Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GERARD HOGAN
présentées le 4 juin 2020 [1]

Affaire C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
contre
ZW

[demande de décision préjudicielle formée par l'Amtsgericht Heilbronn (tribunal de district de Heilbronn, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Article 18 TFUE – Article 21 TFUE – Citoyenneté de l'Union – Droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres – Directive 2004/38/CE – Article 27 – Infraction d'enlèvement d'enfant – Enfant placé sous l'autorité d'un représentant légal – Parent privé d'une partie de son autorité parentale déplaçant l'enfant à l'étranger sans l'accord préalable du représentant légal »

I. Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 18 et 21 TFUE et de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) nº 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE [2].

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'une procédure engagée contre ZW, qui fait l'objet de poursuites en tant que coauteur d'une infraction consistant en l'enlèvement d'un mineur qui est son fils.

3. Les questions posées par la juridiction de renvoi concernent une nouvelle fois la portée du droit à la libre circulation des citoyens de l'Union européenne. La réponse apportée par la Cour permettra également de clarifier, dans le contexte spécifique de l'enlèvement d'enfants, le champ d'application de l'article 27 de la directive 2004/38, qui autorise les États membres à restreindre la libre circulation pour des raisons d'ordre public.

1 Langue originale : l'anglais.

2 JO 2004, L 158, p. 77, et rectificatifs JO 2004, L 229, p. 35, et JO 2005, L 197, p. 34.

II. Le cadre juridique

A. Le droit international

4. L'article 12 de la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, conclue le 25 octobre 1980 à La Haye (ci-après la « convention de La Haye de 1980 »), dispose :

« Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

[…] »

B. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/38

5. L'article 27 de la directive 2004/38 est la première disposition du chapitre VI, intitulé « Limitation du droit d'entrée et du droit de séjour pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ». Cette disposition se lit comme suit :

« 1. Sous réserve des dispositions du présent chapitre, les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques.

2. Les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles mesures.

Le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. Des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues.

[…] »

2. Le règlement (CE) nº 2201/2003

6. Les considérants 17 et 21 du règlement (CE) nº 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) nº 1347/2000[3] sont libellés comme suit :

« (17) En cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant, son retour devrait être obtenu sans délai et à ces fins la convention de La Haye du 25 octobre 1980 devrait continuer à s'appliquer telle que complétée par les dispositions de ce règlement et en particulier de l'article 11. Les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement devraient être en mesure de s'opposer à son retour dans des cas précis, dûment justifiés. Toutefois, une telle décision devrait pouvoir être remplacée par une décision ultérieure de la juridiction de

3 JO 2003, L 338, p. 1.

l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement ou non-retour illicites. Si cette décision implique le retour de l'enfant, le retour devrait être effectué sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure pour la reconnaissance et l'exécution de ladite décision dans l'État membre où se trouve l'enfant enlevé.

[…]

(21) La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un État membre devraient reposer sur le principe de la confiance mutuelle et les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire. »

7. L'article 42 du règlement nº 2201/2003 relève du champ d'application de la section 4, intitulée « Force exécutoire de certaines décisions relatives au droit de visite et de certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant ». Selon cette disposition :

« 1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine conformément au paragraphe 2.

Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire.

2. Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si :

a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité,

b) les parties ont eu la possibilité d'être entendues, et que

c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980.

Au cas où la juridiction ou toute autre autorité prend des mesures en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'État de sa résidence habituelle, le certificat précise les modalités de ces mesures.

Le juge d'origine délivre de sa propre initiative ledit certificat, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe IV (certificat concernant le retour de l'enfant).

Le certificat est rempli dans la langue de la décision. »

C. Le droit allemand

8. L'article 25 du Strafgesetzbuch (code pénal, ci-après le « StGB ») dispose :

« 1) Quiconque commet une infraction personnellement ou par l'intermédiaire d'une autre personne est puni en tant qu'auteur de l'infraction.

