

Résidence habituelle au sens de la Convention de la Haye de 1980 et étendue des exceptions au retour de l'enfant à travers l'étude d'un cas américain

Soumis le 19/04/2018 par Ines Amar dans [MBDE](#) / [Droit international privé](#)

Décision : United States Court of Appeals, Eighth Circuit, Robert Hechter SILVERMAN v Julie Hechter SILVERMAN, n°02-2496, 5 Août 2003.

Une famille américaine immigre en Israël en juillet 1999. L'été suivant l'épouse part en vacances aux Etats-Unis avec les enfants. Elle ne les ramènera pas. Elle obtient une décision américaine lui octroyant la garde, malgré l'exigence par la Convention de La Haye d'une détermination préalable de leur résidence habituelle. Suite à une série de décisions contradictoires en Israël et aux Etats-Unis, la Cour d'Appel du 8e circuit affirme ici que le non-retour était illicite, et que les enfants doivent retourner en Israël avec leur père.

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 propose une procédure, selon laquelle si un parent soustrait un enfant à l'autorité de l'autre parent qui en a la garde en déménageant à l'étranger sans son consentement, alors ce déplacement (ou non-retour) est illicite. Si, de plus, ce parent a déplacé l'enfant depuis sa « résidence habituelle », alors l'autre parent a droit au retour de l'enfant dans ce pays.

L'enlèvement d'enfants suscite des enjeux particuliers. Au-delà des règles de procédure, l'intérêt supérieur de l'enfant, standard utilisé par les instruments, impose de déroger à son status quo aussi peu que possible. Toutefois, quand un parent déplace son enfant sans l'accord de l'autre parent, le juge, mis devant le fait accompli fait face à un dilemme : permettre le retour de l'enfant, afin qu'il puisse vivre avec le parent à qui il a été enlevé, ou l'interdire, afin de préserver l'intérêt de l'enfant qui, avec le temps écoulé depuis le début de la procédure, s'est habitué à son nouvel environnement ? De plus, la résidence habituelle n'étant pas définie dans la Convention, comment l'interpréter ? Dans notre affaire, la famille n'habite en Israël que depuis un an, est-ce suffisant pour qualifier le pays de résidence habituelle ? Enfin, quel est le champ des exceptions au retour de l'enfant ?

La France et les Etats-Unis sont tous les deux parties à la Convention de La Haye. En France, elle s'applique directement, et ses principes sont repris dans le Règlement Bruxelles 2 Bis, qui pose des règles différentes suivant qu'il s'agit de coopération entre Etats membres ou avec un Etat tiers. La Convention a été transposée par la loi « ICARA » (International Child Abduction Remedies Act) aux Etats-Unis. Pourquoi comparer des systèmes sous le régime d'un même instrument international ? En raison de l'absence de définition de « résidence habituelle » dans la convention, les Etats ont été amenés à interpréter la notion, et il est intéressant de voir en quoi ces interprétations se rejoignent ou divergent. Notamment, les exceptions au retour reçoivent des interprétations différentes, ce qui pose des enjeux importants car le retour de l'enfant est la sanction phare de la Convention. Nous allons comparer la définition de résidence habituelle dans les deux systèmes, puis nous nous pencherons sur l'interprétation des exceptions au retour de l'enfant.

La Cour d'Appel affirme ici qu'Israël est la résidence habituelle des enfants, et que le non-retour dans ce pays est illicite. Les exceptions ne s'appliquent pas, et ce sont les juridictions israéliennes qui sont compétentes pour se prononcer sur la garde des enfants. La Cour ordonne le retour des enfants en Israël.

