

La difficile caractérisation du danger psychologique en cas de retour immédiat de l'enfant

Estelle Gallant, Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole

1. Non destiné à la publication, et outre qu'il clôt une affaire complexe qui aura duré plus de deux ans, cet arrêt mérite l'attention en ce qu'il illustre la mise en œuvre d'une appréciation particulière et encore peu répandue de la notion de risque de danger psychologique en cas de retour de l'enfant.

2. Au cœur de cette affaire très médiatisée, un enfant, né au Japon en 2015 d'une union entre une Française et un Japonais, s'est trouvé privé de son père pendant deux ans et vient d'être renvoyé au Japon auprès de lui. La famille a vécu au Japon pendant deux ans, jusqu'à ce que la mère vienne en France, en principe temporairement, puis y demande le divorce. Le père saisit alors les autorités centrales japonaises d'une demande de retour immédiat au Japon sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980 (1).

L'arrêt que nous commentons concerne un pourvoi formé contre un arrêt rendu sur renvoi après cassation. La procédure a par conséquent été relativement courte eu égard à sa complexité, puisqu'elle a débuté en 2017 et que l'enfant est rentré au Japon fin 2019. Les premiers juges du fond avaient ordonné le retour immédiat (2), mais la première chambre civile avait, dans un premier temps, cassé l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier (3). Répondant aux moyens du pourvoi qui invoquaient notamment le fait que la mère ne pourrait pas séjourner durablement au Japon une fois le retour exécuté, la Cour de cassation avait alors censuré la décision de retour en invitant les juges à « rechercher si la mère n'allait pas se trouver privée de ses droits parentaux », une fois le retour de l'enfant ordonné au Japon, exposant ainsi l'enfant à un risque grave de danger psychologique. La cour d'appel de renvoi, cour d'appel de Toulouse, s'est alors livrée - ou aurait dû le faire - à la recherche imposée, et a, par conséquent, ordonné le retour de l'enfant au Japon (4). La mère forme alors de nouveau un pourvoi en cassation, en invoquant principalement, comme elle l'avait déjà fait dans son pourvoi antérieur, que le retour de l'enfant l'exposerait à un grave danger psychologique puisqu'elle serait privée de ses droits parentaux et ne pourrait pas résider au Japon. La première chambre civile valide pourtant cette fois-ci le raisonnement des juges du fond et constate que la cour d'appel de renvoi a procédé aux recherches nécessaires ; elle rejette dès lors le pourvoi.

3. Si la notion de danger (I) sur laquelle s'appuie la première chambre civile de la Cour de cassation nous semble conforme, tant du point de vue littéral que téléologique, à la Convention de La Haye de 1980 et à l'ensemble de son mécanisme de retour immédiat, la motivation retenue (II) pour rejeter le pourvoi et ordonner le retour immédiat n'est toutefois pas exempte de critiques.

I - Danger psychologique et rupture avec le parent auteur de l'enlèvement

4. Dans le schéma de la Convention de La Haye de 1980, l'existence d'un risque grave de danger en cas de retour de l'enfant peut faire échec au retour immédiat de l'enfant (art. 13, *b*). La disposition est quasi systématiquement invoquée par l'auteur du déplacement illicite dans le cadre de l'action en retour immédiat intentée contre lui.

L'écueil de cette disposition est de faire entrer des questions de fond dans un mécanisme qui cherche à s'en démarquer : le mécanisme de retour immédiat a pour objectif essentiel de faire cesser la voie de fait, consistant en la décision unilatérale d'un parent de soustraire l'enfant à l'autre parent, en violation de son droit de garde. Cela implique alors, une fois le déplacement illicite caractérisé, d'ordonner le retour de l'enfant, afin de le replacer dans le milieu dans lequel il vivait avant son déplacement illicite. Les questions de fond liées à l'exercice de l'autorité parentale et à ses modalités ne sont pas examinées dans le cadre de cette procédure, mais devront l'être ensuite par le juge du lieu de l'État dans lequel vivait l'enfant (5).

5. La Convention de La Haye repose dès lors sur un équilibre délicat à mettre en œuvre, qui doit combiner retour

immédiat et exception fondée sur un risque grave de danger (6). On comprend dans ce contexte que la Cour de cassation exerce son contrôle sur la notion de danger (7), exigeant des juges du fond que les refus de retour soient soigneusement justifiés, et en retienne une acception relativement stricte (8). Le règlement Bruxelles II *bis*, qui ajoute des dispositions au mécanisme conventionnel de La Haye en cas de déplacement illicite interne à l'Union européenne, renforce ce parti pris, rendant le refus de retour fondé sur le danger particulièrement exceptionnel (9).