2) Lorsque l'infraction est commise de façon conjointe par plusieurs personnes, chaque personne est punie en tant qu'auteur (coauteur). »

9. L'article 235 du StGB énonce comme suit :

« 1) Est puni d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans ou à une amende quiconque soustrait ou ne remet pas aux parents, à l'un des parents, au tuteur ou au curateur

1. une personne âgée de moins de 18 ans, par la violence, la menace d'un mal sensible ou la ruse, ou

2. un enfant avec lequel il n'a pas de lien de parenté.

2) Est puni de la même peine quiconque

1. soustrait un enfant aux parents, à l'un des parents, au tuteur ou au curateur, dans le but de le déplacer à l'étranger, ou

2. ne remet pas aux parents, à l'un des parents, au tuteur ou au curateur un enfant se trouvant à l'étranger après que celui-ci y a été déplacé ou qu'il s'y est rendu.

3) Dans les cas visés au paragraphe 1, point 2, et au paragraphe 2, point 1, la tentative est également passible de poursuites pénales.

4) Une peine privative de liberté d'un à dix ans est prononcée lorsque l'auteur des faits

1. expose la victime, du fait de l'infraction, au risque de mort ou d'atteinte grave à sa santé ou de préjudice important affectant son développement physique ou psychique, ou

2. commet l'infraction contre une rémunération ou dans l'intention de s'enrichir ou d'enrichir un tiers.

5) Si, du fait de l'infraction, l'auteur a causé la mort de la victime, la peine privative de liberté ne peut être inférieure à trois ans.

6) Dans les cas visés au paragraphe 4 dont la gravité est moindre, une peine privative de liberté de six mois à cinq ans est prononcée, dans les cas visés au paragraphe 5 dont la gravité est moindre, une peine privative de liberté d'un à dix ans est prononcée.

7) L'enlèvement de mineurs, dans les cas visés aux paragraphes 1 à 3, ne donne lieu à poursuites qu'en cas de plainte, sauf si l'autorité chargée des poursuites estime qu'un intérêt général particulier à l'exercice de poursuites requiert son intervention d'office. »

III. Les faits au principal

10. La présente affaire trouve son origine dans une procédure pénale engagée en Allemagne contre ZW, de nationalité roumaine et résidant en Allemagne, pour enlèvement international de son propre enfant, AW.

11. AW, de nationalité roumaine, réside avec sa mère en Allemagne depuis 2009. Les parents d'AW sont séparés et son père roumain vit en Roumanie. En raison de ses problèmes de comportement, l'enfant a été placé, avec l'accord des parents, dans un foyer d'accueil pour la jeunesse au mois de mars 2013. Par ordonnance de 2014, une juridiction allemande a retiré aux parents le droit, notamment, de déterminer la résidence de l'enfant, avant de le confier à un représentant dit « curateur » (« Ergänzungspfleger ») dans le cadre d'une délégation partielle de l'autorité parentale dite « curatelle pour protection complémentaire » (« Ergänzungspflegschaft »).

12. Au mois de décembre 2017, AW, de retour au domicile de sa mère en raison de plusieurs échecs de placement dans divers foyers d'accueil pour la jeunesse, a été emmené en Roumanie par son père, avec l'accord de sa mère. Il y vit depuis lors. Dans la mesure où le curateur, qui exerce le droit de déterminer la résidence de l'enfant, n'en a pas été informé par les parents, il a porté plainte contre ces derniers, en tant que coauteurs de l'enlèvement international de l'enfant. Dans l'affaire au principal, c'est la mère qui a la qualité de prévenu.

13. La juridiction de renvoi relève que, en application de l'article 235, paragraphe 2, du StGB, l'enlèvement international d'enfants (en méconnaissance du droit du curateur de déterminer la résidence de l'enfant) est puni d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans ou d'une amende, que l'enfant soit détenu dans un autre État membre de l'Union ou dans un pays tiers. En revanche, si l'enlèvement est commis sur le territoire national, il n'est puni en vertu du StGB que si la personne concernée soustrait ou ne remet pas l'enfant par la violence, la menace d'un mal sensible ou la ruse.

14. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir, tout d'abord, si une disposition pénale telle que celle-ci relève du champ d'application du droit de l'Union et, dans l'affirmative, si elle est compatible avec ce dernier.

IV. La demande de décision préjudicielle et la procédure devant la Cour

15. C'est dans ces conditions que, par décision du 11 juin 2019, parvenue à la Cour le 14 juin 2019, l'Amtsgericht Heilbronn (tribunal de district de Heilbronn, Allemagne) a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes :

« 1) Le droit européen primaire et/ou dérivé, en particulier la [directive 2004/38], doit-il être interprété, dans le sens d'un droit étendu des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, comme couvrant également des dispositions pénales nationales ?

2) En cas de réponse affirmative à cette question : l'interprétation du droit européen primaire et/ou dérivé s'oppose-t-elle à l'application d'une disposition pénale nationale qui sanctionne le fait de ne pas remettre à son curateur un enfant se trouvant à l'étranger, sans que ladite disposition opère à cet égard de distinction entre les États de |l'Union] et les pays tiers ? »

16. Des observations écrites ont été déposées par le gouvernement allemand et la Commission européenne. En raison de la propagation du virus Covid-19, l'audience de plaidoiries prévue pour le 25 mars 2020 a été annulée. Au lieu de cela, par décision du 17 mars 2020, les questions pour réponse orale communiquées aux parties avant l'audience de plaidoiries ont été converties en questions pour réponse écrite. ZW, le gouvernement allemand et la Commission ont accédé à cette demande et ont répondu aux questions dans le délai imparti par la Cour. Ils ont donc tous eu l'occasion d'exprimer leur point de vue sur toutes les questions soulevées par le renvoi préjudiciel.

V. Analyse

A. Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle

17. Dans ses observations écrites, le gouvernement allemand soulève l'irrecevabilité des questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi. Selon le gouvernement allemand, les questions n'ont aucun lien réel et direct avec l'objet du litige dont cette juridiction est saisie. J'estime, toutefois, que la demande de décision préjudicielle est recevable.

18. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la procédure instituée à l'article 267 TFUE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher. Dans le cadre de cette coopération, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer. Il s'ensuit que les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa propre responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. Le rejet par la Cour d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées [4].

19. Dans la présente affaire, il n'est pas contesté que ZW, ressortissante d'un État membre, en l'occurrence la Roumanie, qui s'est déplacée dans un autre État membre, en l'occurrence l'Allemagne, a fait usage de sa liberté de circulation. Sa situation relève donc du champ d'application du droit de l'Union et, à tout le moins, des articles 18 et 21 TFUE [5].

20. En outre, la juridiction de renvoi a expliqué en détail les raisons pour lesquelles elle estimait que, pour statuer sur le litige dont elle est saisie, il convenait d'apprécier si le droit de l'Union s'opposait à l'application d'une disposition pénale telle que celle qui sert de base au recours porté devant elle.

21. Dans ces conditions, j'estime que la demande de décision préjudicielle doit être considérée comme étant recevable.

B. Sur la première question préjudicielle

22. Par sa première question, la juridiction de renvoi s'interroge, en substance, sur le point de savoir si le droit de l'Union et, en particulier, la directive 2004/38 sont susceptibles de couvrir des dispositions pénales nationales.

4 Voir, en ce sens, arrêts du 6 septembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, points 18 à 20), et du 23 janvier 2019, M.A. e.a. (C-661/17, EU:C:2019:53, points 48 à 50).

5 Voir, en ce sens, arrêt du 13 novembre 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, point 27).

23. Cette question appelle une réponse affirmative. Si, en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent, dans une large mesure, de la compétence des États membres, il est de jurisprudence constante que le droit de l'Union impose des limites à la compétence des États membres en ces matières. En effet, cette compétence des États membres doit s'exercer dans le respect non seulement des libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union, mais aussi de l'ensemble du droit de l'Union, en particulier du droit primaire [6]. De telles dispositions législatives relevant du droit pénal ne peuvent, en effet, opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit de l'Union confère le droit à l'égalité de traitement, ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union [7].