I- La résidence habituelle

Définition jurisprudentielle de la résidence habituelle

La Convention de la Haye (article 3), la loi ICARA et le Règlement Bruxelles 2 bis dit « B2 bis » (article 8) mentionnent la résidence habituelle de l'enfant, sans la définir. Sa définition est cruciale, car elle conditionne la décision ordonnant le retour de l'enfant. Dans l'arrêt Silverman, la Cour tente une définition, en précisant des facteurs déterminant cette résidence. D'une part, la famille doit avoir eu pour but une installation permanente. Ici, il est atteint par le fait que le couple ait vendu sa maison aux Etats-Unis, en a loué une en Israël, a fait l'« Aliyah » (immigration), a emmené ses animaux de compagnie, le tout sous l'impulsion de l'épouse, Julie, qui souhaitait élever ses enfants en Israël. Les deux parents ont trouvé un emploi, les enfants ont été inscrits à l'école, se sont fait des amis, participaient à des activités extrascolaires et ont appris l'hébreu. C'est dans ce contexte que Julie, sous couvert de vacances, part avec les enfants aux Etats-Unis et refuse de rentrer.

Cet arrêt pose un deuxième critère : on doit apprécier la résidence habituelle au regard de la perspective de l'enfant, et non des parents. Ici, malgré les doutes de la mère sur sa décision de déménager en Israël et son intention de rentrer aux Etats-Unis, l'intégration des enfants à leur nouvelle vie a triomphé. Ce critère est important car cela évite de justifier un enlèvement par l'état d'esprit du parent qui y procède. Malgré la courte durée de leur vie en Israël, un an, le juge donne une importance cruciale aux circonstances de fait, attachant plus d'importance aux faits passés qu'aux intentions futures des parents.

En droit français, on applique l'interprétation européenne de B2bis. Un arrêt¹ prévoit de s'attacher à la présence physique dans le pays, qui ne doit pas avoir un « caractère temporaire ou occasionnel », ainsi qu'une « certaine intégration dans un environnement social et familial ». Il a ensuite été complété par un arrêt² qui prévoit de prendre en compte « d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de cet État membre et du déménagement de la mère dans ledit État, et, d'autre part, en raison notamment de l'âge de l'enfant, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre ».

Les éléments de fait qui vont faire pencher la balance sont donc la durée du séjour (ici 1 an), sa régularité (l'immigration), les conditions et raisons du séjour (dans le but d'y élever leurs enfants), la nationalité de l'enfant (américaine), le lieu et les conditions de scolarisation (dans une école israélienne), et les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans l'Etat. Ces deux arrêts de la CJUE prévoient aussi de prendre en compte l'intention des parents.

Ainsi, la différence entre ces deux interprétations de la résidence habituelle est l'importance de la perspective de l'enfant (plus importante aux Etats-Unis), ainsi que l'importance de repères familiaux (plus importante en France et en Europe), à nuancer toutefois par le fait que l'analyse dépend aussi de l'âge de l'enfant. Ainsi, on pourrait peut-être suggérer que si le droit français s'appliquait, la durée d'un an, le fait que les enfants n'aient pas de famille en Israël, et l'intention ambiguë de la mère sur la permanence auraient pu conduire à désigner que la résidence habituelle se localisait aux Etats-Unis.

Une notion autonome de la résidence habituelle de droit interne

Ici, la cour infirme le jugement de première instance, qui, en se reposant sur la notion interne au droit américain d'Etat d'origine (home state) au lieu de résidence habituelle, a désigné le Minnesota. En effet, la notion interne de home state (qui suppose d'avoir habité dans un état 6 mois consécutifs), en limitant son étendue aux états fédérés et en ignorant le droit international interdit de désigner Israël comme résidence habituelle, car elle aboutit obligatoirement à désigner l'un des 50 états fédérés des Etats-Unis. La notion de résidence habituelle est une notion autonome de la Convention de la Haye comme le rappelle la cour. En droit européen est posé une définition autonome de la résidence habituelle³. Ainsi, ces instruments internationaux permettent d'éviter les abus de souveraineté du pays où l'enfant a été emmené, en refusant que ce pays s'appuie sur ses notions internes pour empêcher le retour de l'enfant.

