

Arrêt N° 196/10 V.
du 11 mai 2010
(Not. 24172/08/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du onze mai deux mille dix l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

1. **X.**), femme au foyer, née le (...) à (...), demeurant à L-(...)

2. **Y.**), sans emploi, né le (...) à (...), demeurant L-(...)

prévenus, défendeurs au civil et **appelants**

e n p r é s e n c e d e :

Z.), demeurant à L-(...)

partie civile constituée contre les prévenus et défendeurs au civil X.) Y.),
préqualifiés

demanderesse au civil

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 13^e chambre correctionnelle, le 9 décembre 2009, sous le numéro 3544/09, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation du 4 novembre 2009 régulièrement notifiée au prévenu.

Vu le dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice 24172/08/CD à charge de X.) et Y.) et notamment le rapport n° 2008/50485/1421 du 20 janvier 2009 de la police grand-ducale d'Esch/Alzette, C.P. de Pétange.

AU PENAL :

Le Ministère Public reproche à X.) et Y.) d'avoir, depuis un temps non-prescrit et notamment sans interruption entre le 1^{er} novembre 2008 et le 4 novembre 2009, à d'itératives reprises, refusé à Z.) l'exercice de son droit de visite et d'hébergement à l'égard de sa petite-fille C.H., née le (...), malgré l'ordonnance de référé n° 726/2008 du 17 octobre 2008 n° 114050 du rôle l'y autorisant.

En droit :

L'infraction de non-représentation d'enfant prévue à l'article 371-1 du Code pénal suppose la réunion des éléments constitutifs suivants, à savoir :

- une décision de justice provisoire ou définitive exécutoire statuant sur la garde, le droit de visite et/ou d'hébergement d'un enfant,
- la victime doit être mineure,
- la qualité de mère ou de père dans le chef de l'auteur ou de personne ayant une autorité sur le mineur,
- un fait matériel de non-représentation et
- une intention coupable.

Il est constant en cause qu'il existe une décision judiciaire autorisant Z.) d'exercer un droit de visite et d'hébergement à l'égard de sa petite-fille C.H. à savoir l'ordonnance de référé n°726/2008 du 17 octobre 2008. Par ailleurs l'ordonnance de référé n°93/2009 du 10 février 2009 a ajouté une peine d'astreinte en cas de refus des prévenus X.) et Y.) de laisser exercer le droit de visite et d'hébergement par la grand-mère de C.H.

Par ailleurs, il est établi que l'enfant C.H., née le (...), est encore mineure et que les prévenus X.) et Y.) sont ses parents ayant autorité sur elle.

La jurisprudence admet que le délit de non-représentation d'un enfant présume un acte matériel de commission, d'omission voire même de carence de non-représentation d'enfant. Cet acte peut consister dans le fait de soustraire l'enfant, de ne pas le représenter, de l'enlever, de refuser de le rendre, de le cacher ou de l'emmener à l'étranger. La non-représentation peut aussi consister en une abstention pure et simple consistant à ne pas présenter l'enfant à celui qui a le droit de le réclamer. La non-représentation est également constituée lorsque l'enfant a été réclamé par celui qui en a la garde et lorsque celui qui doit le remettre s'y oppose soit par des agissements positifs tels que dissimulation ou refus catégorique soit par son inertie. Celle-ci peut consister dans le fait de ne pas user de toute son influence pour obtenir que l'enfant obéisse à la décision de justice le concernant (Crim. 29.4.76, J.C.P..76. II. 18505).

A l'audience du 25 novembre 2009 le représentant des prévenus n'a pas contesté la matérialité des faits à savoir que ses clients ont refusé de présenter leur fille mineure C.H., née le (...), à sa grand-mère au TREFFPUNKT mais a fait valoir que l'enfant C.H. refuserait catégoriquement tout contact avec sa grand-mère. Ce refus pourrait être établi par l'audition de l'enfant dans la présente procédure.

Force est de constater que Maître Valérie DUPONG, l'avocat nommé pour défendre les intérêts de l'enfant dans le cadre de la procédure de référé, a déclaré que l'enfant C.H. est prise dans un conflit de loyauté, en ce qu'elle a manifesté son souhait de rencontrer sa grand-mère dans l'hypothèse où ses parents ne s'y opposeraient pas.

