

N° 84 / 2021
du 20.05.2021
Numéro CAS-2020-00094 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt mai deux mille vingt-et-un.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Théa HARLES-WALCH, président de chambre à la Cour d'appel,
John PETRY, procureur général d'Etat adjoint,
Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre:

B),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Katrin DJABER, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

1) le Procureur d'Etat du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dont les bureaux sont établis à L-2080 Luxembourg, Plateau du Saint Esprit, Cité Judiciaire,

2) Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1930 Luxembourg, 68, avenue de la Liberté, assistant et représentant l'enfant mineur M.Z., né le 11 mars 2011 à Sofia (Bulgarie),

défendeurs en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 138/20, rendu le 17 juin 2020 par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, première chambre, siégeant comme en matière de référé, sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects

civils de l'enlèvement international d'enfants et de l'article 1110 du Nouveau code de procédure civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 11 août 2020 par B) au procureur d'Etat du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et à Maître Nathalie BARTHELEMY agissant ès qualités, déposé le 14 août 2020 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du président Jean-Claude WIWINIUS et les conclusions du premier avocat général Simone FLAMMANG ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré non fondée la demande du procureur d'Etat du même tribunal tendant à obtenir, sur base des articles 1109 et 1110 du Nouveau code de procédure civile, une ordonnance de retour de l'enfant mineur M.Z. en Bulgarie au motif que le déplacement par la mère de l'enfant, la demanderesse en cassation, était à considérer comme un non-retour illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. La Cour d'appel a, par réformation, ordonné le retour immédiat de l'enfant en Bulgarie.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 3 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 en combinaison avec l'article 11, 1) du Règlement N 2201/2203 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

La procédure de retour est basée sur la Convention de la Haye du 25 octobre 1980, mais elle est complétée par l'article 11 du règlement n 2201/2203. L'article Article 11 du règlement intitulé << Retour de l'enfant >> est rédigé comme suit :

<< 1. Lorsqu'une personne, institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde demande aux autorités compétentes d'un État membre de rendre une décision sur la base de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après "la convention de La Haye de 1980") en vue d'obtenir le retour d'un l'enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un État membre autre que l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, les paragraphes 2 à 8 sont d'application. >>

Dans l'affaire C-376/14 PPU la Cour européenne de justice a conclu que :

<< 48. Quant à l'article 11, paragraphe 1. du règlement, il prévoit que les paragraphes 2 à 8 de cet article sont d'application lorsque le titulaire de la garde demande aux autorités compétentes d'un État membre de rendre une décision sur la base de la convention de La Haye de 1980 en vue d'obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement dans "un État membre autre que l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites".

49. Il s'en déduit que tel n'est pas le cas si l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans l'État membre d'origine immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. Il ressort, par conséquent, tant de l'article 2, point 11, que de l'article 11, paragraphe 1, du règlement que ce dernier article ne peut trouver à s'appliquer aux fins d'accueillir la demande de retour que si l'enfant avait, immédiatement avant le non-retour illicite allégué, sa résidence habituelle dans l'État membre d'origine. >>

Il ressort en conséquence, que la résidence habituelle de l'enfant est très pertinente en ce qui concerne une demande de retour fondée sur la convention de La Haye de 1980.

La Cour d'appel n'a pas pris position sur ce point pertinent. En effet, la Cour a constaté un retour illicite de M) sur la base de la procédure judiciaire bulgare sans examiner où se trouve la résidence habituelle de l'enfant avant le non-retour : << Suite à la décision du 25 avril 2019 qui a été retenue en instance d'appel et qui est donc exécutoire depuis cette date, le maintien de l'enfant au Luxembourg est cependant devenu illicite, étant donné qu'il s'effectue en violation des droits personnels du père à l'égard de l'enfant >> (page 9 de l'arrêt du 1 avril 2020)

Il s'ensuit que la Cour a constaté le non-retour de M) comme illicite sur base de la décision précitée, à savoir sur l'existence d'une procédure judiciaire existante en Bulgarie.

Cependant, la majorité accepte la résidence habituelle en tant que notion factuelle. Il n'est pas nécessaire de recouvrir cette notion de construction juridique.

La notion << résidence habituelle >> et une notion factuelle et elle se réfère au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. Il faut prendre en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons de séjour sur le territoire d'un Etat membre ainsi que le lieu et les conditions de scolarisation.

Dans ce contexte, la Cour a souligné que l'intention du responsable parental de s'établir avec les enfants dans un autre Etat membre, exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans l'Etat membre d'accueil, peut constituer un indice du transfert de la résidence habituelle (voir l'arrêt Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe point 50)

Dès lors, il y a une violation, sinon fausse application de la Convention de la Haye en combinaison avec l'article 11,1 du Règlement par la Cour d'appel qui

considère que la Cour n'a pas examiné les éléments pertinents afin de déterminer la résidence habituelle de M).

Que partant, l'arrêt entrepris mérite la cassation. ».

Réponse de la Cour

Il ne ressort pas des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait fait valoir ce moyen devant les juges d'appel.

Le moyen est dès lors nouveau et, en ce qu'il comporterait un examen des circonstances de fait, mélangé de fait et de droit.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation

« Tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 13 alinéa 1^{er}, point b) de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980.

Article 13 : << Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative 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 b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. >>

En effet, la Cour a constaté qu'il n'existe pas un danger psychique pour l'enfant en Bulgarie, sans prendre en compte des rapports d'office social et du psychologue du Service psychologique pour enfants et adolescent(e)s.

