, des règles de conflit de lois et le rattachement est désormais la résidence habituelle de l'enfant, et non plus sa nationalité (84). L'article 16, § 1^{er} prévoit en effet que « *L'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative [anciennement, « résultant de plein droit de la loi », article 3 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961], est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant* ». La Convention fait donc en sorte que la loi applicable à la mesure de protection de l'enfant coïncide, de manière générale, à celle du rapport *ex lege* (85).

Ces articles 16 et suivants de la Convention relative à la protection des enfants concernent d'une part, l'attribution et l'extinction de l'autorité

(80) P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *o.c.*, p. 230.

(81) A. DYER, « Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs — Première partie », *o.c.*, p. 42.

(82) Selon l'article 3 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, « *Un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les États contractants* ».

(83) Pour plus de détails, voy. P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 574.

(84) P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *o.c.*, p. 231.

(85) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 576.

par la loi et d'autre part, son exercice. Eu égard à la possibilité d'attribuer ou de retirer la responsabilité parentale de trois manières différentes, par effet de la loi, par accord ou par acte unilatéral ou par décision de justice, la Convention distingue ces trois situations (86). Les deux premières hypothèses sont visées respectivement par l'article 16, § 1^{er} et l'article 16, § 2, lesquels disposent que l'attribution ou l'extinction de l'autorité parentale est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. La troisième hypothèse correspondant à l'attribution ou à l'extinction de l'autorité par décision de justice, est prévue à l'article 15, § 1^{er} (87).

L'article 16 règle également le conflit mobile (88). Le § 3 prévoit qu'en cas de changement de résidence habituelle de l'enfant dans un autre État, la responsabilité parentale acquise antérieurement en vertu de la loi de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant subsiste. La Convention maintient un système logique de continuité (89). Le § 4 prévoit, quant à lui, que l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'en était pas investie est régie par la loi de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. Ce paragraphe n'ajoute cependant rien à la solution du paragraphe premier, dès lors qu'il ne précise pas si la nouvelle loi peut ou non s'appliquer à des faits antérieurs au changement de résidence de l'enfant (90). Pour le surplus, il convient de mentionner que conformément à l'article 18 de la Convention relative à la protection des enfants, « *la responsabilité parentale prévue à l'article 16 pourra être retirée ou ses conditions d'exercice modifiées par des mesures prises en application de la Convention* ». Ainsi, une responsabilité parentale de plein droit n'est plus, contrairement au régime de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, une entrave à l'adoption de mesures de protection de l'enfant s'avérant nécessaires (91).

(86) N. LOWE, « The 1996 Hague Convention on the protection of children — a fresh appraisal », *o.c.*, p. 197.

(87) *Ibid.*

(88) Il convient de mentionner que la Convention antérieure du 5 octobre 1961 n'avait pas envisagé le conflit mobile par changement de nationalité dans le cadre de l'article 3, voy. A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, *o.c.*, p. 120.

(89) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, *o.c.*, p. 188, P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *o.c.*, p. 232 et Ch. BENICKE, « Haager Kinderschutzübereinkommen », *o.c.*, p. 50.

(90) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, *o.c.*, p. 188, ce dernier préconisant dès lors d'appliquer la loi de la nouvelle résidence de l'enfant aux fait survenus alors que la résidence se trouvait dans un autre État et ce, afin d'assimiler au maximum la situation juridique de l'enfant aux solutions de l'État de sa nouvelle résidence.

(91) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 580 et L. SILBERMAN, « The 1996 Hague Convention on the Protection of Children : should the United States join ? », *Fam. L. Q.*, 2000-2001, vol. 34, n° 2, pp. 239 à 270, spéc. p. 262.

Concernant l'exercice de la responsabilité parentale, l'article 17 prévoit qu'il est régi par la loi de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement, il est régi par la nouvelle loi de la résidence habituelle. Dans ce cas, le principe est la mutabilité de l'exercice de la responsabilité parentale (92).

Enfin, la Convention relative à la protection des enfants consacre, en son article 19, la théorie de l'apparence au profit du tiers de bonne foi en ces termes : « 1. *La validité d'un acte passé entre un tiers et une autre personne qui aurait la qualité de représentant légal selon la loi de l'État où l'acte a été passé ne peut être contestée, ni la responsabilité du tiers engagée, pour le seul motif que l'autre personne n'avait pas la qualité de représentant légal en vertu de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre, sauf si le tiers savait ou devait savoir que la responsabilité parentale était régie par cette loi.*

2. Le paragraphe précédent ne s'applique que dans le cas où l'acte a été passé entre personnes présentes sur le territoire d'un même État ».