Un refus d'accepter un changement de résidence dû au non-retour illicite

Accepter qu'un parent puisse déplacer son enfant sans le consentement de l'autre parent puis laisser passer le temps jusqu'à pouvoir avancer l'exception selon laquelle l'enfant s'est « adapté à son nouvel environnement » (Article 12 Convention de La Haye) irait à l'encontre de l'esprit de l'instrument, et les deux systèmes ont tenté d'éviter ce scénario. Ici, la Cour refuse de prendre en compte l'argument de la

mère selon lequel les enfants se sont adaptés à leur vie aux Etats-Unis, et qu'il serait contre leur intérêt d'ordonner un retour, conformément à la jurisprudence américaine⁴, ainsi qu'européenne⁵ et française⁶. Cette solution est néanmoins mise à mal par la jurisprudence de la CEDH. Dans une décision controversée⁷, la CEDH accepte que la mère invoque, pour éviter le retour, un risque qu'elle fait elle-même courir à l'enfant (en le déplaçant sans l'accord du père, puis en avançant qu'il s'est habitué à son nouvel environnement et qu'un nouveau déplacement lui serait préjudiciable). La doctrine⁸ juge parfois cette décision « totalement en contresens » de la coopération prévue par la Convention, en s'appuyant sur une décision américaine⁹ qui, elle, avait pris en compte la jurisprudence des autres Etats signataires dans sa décision. L'auteur avance que le risque n'est pas lié à la décision de retour mais au refus du parent de retourner avec son enfant. La jurisprudence a heureusement évolué ensuite par l'arrêt du 9 octobre 2014¹⁰.

Un refus de traiter la question de la garde des enfants sur le fond

Ici, la cour critique la décision de la juridiction de première instance en avançant une erreur de procédure. La district court s'était en effet prononcée sur la garde d'enfant au fond (l'attribuant à Julie), contrairement à ce qui est prévu par la Convention, selon laquelle quand une juridiction est saisie d'une demande sur la garde d'enfant au fond, elle doit d'abord se renseigner sur sa compétence. L'Etat où l'enfant est retenu (Etats-Unis) n'a pas le droit de se prononcer au fond. Il faut d'abord ordonner le retour. Ici, Israël a rendu une décision affirmant que la résidence habituelle des enfants se situait sur son territoire. Cette décision est rendue exécutoire aux Etats-Unis selon ICARA, et empêche alors la juridiction américaine de se prononcer sur la garde. Ici, le juge en profite pour rappeler l'importance de la suprématie du droit international, « supreme law of the land » (p.4). En Europe, ce principe a été érodé par B2bis, qui consacre une sorte de forum non conveniens à son article 15, permettant de renvoyer l'affaire à un autre état qui paraîtrait mieux placé pour connaître de l'affaire. Cela affaiblit la compétence de principe de la juridiction de résidence habituelle de l'enfant, et permet, à l'inverse de la solution américaine, à une juridiction qui n'est pas celle de la résidence habituelle de se prononcer sur le fond de la question de la garde.

II- Les exceptions : grave danger ou opposition de l'enfant

Un « danger » qui peut empêcher le retour de l'enfant

Malgré un non-retour illicite, la cour peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant en cas de grave risk of harm¹¹ (grave risque de nuire à l'enfant, Article 16) aux Etats-Unis, ou de « danger physique ou psychique »¹². Le vocabulaire annonce d'emblée une différence de degré : aux Etats-Unis cette exception sera moins aisée à employer car le risque doit être grave, et n'inclut pas expressément de danger psychique. Cela ne l'exclut pas, mais présage un seuil plus élevé pour l'atteindre. Toutefois, quand la situation d'enlèvement concerne exclusivement des Etats Membres de l'UE, et qu'on applique B2bis, cette exception disparaît, si l'on a su prouver que « des dispositions adéquates ont été mises en œuvre pour assurer la protection de l'enfant » (Art. 11-4 B2 bis).

Cela démontre une dissymétrie dans la coopération des pays européens avec les pays non-européens : s'ils suppriment l'exception au non-retour si l'enfant va voir son destin déterminé par un autre pays européen, ils lui donnent une étendue relativement large si le lieu de la résidence habituelle est un pays non-européen. Cela repose sur la confiance mutuelle entre les Etats Membres.

