

# **BGer 5A\_850/2022 vom 1. Dezember 2022**

Bundesgericht, 2022-12-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_850\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_850_2022)

FR: TF 5A\_850/2022 du 1 décembre 2022

IT: TF 5A\_850/2022 del 1 dicembre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La décision statuant sur la requête en retour d'enfants à la suite d'un déplacement international est une décision finale ( art. 90 LTF ) prise en application de normes de droit public dans une matière connexe au droit civil, singulièrement en matière d'entraide administrative entre les États contractants pour la mise en oeuvre du droit civil étranger (art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF; ATF 133 III 584 consid. 1.2; 120 II 222 consid. 2b). La Chambre des curatelles du Tribunal cantonal du canton de Vaud a statué en instance cantonale unique conformément à l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA; RS 211.222.32); il y a ainsi exception légale au principe du double degré de juridictions cantonales ( art. 75 al. 2 let. a LTF ). Le recourant, qui a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ), a agi à temps ( art. 100 al. 2 let. c LTF).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut notamment être interjeté pour violation du droit fédéral et du droit international ( art. 95 let. a et b LTF ). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 147 I 73 consid. 2.1; 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ; ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 147 I 73 consid. 2.2; 144 III 93 consid. 5.2.2; 140 III 264 consid. 2.3), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation susmentionné ( art. 106 al. 2 LTF ; cf.

supra consid. 2.1; ATF 147 I 73 consid. 2.2; 146 IV 88 consid. 1.3.1).

Il ne sera pas tenu compte du bref rappel des faits auquel se livre le recourant dans la mesure où ceux-ci diffèrent partiellement de ceux retenus par la cour cantonale, sans que l'intéressé n'invoque à cet égard leur établissement arbitraire.

### **E. 2.3**

Les faits et moyens de preuve nouveaux sont prohibés, sauf s'ils résultent de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence). Il en va de même des faits et pièces postérieurs à l'arrêt entrepris (vrais

nova ; ATF 143 V 19 consid. 1.2 et les références; 139 III 120 consid. 2.1.3 et la référence), à moins qu'ils ne rendent sans objet le recours ( ATF 137 III 614 consid. 3.2.1).

Le recourant annexe à son recours un courrier, rédigé par son avocat français, indiquant qu'aucune poursuite pénale n'aurait été diligentée à l'encontre de l'intimée. Datée du 2 novembre 2022 et postérieure à la décision entreprise, cette pièce est irrecevable. Contrairement à ce qu'affirme le recourant, l'information qui ressort de ce courrier ne constitue pas un fait résultant de la décision attaquée au sens de la jurisprudence susmentionnée.

### **E. 3**

La demande introduite par le recourant vise le retour immédiat de la fille des parties vers la France. Elle est fondée sur la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (ci-après: CLaH80; RS 0.211.230.02), convention ratifiée tant par la Suisse que par la France et en vigueur dans ces deux États.

La CLaH80 a pour but d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant et de faire respecter de manière effective dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existants dans un autre État contractant (art. 1 CLaH80). A teneur de l'art. 4 CLaH80, la Convention s'applique à tout enfant de moins de 16 ans qui avait sa résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite (art. 5 CLaH80).

Le retour de l'enfant dans son pays de provenance ne peut être ordonné que si le déplacement est illicite au sens de l'art. 3 CLaH80 et si aucune des exceptions au retour prévues par l'art. 13 CLaH80 n'est réalisée.

#### **E. 3.1**

L'illicéité du déplacement a été retenue par la cour cantonale (arrêt cantonal, consid. 3.2.3). Cette conclusion n'est désormais plus contestée par l'intimée.

#### **E. 3.2**

Il s'agit ici ainsi uniquement de déterminer si le refus de l'autorité cantonale d'ordonner le retour de l'enfant, fondé sur l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, est conforme au droit, ce que conteste le recourant.

##### **E. 3.2.1**

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne en principe son retour immédiat (art. 1 let. a, 3 et 12 al. 1 CLaH80), à moins notamment que l'une des exceptions prévues à l'art. 13 CLaH80 ne soit réalisée (arrêts 5A\_954/2021 du 3 janvier 2022 consid. 5.1.1 et les références; arrêt 5A\_643/2020 du 11 septembre 2020 consid. 5.1).