C. Sur la seconde question préjudicielle

24. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le droit de l'Union, et plus précisément le principe de non-discrimination et la liberté de circulation consacrés aux articles 18 et 21 TFUE et précisés dans la directive 2004/38, s'oppose à l'application d'une disposition pénale nationale qui sanctionne le fait de ne pas remettre à son curateur un enfant se trouvant à l'étranger, sans que ladite disposition opère à cet égard de distinction entre les États de l'Union et les pays tiers.

25. Je tiens à préciser, à titre liminaire, que les circonstances particulières de l'affaire au principal, à savoir le fait que le droit de déterminer la résidence de l'enfant est exercé par un tiers et que la procédure pénale est donc potentiellement dirigée contre les deux parents, n'ont aucune influence sur l'interprétation du droit de l'Union demandée. En effet, la situation des personnes poursuivies est identique en ce qui concerne les conditions d'application de la disposition pénale.

1. Existe-t-il une différence de traitement et/ou une restriction à la liberté de circulation ?

26. Tout d'abord, force est de constater que la législation nationale en cause établit une distinction entre la situation qui se produit sur le territoire national et celle qui implique le déplacement d'un mineur vers un autre pays. Dans ce dernier cas, le simple fait de soustraire ou de ne pas remettre un enfant aux parents, à l'un des parents, au tuteur ou au curateur suffit pour donner lieu à une sanction pénale.

27. Dans ces conditions, il me semble que ce n'est pas la simple décision en matière d'autorité parentale, mais le risque de poursuites pénales qui est effectivement de nature à dissuader un citoyen de l'Union de quitter l'État membre d'accueil où il réside et de retourner dans son État membre d'origine avec son enfant lorsque cette personne n'a pas le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. En tant que telle, cette différence de traitement ainsi que ses effets sont susceptibles d'affecter, voire de restreindre, la liberté de circulation des citoyens de l'Union concernés au sens de l'article 21 TFUE [8].

6 Voir, en ce sens, arrêt du 26 février 2019, Rimšēvičs et BCE/Lettonie (C-202/18 et C-238/18, EU:C:2019:139, point 57).

7 Voir, en ce sens, arrêts du 2 février 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, point 19) ; du 24 novembre 1998, Bickel et Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, point 17), et du 28 avril 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, points 53 et 54).

8 Voir, en ce sens, arrêts du 6 septembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, points 32 et 33) ; du 13 novembre 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, points 28 et 30), et du 13 juin 2019, TopFit et Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, points 44 et 47).

28. Selon une jurisprudence constante, une telle restriction ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national [9]. Néanmoins, dans un souci d'exhaustivité et puisque la Commission se fonde sur cet argument, je propose d'examiner en premier lieu la question de savoir si la mesure en cause peut être justifiée par la dérogation fondée sur des raisons d'ordre public que prévoit l'article 27 de la directive 2004/38.

2. L'article 27 de la directive 2004/38 et la dérogation fondée sur des raisons d'ordre public

29. L'article 27 de la directive 2004/38 permet aux États membres de restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Indépendamment de la question de savoir si la lutte contre l'enlèvement d'enfants qui sous-tend la disposition nationale en cause peut être considérée comme une raison d'ordre public, je ne pense pas qu'une disposition nationale telle que celle en cause au principal relève du champ d'application de l'article 27 de la directive 2004/38.

30. En effet, une interprétation tant systématique que téléologique confirme que le champ d'application de l'article 27 de la directive 2004/38 est limité, d'une part, aux restrictions au droit d'entrée stricto sensu et, d'autre part, aux mesures d'éloignement.

