

**Arrêt du 3 septembre 2014 (f)
Résumé et analyse**

Proposition de citation :

Bastien Durel, La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision de retour en cas d'enlèvement international : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2014

**Art. 3, 5 let. a, 13 al. 1
let. a et b CLaH 80 ;
7 al. 1, 8 et 9 LF-EEA**

La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision de retour en cas d'enlèvement international : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014.

Bastien Durel

I. Objet de l'arrêt

A. Les faits

L'arrêt concerne une enfant née le 9 décembre 2013. Les parents se sont mariés le 28 septembre 2013 en France. La mère de l'enfant, de nationalité suisse et française, est arrivée en Suisse à l'âge de onze ans. Elle a ensuite résidé dans cet Etat jusqu'à son établissement en France avec le père en août 2013. Sa famille et ses amis résident en Suisse. Le père de l'enfant est de nationalité française et réside en France. Les parents s'occupaient tous deux de l'enfant de façon effective.

Le 11 janvier 2014, les époux se sont violemment disputés. Le père a alors effectué une déclaration de main courante, indiquant craindre que son épouse parte vivre en Suisse avec leur fille. Le lendemain, la mère a déposé une plainte pénale pour violences aggravées. Elle a alors contacté le père afin de lui faire part de son souhait de se rendre quelque temps en Suisse avec leur fille, alors âgée d'environ un mois. Le père a consenti à une séparation temporaire¹. Le même jour, la mère a quitté la France avec l'enfant et s'est établie chez sa mère et son beau-père à Oron-la-Ville, en Suisse, afin de s'éloigner des pressions physiques et psychologiques de son époux et de sa belle-famille.

Le 15 janvier 2014, le père a déposé en France une plainte contre son épouse pour soustraction de mineur par un ascendant. Le 21 janvier 2014, il a formé auprès de l'Autorité centrale française une demande de retour concernant sa fille, fondée sur la CLaH 80. Le 27 janvier 2014, il a déposé une demande en divorce et une requête de mesures provisoires auprès du Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance d'Evry, en France (ci-après : Juge aux affaires familiales).

¹ Cela ne ressort pas clairement de l'état de fait, mais du consid. 5.2.

Sur requête de la mère, le président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rendu, le 31 janvier 2014, une ordonnance de mesures superprovisionnelles déclarant que la garde de l'enfant était confiée à la mère et fixant le droit de visite du père. Le 10 avril 2014, il a par ailleurs suspendu, en application de l'art. 16 CLaH 80, la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale introduite par la mère, jusqu'à droit connu sur la procédure de retour de l'enfant introduite par le père.

Par ordonnance du 14 mars 2014, le Juge aux affaires familiales (France) a notamment dit que l'autorité parentale sur l'enfant est exercée en commun par les parents, a fixé la résidence de l'enfant chez le père et a arrêté les modalités du droit de visite de la mère. Il a de plus ordonné une enquête sociale sur la situation des parents, sur les conditions de vie de l'enfant et sur les mesures à prendre quant à l'exercice de l'autorité parentale, la résidence et le droit de visite.

Par requête adressée le 22 avril 2014 à la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois, le père a conclu au retour de sa fille à sa résidence habituelle en France, en application de la CLaH 80.

Le 28 avril 2014, le juge de la Chambre des curatelles (Suisse) a désigné une curatrice à l'enfant pour la procédure de retour. Le 30 avril 2014, la mère a conclu à l'irrecevabilité de la requête en retour, subsidiairement au rejet de celle-ci. Le 15 mai 2014, la curatrice de l'enfant a conclu au rejet des conclusions de la requête en retour, précisant que le déplacement devait être considéré comme illicite, mais que le retour de l'enfant ne devait pas être ordonné puisqu'une séparation d'avec sa mère placerait l'enfant dans une situation intolérable.