Seule l'exception au retour prévue par l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 entre en considération. Selon cette dernière disposition, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'il existe un risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière ne le place dans une situation

intolérable. Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; arrêt 5A\_990/2019 du 21 janvier 2020 consid. 5.1).

#### **E. 3.2.1.1**

L'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 est précisée par l'art. 5 LF-EEA, qui énumère une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (Message concernant la mise en oeuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en oeuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433, n° 6.4). Ainsi, le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque: 1° le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans son intérêt (let. a); 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui (let. b); 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (let. c; notamment: arrêt 5A\_643/2020 précité consid. 5.1.2.1 et les références; 5A\_990/2019 précité consid. 5.1.1).

#### **E. 3.2.1.2**

S'agissant plus particulièrement de la séparation de l'enfant et du parent ravisseur, il faut avant tout tenir compte du fait que le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3); la situation des nourrissons et des jeunes enfants, au moins jusqu'à l'âge de deux ans, doit néanmoins être réservée, le caractère intolérable de la séparation étant reconnue dans tous les cas (arrêt 5A\_437/2021 du 8 septembre 2021 consid. 4; 5A\_936/2016 du 30 janvier 2017 consid. 6.3.1 et les nombreuses références jurisprudentielles citées).

Lorsque la séparation est intolérable, il convient alors de vérifier s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il raccompagne lui-même l'enfant (art. 5 let. b LF-EEA), un placement auprès de tiers ne devant constituer qu'une

ultima ratio, dans des situations extrêmes, si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier (art. 5 let. c LF-EEA; arrêt 5A\_936/2016 précité

ibid.). Lorsque le parent ravisseur, dont l'enfant ne devrait pas être séparé de lui, crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de le raccompagner, alors qu'on peut l'exiger de lui, il ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour; à défaut, le parent ravisseur pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour (ATF 130 III 530 consid. 2; arrêt 5A\_643/2020 précité consid. 5.1.2.2 et les références). Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l'art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou s'il a

noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s'agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (parmi plusieurs: arrêts 5A\_643/2020 précité consid. 5.1.2.2 et les références; 5A\_990/2019 précité consid. 5.1.2).

### **E. 3.2.2**

La cour cantonale a estimé que le retour de C. \_\_\_\_\_ en France lui serait hautement préjudiciable. Elle a d'abord relevé que le lien unissant C. \_\_\_\_\_ à son père était ténu, voire inexistant, et restait à être construit: les parties s'étaient séparées peu avant, voire juste après la naissance de leur fille et admettaient qu'initialement, le recourant n'exerçait son droit de visite qu'à raison d'une heure par semaine, un dimanche sur deux et au domicile de l'intimée, en sorte qu'il fallait en déduire que celle-ci était la figure d'attachement et le parent de référence de la fillette; le droit de visite convenu entre les parties et ratifié par le jugement français du 21 septembre 2021 n'avait guère été exercé, l'enfant n'ayant finalement passé que quelques heures d'affilée auprès de son père, et les contacts avaient cessé depuis le mois de mars 2022. A cela s'ajoutait que C. \_\_\_\_\_ avait grandi avec ses deux demi-frère et soeur et qu'ils formaient tous trois une fratrie soudée. Compte tenu de ces circonstances, il était ainsi indéniable qu'un retour auprès de son père constituerait un bouleversement énorme pour une enfant si jeune et en plein développement, risquant hautement de créer un traumatisme lié à la séparation d'avec sa mère et de la menacer dans son développement tant psychique que social.

La chambre des curatelles a ensuite souligné qu'un retour de l'enfant en France n'était pas non plus envisageable du fait que sa mère y était exposée à des poursuites, dont il n'était pas contesté qu'elles pourraient entraîner sa mise en détention et son arrestation. Cette circonstance rendait un retour intolérable dans la mesure où il entraînerait une rupture brutale pour l'enfant; le fait que la mère ne pût pas retourner en France aurait pour conséquence que C. \_\_\_\_\_ vivrait exclusivement dans le foyer paternel, sans possibilité pour la mère d'avoir des contacts personnels avec elle, ce qui créerait ainsi un risque grave de mise en danger physique ou psychique. Le retour de C. \_\_\_\_\_ en France aurait également pour conséquence de couper les liens avec ses frère et soeur, pris en charge par leur mère, auxquels elle était fortement liée. Le placement auprès d'un tiers devait enfin être écarté: les conditions matérielles, éducatives, affectives et sociales dans lesquelles la mère vivait avec l'enfant étaient adéquates et la DGEJ avait constaté qu'aucune mesure de protection n'était nécessaire.

