

**N° 56 / 16.
du 2.6.2016.**

Numéro 3644 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, deux juin deux mille seize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, président de chambre à la Cour d'appel,
Rita BIEL, conseiller à la Cour d'appel,
Marc HARPES, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Miloud AHMED-BOUDOUDA, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

Y, demeurant à (...),

défenderesse en cassation.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 15 juillet 2015 sous le numéro 42468 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge des tutelles ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 8 septembre 2015 par X à Y, déposé au greffe de la Cour le 16 septembre 2015 ;

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions du premier avocat général Jeanne GUILLAUME ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur des requêtes présentées par Y et par X, avait dit que la résidence habituelle de l'enfant commune mineure A) reste fixée auprès de la mère et que l'enfant restera scolarisée à l'école liée à son domicile et avait accordé à X un droit de visite et d'hébergement ; que le jugement a été confirmé par la Cour d'appel ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la mauvaise application, sinon interprétation de la loi, en l'espèce l'article 380 du Code civil,

En ce que l'arrêt attaqué a :

considéré << que la résidence d'A) reste fixée auprès de sa mère et qu'elle restera scolarisée à l'école liée à son domicile >>

Au motif que :

<< qu'il n'existe actuellement aucune raison qui justifierait un changement de résidence d'A) >>.

Alors que :

La Cour d'appel a mal interprété et appliqué l'article 380 du Code civil.

En effet après avoir constaté le déplacement illicite de l'enfant par la mère, qui constitue au surplus une infraction pénale, elle s'est contentée de rechercher si les conditions de vie de l'enfant justifiaient ou non un retour de l'enfant au Luxembourg, alors qu'aucun texte de loi et sûrement pas l'article 380 du Code civil ne permet à la Cour de légaliser de fait une situation illégale pénalement punissable, à savoir le déplacement illicite.

La Cour d'appel semble au surplus tenir pour acquis que le sieur X n'aurait déposé sa plainte pénale pour déplacement illicite de l'enfant commun << A) >> qu'au mois de mars 2015, alors que tel n'est pas le cas.

En effet, le sieur X a dans un premier temps tenté de déposer une plainte pénale dès le mois de septembre 2015 dans un commissariat de police, avant que les agents l'ayant reçu refusent de prendre sa plainte.

Dans un second temps il a réitéré sa plainte devant un autre poste de police, qui bon gré mal gré a fini par accepter d'acter sa plainte et ce en date du 8

décembre 2014, soit bien avant le jugement de première instance du 6 février 2015 et encore bien avant la date avancée erronément par la Parquet général et non rectifiée par la Cour d'appel du mois de mars 2015 (pièce 5).

Le tout en vertu d'un arrêt du 6 mars 2013 ayant attribué l'autorité parentale conjointe de l'enfant A au sieur X (pièce 4).

Ainsi en motivant sa décision de la sorte et en se focalisant sur la question de savoir si une raison ou une autre justifierait de manière positive (hormis cas de l'article 13 de la convention de la Haye du 25 octobre 1980) un changement de résidence de l'enfant, la Cour d'appel a dépassé ses attributions en s'attribuant des compétences dont elle ne dispose pas.

La loi ne dispose pas de rechercher dans une telle situation si les conditions de vie dans le pays de déplacement sont ou non admissibles.

A titre subsidiaire et si tel devait être une attribution légale, il est également regrettable qu'aucune enquête sociale n'ait été diligentée et que la mère de l'enfant vivant en France soit crue sur parole sur ses allégations.

La seule attribution de la Cour d'appel dans une telle situation aurait été de constater comme elle l'a à juste titre fait, le déplacement illicite et d'en tirer la seule conséquence légalement admissible et possible, c'est à dire de mettre fin à une situation illégale, qui plus est pénalement punissable et ordonner le retour de l'enfant.

La position du Parquet général qui confond les dates de plainte et de poursuites dans ses conclusions ne doit pas pour autant faire oublier à la Cour que même à défaut de poursuites diligentées en raison du principe de l'opportunité des poursuites, qui dans le cas actuel reste incompréhensible, la situation de déplacement illicite ne peut rester sans conséquences civiles et pénales, d'après les textes mêmes de la loi.