Le 15 mai 2014, le SPJ (Service de protection de la jeunesse) a déposé un rapport d'évaluation concernant l'enfant. Selon ce rapport, le lien entre la mère et l'enfant, qui est encore allaitée, est bon et sécurisant, l'enfant n'a montré aucun signe de stress, d'agitation ou de détresse durant la visite et il réagit bien aux sollicitations extérieures, et la mère a répondu de manière adéquate aux besoins de sa fille. Le SPJ a ajouté qu'une rencontre père et fille avait eu lieu dans un café, à l'occasion de laquelle la police a dû intervenir pour calmer la situation, et qu'une deuxième visite était prévue dans les locaux du SPJ. Dans ses conclusions, le SPJ a estimé qu'une mesure de protection de l'enfant n'était pas nécessaire et qu'au cas où le retour serait ordonné, l'enfant serait privé d'une présence maternelle essentielle à son âge, ce qui pourrait entraîner sa mise en danger. Le processus de médiation n'a pas pu débuter en raison du refus du père de l'entamer avant que l'enfant ne soit revenu en France.

Le 23 mai 2014, la conciliation devant la Chambre des curatelles a échoué. Le père a cependant renoncé à exiger l'exécution de l'ordonnance du 14 mars 2014 du Juge aux affaires familiales fixant la résidence de l'enfant chez lui, à la condition que la mère retourne vivre en France avec leur fille pour le temps de la procédure d'appel. Le père, qui travaille de 19 heures à 3 heures du matin, considère – alors que son enfant est âgée de 6 mois et est allaitée – qu'en cas de refus de la mère de retourner en France, il pourrait prendre un nounou et obtiendrait sans doute du soutien de sa famille.

Le 25 juin 2014, l'autorité centrale française a indiqué que si le retour de l'enfant était ordonné, l'engagement du père de renoncer à l'exécution de l'ordonnance du Juge aux

affaires familiales pourrait être mis en œuvre, étant précisé qu'aucune disposition procédurale ne permet de requérir, en tout état de cause, l'exécution forcée de cette ordonnance.

Par jugement du 8 juillet 2014, la Chambre des curatelles a condamné la mère à retourner en France avec l'enfant, dans un délai au 31 juillet 2014, et ordonné au SPJ, en cas d'inexécution de la mère à cette injonction, de ramener immédiatement l'enfant en France et de la placer auprès de son père, le cas échéant, avec le concours des agents de la force publique.

Le 17 juillet 2014, la mère a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral. L'effet suspensif a été accordé.

Le 5 août 2014, la mère a adressé au Tribunal fédéral l'enquête sociale sur la situation des parents ordonnée par le Juge aux affaires familiales français. Cette pièce a été refusée par le Tribunal fédéral, car postérieure à l'arrêt cantonal.

Le 3 septembre 2014, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de la mère.

B. Le droit

L'illicéité du déplacement

L'objet du recours est le retour d'un enfant en France en application de la CLaH 80. Cette Convention s'applique en cas de déplacement d'un enfant considéré comme illicite. Un déplacement est considéré comme illicite au sens de l'art. 3 CLaH 80 lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde attribué seul ou conjointement par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement. Selon l'art. 5 CLaH 80, le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence.

Le Tribunal fédéral rappelle que la notion de résidence habituelle doit être déterminée de manière autonome. La résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné. La résidence habituelle de l'enfant se détermine notamment d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches, par la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et par la nationalité de l'enfant. La résidence habituelle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en règle générale déterminantes².

Les deux parents habitaient ensemble avec l'enfant en France immédiatement avant son déplacement. La résidence habituelle de l'enfant était donc en France. Il convient dès lors de déterminer quels droits parentaux exerçaient les parents en vertu du droit français.

En vertu de l'art. 372 al. 1 CCF, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Selon l'art. 373-2 al. 3 CCF, tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information

² Au sujet de la résidence habituelle de l'enfant en cas d'enlèvement international d'enfant, voir SCHUZ RHONA, *The Hague Child Abduction Convention - A Critical Analysis*, Oxford/Portland 2013, p. 175 ss.

préalable et en temps utile de l'autre parent ; en cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant.