### **E. 3.2.3**

Le recourant prétend d'abord qu'en refusant d'ordonner le retour de sa fille en raison de la fragilité du lien les unissant, la cour cantonale aurait statué sur la garde, alors que non seulement cette compétence ne lui appartenait pas, mais que cette question avait de surcroît déjà été tranchée par les autorités françaises. Il reproche aussi à l'autorité cantonale de ne pas avoir détaillé les dangers qu'encourrait C. \_\_\_\_\_ auprès de lui - soulignant son aptitude à s'en occuper - et de s'être limitée à la vraisemblance du caractère intolérable du retour, alors que celui-là devait être établi. Le recourant estime qu'en réalité, la cour cantonale appliquait extensivement la jurisprudence excluant par principe la séparation

entre un très jeune enfant et son parent de référence, pourtant ici inapplicable dès lors que C.\_\_\_\_\_ était âgée de 3 ans; cette jurisprudence était d'ailleurs dépourvue de toute portée, vu la décision française fixant la résidence de l'enfant auprès de lui, qui examinait la question du bien de sa fille et n'avait pas été rendue par défaut. Le recourant affirme ensuite que la chambre des curatelles aurait donné une portée disproportionnée au risque d'incarcération auquel l'intimée s'exposait en se rendant en France dès lors que celui-ci n'était aucunement avéré: la disposition légale citée était insuffisante à le démontrer et l'intimée n'établissait pas qu'une procédure avait été ouverte à son encontre; or, ce n'était pas à lui qu'il incombait de le prouver. Ce prétendu risque n'était enfin pas décisif au regard du jugement français du 1

er mars 2022: si l'enfant regagnait la France, elle devrait s'installer chez lui et le droit de visite réservé à l'intimée pourrait être exercé en Suisse, lui-même étant disposé à en faciliter la mise en oeuvre.

L'intimée relève pour sa part que le caractère intolérable du retour avait été motivé de manière détaillée et convaincante par la cour cantonale, dont l'appréciation - notamment son statut de parent référent - n'était d'ailleurs nullement remise en cause par le recourant. La question du bien de C.\_\_\_\_\_ n'avait pas été examinée par le jugement français attribuant la garde de l'enfant à son père dès lors qu'il avait été rendu par défaut; cette dernière circonstance expliquait également que la décision ne prenait pas en compte le risque de son incarcération, lequel était pourtant bien concret et réel vu les plaintes pénales dont elle faisait l'objet et que le recourant n'avait pas retirées. S'agissant enfin de la possibilité d'exercer son droit de visite en Suisse, l'intimée souligne que, si elle venait à être incarcérée, elle ne pourrait de toute manière pas exercer cette prérogative.

#### **E. 3.2.4.1**

Il est ici établi que l'ordre de retour entraînerait une séparation entre l'enfant et sa mère vu le caractère immédiatement exécutoire du jugement français du 1

er mars 2022 fixant la résidence habituelle de C.\_\_\_\_\_ chez son père. L'on relèvera toutefois que la décision française, dont il est établi qu'elle a été rendue sans la participation de l'intimée et contre laquelle celle-ci a recouru (cf. let. A.g.a et A.g.c.

supra ), n'examine aucunement le bien de l'enfant pour appuyer le transfert de sa résidence habituelle chez son père, mais fonde celui-là exclusivement sur le comportement de la mère (cf. let. A.g.b

supra ). Cette décision, singulièrement son caractère exécutoire, a bien été prise en considération par la cour cantonale, qui ne statue d'ailleurs nullement sur la garde de l'enfant; il n'est pas contesté que cette problématique demeure du ressort de la compétence des autorités françaises vu l'illicéité avérée du déplacement (consid. 3.1

supra ).