3. Dispositions générales

Il convient de mentionner tout d'abord l'article 20 de la Convention relative à la protection des enfants qui consacre le caractère universel des règles de conflit de lois (93), à l'exclusion de l'hypothèse prévue à l'article 15, § 3 (94). C'est une technique qui se rencontre dans d'autres conventions de La Haye, notamment dans la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants du 24 octobre 1956.

Ensuite, en précisant qu'« *au sens du présent chapitre, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois* », l'article 21, § 1^{er} interdit la technique du renvoi. Toutefois, le § 2 de ce même article autorise un renvoi au second degré (95) en prévoyant que « *si la loi applicable en vertu de l'article 16 est celle d'un État non contractant et que les règles de conflit de cet État désignent la loi d'un autre État non contractant qui appliquerait sa propre*

(92) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 580.

(93) L'universalité d'une règle de conflit de lois recouvre deux choses : d'une part, la loi désignée en application des règles de conflit de lois peut être celle d'un État à l'égard duquel ces règles ont force obligatoire ou celle d'un État tiers et d'autre part, il n'est pas exigé que la situation comporte un lien de rattachement avec l'ordre juridique de l'État saisi.

(94) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 582.

(95) Le renvoi au premier degré « *visé un retour au droit matériel du for, effectué par la règle de rattachement étrangère* » alors que le renvoi au second degré conduit à appliquer le droit matériel d'un État tiers, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2005, p. 230, n° 6.14.

loi, la loi de cet autre État est applicable. Si la loi de cet autre État non contractant ne se reconnaît pas applicable, la loi applicable est celle désignée par l'article 16 ». Cette exception permet de préserver l'harmonie des solutions existantes entre les États non contractants (96).

Enfin, la Convention relative à la protection des enfants ajoute en son article 22 que seule l'exception d'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant, permet d'écarter la loi désignée par les dispositions du chapitre III. Comme dans d'autres instruments internationaux, la Convention prévoit une exception d'ordre public qui n'a pas de place si « *l'intérêt de l'enfant ne constitue pas le contenu essentiel* » (97).

V. Reconnaissance, exécution des décisions et coopération internationale

À la différence de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, qui se contentait de poser le principe de la reconnaissance mutuelle des mesures prises par les États contractants et qui prévoyait que leur exécution se faisait conformément au droit de l'État requis, la Convention commentée s'inspire du système des Conventions de Bruxelles et de Lugano, relatives à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (98).

1. Reconnaissance et exécution

Reconnaissance — De manière classique, la Convention relative à la protection des enfants consacre la reconnaissance de plein droit, c'est-à-dire sans besoin de recourir à une procédure, des mesures prises par les autorités d'un État contractant. Cette reconnaissance de plein droit ne signifie toutefois pas une reconnaissance inconditionnelle. En effet, l'article 23, § 2 liste limitativement les motifs de refus empêchant la reconnaissance d'une mesure prise par une autorité d'un État contractant. Par exemple, n'est pas reconnue de plein droit, la mesure prise par une autorité dont la compétence n'est pas fondée sur un chef de compétence prévu au chapitre II ou la mesure dont la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour qu'une mesure prise par un État contractant ne soit pas reconnue, les motifs de refus doivent être soulevés par la partie à l'égard de laquelle cette mesure est opposée. Conformément à l'article 24, elle

(96) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, o.c., p. 189 et P. NYGH, « The Hague Convention on the protection of children », o.c., p. 23.

(97) A. BUCHER, « La famille en droit international privé », o.c., p. 79.

(98) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, o.c., p. 584.

peut également intenter une action préventive quant à la reconnaissance ou à la non-reconnaissance d'une mesure prise par un État contractant, dès lors que la constatation de l'existence d'un motif de refus de reconnaissance le jour où la mesure est invoquée dans un État serait tardive (99). L'article susmentionné ajoute que la procédure est régie par la loi de l'État requis.

Exequatur et enregistrement — À la différence de la reconnaissance de plein droit des mesures prises par les États contractants, l'exécution ou l'enregistrement de ces mesures s'effectue selon la procédure prévue par la loi de l'État requis. L'article 26, § 2 précise toutefois que cette procédure doit être simple et rapide. Par ailleurs, seuls les motifs de refus prévus à l'article 23, § 2 peuvent faire obstacle à la déclaration d'*exequatur* ou d'enregistrement.

De plus, en vertu de l'article 28, il est précisé que les mesures prises dans un État contractant et déclarées exécutoires ou enregistrées dans un autre État contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre État.