Le rapport d'office social, dont objet est une enquête sociale internationale concernant l'enfant M), conclut que << au vu de ce qui précède d'un point de vue social, économique, scolaire et professionnel, je ne vois aucune contre-indication que M) continue de vivre auprès de sa mère et du conjoint de cette dernière. L'enfant est très bien entourée. Elle vit dans un environnement stable qui lui permet de s'épanouir. Son ancrage dans le système luxembourgeois, notamment scolaire, s'est bien déroulé. Un nouveau déménagement dans son pays natal risquerait de déstabiliser M). >>

De plus << Il me semble cependant très important de souligner que pour le bien-être de M), il est fortement à recommander qu'elle cesse d'être utilisée comme un moyen de pression de son père à l'encontre de sa mère. A cette fin et pour garantir la stabilité psychique de M), je recommande de maintenir le droit de garde auprès de sa mère et d'accorder un simple droit de visite au lieu d'un droit d'hébergement au père. >>

Le rapport psychologique de M) conclut que M) semble parfaitement intégrée dans le contexte social et scolaire au Luxembourg : << Il peut être constaté un lien d'attachement sécure ente M), sa mère et son beau-père. M) a évoqué son petit frère

à plusieurs reprises avec le sourire. Elle donne une image positive des relations intra familiales à travers de ce que relate son quotidien au sein du domicile familial. >>

Dès lors, cette omission par la Cour d'appel de prendre en compte les deux rapports faits par les professionnels pour évaluer si les conditions dudit article sont remplies a pour conséquence la violation, sinon la fausse application dudit article en question.

Que partant, l'arrêt entrepris mérite la cassation. ».

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des éléments factuels et de preuve leur soumis desquels ils ont déduit l'absence d'un risque grave pour la santé physique ou psychique de l'enfant en cas de retour auprès de son père, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Sur le troisième moyen

« Tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 13 alinéa 2 de la Convention de la Haye qui dispose que << 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 >>

En ce que la Cour d'appel n'a pas évalué tous les éléments afin de constater si l'enfant M) à la maturité où se révèle approprié de tenir compte de son opinion, il y a dans l'espèce une violation, sinon fausse application de l'article 13 alinéa 2 de la Convention.

La Cour estime que M) ne disposait pas du discernement nécessaire pour pouvoir s'exprimer au sujet de son propre intérêt détaché de celui de sa mère.

Par le fait que M) << exclut complètement la relation tendue entre ses parents de son discours et qu'elle se trouve sous une très importante influence de sa mère >>, la Cour a établi que M) ne pouvait pas être considérée comme << disposant du discernement nécessaire. >>

Cependant, la volonté exprimée par un enfant ayant un discernement suffisant est un élément clé à prendre en considération dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant.

Dès lors, afin d'appliquer l'article 13 alinéa 2 de la Convention et de l'interpréter dans le bon sens, il est nécessaire de prendre en considération tous les éléments.

En effet, la mère a contacté le service psychologique car M) souffre à cause des conflits de ses parents et elle ne l'ignore pas.

Dans le rapport psychologique, il a été constaté que << son contexte actuel semble favorable à son bon développement cognitif, émotionnel et social >>

Que partant, l'arrêt entrepris mérite la cassation. ».

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré de la dénaturation de la volonté exprimée de l'enfant, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, de l'audition de l'enfant, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Sur le quatrième moyen

« Tiré de la violation sinon fausse application de l'article 20 alinéa 1 du Règlement n 2201/2203 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale qui dispose que << En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un Etat membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat, prévues par la loi de cet Etat membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétent pour connaître le fond. >>

Le but de cet article est de protéger l'intérêt de l'enfant.

Nous sommes dans la cadre d'une application directe du règlement.

La Cour a rejeté la demande du demandeur en cassation d'application de l'article 20 du règlement avec les motifs que << la date d'audience en Bulgarie au fond est inconnue et que l'enfant se trouve dans une situation de non-retour illicite au regard de la Convention de la Haye, dès lors il n'y a pas lieu de faire perdurer cette situation >>

En ce que les juges d'appel n'ont même pas examiné si nous sommes dans le cas d'urgence tel que prévu dans l'article 20 alinéa 1 du règlement, cela présente une violation, sinon une fausse application dudit article.

Un tel cas d'urgence est à confirmer car un retour immédiat de l'enfant en Bulgarie aura pour conséquence le non-retour de l'enfant au Luxembourg auprès de sa mère, après que le père exercera son droit de visite et d'hébergement.

Que partant, l'arrêt entrepris mérite la cassation. ».

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, de l'urgence, condition nécessaire à l'application d'une mesure provisoire ou conservatoire, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que moyen ne saurait être accueilli.

Sur le cinquième moyen,

« Tiré de la violation sinon fausse application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui proclame le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale.

La nombreuse jurisprudence de la Cour européenne de droit d'homme montre clairement que les éléments constitutifs d'une exception en retour immédiat de l'enfant doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la CEDH.

L'article 8 de la Convention fait peser sur les autorités internes une obligation procédurale particulière à ce titre dans le cadre d'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de << risque grave >> pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision motivée au vu des circonstances de l'espèce.

En effet, le retour immédiat de M) en Bulgarie ordonné par les juges d'appel, sera un retour définitif.

M) est venue au Luxembourg avec l'autorisation judiciaire du 10 janvier 2019.

Cependant suite à l'ordonnance du 23 avril 2019, la partie relative au consentement substitutif relatif au voyage de M) a été annulé. Donc M) ne peut plus retourner au Luxembourg car son père ne donnera pas son accord.