6. En 2018, dans la même affaire que celle soumise à notre commentaire, la Cour de cassation s'était engagée dans une voie intéressante (10), puisqu'elle avait reproché aux juges du fond qui ordonnaient le retour de l'enfant au Japon de ne pas avoir recherché si la mère, en cas de retour, n'allait pas se trouver privée de ses droits parentaux. Dans un autre arrêt rendu peu de temps après (11), la Cour, après avoir retenu l'existence d'un risque grave de danger en cas de retour des enfants aux États-Unis, avait ajouté que l'existence d'un mandat d'arrêt international dirigé contre la mère, auteure de l'enlèvement, « ne [permettrait] pas à celle-ci d'assurer leur protection ». Nous avons alors opéré un rapprochement entre les deux décisions car, dans les deux cas - qu'il s'agisse d'un mandat d'arrêt impliquant incarcération ou éloignement certain pour risque d'incarcération, ou d'une privation des droits parentaux issue des règles locales sur l'autorité parentale -, une fois le retour des enfants ordonné, le parent auteur de l'enlèvement se trouve dépourvu de toute possibilité d'entretenir des relations avec ses enfants (12). Cette notion de danger psychologique, pour laquelle la Cour de cassation semble marquer un regain d'intérêt, n'est toutefois pas inédite. La première chambre civile y avait déjà eu recours en 2007 (13).

7. Elle semble particulièrement digne d'intérêt et en adéquation avec les principes qui sous-tendent la Convention de La Haye de 1980. En effet, si le mécanisme de la Convention de La Haye implique le retour immédiat de l'enfant pour faire cesser la rupture unilatérale et brutale d'un enfant avec l'un de ses parents, il n'implique pas pour autant et corrélativement que l'enfant se trouve privé du parent qui a réalisé l'enlèvement. La dimension psychologique du danger pour l'enfant qui revient dans son pays d'origine, auprès du parent à qui il a été brutalement soustrait, implique dès lors dorénavant que l'on s'assure que l'enfant ne sera pas privé de tout lien avec le parent auteur de l'enlèvement.

Cette conception du danger implique que la Cour veille à ce que les juges du fond apprécient si le retour de l'enfant ne consacre pas une rupture avec le parent auteur de l'enlèvement. Une telle rupture pourrait être le résultat de la mise en œuvre d'une procédure pénale dirigée contre ce parent, comme un mandat d'arrêt international conduisant à une incarcération certaine dans le pays de retour de l'enfant ; ou encore le fruit d'un droit civil de la famille inégalitaire, impliquant de façon systématique la sanction du parent non national ou de la mère ; ou encore la conséquence de la mise en œuvre du droit des étrangers du pays de résidence de l'enfant, qui exclurait le parent non national d'un droit au séjour de longue durée, ou, enfin, le résultat de l'attitude du parent chez qui l'enfant devrait résider.

8. Il faut, toutefois, se garder de confondre cette situation - dans laquelle en cas de retour l'enfant serait totalement coupé de l'un de ses parents - avec celle dans laquelle le retour de l'enfant dans son pays d'origine crée une séparation douloureuse pour l'enfant. La Cour de cassation, un temps séduite par cette conception du danger, y a finalement renoncé (14). Les deux situations doivent, en effet, être distinguées. Dans un cas, le fait que le retour soit ordonné va créer une séparation avec le parent qui l'a enlevé : la situation est certainement pénible et malheureuse, mais elle ne crée pas en soi une rupture absolue entre l'enfant et ce parent ; dans l'autre cas, ce n'est pas le fait du retour lui-même qui est constitutif du danger, mais la situation qui en est issue, dans laquelle les circonstances empêcheraient tout lien entre l'enfant et l'autre parent.

9. Ainsi, dans l'affaire commentée, l'argument invoqué sans relâche par la mère de l'enfant résidait bien dans le fait qu'au Japon, elle serait privée de ses droits parentaux et qu'elle ne pourrait pas y séjourner. C'est bien sur ce point que la cour d'appel de renvoi devait opérer son appréciation, laquelle a emporté cette fois-ci la conviction de la Cour de cassation.