Dans tous les cas, que ce soit au niveau de la reconnaissance ou de l'exécution ou de l'enregistrement des mesures prises par les États contractants, l'autorité de l'État requis ne peut procéder à aucune révision au fond de la mesure et ce, conformément à l'article 27. Par ailleurs, la Convention relative à la protection des enfants ne prévoit pas de disposition relative à la reconnaissance ou à l'exécution de mesures prises par des États non contractants, laissant ainsi les États contractants libres d'appliquer leurs règles à cet égard (100).

Dans la mesure où les solutions ne s'écartent pas des solutions qui sont majoritairement retenues dans les instruments de droit international privé relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des mesures/décisions (101), ce chapitre sur la reconnaissance et l'exécution n'appelle pas de plus longs commentaires.

(99) *Ibid.*, p. 586.

(100) D. VAN ITERSOM, « The new Hague Convention on the protection of children : a view from The Netherlands », *U.L.R.*, 1997, vol. 3, pp. 474 à 487, spéc. p. 484.

(101) Concernant la reconnaissance de plein droit des décisions, voy. en ce sens notamment le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.*, L. 351, 20 décembre 2012. L'article 36, § 1^{er} stipule en effet que « les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

2. Coopération internationale

La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 prévoyait déjà une certaine coopération entre les autorités des États contractants prenant des mesures de protection à l'égard des enfants. Par exemple, en vertu de l'article 11, § 2 « *toutes les autorités qui ont pris des mesures en vertu des dispositions de la présente Convention en informant sans délai les autorités de l'État dont le mineur est ressortissant [...]* ». Toutefois, cette coopération n'a pas fonctionné, eu égard à l'absence d'organisation chargée de la mettre en œuvre (102).

Suite à ce dysfonctionnement, la Convention relative à la protection des enfants a opté, dans son article 29, § 1^{er}, pour l'instauration obligatoire d'une Autorité centrale dans chaque État contractant, en charge de la coopération entre autorités. En Belgique, l'Autorité centrale est le Service Public Fédéral Justice (103).

L'Autorité centrale est, selon l'article 31, chargée de faciliter la communication entre autorités prévue par les articles 8 et 9, de faciliter l'émergence de solutions par la médiation ou par l'arbitrage et de fournir l'assistance nécessaire en vue de localiser l'enfant (104). L'article 38 stipule par ailleurs que l'accomplissement de ces tâches s'effectue aux frais des Autorités centrales et des autorités publiques (autorités administratives) des États contractants. Ces dernières peuvent toutefois réclamer des frais raisonnables pour les services fournis. Ces frais raisonnables peuvent découler de la localisation d'un enfant ou de

Concernant l'exécution des décisions, pour une solution similaire, voy. 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, *J.O.*, L. 338, 23 décembre 2003. L'article 28, § 1^{er} prévoit que « *les décisions rendues dans un État membre sur l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, qui y sont exécutoires et qui ont été signifiées ou notifiées, sont mises en exécution dans un autre État membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée* ».

Le Code de droit international privé belge (Loi portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004, ci-après, « Codip ») consacre également les mêmes solutions que celles de la Convention relative à la protection des enfants. Voy. l'article 22, § 1^{er} : « *Une décision judiciaire étrangère exécutoire dans l'État où elle a été rendue est déclarée exécutoire en Belgique, en tout ou en partie, conformément à la procédure visée à l'article 23* ».

Une décision judiciaire étrangère est reconnue en Belgique, en tout ou en partie, sans qu'il faille recourir à la procédure visée à l'article 23 ».

(102) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 590.

(103) Voy. les « Déclarations » à la fin du texte de la loi du 5 mai 2014 portant assentiment à la Convention 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, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *o.c.*, in *fine*.

(104) P. NYGH, « The new Hague child protection Convention », *o.c.*, p. 356.

l'assistance au retour de l'enfant, étant entendu que les frais de justice ne sont pas visés par l'article 38 (105).