31. En ce qui concerne l'interprétation systématique, à savoir le contexte normatif dans lequel la disposition s'inscrit, il y a lieu de relever que l'article 27 de la directive 2004/38 est la première disposition du chapitre VI de cette même directive, intitulé « *Limitation du droit d'entrée et du droit de séjour* pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique » [10]. En outre, l'article 27 est lui-même intitulé « Principes généraux », ce qui signifie que ces principes sont développés par les dispositions qui suivent. Cependant, toutes ces dispositions du chapitre VI ne concernent que la protection contre l'éloignement (article 28, « Protection contre l'éloignement » ; article 32, « Effets dans le temps d'une interdiction du territoire », et article 33, « Éloignement à titre de peine ou de mesure accessoire »), le type de maladies pouvant empêcher l'entrée sur le territoire d'un État membre ou justifier l'éloignement (article 29) et les garanties procédurales contre toute décision prise sur la base de l'article 27 de cette même directive (article 30, « Notification des décisions », et article 31, « Garanties procédurales »). La plupart, si ce n'est la totalité, de ces dispositions procédurales ne concernent expressément que les décisions d'éloignement.

32. S'agissant de la question de l'interprétation téléologique, les considérants 22 à 27 de la directive 2004/38 sont particulièrement éclairants. Premièrement, après avoir rappelé que des limitations à l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique sont permises par le traité, le considérant 22 énonce que, « [e]n vue de définir plus précisément les conditions et les garanties procédurales sous réserve desquelles les citoyens de l'Union et les membres de leur famille *peuvent se voir refuser le droit d'entrée sur le territoire ou en être éloignés*, la présente directive devrait remplacer la directive 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » [11], lesquelles mesures, en réalité, ne portent que sur l'éloignement. Deuxièmement, tous les autres considérants relatifs au chapitre VI de la directive 2004/38 se réfèrent uniquement à l'éloignement (considérants 23, 24 et 27) ou au refus d'entrée sur le territoire d'un autre État membre (considérants 25 et 26).

9 Voir, en ce sens, arrêts du 6 septembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, point 34) ; du 13 novembre 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, point 31), et du 13 juin 2019, TopFit et Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, point 48).

10 Mise en italique par mes soins.

11 JO 1964, 56, p. 850. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 75/35/CEE du Conseil, du 17 décembre 1974 (JO 1975, L 14, p. 14). Mise en italique par mes soins.

33. Par conséquent, eu égard aux considérations qui précèdent, j'estime qu'une disposition telle que celle en cause au principal, qui n'interdit pas l'entrée d'un citoyen de l'Union sur le territoire d'un autre État membre ni n'ordonne son éloignement, mais qui a pour « seul » résultat d'affecter ou de restreindre sa liberté de circulation, ne relève pas du champ d'application de l'article 27 de la directive 2004/38. En d'autres termes, seul le refus d'entrée ou l'éloignement (et les mesures *directement discriminatoires*) peut être justifié par l'une des trois dérogations expresses prévues par le traité, puis concrétisées au chapitre VI de la directive 2004/38 [12].

34. En tout état de cause, si la Cour décidait de ne pas suivre cette interprétation de l'article 27 de la directive 2004/38, elle devrait, selon moi, conclure qu'une disposition telle que celle en cause au principal n'est pas conforme aux exigences de cette même directive. En effet, comme la Cour n'a cessé de le souligner, l'article 27, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2004/38 prévoit expressément que les justifications « tenant à des raisons de *prévention générale* ne peuvent être retenues » [13].

35. Je considère que la disposition législative nationale en cause au principal constitue une mesure de prévention générale. En effet, le gouvernement allemand a lui-même expliqué dans ses observations écrites que l'article 235, paragraphe 2, du StGB contribue *de façon préventive* à garantir le principe qui veut que le droit de garde soit exercé en règle générale au lieu de la résidence habituelle initiale de l'enfant [14]. Dans ce contexte, force est de constater que la disposition nationale en cause est un acte de portée générale qui s'applique à des situations objectivement déterminées et qui produit des effets à l'égard des personnes visées de manière générale et abstraite, en vue de les dissuader d'adopter des comportements considérés comme contraires aux intérêts de la société et, en particulier, des enfants. En tant que telle, cette disposition constitue une mesure de prévention générale et, partant, ne saurait relever du champ d'application de l'article 27 de la directive 2004/38.