II - L'appréciation de l'existence d'un risque de danger psychologique

10. Dans une décision motivée et circonstanciée, la cour d'appel de Toulouse constate que la preuve des violences à l'encontre de la mère et reprochées au père de l'enfant n'est pas rapportée ; que si la préservation du lien avec la mère est jugée importante, il n'est pas établi en ce qui concerne cet enfant que la séparation d'avec sa mère serait constitutive d'un danger psychologique ; que, dans la mesure où l'enfant âgé de 3 ans a vécu pendant ses deux premières années au Japon, auprès de son père et de sa famille paternelle, il n'y aurait pas de choc psychologique pour lui à retourner au Japon ; que le Japon a ratifié la Convention de La Haye de 1980, ce qui a été accepté sans réserve par la France et qu'à ce stade de la procédure, il ne saurait être préjugé des conséquences d'une procédure de divorce intentée au Japon, d'autant qu'il existe, au sein de cette procédure, un préalable de médiation ainsi qu'une possibilité de divorce par consentement mutuel ; enfin, elle constate que la mère ne justifie pas qu'elle ne pourrait pas séjourner au Japon.

11. Le rôle de la preuve est primordial dans cette affaire, car, à plusieurs reprises au cours de la procédure intentée contre la mère, celle-ci n'a eu de cesse d'invoquer que le retour de l'enfant les priverait, elle et lui, de toute possibilité de garder un lien, tandis que les juridictions du fond et finalement la Cour de cassation ont précisément retenu qu'elle n'établissait pas suffisamment ses dires. En réalité, la lecture des différents arrêts des juges du fond comme de la Cour de cassation laisse l'impression qu'un véritable dialogue de sourds s'est instauré entre la demanderesse et les juridictions. À tous les stades de la procédure, en effet, cherchant à faire établir l'existence d'un risque grave de danger, la mère a invoqué qu'en cas de retour de l'enfant au Japon, elle serait évincée de la vie de l'enfant : d'une part, au regard de ses droits parentaux et, d'autre part, au regard de son séjour et de sa résidence au Japon. Les juges ont systématiquement répondu qu'elle n'apportait pas la preuve de ses allégations, ce qui l'a alors, à son tour, conduite à reprocher aux juges du fond précisément de n'avoir pas recherché concrètement en quoi elle serait empêchée d'établir le contact avec son enfant. Mère et juridictions se sont sur ce point renvoyé la balle pour un résultat finalement en défaveur de la mère.

12. S'agissant, d'abord, de son séjour et de sa résidence, elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir cherché à vérifier qu'elle serait dans l'impossibilité de séjourner durablement sur le territoire japonais. Elle invoquait notamment qu'elle serait dans l'impossibilité d'obtenir un visa permanent de séjour. Mais la Cour de cassation valide le raisonnement des juges du fond qui lui ont reproché de ne pas avoir établi en quoi son séjour serait empêché, alors que le père multipliait les propositions pour l'aider à organiser son séjour. Ce point mérite d'être discuté. S'il appartient bien à celui qui soulève l'exception au retour d'apporter la preuve de l'existence d'un danger pour l'enfant en cas de retour, on peut se demander ce qu'il en est lorsque cette preuve passe par l'établissement du contenu de la loi étrangère. En effet, la mère, dans cette affaire, soutenait de façon récurrente qu'elle ne serait pas admise à un séjour durable sur le territoire japonais, ce qui, clairement, résulte de la mise en œuvre du droit japonais. Or, dès lors qu'il s'agissait de faire établir le contenu de la loi étrangère, on peut se demander s'il n'appartenait pas aux juges du fond d'effectuer une telle recherche.

13. La jurisprudence sur l'établissement du contenu de la loi étrangère concerne la mise en œuvre de la règle de conflit de lois (15). Il en ressort que, quel que soit le domaine dans lequel le juge est amené à statuer, celui-ci est soumis à un office alourdi qui le contraint à devoir rechercher et établir le contenu de la loi étrangère. Ainsi, qu'il soit ou non tenu d'appliquer la règle de conflit de lois, dès lors qu'il l'applique et qu'il désigne en conséquence la loi étrangère comme étant applicable, la Cour de cassation retient qu'il doit procéder à l'établissement du contenu de cette loi (16).

14. Dans le cadre de l'action en retour immédiat sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980, l'établissement du contenu de la loi étrangère (ici loi japonaise) est recherché pour savoir si, dans l'ordre juridique du for, un danger, au sens de la règle matérielle issue de l'article 13, *b*, de la convention, peut être ou non caractérisé. Le mécanisme par lequel le droit étranger est consulté ne résulte pas de la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois, mais s'apparenterait plutôt à une prise en considération de la loi étrangère, bien que tous les composants n'en soient

pas réunis (17). Reste alors à savoir si l'obligation qui pèse sur le juge en matière de preuve de la loi étrangère dans le cadre du mécanisme conflictuel peut être transposée dans le cadre d'une situation dans laquelle la loi étrangère est consultée sans que cela soit le fruit d'une désignation ou d'une prise en considération de la loi étrangère. Bien que le propos appelle indéniablement d'autres développements qu'il nous est impossible de délivrer ici, il nous semble qu'en tant qu'objet de la preuve, la loi étrangère devrait voir son contenu établi par le juge, que la règle du for ordonne sa désignation, sa prise en considération ou implique seulement sa connaissance (18). Il en résulterait ainsi, qu'invoqué par la mère comme entravant son séjour au Japon en cas de retour de l'enfant, le contenu de la loi japonaise aurait dû relever de l'office des juges du fond.