Il convient de relever que l'Autorité centrale d'un État contractant n'a pas l'obligation de répondre à la demande motivée d'une autre Autorité centrale ou d'une autre autorité compétente d'un État contractant, à l'exception de l'article 33 relatif notamment au placement de l'enfant en famille d'accueil (106). L'article 32 de la Convention relative à la protection des enfants prévoit en effet que « *Sur demande motivée de l'Autorité centrale ou d'une autre autorité compétente d'un État contractant avec lequel l'enfant a un lien étroit, l'Autorité centrale de l'État contractant dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle et dans lequel il est présent peut, soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes,*

a) fournir un rapport sur la situation de l'enfant;

b) demander à l'autorité compétente de son État d'examiner l'opportunité de prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant ». Selon les termes de Peter Nygh, « *this provision [article 32] will be useful in cases of child abduction where the court after ordering the return of the child might wish to ensure that it will be protected by the foreign court or authority upon its return* » (107). Une telle protection est par ailleurs renforcée par l'article 36 prévoyant que si l'enfant est exposé à un grave danger, l'autorité compétente de l'État contractant, qui a pris ou prend des mesures de protection, doit informer les autorités de l'État de la résidence ou de la présence de l'enfant de ce danger et des mesures prises ou en examen (108).

Malgré l'amélioration par rapport au système de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, la Convention relative à la protection des enfants ne définit pas clairement les objectifs et les modalités d'application des différentes règles concernant la coopération, les États contractants restant libres de prévoir d'autres dispositions complémentaires (109), voire de conclure entre eux des accords en vue de favoriser l'application de ce chapitre sur la coopération, conformément à l'article 39.

(105) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, o.c., p. 594.

(106) P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », o.c., p. 236.

(107) Traduction libre : « *cette disposition [article 32] sera utile dans les cas d'enlèvement d'enfants où la juridiction, après avoir ordonné le retour de l'enfant, veut s'assurer que l'enfant sera protégé par la juridiction étrangère ou l'autorité à son retour* », in P. NYGH, « The new Hague child protection Convention », o.c., p. 356.

(108) N. LOWE, « The 1996 Hague Convention on the protection of children — a fresh appraisal », o.c., p. 199. Pour de plus longs développements à propos de la coopération dans des cas particuliers, prévus par la Convention, voy. notamment A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, o.c., pp. 193 à 195.

(109) A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, o.c., p. 196.

VI. Articulation des divers instruments en matière de protection internationale des enfants

Suite à l'entrée en vigueur de la Convention relative à la protection des enfants dans l'ordre juridique belge, les praticiens du droit de la protection internationale des enfants se trouvent confrontés à plusieurs instruments régissant la même matière. En effet, concernant la protection internationale des enfants, deux sources additionnelles peuvent être mentionnées : le Règlement Bruxelles 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 (110) (ci-après, « le règlement Bruxelles II *bis* ») et le Codip.

1. Articulation de la Convention relative à la protection des enfants avec le règlement Bruxelles II *bis*

Champ d'application du règlement Bruxelles II *bis* — En vertu des articles 64 et 72, le règlement Bruxelles II *bis* s'applique aux actions judiciaires et aux actes authentiques reçus à compter du 1^{er} mars 2005.

Le champ d'application matériel de cet instrument est visé à l'article 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, lequel déclare que le règlement s'applique aux matières civiles relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux ainsi qu'à la responsabilité parentale. La responsabilité parentale recouvre notamment le droit de garde, la tutelle, le placement de l'enfant dans une famille d'accueil et les mesures de protection de l'enfant. À la différence de la Convention relative à la protection des enfants, le règlement Bruxelles II *bis* ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « enfant » (111). Pour rappel, en vertu de l'article 2 de la Convention relative à la protection des enfants, cette dernière s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans.

Le champ d'application spatial ne fait par contre pas l'objet d'une disposition spécifique, il se déduit des règles de compétence (112).

(110) 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, *J.O.*, L. 338, 23 décembre 2003, p. 1.

(111) M. PERTEGÁS SENDER, « La responsabilité parentale, l'enlèvement d'enfants et les obligations alimentaires », in *Actualités du contentieux familial international*, CUP, Larcier, 09/2015, vol. 80, pp. 189 et 190.

Dès le début, la doctrine a toutefois considéré que le terme « enfant » devait s'entendre par analogie avec la Convention relative à la protection des enfants. Voy. N. WATTÉ et H. BOULARBAH, « Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *R.T.D.F.*, 2000, pp. 539 à 604, spéc. p. 550 et H. STORME, « Brussel IIbis Vo van toepassing met ingang van 1 maart 2005 », *Tijdschrift@ipr.be*, 2005, n° 1, pp. 50 à 65, spéc. p. 53.

(112) F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, o.c., p. 626, n° 12.154.

En matière de responsabilité parentale, le domaine spatial est prévu à l'article 8, § 1^{er}, disposant que la compétence relève des juridictions de l'État membre sur le territoire duquel l'enfant a sa résidence habituelle.