Selon le Tribunal fédéral, la mère n'a pas obtenu l'accord du père pour modifier le lieu de résidence de l'enfant. Le père a uniquement consenti à un déplacement temporaire. Dès lors, vu l'absence de consentement du père et l'absence de saisine du Juge aux affaires familiales à cette fin, le déplacement du lieu de résidence de l'enfant, choisi par la mère, viole les droits parentaux du père, au regard des dispositions légales du droit français. De plus, il n'est pas contesté que le père et la mère vivaient ensemble avec l'enfant et que le père s'occupait effectivement de l'enfant.

Le Tribunal fédéral déduit ensuite directement de la violation des droits parentaux du père attribués par le droit français, une violation du droit de garde au sens des art. 3 et 5 CLaH 80. Le Tribunal fédéral considère ainsi que le déplacement est illicite au sens de la CLaH 80.

Les exceptions au retour

En vertu de l'art. 12 al. 1 CLaH 80, lorsqu'un enfant a été déplacé illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat. Ce principe connaît toutefois plusieurs exceptions.

Ainsi, l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit que l'autre parent avait consenti à ce déplacement (art. 13 al. 1 let. a CLaH80). Le Tribunal fédéral écarte cette exception, car le père n'a consenti qu'au déplacement temporaire de sa fille.

L'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est également 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 (art. 13 al. 1 let. b CLaH80). Lorsque le retour de l'enfant est envisagé, le tribunal doit ainsi veiller à ce que le bien-être de l'enfant soit protégé. Toutefois, seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH 80 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 procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos.

L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH 80, en énumérant 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. Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (let. a) ou que le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat 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).

Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles. Le terme « notamment » signifie que ne sont par ailleurs énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention.

Le Tribunal fédéral admet que les enfants âgés de moins de deux ans ne doivent pas être séparés de leur mère. En pareil cas, il faut cependant vérifier s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il raccompagne lui-même l'enfant dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. 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.

Le Tribunal fédéral rappelle que les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH 80 doivent être interprétées de manière restrictive et qu'aucune décision concernant le droit de garde ne doit être prise par l'Etat requis (art. 16 et 19 CLaH 80). Il rappelle également sa lecture – à notre avis erronée – des arrêts de la CourEDH *X. c. Lettonie* (n° 27853/09) et *Rouiller c. Suisse* (n° 3592/08), selon laquelle il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause, mais qu'il suffit, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exception au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce³.

Le Tribunal écarte l'exception au retour de l'enfant de l'art. 13 al. 1 let. *b* CLaH 80, selon laquelle le retour de l'enfant serait intolérable. Il considère que le développement de l'enfant ne serait pas compromis de manière intolérable en cas de retour en France de la mère et de l'enfant et ne tient pas compte des difficultés que cela engendrerait pour la mère et de leur impact sur l'enfant. Il considère que seuls les liens sociaux créés postérieurement au déplacement de l'enfant en Suisse sont pertinents. Les liens de la mère avec ses parents ou amis ne revêtent ainsi aucune importance. De plus, le Tribunal fédéral s'accommode du refus de la mère de ramener l'enfant de neuf mois en France, ordonnant en ce cas aux agents de la force publique et au SPJ de placer l'enfant auprès du père.

II. Analyse

Sur l'illicéité du déplacement

Il n'est pas contesté ici que le déplacement de l'enfant soit illicite, tant au sens des art. 3 et 5 CLaH 80 que du droit interne français. L'arrêt appelle cependant les remarques suivantes au sujet de l'illicéité.

Premièrement, le consentement du père n'entre pas en ligne de compte pour déterminer l'illicéité du déplacement au sens de la CLaH 80 (cf. art. 3 CLaH 80). Le consentement au déplacement est l'un des motifs permettant au tribunal saisi de la demande de retour de refuser le retour de l'enfant en cas de déplacement illicite (art. 13 let. *a* CLaH 80)⁴.