36. Bien entendu, une restriction à la liberté de circulation peut toutefois être justifiée lorsqu'elle repose sur des considérations objectives et est proportionnée à l'objectif légitime poursuivi par les dispositions nationales [15]. C'est la question que je vais examiner à présent.

3. L'existence de considérations objectives susceptibles de justifier la restriction et la proportionnalité de la disposition nationale en cause

37. Comme évoqué précédemment, le gouvernement allemand fait valoir que sa législation est motivée par la volonté de garantir que le droit de garde soit exercé en règle générale au lieu de la résidence habituelle initiale de l'enfant. En outre, ce gouvernement affirme que la législation vise plus largement à protéger à la fois les droits de l'autorité parentale et ceux des enfants [16]. La Commission partage ce point de vue et explique que l'objectif de la mesure concernée est de prévenir et, le cas échéant, de finalement sanctionner les enlèvements internationaux d'enfants, ce qui est un objectif légitime et susceptible donc d'être justifié au regard de l'ordre public.

38. Étant donné que ces objectifs sont intrinsèquement liés aux droits fondamentaux de l'enfant, je suis d'avis qu'ils doivent être considérés comme des objectifs légitimes du point de vue du droit de l'Union [17].

12 Voir, en ce sens, Barnard, C., et Peers, S., *European Union Law*, 2e édition, Oxford University Press, 2017, p. 402-403.

13 Mise en italique par mes soins. Voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, point 24) ; du 17 novembre 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, point 34), et du 4 octobre 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, point 41).

14 Point 76 des observations écrites du gouvernement allemand. Parallèlement au premier objectif, le gouvernement allemand invoque également l'objectif consistant à garantir qu'un enlèvement d'enfant ne modifie pas la compétence du tribunal de la résidence habituelle de l'enfant.

15 Voir jurisprudence citée en note en bas de page 9.

16 Points 75 et 76 des observations écrites du gouvernement allemand.

17 Certains auteurs soutiennent même, plus généralement, que tout ce qui a trait à la protection de la famille constitue un objectif légitime (voir, en ce sens, Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen,* Bruylant, Bruxelles, 2017, nº 258, p. 260).

39. En effet, comme jugé auparavant par la Cour, l'un de ces droits fondamentaux de l'enfant est celui, énoncé à l'article 24, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents dont le respect se confond incontestablement avec un intérêt supérieur de tout enfant. À cet égard, force est de constater qu'un déplacement illicite de l'enfant, consécutivement à une décision prise unilatéralement par l'un de ses parents, prive, le plus souvent, l'enfant de la possibilité d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec l'autre parent [18].

40. Dans le droit fil de ces observations, il convient également de noter que la convention de La Haye de 1980, complétée ultérieurement par le règlement nº 2201/2003, a également été spécialement adoptée au motif que les intérêts des enfants revêtent une importance primordiale en matière de garde. Il est donc nécessaire de protéger, sur le plan international, les enfants contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite et d'établir des procédures en vue de garantir leur retour immédiat dans l'État de leur résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite [19].

41. Dans ces conditions, la législation nationale qui vise, entre autres, à empêcher le déplacement ou le non-retour illicite d'enfants poursuit incontestablement un objectif légitime au regard du droit de l'Union.

42. Toutefois, des mesures restrictives d'une liberté fondamentale, telles que celles prévues à l'article 21 TFUE, ne peuvent être justifiées par des considérations objectives que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives [20].

43. Dans ce contexte, je doute sincèrement qu'une mesure telle que la législation en cause au principal puisse être considérée comme objectivement nécessaire. Même si cette mesure a été adoptée afin de garantir son objectif déclaré, à savoir traiter les cas de déplacement ou de non-retour illicite, il est frappant de constater que des comportements similaires se produisant sur le territoire national ne sont pas pénalisés de la même manière. En revanche, comme évoqué précédemment, le législateur de l'Union a lui-même également adopté le règlement nº 2201/2003 afin de dissuader les enlèvements d'enfants entre les États membres et, en cas d'enlèvement, d'obtenir le retour de l'enfant sans délai [21]. Par ailleurs, ce même règlement, qui procède de la conception selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer [22], consacre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions rendues dans les États membres. Ce principe est lui-même fondé, comme il ressort du considérant 21 du règlement nº 2201/2003, sur le principe de confiance mutuelle entre les États membres [23].