15. S'agissant, ensuite, de la privation de ses droits parentaux, résultant là aussi de la mise en œuvre du droit japonais du divorce et de l'autorité parentale, la Cour de cassation s'est réfugiée derrière les constatations des juges du fond qui, en substance, indiquaient qu'à ce stade de la procédure, il n'était pas possible de préjuger de l'issue de l'instance en divorce, que le droit japonais prévoyait des mesures de médiation et que, d'ailleurs, le divorce par consentement mutuel existait. L'observation laisse perplexe. Là où précisément en 2018 la Cour de cassation demandait aux juges du fond de rechercher si la mère ne se trouverait pas *concrètement* privée de ses droits parentaux, elle accepte ici une réponse *générale* - et même vague - sur le contenu du droit japonais. On ne voit, en effet, pas en quoi le fait qu'il existe une procédure de divorce par consentement mutuel au Japon va permettre à la mère d'exercer ses droits parentaux. De même, le fait qu'il existe des procédures de médiation pourrait être de nature à rassurer, mais l'assertion reste décidément trop vague pour s'assurer que la mère ne sera pas exclue de la vie de l'enfant.

16. Enfin, la Cour de cassation relève cette affirmation de la cour d'appel de Toulouse faisant le lien entre, d'une part, le fait que le retour de l'enfant au Japon ne saurait être traumatisant pour lui puisqu'il s'agirait de le ramener là où il a toujours vécu jusqu'alors, auprès de son père et de sa famille paternelle, et, d'autre part, le fait que « la rupture brutale de toute relation avec son père, particulièrement dommageable pour le mineur, a été totalement niée par sa mère ». Le propos est, pour le moins, curieux, car s'il s'agit bien de considérer que le déplacement illicite est néfaste pour l'enfant et que précisément il convient d'y remédier par le biais du mécanisme de retour immédiat, il ressort des observations de la Cour qu'un jugement de valeur supplémentaire a été opéré au regard du comportement de la mère, dont on tirerait des conséquences particulières. L'affirmation est, de notre point de vue, particulièrement maladroite, car le mécanisme de retour immédiat repose essentiellement sur la protection de l'intérêt de l'enfant (comme le rappelle d'ailleurs la Cour de cassation en visant l'art. 3, § 1, de la Convention internationale sur les droits de l'enfant), et non sur la sanction du parent auteur de l'enlèvement.

17. Il ressort de l'ensemble de ces observations que si la notion de danger psychologique défendue par la Cour de cassation en 2018 semble digne d'approbation, permettant de tenir compte de la rupture totale des liens entre l'auteur de l'enlèvement et l'enfant en cas de retour, l'appréciation qui a été faite de cette notion dans cette affaire est assez peu convaincante. Le refus d'établir le contenu de la loi étrangère quant au droit au séjour, d'une part, et surtout le constat relativement approximatif relatif au droit du divorce, d'autre part, conduisent nécessairement à s'interroger sur le point de savoir si, finalement, la première chambre civile n'opère pas un certain recul par rapport à son arrêt de 2018. Car, en somme, la différence entre l'arrêt - censuré - de la cour d'appel de Montpellier de 2018 et celui - validé - de la cour d'appel de Toulouse de 2019 n'est pas flagrante...

(1) Conv. de La Haye du 25 oct. 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

(2) Montpellier, 12 juill. 2018.

(3) Civ. 1^{re}, 22 nov. 2018, n° 18-20.546, Gaz. Pal. 9 avr. 2019, n° 14, p. 63, obs. R. Nato Kalfane et N. Assuied. V. aussi E. Gallant, J.-Cl. int., fasc. 549-30, spéc. n° 91.

(4) Toulouse, 4 juill. 2019.

(5) V. Art. 16 et 17 Conv. La Haye de 1980. Art. 10 du Règl. Bruxelles II *bis*, n° 2201/2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Art. 7 Conv. La Haye du 19 oct. 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, www.hcch.net.