Cependant, c'est à la mère que le tribunal a confié les droits parentaux à l'égard de l'enfant commun. Le non-retour de M) au Luxembourg aura pour conséquence la violation de l'article 8 de la CEDH, à savoir méconnaissance du droit à respecter la vie familiale.

Que partant, l'arrêt entrepris mérite la cassation. ».

Réponse de la Cour

Il ne ressort pas des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait fait valoir ce moyen devant les juges d'appel.

Le moyen est dès lors nouveau et, en ce qu'il comporterait un examen des circonstances de fait, mélangé de fait et de droit.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le sixième moyen

« Tiré par violation, sinon fausse application de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par le Luxembourg le 20 décembre 1993, disposant que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

En ce que les juges d'appel, par reformation de l'ordonnance de référé, ayant ordonné le retour immédiat de l'enfant M) au plus tard pour le 16 juillet 2020, n'ont pas pris réellement en compte tous les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant. Ce qui a eu comme conséquence la violation de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

La décision de la Cour d'appel est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant M). Les juges d'appel n'ont pas pris en considération l'ensemble de la situation familiale de l'enfant M), le fait qu'elle vit au Luxembourg dans une famille complète qui la rend heureuse.

En effet, les juges d'appel n'ont pas examiné non plus le lien émotionnel de l'enfant M) avec chacun de ses parents. Les juges n'ont pas pris en compte non plus les liens émotionnels très forts de M) avec son petit-frère S).

Que partant, l'arrêt entrepris mérite la cassation.

La décision attaquée doit, dès lors, encourir cassation sur base de ce moyen. ».

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des circonstances de l'espèce, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

La demanderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande de la demanderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du procureur général d'Etat adjoint John PETRY et du greffier Daniel SCHROEDER.

**PARQUET
GENERAL**

CITE JUDICIAIRE

Conclusions du Ministère Public

dans l'affaire de cassation

B)

contre

**1) Le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de
Luxembourg**

**2) Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour, assistant et
représentant l'enfant mineur M), née le 11 mars 2011 à Sofia
(Bulgarie)**

(Numéro CAS-2020-00094 du registre)

Par mémoire signifié en date du 11 août 2020 et déposé au greffe de la Cour le 14 août 2020, B) a introduit un pourvoi en cassation contre un arrêt N° 138/20 -I-CIV (aff.fam.) contradictoirement rendu entre parties le 17 juin 2020 par la Cour d'appel de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, dans la cause inscrite sous le numéro CAL-2020-00162 du rôle.

Le pourvoi, déposé dans les forme et délai de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation telle que modifiée, est recevable.

Les parties défenderesses en cassation n'ont pas déposé de mémoire en réponse.

Faits et rétroactes

Z) et B) sont les parents de l'enfant M), née le 11 mars 2011 à Sofia (Bulgarie).

Suite à leur séparation et suivant accord homologué par jugement du tribunal du District de Sofia du 6 novembre 2017, l'exercice des droits parentaux à l'égard de l'enfant commune mineure M) a été confié à la mère, le domicile de l'enfant a été fixé auprès de la mère et un régime de relations personnelles entre le père et l'enfant a été établi chaque première et troisième semaine du mois, le vendredi à partir de 16.30 heures au lundi matin 8.00 heures et chaque deuxième et quatrième semaine du mois le jeudi après 16.30 heures jusqu'au vendredi 8.00 heures, ainsi que certains jours pendant les vacances de Noël et les vacances de Pâques, pendant 15 jours en juillet et 15 jours en août, ainsi que pendant certaines dates déterminées de l'année liées aux anniversaires de l'enfant et des parents. Le père a finalement été condamné à payer une participation aux frais d'entretien de l'enfant de 150 BGN à partir du jour de la signature de la convention des parents.

Par décision du tribunal de District de Sofia du 10 janvier 2019, le droit du père aux relations personnelles avec l'enfant a été modifié et réduit à la moitié des vacances de Noël et de Pâques et à 30 jours pendant les vacances d'été et il a été retenu qu'au-delà de ces contacts, le père peut rendre visite à l'enfant à Luxembourg, la voir et passer du temps avec elle seule trois fois par an pendant trois jours pendant les vacances de la Toussaint, de Carnaval et de Pentecôte. Le tribunal a encore émis un consentement de substitution autorisant l'enfant M) à voyager en dehors du territoire bulgare, dans les pays de l'Union Européenne et en Serbie, sans limite du nombre de voyages et sans le consentement du père, pour une période de 5 ans. Cette décision est assortie de « *l'exécution préalable* » en ce qui concerne l'autorisation de voyager de l'enfant, accompagnée de sa mère, sans le consentement du père.

La mère a déplacé l'enfant M) au Luxembourg le 25 février 2019 et s'est installée avec lui, ainsi qu'avec son actuel mari, à Luxembourg, _____. M) est scolarisée à Luxembourg depuis mars 2019.

Par arrêt du 25 avril 2019, le tribunal de la ville de Sofia a infirmé la décision du 10 janvier 2019 du tribunal de District de Sofia sur le point de l'exécution provisoire concernant l'autorisation de voyage sans le consentement du père.

Le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, admettant que le déplacement initial de l'enfant puisse éventuellement être qualifié de licite, considère toutefois le refus de la mère de retourner avec l'enfant en Bulgarie comme constitutif d'un non-retour illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après la Convention de La

Haye) et a fait comparaître B) devant le juge aux affaires familiales près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins d'obtenir une ordonnance de retour de l'enfant en Bulgarie sur base des articles 1109 et 1110 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ordonnance du 13 janvier 2020, le juge aux affaires familiales a reçu la demande en la forme, s'est déclaré compétent pour en connaître, a dit la demande recevable mais non fondée et a laissé les frais à charge de l'Etat.