Le recourant perd ensuite de vue que ce n'est pas le seul âge de C.\_\_\_\_\_ qui a été déterminant pour fonder le caractère intolérable du retour et le refus de l'ordonner, mais bien plutôt le fait que s'ajoute à cette circonstance le caractère ténu, voire inexistant du lien entre lui-même et sa fille. Il est en effet établi que les parties se sont séparées peu avant ou après la naissance de C.\_\_\_\_\_, que le recourant n'a jamais habité avec elle et que leur relation se fonde en réalité sur un vécu commun très limité. Le recourant, qui s'attache à démontrer ses aptitudes parentales - alors que celles-ci ne sont pas ici décisives (cf. consid.

### 3.2.1

supra ) -, se limite à alléguer avoir reçu sa fille certains week-ends ainsi qu'à affirmer l'existence d'un lien entre lui-même et l'enfant, sans toutefois en contester efficacement la fragilité (consid. 2.2

supra ). Cette problématique pourrait assurément être atténuée en supposant que l'intimée puisse raccompagner C. \_\_\_\_\_ en France: l'on ne saurait cependant l'exiger d'elle, vu les plaintes pénales dirigées à son encontre par le recourant pour non représentation d'enfant et le risque de détention qu'elles impliquent (cf. let. A.f et A.h

supra ). Selon l'art. 227-5 du code pénal français, le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est en effet puni d'un an d'emprisonnement et de 15'000 euros d'amende, voire de trois ans et de 45'000 euros lorsque l'enfant mineur est retenu indûment hors du territoire de la République (art. 227-9 du code pénal français). Certes l'on ignore si une instruction a été ouverte suite aux démarches du recourant et, dans l'affirmative, son avancement; il n'en demeure pas moins que les dispositions légales précitées suffisent à retenir que l'intimée risque à n'en pas douter l'incarcération en cas de retour en France - et non pas la seule ouverture d'une procédure pénale à son encontre selon l' ATF 130 III 550 auquel le recourant fait référence -; la rupture avec l'enfant serait ainsi inévitable. Que l'exercice du droit de visite aménagé par le jugement français du 1

er mars 2022 puisse être assuré en Suisse et permettre ainsi le maintien du lien avec la mère, comme le recourant prétend s'y engager, n'est enfin pas décisif: d'une part, vu la relation très conflictuelle entre les parties, un tel engagement doit être apprécié avec réserve; d'autre part et surtout, à défaut de lien solide entre le recourant et sa fille, il apparaît essentiel que celle-ci puisse avoir un accès aisé et direct à sa mère, qui reste incontestablement son parent référent.

L'on relèvera finalement que la possibilité de placer l'enfant en France, prévue par l' art. 5 let . c LF-EEA, n'apparaît manifestement pas conforme à son intérêt.

#### **E. 3.2.4.2**

Le recourant reproche également à la cour cantonale de s'être limitée à la vraisemblance du caractère intolérable du retour, alors que celui-là devait être établi (

supra consid. 3.2.1.2). Il est vrai que la juridiction cantonale a conclu son raisonnement en indiquant qu'en cas de retour auprès de son père " l'enfant serait vraisemblablement à tout le moins placée dans une situation intolérable ". Il s'agit néanmoins manifestement d'une formulation sans portée propre dès lors qu'elle est contredite par le raisonnement qui précède.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH80, la France a déclaré qu'elle ne prendra en charge les frais visés à l'art. 26 al. 2 CLaH80 que dans la mesure où ces frais sont couverts par le système français d'aide judiciaire. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [RS 0.111]), en sorte que la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas

gratuite (arrêts 5A\_990/2019 du 21 janvier 2020 consid. 8; 5A\_701/2019 du 23 octobre 2019 consid. 8). Le recourant, qui n'a pas déposé de requête d'assistance judiciaire et qui succombe, supportera ainsi les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ); il versera une indemnité de dépens en faveur de l'intimée ( art. 68 al. 1 LTF ). Il est enfin précisé qu'aucune indemnité n'est accordée au curateur de l'enfant qui s'est limité à déclarer s'en remettre à justice tant sur l'effet suspensif que sur le fond.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.