³ Pour une critique de l'interprétation de ces arrêts par le Tribunal fédéral, cf. BUCHER ANDREAS, *Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions*, RSDIE 2014, p. 497 s.

⁴ La mère ayant obtenu le consentement du père pour le déplacement de l'enfant quelque temps en Suisse mais ne l'ayant pas ramené, il s'agit terminologiquement d'un non-retour illicite, et non d'un déplacement

Deuxièmement, le Tribunal fédéral semble considérer que la seule violation des droits parentaux du père, attribués par le droit français, suffit à rendre le déplacement illicite au sens des art. 3 et 5 CLaH 80. Or, il est nécessaire que les droits parentaux violés, certes attribués par l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, constituent un droit de garde au sens de la notion autonome de l'art. 5 let. *a* CLaH 80⁵. La violation de n'importe quels droits parentaux attribués par l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant n'entraîne pas nécessairement l'illicéité du déplacement de l'enfant, au sens de la CLaH 80. Il est vrai toutefois que la notion de droit de garde au sens de l'art. 5 CLaH 80 est interprétée très largement, puisque selon la pratique majoritaire au sein des Etats membres de la CLaH 80, le seul droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, sans exercer la garde de fait, constitue déjà un droit de garde au sens de l'art. 5 CLaH 80⁶. Le Tribunal fédéral partage cette opinion⁷, toutefois remise en question par une partie de la doctrine⁸.

Sur l'exception au retour des articles 13 alinéa 1 lettre b CLaH 80 et 5 LF-EEA

Le Tribunal fédéral, s'il mentionne les lettres *a* et *b* de l'art. 5 LF-EEA, n'applique pas directement cet article à la situation concrète. Or, cette application aurait pu s'avérer utile. Il convient tout d'abord de préciser que les trois conditions de l'art. 5 let. *a* à *c* LF-EEA sont cumulatives. Cela ressort du texte allemand et italien, de la jurisprudence et de la doctrine⁹.

La condition de l'art. 5 let. *a* LF-EEA est remplie, car l'enfant ne devant pas être séparé de sa mère, le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant. La condition de la lettre *b* est plus problématique. Le Tribunal fédéral admet qu'une mise en détention ou un nouveau mariage du parent ravisseur remplisse cette condition. Il écarte en revanche la présence de liens familiaux et amicaux antérieurs au déplacement en Suisse, l'absence de ces liens en France, les faibles ressources financières à disposition, ainsi que la relation conflictuelle entre les parents. Ces paramètres devraient selon nous être pris en compte dans le cadre de l'art. 5 let. *b* LF-EEA.

illicite. Cela ne change cependant absolument rien, les deux situations étant appréhendées de la même manière par la CLaH 80 (cf. art. 3 CLaH 80).

⁵ Arrêt du TF 5A_577/2014 et 5A_578/2014, consid. 3.4 ; CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Rapport de la deuxième réunion de la commission spéciale sur le fonctionnement de la convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993, conclusion 2 ; BEAUMONT PAUL/MCELEAVY PETER, The Hague Convention on International Child Abduction, p. 74 ; SCHUZ RHONA, The Hague Child Abduction Convention - A Critical Analysis, Oxford/Portland 2013, p. 147 s.

⁶ Voir à ce sujet l'analyse de jurisprudence sur le site Internet de la base de données sur l'enlèvement international d'enfants (www.incadat.com), rubriques : Analyse de jurisprudence, Mécanisme de retour, Droit de garde, La notion de droit de garde au sens de la Convention.

⁷ Arrêt du TF 5A_479/2012, consid. 4.3.

⁸ BRUCH CAROL et al., Brief of eleven law professors as *amici curiae* in support of the respondent in the case *Abbott v. Abbott*, disponible sur le site « Preview Briefs » de l'American Bar Association (http://www.americanbar.org/publications/preview_home.html), rubriques : 2009-2010, *Abbott v. Abbott*, Docket No. 08-645, Brief of Eleven Law Professors in Support of Respondent ; BUCHER ANDREAS, CR LDIP/CL, art. 85 LDIP, § 186.