De cette décision qui lui a été notifiée le 22 janvier 2020, le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a interjeté appel, d'une part, suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 5 février 2020 et, d'autre part, suivant acte d'appel avec assignation à comparaître devant la Cour d'appel à l'audience du 4 mars 2020, signifiée le 12 février 2020 à B).

Par arrêt N° 92/20 -I-CIV (aff.fam.) du 1^{er} avril 2020, la Cour d'appel, première chambre, siégeant comme en matière de référé, sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, statuant contradictoirement, a dit irrecevable l'appel introduit par requête déposée au greffe le 5 février 2020, a reçu l'appel introduit par exploit d'huissier du 12 février 2020, et avant tout autre progrès en cause, a désigné Maître Nathalie BARTHELEMY avocat de l'enfant M), née le 11 mars 2011 à Sofia, avec la mission de la représenter dans le cadre de la présente instance, de l'entendre au sujet de sa situation passée en Bulgarie et de sa situation actuelle au Luxembourg et d'en faire rapport à la Cour.

La Cour d'appel a de plus refixé l'affaire à l'audience du mercredi, 20 mai 2020 à 09.45 heures au deuxième étage du bâtiment CR au Palais de Justice, Bâtiment CR, Plateau Saint Esprit, pour rapport de l'avocat de l'enfant et continuation des débats et a réservé le surplus ainsi que les frais.

Par arrêt N° 138/20-I-CIV (aff.fam.) du 17 juin 2020, la Cour d'appel, première chambre, statuant contradictoirement et en continuation de l'arrêt du 1^{er} avril 2020, a dit l'appel fondé et par réformation, a ordonné le retour immédiat de l'enfant M), née le 11 mars 2011, en République de Bulgarie, au plus tard pour le 16 juillet 2020.

Pour le surplus, La Cour d'appel a dit non fondée la demande de B) en allocation d'une indemnité de procédure et a condamné B) aux frais et dépens de l'instance.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre cet arrêt du 17 juin 2020¹.

¹ Le pourvoi n'est pas dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel du 1^{er} avril 2020

Quant à la recevabilité des six moyens de cassation

Selon la jurisprudence de votre Cour :

« Attendu qu'aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué ;

Attendu que l'énoncé du moyen est limité, dans sa première branche, à la citation des dispositions légales dont la violation est invoquée, et, dans sa seconde branche, à la citation des dispositions légales dont la violation est invoquée et aux motifs de la décision attaquée ;

Attendu que dans aucune des deux branches, le moyen ne précise en quoi consisterait la prétendue violation des dispositions y visées, les développements en droit qui, aux termes de l'alinéa 3 du même article, peuvent compléter l'énoncé du moyen, ne pouvant suppléer la carence de celui-ci au regard des éléments dont la précision est requise sous peine d'irrecevabilité ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en ses deux branches, est irrecevable ; »².

Dans ses six moyens de cassation, la demanderesse en cassation se limite à citer les dispositions légales dont la violation est invoquée mais ne précise pas en quoi consisterait la prétendue violation des dispositions visées. Les développements en droit de ces moyens ne peuvent suppléer la carence de ceux-ci au regard des éléments dont la précision est requise sous peine d'irrecevabilité.

Plus précisément, en ce qui concerne le troisième moyen de cassation tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 13 alinéa 2 de la Convention de La Haye, la demanderesse en cassation ne prend même pas le soin de préciser de quelle Convention de la Haye la violation, sinon la fausse application est invoquée, laissant ce travail à votre Cour.³

Il s'ensuit que les six moyens de cassation sont irrecevables.

Ce n'est qu'à titre subsidiaire que le soussigné analyse le fond des six moyens de cassation.

Quant au premier moyen de cassation

² Cass N° 120/2019 du 11 juillet 2019, n° CAS-2018-00091 du registre

³ La Conférence de La Haye de droit international privé a adopté 40 conventions et protocoles : voir site Internet : www.hcch.net

« Tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 3 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 en combinaison avec l'article 11, 1) du Règlement N 2201/2203 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale »

Selon la demanderesse en cassation *« la résidence habituelle de l'enfant est très pertinente en ce qui concerne une demande de retour fondée sur la convention de La Haye de 1980. »*⁴

Elle estime que *« la Cour d'appel n'a pas examiné les éléments pertinents afin de déterminer la résidence habituelle de M) »*⁵.

En ce faisant, la Cour d'appel aurait violé l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après la Convention de La Haye du 25 octobre 1980) en combinaison avec l'article 11. 1. du Règlement (CE) N° 2201/2203 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 (ci-après le règlement Bruxelles IIbis).

Il importe de constater que la demanderesse en cassation n'a contesté, ni en première instance, ni en instance d'appel, que l'enfant avait sa résidence habituelle en Bulgarie immédiatement avant son déplacement au Luxembourg.

Ce moyen est invoqué pour la première fois devant votre Cour sans que la demanderesse en cassation n'indique d'ailleurs dans quel pays l'enfant aurait eu, à ses yeux, sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement au Luxembourg.

A titre principal

Dans l'arrêt du 1^{er} avril 2020, les juges d'appel ont retenu :

« Z) disposant ainsi du droit de s'opposer au déplacement géographique de l'enfant commun au-delà des limites du territoire de la République de Bulgarie et ayant également fait usage dudit droit lors de la prise de la décision du 10 janvier 2019, il doit être considéré comme titulaire d'un droit de garde au sens des articles 3 et 5 de la Convention de La Haye.