Règles de compétence — Il convient de relever que le règlement Bruxelles II *bis* prévoit des règles de compétences distinctes en fonction de la résidence habituelle de l'enfant (113). S'il réside dans un État membre, les juridictions de cet État sont compétentes en vertu des articles 8, 9 et 12, § 3. Si par contre l'enfant réside dans un État tiers non partie à la Convention relative à la protection des enfants, l'article 12, § 4 prévoit ce qui suit : « 4. *Lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État tiers, qui n'est pas partie contractante à 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, la compétence fondée sur le présent article est présumée être dans l'intérêt de l'enfant notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible dans l'État tiers concerné* ». L'article 12, § 4 prévoit ainsi un for de nécessité à condition que l'enfant réside habituellement sur le territoire d'un État tiers et qu'une procédure dans cet État s'avère impossible. Ce for ne vaut toutefois pas si l'État tiers est un État contractant à la Convention relative à la protection des enfants (114).

Les règles de compétence du règlement Bruxelles II *bis* peuvent par ailleurs être synthétisées de la manière suivante. L'article 8 consacre le principe de la compétence des tribunaux du lieu de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de déplacement licite de l'enfant, l'article 9 maintient sous respect de diverses conditions, la compétence des juridictions de l'État de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant. Par contre, en cas de déplacement illicite de l'enfant, les articles 10 et 11 prévoient que les juridictions de l'État de la résidence licite de l'enfant restent compétentes dans un premier temps. Le règlement européen consacre également des prorogations de compétence, notamment en faveur des juridictions saisies d'un litige matrimonial (hypothèse prévue à l'article 12, §§ 1^{er} et 2) (115).

À l'instar des règles de compétence de la Convention relative à la protection des enfants, les règles de compétence du règlement Bruxelles II *bis* trouvent leur fondement dans le critère de proximité.

(113) *Ibid.*, pp. 626 et 627, n° 12.154.

(114) C. HENRICOT, « La protection de l'enfance au regard du droit international privé », *J.T.*, 2012, pp. 441 à 444, spéc. p. 442 et F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, o.c., p. 627, n° 12.154.

(115) Voy. pour de plus amples développements, S. FRANCO, « La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles II *bis* et du Code de droit international privé », *R.T.D.F.*, 2005, vol. 3, pp. 691 à 712, spéc. pp. 695 à 699 et H. STORME, « Brussel II *bis* Vo van toepassing met ingang van 1 maart 2005 », o.c., pp. 57 à 60.

Les juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sont en effet considérées comme étant les mieux à même de prendre des mesures opportunes de protection de l'enfant et ce, dans son intérêt (116). Cela a par ailleurs été confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne (117). Les règles de compétence internationale de ces deux instruments sont donc très similaires et retiennent comme principe commun, la compétence des juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (118). La Convention relative à la protection des enfants et le règlement Bruxelles II *bis* ont ainsi été qualifiés de rivaux (119). Se pose dès lors la question de leur articulation.

Articulation entre les instruments au niveau des règles de conflit de juridictions, de conflit de lois et de reconnaissance — L'articulation entre la Convention relative à la protection des enfants et le règlement Bruxelles II *bis* a été réglée expressément. D'une part, la Convention contient une clause de déconnexion en son article 52 (120) stipulant que « 1. *La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par de tels instruments.*

2. *La Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs États contractants de conclure des accords qui contiennent, en ce qui concerne les enfants habituellement résidents dans l'un des États Parties à de tels accords, des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention [...]* ». Ce dernier paragraphe a été adopté en ayant en vue les négociations en cours entre les États membres de l'Union européenne pour l'adoption d'un instrument dont le domaine matériel s'étendrait à la responsabilité parentale. Eu égard à sa rédaction

(116) G. HIERNAX, N. GALLUS, N. MASSAGER, D. CARRÉ, S. DEGRAVE, S. PFEIFF, « Titre V : Responsabilité parentale », in *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 758 à 809, spéc. p. 762.

(117) C.J.U.E. (2^e ch.), 15 juillet 2010, *Purrucker*, C-256/09, 2010, I, p. 7353, § 91 et C.J.U.E. (3^e ch.), 23 décembre 2009, *Deticek*, C-403/09, *Rec.*, 2009, I, p. 12193, § 35.

(118) Th. KRUGER, *Civil jurisdiction rules of the European Union and their impact on third States*, Oxford, University press, 2008, p. 109.

(119) Le terme de « rivaux » a été utilisé pour qualifier la Convention relative à la protection des enfants par rapport aux ancêtres du règlement Bruxelles II *bis*, voy. P. MCELEAVY, « The 1996 Hague Convention and the European Union : connection and disconnection », in *A commitment to private international law — Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 371 à 380, spéc. p. 372.