Le fait pour la Cour d'appel de tirer les conséquences susdites et de vérifier si une quelconque raison devait ou non justifier le retour de l'enfant suite à un déplacement illicite ne constitue d'aucune manière une appréciation souveraine des juges du fond, étant entendu qu'aucun texte légal ne lui attribue ce pouvoir et que ladite vérification constitue une fausse sinon une mauvaise interprétation de l'article 380 du Code civil et de ses conséquences légales par les juges du fond.

La Cour d'appel, première chambre a partant fait une mauvaise application de l'article 380 du Code civil,

En rendant l'arrêt du 15 juillet 2015 (n°42468 du rôle), la première chambre de la Cour d'appel a commis une erreur de droit. »

Attendu que la Cour d'appel, saisie en l'espèce non pas d'une demande de retour de l'enfant commun illicitement déplacé, mais d'une demande tendant à voir modifier la résidence habituelle de l'enfant, a correctement appliqué l'article 380 du

Code civil en relevant que la fixation de la résidence de l'enfant doit se faire en considération de l'intérêt de celui-ci et en retenant, sur base d'une appréciation souveraine des éléments de fait, qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant A) de la retirer de son environnement actuel et de sa mère, à laquelle elle est fortement attachée, et qu'il y avait dès lors lieu de maintenir la résidence auprès de la mère ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la mauvaise application, sinon interprétation de l'article 13 de la convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants telle que complétée par le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

En ce que l'arrêt attaqué a :

considéré << qu' il a dit que la résidence d'A) reste fixée auprès de sa mère et qu'elle restera scolarisée à l'école liée à son domicile >>

Au motif que :

<< qu' il n' existe actuellement aucune raison qui justifierait un changement de résidence d'A) >>.

Alors que :

L'article 13 susdit dispose :

<< Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ; ou

b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par

l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale >>.

Interprété a contrario, l'article 13 sus désigné édicte certains cas limitatifs dans lesquels le retour de l'enfant déplacé de manière illicite n'entraîne aucune conséquence de retour.

La situation de l'enfant dans la présente espèce ne correspond à aucune exception au principe du retour de l'enfant au Luxembourg.

Il est partant incompréhensible que cet article n'ait pas été respecté par les juges de la Cour d'appel.

La décision telle que rendue par la Cour d'appel, sous-entend que l'une de ces exceptions serait remplie, quod non, selon la motivation même de l'arrêt entrepris.

La Cour d'appel, première chambre a partant fait une mauvaise application de l'article 13 de la convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

En rendant l'arrêt du 15 juillet 2015 (n° 42468 du rôle), la première chambre de la Cour d'appel a commis une erreur de droit. » ;

Attendu que l'article 13 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 est étranger au litige ;

que le moyen est dès lors irrecevable ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la mauvaise application, sinon interprétation de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au droit à un procès équitable, << toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement >>.

En ce que l'arrêt attaqué a :

considéré << qu'il a dit que la résidence d'A) reste fixée auprès de sa mère et qu'elle restera scolarisée à l'école liée à son domicile >>

Au motif que :

<< qu'il n'existe actuellement aucune raison qui justifierait un changement de résidence d'A) >>.

Alors que :

Le sieur X n'a pas eu droit à un procès équitable.

En recherchant uniquement si une raison de retour de l'enfant au Luxembourg existait ou non, hors les cas de l'article 13 de la convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Cour d'appel a mis le sieur X dans l'impossibilité absolue d'avoir gain de cause, alors qu'en procédant ainsi, sans faire procéder à une enquête sociale, il n'a pu être que présumé et non prouvé que l'enfant serait mieux chez sa mère en France que chez son père au Luxembourg où elle est née et a toujours été scolarisée.

L'équité aurait commandé même qu'à situation sociale équivalente, l'enfant retourne au Luxembourg où il est né et d'où il a été illicitement déplacé.

La Cour d'appel, première chambre a partant fait une mauvaise application de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En rendant l'arrêt du 15 juillet 2015 (n° 42468 du rôle), la première chambre de la Cour d'appel a commis une erreur de droit. » ;

Attendu qu'en s'estimant suffisamment éclairée par les éléments du dossier sans devoir procéder à une enquête sociale et en maintenant, sur base d'une motivation exhaustive, la résidence de l'enfant commun auprès de la mère, la Cour d'appel n'a pas violé la disposition invoquée au moyen ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Marc HARPES, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.