⁴ Mémoire en cassation p.4

⁵ Mémoire en cassation p.5

Dans la mesure où il n'est pas controversé que le père exerçait ses droits personnels à l'égard de l'enfant de manière effective le jour du déplacement de l'enfant, il bénéficie de la protection prévue à l'article 8 de cette Convention et c'est à tort que B) soutient que l'affaire se résume à un simple problème d'exécution du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard de l'enfant commune mineure M).

Dans la mesure où il se dégage de la décision interprétative n° 1 du 3 juillet 2017 de la Cour supérieure de cassation de Bulgarie que la loi bulgare ne fait aucune distinction entre les différentes hypothèses d'un enfant voyageant à l'étranger et que la notion de « voyage » couvre tant le départ de courte durée et un retour en Bulgarie sans que l'enfant ne change de lieu de résidence en dehors de la Bulgarie que les voyages ayant pour but de changer le domicile de l'enfant à l'étranger, il convient de retenir que l'autorisation judiciaire du 10 janvier 2019 revêtue de l'exécution provisoire permettait à B) de quitter le territoire bulgare dans le but de s'installer à Luxembourg et que ce départ n'est donc pas à qualifier d'illicite.

Suite à la décision du 25 avril 2019 qui a été rendue en instance d'appel et qui est donc exécutoire depuis cette date, le maintien de l'enfant au Luxembourg est cependant devenu illicite, étant donné qu'il s'effectue en violation des droits personnels du père à l'égard de l'enfant, tels qu'ils ont été définis par la décision du 6 novembre 2017, la modification opérée à cet égard par la décision du 10 janvier 2019 n'ayant pas été revêtue de l'exécution provisoire et cette décision étant frappée de recours par Z). Contrairement à ce qui a été retenu par le juge de première instance, il y a donc en l'espèce non-retour illicite de l'enfant M) sur le territoire de la République de Bulgarie aux termes de l'article 3 de la Convention de La Haye.⁶ »⁷.

C'est donc dans l'arrêt du 1^{er} avril 2020 que la Cour d'appel a décidé que l'enfant M) avait sa résidence habituelle en Bulgarie immédiatement avant son déplacement au Luxembourg.

Or, le pourvoi n'est pas dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel du 1^{er} avril 2020, il est seulement dirigé contre l'arrêt du 17 juin 2020.

Le grief articulé par le moyen est partant étranger à l'arrêt attaqué, de sorte que le premier moyen de cassation est irrecevable.⁸

⁶ Souligné par le soussigné

⁷ Arrêt du 1^{er} avril 2020 p.8 et 9

⁸ J. et L.Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, éd. 2015/2016, nos. 83.11 et suivants

A titre subsidiaire

Un moyen est nouveau s'il n'a pas été présenté dans les conclusions d'appel du demandeur au pourvoi. Le fondement de l'irrecevabilité d'un moyen présenté une première fois devant la Cour de cassation réside tant dans la nature de votre Cour, régulatrice du droit et dès lors chargée de juger les arrêts et non pas les procès, que dans l'interdiction qui vous est faite de connaître des faits de la cause : un moyen nouveau mélangé de fait et de droit vous obligerait en effet à procéder à des constatations ou appréciations de fait étrangères à l'arrêt attaqué, pour déterminer si elles sont ou non fondées.

Seuls font exception à cette règle les moyens de pur droit et d'ordre public⁹ ainsi que ceux révélés par la décision attaquée¹⁰.

Ce moyen a été soulevé pour la première fois en instance de cassation. Il s'agit d'un moyen nouveau qui n'est pas d'ordre public.

Le moyen est mélangé de fait et de droit étant donné que l'examen de son bien-fondé impliquerait des constatations de fait, notamment l'analyse des conditions de vie de l'enfant et de son intégration dans un environnement social et familial, éléments desquels une juridiction peut déduire le lieu de sa résidence habituelle.

Le premier moyen de cassation est dès lors irrecevable du chef de sa nouveauté.¹¹

A titre très subsidiaire

La résidence habituelle de l'enfant est déterminée par les juges du fond sur base d'une appréciation souveraine des éléments de la cause; elle échappe dès lors au contrôle de la Cour de cassation.¹²

Le premier moyen de cassation ne saurait partant être accueilli.

⁹ et encore à condition de ne pas être incompatibles avec les conclusions soutenues par le demandeur en cassation devant le juge d'appel (voir Cass. 8/06 du 2 février 2006, Cass 48/09 du 9 juillet 2009)

¹⁰ sur cette notion de nouveauté du moyen, voir J. et L.Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, éd. 2015/2016, nos. 82.09, 82.40 et 82.111

¹¹ Voir notamment Cass N° 113/2018 du 22 novembre 2018, n° 4023 du registre

¹² Cass N° 39/14 du 3 avril 2014, n° 3325 du registre

Quant au deuxième moyen de cassation

« Tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 13 alinéa 1^{er}, point b) de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 ».

L'article 13 alinéa 1^{er} de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 dispose : « Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat 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)... 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. ».

Selon la demanderesse en cassation « la Cour a constaté qu'il n'existe pas un danger psychique pour l'enfant en Bulgarie, sans prendre en compte des rapports d'office social et du psychologue du Service psychologique pour enfants et adolescent(e)s. »¹³

Dans l'arrêt entrepris du 17 juin 2020, les juges d'appel ont retenu :

« En vertu de l'article 13, alinéa 1^{er}, point b) de cette Convention, le retour de l'enfant peut être refusé si le défendeur au retour, en l'espèce B), établit l'existence d'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.