En effet, en droit américain tout d'abord, l'usage de cette exception est très rare, elle se limite à de graves cas de négligence ou abus d'enfant, ou à des cas où le pays où l'enfant devrait retourner est une zone de guerre ou de famine¹³. Ici, la cour refuse de dire qu'Israël est une zone de guerre, en s'appuyant sur le fait que les combats ont lieu loin du domicile, et que les commerces, écoles et aéroports sont ouverts. La jurisprudence américaine n'a en fait jamais utilisé cette exception dans le cas d'un pays en guerre. De plus, elle est avancée de mauvaise foi par l'épouse, qui avait elle-même déménagé dans ce pays l'année précédente sans le trouver dangereux. La cour ne trouve aucun événement qui l'a rendue plus dangereux entre le déménagement et la procédure. Dans un arrêt précédent, Friedrich, avait été posé un seuil difficile à atteindre pour se prévaloir de l'exception de non-retour. En effet, un enfant avait été déplacé d'Allemagne aux Etats-Unis à 2 ans, et faisait l'objet d'un ordre de retour à 7 ans (Art. 12§2 Convention de La Haye). Il n'avait jamais connu l'Allemagne, et avait eu très peu de contacts avec son père, donc un retour représentait un total chamboulement dans sa vie, toutefois la cour refuse

d'assimiler des « problèmes d'ajustement » avec un risque grave, et maintient le retour de l'enfant en Allemagne. En droit français, dans un cas similaire avec de jeunes enfants déplacés depuis 4 ans, la cour¹⁴ adopte la solution inverse. Elle accueille l'exception comme obstacle au retour, qui placerait les enfants dans une « situation intolérable ».

Une critique de cette exception

La Convention de la Haye promeut une coopération entre les Etats, et accepter de ne pas faire retourner un enfant dans son pays de résidence habituelle avant le déplacement illicite démontre un manque de coopération. En effet, l'enfant ne fait que retourner dans ce pays, il ne s'agit pas d'une décision de garde sur le fond, cela permet juste à la juridiction du pays de résidence habituelle de se prononcer elle-même sur cette question. Elle est à même d'évaluer les risques liés au fait que l'enfant vive avec l'un ou l'autre parent, habitant dans l'un ou l'autre pays. C'est pourquoi, pour coopérer avec cette juridiction il faut laisser l'enfant rentrer s'il a été démontré que le non-retour est illicite et qu'il s'agit du pays de sa résidence habituelle. Des critiques de l'exception apparaissent en doctrine dans les deux systèmes. En droit américain la décision *Van de Sande v Van de Sande* (2005) qui y avait eu recours a été critiquée car cela affaiblit le pouvoir de la juridiction interne compétente (Belge), qui devrait pouvoir se prononcer sur la garde sur le fond et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pourtant, le seuil élevé avait été atteint, le père, violent, représentant un danger avéré pour la mère et l'enfant. On peut interpréter cette décision comme une décision d'opportunité, car un retour n'aurait pas équivalu à un retour chez le père, mais un retour dans le système de foyer en Belgique, ce qui, on peut le concevoir, n'était en effet pas dans l'intérêt de l'enfant. En droit français, cette exception a été considérée par la doctrine comme le « talon d'Achille de la Convention »¹⁵, en réaction à l'arrêt *Neulinger*, usage estimé abusif de l'exception, qui revient alors quasiment à se prononcer sur la garde.

Ces critiques ont conduit, en droit français, à une évolution vers une utilisation plus restreinte de l'exception, dans un arrêt¹⁶ qui refuse d'y recourir en absence d'une attitude « dangereuse » du père. Ainsi, cela rejoint progressivement le standard américain selon lequel de simples difficultés d'adaptation dues à un déménagement ne suffisent pas à empêcher le retour prévu par la Convention.