44. Or, il est désormais clairement établi que le principe de confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. En vertu d'une jurisprudence constante, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux

18 Voir, en ce sens, arrêt du 23 décembre 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, points 54 et 56).

19 Voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, points 48, 51 et 53).

20 Voir, en ce sens, arrêt du 6 septembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, point 38).

21 Voir, en ce sens, considérant 17 du règlement nº 2201/2003. Voir, également, arrêts du 11 juillet 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, point 52), et du 23 décembre 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, point 49).

22 Voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, point 51).

23 Voir, en ce sens, arrêt du 23 décembre 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, point 45).

reconnus par ce droit [24]. Par ailleurs, en ce qui concerne le règlement nº 2201/2003, il convient certainement de rappeler que la Cour a elle-même souligné que la coopération et la confiance mutuelle entre les juridictions sur lesquelles le règlement est fondé devaient conduire à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, *pierre angulaire* de la création d'un véritable espace judiciaire [25].

45. Il est manifeste que le caractère international d'affaires telles que celle au principal est susceptible de conduire plus fréquemment à des difficultés liées, entre autres, à la diversité linguistique de la procédure ou à l'éloignement, mais aussi à la nécessité particulière d'obtenir la certification de la décision ordonnant le retour d'un enfant en vertu de l'article 42 du règlement nº 2201/2003. Si ces difficultés ne doivent pas être minimisées, le principe de confiance mutuelle ne peut être compromis en invoquant des difficultés pratiques de ce type sans porter également atteinte à l'effet utile des instruments fondés sur ce principe. Or, c'est précisément ce qui se passerait si un État membre était autorisé à distinguer de cette manière entre les enlèvements d'enfants qui ont lieu dans cet État membre, d'une part, et les enlèvements d'enfants impliquant un autre État membre, d'autre part.

46. Dans ces conditions, il me semble qu'une législation nationale, telle que celle en cause au principal, n'apparaît pas nécessaire pour atteindre l'objectif qu'elle poursuit lorsque l'éloignement ou le non-retour illicite a lieu dans un autre État membre et non dans un État tiers.

47. Il appartient donc à la juridiction saisie de laisser inappliquée la législation nationale qui est en conflit avec le droit de l'Union, puisqu'il ne fait aucun doute que les dispositions de l'article 21 TFUE ont un effet direct [26] et peuvent donc être invoquées à cette fin par un particulier vis-à-vis d'un État membre [27].

4. À titre subsidiaire, l'analyse de la proportionnalité stricto sensu

48. Dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas cette analyse et estimerait que la législation nationale en cause est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par la mesure, encore faudrait-il vérifier si cet objectif ne peut être atteint par des mesures moins restrictives.

49. En ce qui concerne cette question, j'estime que la condamnation systématique à une peine privative de liberté ou à une amende en cas de déplacement ou de non-retour d'un enfant se trouvant à l'étranger sans en informer le(s) titulaire(s) de l'autorité parentale serait incompatible avec le principe de proportionnalité.

50. En effet, comme énoncé à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte « [l]'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ». Comme l'a expliqué l'avocat général Bobek dans les conclusions présentées à l'occasion de l'affaire Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), la proportionnalité des sanctions suppose deux niveaux. Premièrement, la sanction imposée doit être

24 Voir, en ce sens, avis 2/13 (Adhésion de l'Union à la CEDH), du 18 décembre 2014 (EU:C:2014:2454, point 191) ; arrêts du 25 juillet 2018, Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 36), et du 19 mars 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, point 81).

25 Voir, en ce sens, arrêt du 16 janvier 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, point 41).

26 En ce qui concerne l'effet direct de la liberté de circulation, voir arrêts du 4 décembre 1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, point 7), et du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, EU:C:2002:493, points 84 et 86).