(120) Cet article a été le fruit de longues discussions opposant les États membres de l'Union européenne. Certains étaient désireux de négocier entre eux une convention en matière de protection des enfants et d'autres voulaient éviter un affaiblissement de la Convention, en raison de la liberté reconnue à certains États contractants de conclure entre eux et avec des États tiers une convention séparée. Voy. P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in *Conférence de La Haye de droit international privé, o.c.*, p. 600.

relativement générale, ce paragraphe pourra également être utilisé dans le contexte d'autres accords régionaux conclus par des États contractants (121).

D'autre part, le règlement Bruxelles II *bis* précise à l'article 61 que « *dans les relations avec 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, le présent règlement s'applique*

a) lorsque l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre;

b) en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue par la juridiction compétente d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, même si l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État non membre qui est partie contractante à ladite convention ». En d'autres termes, cet article 61 dispose que le règlement Bruxelles II *bis* prime sur la Convention relative à la protection des enfants, dès lors que l'enfant réside habituellement sur le territoire d'un État membre (122). De manière générale, le règlement prévoit en son article 59 qu'il prévaut sur les conventions conclues entre deux ou plusieurs États membres, existant au moment de son entrée en vigueur (123).

Ainsi, en pratique, imaginons qu'une juridiction belge soit saisie d'une demande concernant des mesures de protection d'un enfant belge résidant en Espagne liées à l'administration, la conservation ou la disposition de ses biens. Elle se trouve face à plusieurs instruments contenant des règles de conflit de juridictions, de conflit de lois et de reconnaissance, susceptibles de régir ce cas d'espèce. Au regard des développements qui précèdent, la juridiction belge vérifiera sa com-

(121) P. LAGARDE, « Rapport explicatif », in Conférence de La Haye de droit international privé, *o.c.*, p. 600.

(122) C. HENRICOT, « La protection de l'enfance au regard du droit international privé », *o.c.*, p. 443.

(123) À cet égard, voy. H. GAUDEMET-TALLON, « Le règlement n° 1347/2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs » », *J.D.I.*, 2001, pp. 381 à 445, spéc. pp. 423 et 424. L'auteur relève qu'il « *ne va pas de soi qu'un règlement puisse ainsi déclarer prévaloir sur des conventions internationales antérieures* », d'autant que la primauté du droit européen ne s'applique qu'à l'égard de la législation nationale des États membres. Voy. *contra* C. GONZALEZ BEILFUSS, « EC legislation in matters of parental responsibility and third States », in *International civil litigation in Europe and relations with third States*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 493 à 507, spéc. p. 498. Cet auteur est d'avis que « *from the point of view of International law it is not too difficult to accept that EC legislation equates to a new agreement between the States Party which replaces the previously concluded Convention* ». Traduction libre : « *D'un point de vue internationaliste, la réglementation européenne peut être considérée sans difficulté comme un nouvel accord entre États parties, remplaçant la Convention antérieure* ».

pétence en vertu des règles du règlement Bruxelles II *bis*. Conformément à l'article 8 dudit règlement, sont compétentes les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant, c'est-à-dire les juridictions espagnoles. En vertu de l'article 17 du même instrument, la juridiction belge saisie doit se déclarer incompétente. En raison de la nationalité belge de l'enfant, la compétence peut éventuellement être prorogée en faveur de la juridiction belge, à condition que les parties en cause aient accepté expressément cette prorogation (article 12, § 3).

Pour une variante du cas pratique, imaginons que le même enfant réside habituellement au Maroc (pour rappel, le Maroc est partie à la Convention relative à la protection des enfants). La juridiction belge saisie appliquera la Convention relative à la protection des enfants.

Cette Convention ne s'applique donc que dans la seule hypothèse où l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État non membre de l'Union européenne, ou au Danemark, et partie contractante à la Convention (124). Dans ce cas, conformément aux règles de la Convention, c'est l'autorité de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant qui est compétente pour adopter les mesures de protection requises, ici l'autorité marocaine. Toutefois, en vertu de l'article 9 de la Convention relative à la protection des enfants, la juridiction belge peut soit demander à l'autorité marocaine d'exercer la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elle estime nécessaires, soit demander aux parties de présenter une telle demande. La juridiction belge en question dispose de cette faculté dès lors que la Belgique est l'État contractant de la nationalité de l'enfant.