(6) Y. Lequette et S. Godechot-Patris, Mineur, Rép. internat., spéc. n° 254. E. Gallant, J.-Cl. int., fasc. 549-30, spéc. n° 85.

(7) Si les faits constitutifs de la situation de danger relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, la détermination de la situation génératrice du danger relève bien de la compétence de la Cour de cassation, Y. Lequette et S. Godechot-Patris, Rép. internat., préc., spéc. n° 261 ; H. Muir Watt, note ss Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 93-15.495, Rev. crit. DIP 1995. 96.

(8) V. la jurisprudence citée par E. Gallant in J.-Cl. int., préc., spéc. n° 86 s.

(9) Art. 11 Règl. Bruxelles II *bis*. Sur ce texte, H. Fulchiron, La lutte contre les déplacements d'enfants, H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.) in Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruylant, 2004, p. 223 ; A. Devers, Les enlèvements d'enfants et le règlement « Bruxelles II *bis* », H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), préc. p. 33 ; E. Gallant, Rép. internat., Compétence, reconnaissance et exécution (matières matrimoniale et de responsabilité parentale), spéc. n° 187 s. V. aussi art. 8 Règl. Bruxelles II *ter*, qui entrera en application le 1^{er} août 2022 : F. Monéger, Les enlèvements d'enfants dans le projet de révision du règlement Bruxelles II *bis*, in dossier Enlèvement international d'enfant, AJ fam. 2018. 538 ; E. Gallant, Le nouveau règlement « Bruxelles II *ter* », AJ fam. 2019. 401 ; F. Mailhé, Bruxelles II, troisième génération, JCP 2019. 1935 ; S. Godechot-Patris, De quelques enseignements concernant le nouveau règlement Bruxelles II *ter*, D. 2019. 1824.

(10) Civ. 1^{re}, 22 nov. 2018, n° 18-20.546, préc. *supra* n° 2.

(11) Civ. 1^{re}, 14 févr. 2019, n° 18-23.916, AJ fam. 2019. 293, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2019. 991, note E. Gallant ; RJPF avr. 2019. 38, note I. Corpart.

(12) V. E. Gallant, note préc., Rev. crit. DIP 2019, spéc. § 12.

(13) Civ. 1^{re}, 22 mai 2007, n° 06-12.687, D. 2007. 1733 ; AJ fam. 2007. 356, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2007. Comm. 155, note M. Farge ; RJPF oct. 2007, p. 22, obs. M.-C. Meyzeaud-Garaud, rendu dans le cadre de la convention franco-marocaine de 1981, où la Cour avait pris en compte pour refuser le retour de l'enfant, le fait qu'avant l'enlèvement, la mère avait été privée de sa fille pendant des mois, et qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de ne pas pouvoir entretenir des relations personnelles avec les deux parents.

(14) Rép. internat., Mineur, préc., spéc. n° 260 ; J.-Cl. int., fasc. 549-30 préc., spéc. n° 90.

(15) Civ. 1^{re}, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin c/ Bonal*, D. 2005. 2853, note N. Bouche, 2748, obs. H. Kenfack, et 2006. 1495, obs. P. Courbe ; Rev. crit. DIP 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; Com. 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Itraco c/ Fenwick shipping services*, D. 2005. 1883, 2748, obs. H. Kenfack, et 2006. 1495, obs. P. Courbe ; Rev. crit. DIP 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; RTD com. 2005. 872, obs. P. Delebecque.

(16) P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, Droit international privé, Montchrestien, 12^e éd., 2019, spéc. n° 186 s. ; S. Clavel, Droit international privé, Dalloz, 5^e éd., 2018, spéc. n° 237 s. ; M.-L. Niboyet, Droit international privé, LGDJ, 6^e éd., 2017, spéc. n° 713.

(17) P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, *op. cit.*, spéc. n° 144 s. La prise en considération de la loi étrangère implique qu'une norme matérielle du for subordonne le résultat auquel elle conduit à la consultation de la loi étrangère. Ici, la caractérisation du danger (issue de la norme matérielle du for) résulterait bien du fait qu'en droit japonais, les règles relatives au séjour empêcheraient la mère de s'établir durablement au Japon. La particularité réside cependant dans le fait que la règle conventionnelle qui fait produire des effets au danger constaté ne *prescrit* pas la consultation de la

loi étrangère. La prise en considération ici ne résulte pas des prescriptions de la règle du for... Sur l'ensemble du mécanisme, V. E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération de la norme étrangère, LGDJ, 2008, préf. B. Audit.

(18) V. cep. E. Fohrer-Dedeurwaerder, *op. cit.*, spéc. n° 689 s.