Cette disposition introduit au sein du mécanisme de retour immédiat une prise en considération du fond de l'affaire. Son existence se justifie par le souhait de contrecarrer l'automatisme du retour, laquelle pourrait se révéler préjudiciable à l'enfant, dans certaines situations extrêmes. Conformément aux conclusions du Ministère public et à la jurisprudence luxembourgeoise citée du 3 mai 2006 (numéro 30793 du rôle), l'appréciation de ce qui constitue un risque grave de danger pour l'enfant ou de situation intolérable doit se faire strictement, au risque de priver le mécanisme de retour immédiat de son efficacité et, par conséquent, de couvrir a posteriori le déplacement illicite d'enfants que précisément la Convention de la Haye a pour objectif de combattre (JCl Droit international, Fasc. 549-30, Enlèvement international d'enfants, La Convention de La Haye du 25 octobre 1980, Droit général de l'enlèvement international d'enfants, Date fasc. 19 juillet 2019, par E. Gallant, n° 85 et ss.).

En l'espèce, la partie intimée n'invoque pas de danger résultant des conditions de vie de l'enfant en Bulgarie, ni du comportement du père à

¹³ Mémoire en cassation p.5

l'égard de celle-ci, mais elle fait valoir que le retour en Bulgarie de l'enfant priverait celle-ci de la relation privilégiée qu'elle entretient avec sa mère, ainsi que de l'entourage social qu'elle s'est édifié depuis qu'elle est à Luxembourg et qu'il constituerait donc un nouveau changement intolérable pour l'enfant.

La jurisprudence française qui avait, dans un premier temps, accueilli de manière favorable les arguments tirés du jeune âge de l'enfant géographiquement déplacé, ainsi que de son intégration dans son nouveau pays de résidence, n'admet actuellement ces arguments que difficilement et cette solution est approuvée en doctrine au motif qu'elle évite la dérive d'inverser le mécanisme de la convention de La Haye en refusant systématiquement le retour de l'enfant sur des motifs d'âge ou d'intégration de l'enfant. Il ne faut, en effet, pas oublier que l'objectif de la convention est de faire cesser une voie de fait et non de prendre parti sur le fond de l'autorité parentale (op. cit.). La Cour entend adopter cette même analyse conforme à l'esprit de la Convention.

Contrairement aux conclusions de la partie intimée, le retour de l'enfant en Bulgarie n'aura, en l'espèce, pas nécessairement pour conséquence de séparer celle-ci de la mère qui a un fort lien avec l'enfant, qui vient de donner naissance à un deuxième enfant non encore scolarisé, qui n'exerce pas d'occupation rémunérée au Luxembourg, qui ne maîtrise aucune des langues officielles y utilisées et qui n'y a fait que suivre son époux pour des raisons professionnelles et familiales propres à celui-ci. Il n'est pas non plus à craindre que l'enfant souffre de difficultés de réadaptation dans son pays d'origine, où elle a été élevée pendant plus de huit ans, où elle a commencé sa scolarité, dont elle parle la langue et où sont domiciliés son père et ses grands-parents tant maternels que paternels, ainsi que ses cousins.

Il s'ajoute qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de garder des contacts avec ses deux parents et que B) qui est à l'origine de l'éloignement de l'enfant du territoire bulgare, depuis le 15 avril 2019 et en violation de la décision du 6 novembre 2017 actuellement toujours en vigueur entre les parents, n'a plus présenté l'enfant au père aux fins que celui-ci puisse exercer son droit de visite et d'hébergement, faisant à chaque fois valoir des raisons qui ne concernent pas l'enfant M), capable de voyager accompagnée d'une autre personne que de la mère, respectivement d'un tiers. C'est donc à tort qu'elle reproche au père de ne pas s'être présenté au Luxembourg aux fins d'exercer son droit de visite et d'hébergement.

Au vu de tous ces éléments, B) n'établit pas l'existence d'un risque grave que le seul retour de l'enfant en Bulgarie n'expose celle-ci à un danger

physique ou psychique, respectivement la place dans une situation intolérable. »¹⁴.

En s'attaquant sous couvert de la violation de la disposition attaquée à l'arrêt de la Cour d'appel, la demanderesse en cassation ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et éléments de preuve, y compris des rapports dressés et des conséquences à en tirer, contradictoirement débattus devant eux.

Il s'ensuit que le deuxième moyen de cassation ne saurait être accueilli.

Quant au troisième moyen de cassation

« Tiré de la violation, sinon fausse application de l'article 13 alinéa 2 de la Convention de la Haye qui dispose que « l'autorité judiciaire ou administrative peut 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 ».

La demanderesse en cassation reproche aux juges d'appel ne pas avoir « évalué tous les éléments afin de constater si l'enfant M) a la maturité où se révèle approprié de tenir compte de son opinion »¹⁵ de sorte qu'ils auraient violé, sinon fait une fausse application de l'article 13 alinéa 2 de la Convention (le soussigné part de l'idée qu'il s'agit de l'article 13 alinéa 2 la Convention de La Haye du 25 octobre 1980).

Dans l'arrêt entrepris, les juges d'appel ont rejeté l'argumentation en instance d'appel de l'actuelle demanderesse en cassation sur base de cet article dans les termes suivants :

« En vertu de l'article 13, alinéa 2 de la Convention de La Haye, 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.

Aucun âge seuil n'est fixé par la Convention pour savoir quels sont les enfants dont l'opinion peut être prise en compte, mais son économie postule indéniablement en faveur des « grands » enfants. L'âge et la maturité sont en effet des éléments que le juge devra prendre en compte pour déterminer si l'opinion exprimée par l'enfant est vraiment la sienne,

¹⁴ Arrêt entrepris p. 4 et 5

¹⁵ Mémoire en cassation p.9

et non celle du parent chez qui il vit à ce jour et qui l'influence très certainement (op.cit., n° 96).