En supposant que la juridiction belge se soit valablement déclarée compétente pour prendre les mesures de protection de l'enfant liées à ses biens, elle doit en plus s'interroger sur la loi applicable à ces mesures. Que l'enfant réside habituellement en Espagne ou au Maroc, la juridiction belge appliquera en principe la loi de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant, conformément à l'article 15 de la Convention relative à la protection des enfants. En effet, il n'y a pas de règles de conflit de lois européennes sur ce sujet. Dès lors, les règles de conflit de lois de la Convention relative à la protection des enfants « *apply equally in intra-Community and extra-Community cases, as the Regulation has no such provisions* » (125).

(124) C. HENRICOT, « La protection de l'enfance au regard du droit international privé », *o.c.*, p. 443 et A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé, o.c.*, p. 198.

(125) S. ARMSTRONG, « L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 111 à 122, spéc. p. 120. Traduction libre : « *s'appliquent aussi bien aux cas intra-européens et extra-européens, étant donné que le Règlement ne contient pas de telles dispositions* ». Voy. dans le même sens, P. MCELEAVY, « *The 1996 Hague Convention and the European Union : connection and disconnection* », *o.c.*, p. 378.

Enfin, après avoir pris les mesures de protection qui s'imposaient, se pose la question de savoir ce qu'il adviendra de ces mesures en termes de reconnaissance et d'exécution. L'articulation de la Convention relative à la protection des enfants avec le règlement Bruxelles II *bis* est d'autant plus importante en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions. En effet, une décision rendue dans un État membre est reconnue et exécutée dans tous les États membres et ce, quel que soit le fondement de la compétence (articles 21 et 28 du règlement Bruxelles II *bis*) alors qu'en vertu de la Convention relative à la protection des enfants, une décision peut ne pas être reconnue si elle a été prise par une autorité qui n'était pas compétente sur la base d'un des chefs de compétence prévue par la Convention (article 23) (126). La suppression de ce motif de refus dans le règlement affecte l'application de la Convention dans les rapports entre les États membres et les États tiers contractants. Dans la variante du cas pratique, la juridiction belge a adopté des mesures de protection de l'enfant, résidant habituellement au Maroc. Par application des règles de la Convention relative à la protection des enfants, un État membre pourrait refuser de reconnaître ces mesures, dès lors que le Maroc était l'État contractant compétent pour prendre ces mesures en vertu de l'article 5 de la Convention. Or, selon la réglementation européenne, un État membre ne peut pas refuser de reconnaître les mesures prises par la juridiction belge sur cette base (127).

2. Articulation de la Convention relative à la protection des enfants avec le Code de droit international privé

En vertu du principe de primauté du droit international sur le droit interne consacré en Belgique par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski* (128), l'application des dispositions de droit commun, en Belgique du Codip, n'est plus que résiduelle. En matière de compétence internationale, la seule hypothèse d'application du Codip concerne la situation d'un enfant belge, résidant dans un État tiers à l'Union européenne et tiers à la Convention relative à la protection des enfants (129).

Voy. toutefois M. ROCCATI, « Section 2 : Les questions partiellement résolues par le droit européen », in *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 322 à 345, spéc. p. 334, qui relève la difficulté suivante : si un État contractant à la Convention est saisi sur la base du règlement européen et n'est pas l'État de la résidence habituelle de l'enfant, doit-il appliquer sa loi ou la loi de la résidence habituelle de l'enfant ? C'est là une alternative offerte au juge national.

(126) Th. KRUGER, *o.c.*, p. 109.

(127) Cet exemple s'inspire de celui tiré de l'article de C. GONZALEZ BEILFUSS, *o.c.*, p. 506.

(128) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(129) C. HENRICOT, « La protection de l'enfance au regard du droit international privé », *o.c.*, p. 443 et S. FRANCO, « La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles II*bis* et du Code de droit international privé », *o.c.*, p. 702.

En d'autres termes, en reprenant le cas pratique de l'enfant belge résidant à l'étranger, à l'égard duquel des mesures de protection sont prises par une juridiction belge, le Codip trouverait à s'appliquer si l'enfant résidait habituellement aux États-Unis (pour rappel, les États-Unis ont signé la Convention relative à la protection des enfants mais ne l'ont pas ratifiée). Dans ce cas, la juridiction belge saisie de la demande, analysera sa compétence au regard des articles 32 et 33 du Codip. Ces articles consacrent la compétence des juridictions belges de la résidence habituelle de l'enfant, de sa nationalité ou des juridictions saisies d'un litige matrimonial (130).