⁹ Les textes allemand et italien comprennent la conjonction de coordination « und » et « e », à la fin de la lettre b de l'art. 5 LF-EEA, alors que le texte français omet de préciser « et ». Cf. arrêts du TF 5A_550/2012, consid. 4.2 ; 5A_479/2012, consid. 5.1 ; 5A_569/2012, consid. 4 ; BUCHER ANDREAS, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions, RSDIE 2014, p. 487 ; JAMETTI GREINER MONIQUE, Der neue internationale Kinderschutz in der Schweiz, FamPra.ch 2008, p. 299.

A notre avis, il conviendrait de considérer que la condition de la lettre *b* est au moins remplie lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- la relation entre les parents est si détériorée que le parent lésé n'est plus à même d'apporter suffisamment de soutien au parent qui s'occupe de l'enfant, pour les soins de l'enfant. Cette condition est notamment remplie en cas de violences ;
- le parent ravisseur s'est établi auprès de soutiens et d'attaches dans le pays vers lequel il a déplacé l'enfant ;
- le parent ravisseur n'a plus de soutiens et d'attaches dans le pays de résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement illicite.

Si ces conditions sont remplies, le tribunal suisse saisi de la demande de retour devrait solliciter du juge étranger, compétent sur le fond, un ordre provisoire permettant à l'enfant d'attendre la décision définitive sur l'attribution des droits parentaux en Suisse¹⁰ et suspendre la procédure de retour¹¹. La collaboration internationale entre juges est expressément prévue par l'art. 10 LF-EEA. La procédure de retour étant toujours pendante en Suisse, la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement est maintenue (art. 7 let. *b* CLaH 96). La décision concernant l'attribution des droits parentaux prise à l'étranger déclenchera ensuite la reprise de la procédure de retour, ou le refus du retour¹², en fonction de l'attribution de la garde. En outre, la décision de suspendre la procédure de retour doit respecter le principe de célérité de l'art. 11 CLaH 80.

Une telle solution permet à l'enfant d'attendre qu'une décision sur l'attribution des droits parentaux soit prise dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement, tout en respectant son intérêt, qui est de ne pas être séparé de sa mère et de vivre dans l'environnement le plus serein possible. Elle permet en outre d'éviter les doubles retours de l'enfant, particulièrement préjudiciables. De plus, cette solution ne permet pas au parent ravisseur de décider librement de la procédure de retour, puisqu'il reste soumis à la décision de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement, laquelle peut donner lieu à un retour de l'enfant auprès du parent lésé. Il n'est ainsi plus nécessaire de procéder à un retour de l'enfant – préjudiciable à son intérêt – pour « rendre possible une décision future sur le sort de l'enfant » (consid. 6.2.2 et 7). Décision qui pourra valablement être prise dans l'Etat de résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement et, cas échéant, pourra être reconnue en Suisse en vertu des art. 23 ss CLaH 96.

En outre, le respect de ces conditions permet de garantir que le parent ravisseur ne cherche, par son acte, qu'à s'occuper de l'enfant dans des conditions qui ne sont pas intolérables et non de le soustraire à l'autre parent. Les conditions des lettres *a* et *c* de l'art. 5 LF-EEA devraient de plus être remplies pour qu'une telle exception au retour immédiat de l'enfant soit réalisée.

¹⁰ BUCHER ANDREAS, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions, RSDIE 2014, p. 501.

¹¹ Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé envisageable de suspendre la cause pour une courte période. Cf. arrêt du TF 5A_799/2013, consid. 6.

¹² Le Tribunal fédéral a jugé que « [l]orsque l'Etat requérant rend, postérieurement au déplacement, une décision accordant la garde au parent ravisseur, il y a lieu d'admettre que le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné, car une telle décision équivaut en quelque sorte à un acquiescement postérieur au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH 80 ». Cf. arrêt du TF 5A_884/2013, consid. 4.2.2.2.