27 Voir, en ce sens, arrêt du 24 juin 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, point 61).

proportionnée à la gravité de l'infraction. Deuxièmement, lors de la détermination de la sanction, il faut tenir compte des circonstances individuelles de l'espèce [28]. La mise en œuvre effective d'un contrôle de proportionnalité suppose, en effet, une appréciation in concreto en fonction des circonstances particulières de chaque espèce [29].

51. Afin de respecter ce principe, la législation nationale pertinente doit donc permettre un examen individuel de la situation dans laquelle les faits en cause se sont produits [30].

52. Dans ses réponses aux questions posées par la Cour, le gouvernement allemand relève que la condamnation à une peine privative de liberté ou à une amende n'est pas systématique et que les spécificités du cas d'espèce peuvent être prises en compte dans le cadre de la condamnation. En l'absence de toute indication à cet égard dans la demande de décision préjudicielle, il appartient néanmoins à la juridiction nationale de vérifier si l'application de l'article 235 du StGB respecte le principe de proportionnalité en autorisant la juridiction nationale à tenir compte des éléments concrets et individuels du cas d'espèce avant qu'une sanction, qu'il s'agisse d'une peine privative de liberté ou d'une amende, ne soit effectivement prononcée [31].

53. À cette fin, la juridiction nationale pourra tenir compte de différents éléments tels que le comportement personnel du parent poursuivi, l'état des relations entre les deux parents, la mise en œuvre ou non des mécanismes prévus par le règlement nº 2201/2003 et le résultat de cette mise en œuvre, ainsi que, le cas échéant, le point de vue de l'enfant lui-même, étant donné que l'article 24, paragraphe 1, de la Charte prévoit que l'opinion des enfants concernés doit être prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

54. Dans le cas où le droit national ne permet pas un tel examen individuel, il incomberait à la juridiction saisie de laisser inappliquée la législation nationale contraire au droit de l'Union.

VI. Conclusion

55. Au vu des considérations qui précèdent, je propose donc à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par l'Amtsgericht Heilbronn (tribunal de district de Heilbronn, Allemagne) de la manière suivante :

1) Les États membres exercent leur compétence en matière pénale dans le respect non seulement des libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union, mais aussi de l'ensemble du droit de l'Union, en particulier du droit primaire. Par conséquent, les articles 18 et 21 TFUE doivent être interprétés en ce sens que les dispositions pénales nationales ne peuvent opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit de l'Union confère le droit à l'égalité de traitement, ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union.

2) Les articles 18 et 21 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui sanctionne différemment le déplacement ou le non-retour illicite d'un enfant selon que la situation se produit sur le territoire national ou sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne, lequel est considéré à cet effet comme un pays tiers.

28 Conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494, point 42).

29 Voir, en ce sens, dans le contexte du mandat d'arrêt européen, conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, point 93).

30 Voir, en ce sens, arrêt du 12 mars 2019, Tjebbes e.a. (C-221/17, EU:C:2019:189, point 41).

31 Voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, point 28), et du 12 mars 2019, Tjebbes e.a. (C-221/17, EU:C:2019:189, point 40).

À titre subsidiaire, les articles 18 et 21 TFUE, lus à la lumière de l'article 24 et de l'article 49, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui sanctionne différemment le déplacement ou le non-retour illicite d'un enfant selon que la situation se produit sur le territoire national ou sur le territoire d'un autre État membre de l'Union, dans la mesure où les juridictions nationales sont en mesure de procéder à un examen individuel de la situation dans laquelle les faits en cause se sont produits.

Lors de cet examen, les juridictions peuvent notamment tenir compte du comportement personnel du parent faisant l'objet de poursuites et de l'état des relations entre les deux parents, ainsi que de la mise en œuvre ou non des mécanismes prévus par le règlement (CE) nº 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) nº 1347/2000, et, le cas échéant, du point de vue de l'enfant lui-même.