En matière de règles de conflit de lois, depuis l'entrée en vigueur de la Convention relative à la protection des enfants, l'article 35 du Codip contient un paragraphe supplémentaire prévoyant expressément que « § 3. *Par dérogation aux dispositions des §§ 1^{er} et 2, lorsque la personne est âgée de moins de dix-huit ans, le droit applicable est déterminé par la Convention 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, conclue à La Haye le 19 octobre 1996.*

Il en va de même lorsque la personne a moins de dix-huit ans et que la compétence internationale des juridictions belges est fondée sur les dispositions du 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 ». Ainsi, à l'égard d'un enfant de moins de 18 ans, les règles de conflit de lois du Codip ne trouvent plus à s'appliquer (131).

Enfin, l'article 22 du Codip s'applique en matière de reconnaissance des décisions dans le cas où la décision émane d'un État non membre de l'Union européenne et non contractant à la Convention relative à la protection des enfants.

(130) S. FRANCO, « La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles IIbis et du Code de droit international privé », *o.c.*, pp. 702 et 703.

(131) H. ROSOUX, « Entrée en vigueur de 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 ... », *R.P.P.*, 2014, vol. 4, p. 479. Voy. pour un commentaire antérieur de l'article 35 du Codip, H. ROSOUX, « Seconde étape : Détermination des mesures de protection », *Rép. not.*, t. XVIII, liv. 3, *D.I.P.* — *Successions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 142 et K. JANSEGGERS, « Artikel 35 — Recht toepasselijk inzake ouderlijk gezag, voogdij en bescherming van onbekwamen », in *Le Code de droit international privé commenté*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 186 à 190.

VII. Conclusion

Suite à l'entrée en vigueur de la Convention relative à la protection des enfants, la matière de la protection internationale des enfants âgés de moins de dix-huit ans est maintenant en majorité internationalisée (132) et ce, dans le respect de l'intérêt supérieur des enfants. En Belgique, cette matière échappe donc aux règles de droit commun.

Ainsi, s'agissant des personnes âgées de moins de dix-huit ans, l'articulation des divers instruments en matière de protection internationale des enfants peut se synthétiser de la manière suivante (133):

Au niveau européen, le Règlement Bruxelles II *bis* s'applique d'une part, pour la désignation des juridictions compétentes d'un État membre, si et seulement si, l'enfant réside habituellement sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne et d'autre part, pour la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par un État membre et ce, quelle que soit la localisation de la résidence habituelle de l'enfant.

Au niveau international, la Convention relative à la protection des enfants contient des règles de conflit de juridictions applicables si l'enfant réside habituellement sur le territoire d'un État contractant à cette Convention, par ailleurs non membre de l'Union européenne. Les règles de conflit de lois qu'elle contient s'appliquent quant à elles dans tous les cas. Enfin, les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions s'appliquent si la décision a été rendue par un État membre de l'Union européenne pour un État non membre, ou par un État non membre pour un État membre, tous deux États contractants à la Convention relative à la protection des enfants.

Au niveau national, le droit international privé national, soit le Codip en Belgique, ne s'applique, au niveau de la compétence internationale, que dans l'hypothèse où l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État à la fois non membre de l'Union européenne et non contractant à la Convention relative à la protection des enfants. Quant à la reconnaissance et à l'exécution des décisions, le Codip ne trouve à s'appliquer que si la décision a été rendue par un État tiers à l'Union européenne et non contractant à la Convention précitée.

(132) Concernant l'internationalisation du droit de la famille, voy. A. DYER, « The internationalization of family law », *U.C. Davis L. Rev.*, 1997, vol. 30, pp. 625 à 645.

(133) Pour un résumé sous forme de tableau, voy. H. ROSOUX, « Entrée en vigueur de 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 ... », *o.c.*, p. 479.

Enfin, il convient de préciser que dans l'hypothèse d'une personne âgée de plus de dix-huit ans, le Codip s'applique de manière résiduelle, tant pour la compétence internationale (articles 32 et 33) que pour la loi applicable (article 35) (134).

Ainsi, avec l'entrée en vigueur de ce nouvel instrument international, le praticien en matière de protection internationale des enfants va devoir jongler avec diverses sources et ce, pour une meilleure protection de l'enfant.

Julie MARY

Assistante en droit international privé
et droit européen à l'U.C.L.
Avocate au barreau de Bruxelles

(134) Pour de plus longs développements, voy. J.-L. VAN BOXSTAEL, « L'adulte protégé et la frontière — Après la loi du 17 mars 2013 », *o.c.*, pp. 167 et s.