L'opposition manifestée par les enfants au retour dans son État de résidence habituelle ne constitue en aucun cas une cause de refus automatique. Le juge, au contraire, a la possibilité de tenir compte de cette opposition dans le cadre de son appréciation de la situation de l'enfant déplacé illicitement. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que la Convention de La Haye ne confère pas à l'enfant déplacé la liberté de choisir l'endroit où il veut vivre et, si le point de vue des enfants doit être pris en compte par les juridictions nationales, leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour. L'appréciation de la question de savoir si l'opposition de l'enfant peut ou non justifier le refus du retour relève des autorités nationales qui jouissent en ce domaine d'une certaine latitude (op. cit., n°95).

En l'espèce, M) qui est actuellement âgée de neuf ans, a exprimé devant l'avocat désigné pour la représenter dans le cadre de la présente procédure son refus de retourner vivre en Bulgarie. Elle justifie ce refus par l'unique volonté de rester vivre auprès de sa mère et de la nouvelle famille que celle-ci a fondée. Ce refus de l'enfant est clairement conditionné par la forte volonté de la mère de rester au Luxembourg et non par des considérations tenant à son propre bien-être. L'avocat de l'enfant a décrit la situation de l'enfant de manière pertinente en concluant que M) s'est vue imposer une situation qu'elle n'a pas demandée, mais avec laquelle elle essaye de composer, avec toutes les difficultés que cette situation comporte pour elle, notamment au niveau des efforts d'intégration sociale, de l'apprentissage des langues et finalement de la séparation de son père biologique qui n'intervient pas dans le discours de la mère qui fait assumer les responsabilités de père à l'égard de M) par son époux.

*Au vu de ces éléments, l'enfant qui exclut complètement la relation tendue entre ses parents de son discours et qui se trouve sous une très importante influence de sa mère, notamment eu égard au fait qu'elle assimile entièrement l'idée de retour en Bulgarie à celle de séparation de sa mère, ce qui n'est pas objectivement le cas, ne peut pas être considérée comme disposant du discernement nécessaire pour pouvoir s'exprimer au sujet de son propre intérêt détaché de celui de sa mère.*¹⁶

*Il n'y a partant pas lieu de refuser le retour de M) dans son Etat de résidence d'origine sur base de la seule volonté de l'enfant. »*¹⁷.

¹⁶ Souligné par le soussigné

¹⁷ Arrêt entrepris p.5 et 6

A titre principal

Les juges du fond apprécient souverainement, au vu des éléments du dossier, l'opportunité de l'audition d'un enfant, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation.¹⁸

Tel qu'indiqué ci-avant, par son arrêt du 1^{er} avril 2020, la Cour d'appel a, avant tout autre progrès en cause, désigné Maître Nathalie BARTHELEMY avocat de l'enfant M), avec la mission de la représenter dans le cadre de la présente instance, de l'entendre au sujet de sa situation passée en Bulgarie et de sa situation actuelle au Luxembourg et d'en faire rapport à la Cour et a refixé l'affaire au 20 mai 2020.

Lors de l'audition du 20 mai 2020, Maître BARTHELEMY a exposé le point de vue de l'enfant M).

Les juges d'appel ont donc bien entendu le point de vue de l'enfant, mais ont, sur base de tous les éléments du dossier, décidé que l'enfant ne disposait pas « *du discernement nécessaire pour pouvoir s'exprimer au sujet de son propre intérêt détaché de celui de sa mère.* »¹⁹.

La question de savoir si l'audition de l'enfant dans le cadre des articles 13, deuxième alinéa, de la Convention de La Haye et 11, paragraphe 2, du Règlement 2201/2003 est inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰.

En s'attaquant sous couvert de la violation de la disposition attaquée à l'arrêt de la Cour d'appel, la demanderesse en cassation ne tend qu'à remettre en discussion devant votre Cour un fait souverainement constaté par les juges du fond.

Il s'ensuit que le troisième moyen de cassation ne saurait être accueilli.

A titre subsidiaire

A supposer même que les juges d'appel auraient dû retenir que l'enfant avait atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion, quod non, il n'en reste pas moins que l'article 13 alinéa 2 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 dispose que « *l'autorité judiciaire*

¹⁸ Cass. N° 12/2017 du 9 février 2017, n° 3816 du registre

¹⁹ Arrêt entrepris p.6

²⁰ Maryline BRUGGEMAN, L'audition de l'enfant en justice, AJ Famille, 2014, p. 12

ou administrative peut²¹ 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 ».

Il en résulte qu'il s'agit d'une simple faculté réservée aux juges du fond et non d'une obligation de refuser d'ordonner le retour de l'enfant, de sorte que le moyen n'est de toute façon pas fondé.

Quant au quatrième moyen de cassation

« Tiré de la violation sinon fausse application de l'article 20 alinéa 1 du Règlement n 2201/2203 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale qui dispose que « En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un Etat membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat, prévues par la loi de cet Etat membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétent pour connaître du fond ».