L'exception d'opposition de l'enfant

L'article 13 prévoit aussi une exception au retour si l'enfant s'y oppose, en prenant en compte son degré de maturité. Dans notre arrêt, l'opinion non majoritaire déplore que la cour n'apporte aucune importance à l'opposition de l'aîné à un retour en Israël. Cela témoigne aux Etats-Unis d'une méfiance envers les témoignages des enfants, qui s'opposent souvent au retour car ils ne veulent pas déménager, et qui sont aussi influencés par le parent avec qui ils résident pendant la procédure. De même, dans *Friedrich*, un enfant qui avait vécu de 2 ans à 7 ans aux Etats-Unis a été forcé de « retourner » en Allemagne, l'arrêt ne prenant pas en compte sa volonté. Ainsi, l'opposition de l'enfant n'est pas un critère déterminant en droit américain. En droit français celle-ci a plus de place. Par exemple, elle est prise en compte dans la décision de ne pas retourner l'enfant dans un arrêt de 2010¹⁷. L'instrument B2bis offre plus de poids à cette opposition, en prévoyant une possibilité pour l'enfant d'être entendu (Art. 11§2).

(1) CJUE, 2 avril 2009, aff. C 523

(2) CJUE, 22 déc. 2010, *Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe*, aff. C-497/10 PPU, Rec. p.I-14309

(3) *Magdalena Fernandez c. Commission*, CJCE 15 septembre 1994

(4) *Feder v Evans Feder* (3rdcir. 1995) et *Friedrich v Friedrich* (6thcir. 1996)

(5) CJUE 9 octobre 2014, C. c. M. : le seul écoulement du temps ne permet pas de caractériser l'intégration de l'enfant à un nouvel environnement

(6) Cass. Civ. 1, 13 mai 2015 : la seule présence de l'enfant, déplacé unilatéralement par sa mère ne suffit pas à constituer un changement de résidence

(7) CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (req. n°41615/07) 6 juillet 2010

(8) voir Alexandre Boiché, dans AJ fam. 2010.482A. Boiché « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », in AJ Famille, 19 novembre 2010

(9) Abbott v. Abbott, 17 mai 2010.

(10) CJUE 9 octobre 2014, C. c. M

(11) Convention de la Haye article 13 traduction anglaise, transposée dans ICARA §11603(e)(2)(A)

(12) Convention de la Haye article 13 traduction française

(13) Friedrich v Friedrich, précité

(14) Cass. Civ. 1, 21 novembre 1995, n°93-20140

(15) Boiché A. et Tougne S., Droit et pratique du divorce, Dalloz Référence, 4e édition, chap. 241

(16) Civ 1, 14 juin 2005, n°04-16.942

(17) Civ 1, 8 juillet 2010, n°09-66.406

Bibliographie :

- Boiché A. et Tougne S., Droit et pratique du divorce, Dalloz Référence, 4e édition, 2017/2018
- Niboyet M.L et de Geouffre de la Pradelle G., Droit international privé, LGDJ, 5e édition, 2015
- A. Boiché « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », in AJ Famille, 19 novembre 2010
- E. Gallant, « De la résidence habituelle au sens des règles de compétence posées par le règlement B2bis » Rev. Crit. DIP 2009.791, 14 décembre 2009
- Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants
- International Child Abduction Remedies Act « ICARA » (22 U.S.C. §§9001-9011)
- Règlement (CE) n°2201/2003 Bruxelles II bis du 27 novembre 2003
- Silverman v Silverman, United States Court of Appeals, 8th Circuit, No. 02-2496, August 5, 2003
- CJUE 2 avril 2009, aff. C 523/2009
- CJUE, 22 déc. 2010, Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe, aff. C-497/10 PPU, Rec. p.I-14309
- Magdalena Fernandez c. Commission, CJCE 15 septembre 1994
- Feder v Evans Feder (3rd cir. 1995) et Friedrich v Friedrich (6th cir. 1996)
- CJUE 9 octobre 2014, C. c. M.
- Cass. Civ. 1, 13 mai 2015 : la seule présence de l'enfant, déplacé unilatéralement par sa mère ne suffit pas à constituer un changement de résidence
- CEDH, Neulinger et Shuruk c. Suisse (req. n°41615/07) 6 juillet 2010
- Abbott v. Abbott, 17 mai 2010.
- CJUE 9 octobre 2014, C. c. M
- Cass. Civ. 1, 21 novembre 1995, n°93-20140
- Civ 1, 14 juin 2005, n°04-16.942
- Civ 1, 8 juillet 2010, n°09-66.406