Cependant, le Tribunal fédéral refuse de tenir compte de la situation de la mère, au motif que l'exception au retour tirée de la situation intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non le parent ravisseur, de sorte que ce parent ne saurait se prévaloir des difficultés qu'il pourrait rencontrer en cas de retour (consid. 6.3.2).

Nous ne partageons pas l'avis du Tribunal fédéral. En effet, il convient en premier lieu de rappeler le principe de l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹³, selon lequel « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Dès lors, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral, même lorsque le parent ravisseur crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de le raccompagner, l'intérêt de l'enfant doit rester une considération primordiale. Le comportement des parents ne doit pas influencer sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant¹⁴. Le Tribunal fédéral reconnaît d'ailleurs que lorsque le retour de l'enfant est envisagé, le tribunal doit veiller à ce que le bien-être de l'enfant soit protégé (consid. 6.2.2) et qu'il n'est pas litigieux que l'enfant, aujourd'hui âgée de neuf mois, ne doit pas être séparée de sa mère (consid. 6.3.2). L'arrêt du Tribunal est alors difficilement compréhensible, puisqu'il admet d'un côté que l'enfant ne doit pas être séparé de sa mère, mais ordonne de l'autre aux agents de la force publique et au SPJ de placer l'enfant auprès du père, dans le cas où la mère refuserait de ramener l'enfant en France. Cela est contradictoire et conduit à penser que la considération primordiale du Tribunal fédéral n'est pas l'intérêt de l'enfant, mais le retour de la mère et de l'enfant en France.

Le Tribunal fédéral considère de plus que l'exception fondée sur la situation intolérable s'applique à la situation de l'enfant lui-même et non à celle de la mère. Or, s'agissant d'un enfant ne devant pas être séparé de sa mère, cet argument n'a que peu de valeur : la situation de l'enfant est en effet largement liée à celle de la mère. On imagine dès lors mal qu'une situation intolérable pour la mère puisse ne pas être intolérable pour l'enfant. Ainsi, même si le retour de la mère seule dans un pays dans lequel elle n'a ni soutien, ni attaches, mais un mari avec lequel les relations sont violentes et une belle-famille oppressive ne place pas l'enfant dans une situation intolérable aux yeux du Tribunal fédéral, il ne favorise certainement pas le bien-être de la mère, et par conséquent n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Le Tribunal fédéral reconnaît d'ailleurs que la situation intolérable de la mère en cas de retour peut constituer une situation intolérable pour l'enfant. Cependant le Tribunal fédéral ne prend en compte dans ce cadre que la mise en détention de la mère et la création de relations familiales très solides postérieures à l'enlèvement de l'enfant, tel un nouveau mariage (consid. 6.2.2). Il exclut ainsi le soutien, pourtant vital pour certains parents, notamment lors d'une rupture, apporté par la famille et les amis. Cela donne l'impression que le choix des parents de s'établir en France a pour conséquence – en cas de conflit avec le père – d'obliger la mère à rester seule et sans soutien dans ce pays le temps qu'une décision sur la garde soit prise, alors qu'elle dispose de sa famille et d'amis en Suisse. Et ce dans le seul but de « rendre possible une décision concernant la garde » (consid. 6.2.2 et 7).

¹³ Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107.

¹⁴ BUCHER ANDREAS, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille et des successions, RSDIE 2014, p. 487.

Si l'on met en balance l'avantage pour la mère et l'enfant à bénéficier d'un environnement stable et sécurisant en Suisse d'un côté, et de l'autre, l'objectif de rendre possible une décision en France sur le sort de l'enfant et d'assurer que cette décision soit appliquée à l'enfant – d'autant plus qu'il existe des possibilités pour que cet objectif puisse être atteint même si la mère et l'enfant restent en Suisse – la balance penche inéluctablement du côté du maintien d'un environnement stable et sécurisant pour l'enfant.