Dans l'arrêt entrepris, les juges d'appel ont résumé la position de l'actuelle demanderesse en cassation de la manière suivante :

« L'intimée²² en conclut à la conformation de l'ordonnance entreprise²³. A titre subsidiaire, elle demande à la Cour de dire, sur base de l'article 20 du Règlement n° 2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003 (ci-après le Règlement Bruxelles II bis), que le père devra exercer son droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun au Luxembourg en attendant que les juridictions bulgares aient définitivement fixé les droits parentaux à l'égard de M). En dernier ordre de subsidiarité, B) demande à la Cour de n'ordonner le retour de l'enfant en Bulgarie qu'à la fin de l'année scolaire en juillet 2020. »²⁴

Les juges d'appel ont ordonné le retour de l'enfant en République de Bulgarie dans les termes suivants :

« Il découle de ces développements que, par réformation de l'ordonnance entreprise, la demande du Ministère public est à déclarer

²¹ Souligné par le soussigné

²² Il s'agit de l'actuelle demanderesse en cassation

²³ Cette ordonnance a déclaré la demande en retour de l'enfant en Bulgarie non fondée

²⁴ Arrêt entrepris p.3

fondée et qu'il convient d'ordonner le retour de l'enfant M) en République de Bulgarie.

Dans cette hypothèse, B) demande à la Cour de retarder le retour de l'enfant jusqu'au jour où les juridictions bulgares se seront prononcées au fond.

Or, dans la mesure où cette date est inconnue et où l'enfant se trouve dans une situation de non retour illicite au regard de la Convention de La Haye, il n'y a pas lieu de faire perdurer cette situation, l'écoulement du temps ne rendant que plus difficile le retour pour l'enfant. Dans l'intérêt de cette dernière, il convient de fixer la date limite du retour au 16 juillet 2020 aux fins de lui permettre de terminer l'année scolaire et de préparer son départ dans les meilleures conditions. »²⁵.

En ordonnant le retour de l'enfant en République de Bulgarie, les juges d'appel ont implicitement mais nécessairement refusé l'application de l'article 20 alinéa 1 du Règlement Bruxelles IIbis.

La décision d'ordonner le retour de l'enfant en République de Bulgarie ou de prendre, en cas d'urgence, sur base de l'article 20 alinéa 1 du Règlement Bruxelles IIbis une mesure provisoire ou conservatoire relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En s'attaquant sous couvert de la violation de la disposition attaquée à l'arrêt de la Cour d'appel, la demanderesse en cassation ne tend qu'à remettre en cause cette appréciation souveraine des juges du fond.

Il s'ensuit que le quatrième moyen de cassation ne saurait être accueilli.

Quant au cinquième moyen de cassation

« Tiré de la violation sinon fausse application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui proclame le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale. ».

En se basant sur les différentes décisions de justice prononcées en Bulgarie, la demanderesse en cassation estime que le retour ordonné par la Cour d'appel serait un « retour définitif »²⁶ qui violerait l'article 8 de la CEDH. L'arrêt entrepris constituerait dès lors une « méconnaissance du droit à respecter la vie familiale ».²⁷

²⁵ Arrêt entrepris p.6

²⁶ Mémoire en cassation p.7

²⁷ Mémoire en cassation p.8

La demanderesse en cassation ne se donne cependant pas la peine d'expliquer si l'arrêt entrepris viole son propre droit à la vie privée et familiale ou bien celui de l'enfant, sinon celui de tous les deux.

Pour soutenir son raisonnement, la demanderesse en cassation se base sur « *la nombreuse jurisprudence de la Cour européenne de droit d'homme* » sans d'ailleurs donner la moindre référence d'un arrêt de la CEDH.

La demanderesse aurait dû présenter ce moyen en instance d'appel en argumentant qu'en ordonnant un retour vers la Bulgarie la Cour d'appel violerait l'article 8 de la CEDH.

Le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH a été soulevé pour la première fois en instance de cassation. Il s'agit d'un moyen nouveau qui n'est pas d'ordre public.

Le moyen est mélangé de fait et de droit étant donné que l'examen de son bien-fondé impliquerait des constatations de fait, notamment l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des décisions de justice bulgare notamment celles relatives au consentement substitutif relatif au voyage de l'enfant et aux droits parentaux relatifs à l'enfant commun et l'analyse de l'application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à la situation factuelle de l'enfant.

Le cinquième moyen de cassation est dès lors irrecevable du chef de sa nouveauté.

Quant au sixième moyen de cassation

« Tiré par violation, sinon fausse application de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par le Luxembourg le 20 décembre 1993, disposant que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Selon la demanderesse en cassation, « *La décision de la Cour d'appel est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant M). Les juges d'appel n'ont pas pris en considération l'ensemble de la situation familiale de l'enfant M), le fait qu'elle vit au Luxembourg dans une famille complète qui la rend heureuse.* »²⁸.

²⁸ Mémoire en cassation p.8

En ce faisant, la Cour d'appel aurait violé l'article 3, paragraphe 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant.

L'intérêt supérieur de l'enfant est une question d'appréciation qui est examinée en fait par les juridictions du fond ; elle échappe dès lors au contrôle de la Cour de cassation.²⁹

Dans un arrêt récent, votre Cour a rejeté un moyen semblable tiré de la violation de l'article 3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant en ce que la Cour d'appel n'aurait pas pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans les termes suivants :

« Sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, de l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction des circonstances de l'espèce, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli. »³⁰.

Le sixième moyen de cassation ne saurait partant être accueilli.

Conclusion

Le pourvoi est recevable.

Les six moyens de cassation sont irrecevables sinon ne sauraient être accueillis.

Pour le Procureur général d'Etat,
pour le premier avocat général,

Serge WAGNER,
légitimement empêché à la signature

le premier avocat général

Simone FLAMMANG

²⁹ Cass N° 32/10 du 6 mai 2010, n° 2721 du registre

³⁰ Cass N° 145/2020 du 12 novembre 2020, n° CAS-2019-00150 du registre