Il ressort encore de l'ordonnance de référé du 10 février 2009 que les prévenus X.) et Y.) sont absolument hostiles à tout contact entre Z.) et C.H., Y.) présentant même une haine manifeste à l'égard de sa belle-mère.

Il y a lieu de remarquer que les prévenus X.) et Y.) n'ont respecté ni l'ordonnance de référé n°726/2008 du 17 octobre 2008 ni l'ordonnance de référé n°93/2009 du 10 février 2009 prévoyant même une astreinte en cas de refus de l'exercice du droit de visite et ont refusé de remettre l'enfant au TREFFPUNKT aux heures indiqués dans les ordonnances de référés.

La loi n'exige pas d'intention criminelle déterminée. Il suffit que l'auteur de l'infraction à l'article 371-1 du Code pénal ait agi volontairement en sachant qu'il violait une décision de justice. L'élément intentionnel est cependant un des éléments essentiels du délit de l'article 371-1 du Code pénal qui se caractérise par le refus réitéré et délibéré de remettre l'enfant à la personne qui a le droit de le réclamer, quel que soit le mobile qui guide cette attitude (Crim. 3.7.84, Bull. crim. no. 254, p.672).

En l'espèce, le témoin Z.) a déclaré lors de l'audience 25 novembre 2009 qu'elle n'avait plus vu sa petite-fille depuis deux ans. Même après l'ordonnance de référé n° 726/2008 du 17 octobre 2008 et l'ordonnance n°93/2009 du 10 février 2009, condamnant les prévenus à des astreintes en cas de non respect de l'exercice du droit de visite, X.) et Y.) refuseraient catégoriquement tout contact entre C.H. et sa grand-mère.

Jusqu'à l'heure actuelle les deux décisions de référés du 17 octobre 2008 et du 10 février 2009 ne sont, sans aucun motif tant soi peu sérieux, pas respectées par X.) et Y.), ces derniers s'obstinant à passer outre.

Il s'ensuit que tous les éléments constitutifs de l'infraction de non-représentation d'enfant sont établis en l'espèce tant pour X.) que pour Y.).

Au vu des éléments du dossier répressif ensemble les débats à l'audience et notamment les déclarations du témoin Z.), les prévenus X.) et Y.) sont convaincus :

« comme auteurs ayant eux-mêmes commis l'infraction,

entre le 1^{er} novembre 2008 et le 4 novembre 2009,

d'avoir soustrait un enfant mineur aux mesures qui doivent être prises à son égard en vertu d'une décision d'une autorité judiciaire et ne pas l'avoir représenté à celui qui a le droit de le réclamer,

en l'espèce, d'avoir, à d'itératives reprises, refusé à Z.) l'exercice de son droit de visite et d'hébergement à l'égard de sa petite-fille C.H., née le (...), malgré l'ordonnance de référé n° 726/2008 du 17 octobre 2008 n° 114050 du rôle l'y autorisant. »

Au vu de la gravité de l'infraction et au vu de la persévérance des prévenus à refuser de respecter des décisions judiciaires, il y a lieu de condamner X.) et Y.), outre à une **amende de 1.000 euros**, à une **peine d'emprisonnement de 6 mois**.

Les deux prévenus ne sont cependant pas indignes d'une certaine clémence du Tribunal de sorte qu'il y a lieu de leur accorder la faveur du sursis probatoire avec les conditions fixées au dispositif du présent jugement ceci aussi dans l'intérêt de l'enfant C.H.

AU CIVIL :

A l'audience publique du 25 novembre 2009, Maître Roby SCHONS s'est constitué partie civile pour et au nom de Z.) contre les prévenus X.) et Y.) pour le montant de 14.500 euros à titre de réparation de son préjudice financier et pour le montant de 14.500 euros à titre de réparation de son préjudice moral.

Le Tribunal est compétent pour en connaître, eu égard à la décision à intervenir au pénal à l'égard des prévenus X.) et Y.).

La demande civile est recevable pour avoir été faite dans les forme et délai de la loi.

La demande civile est également fondée en principe. En effet, le préjudice accru à Z.), ayant été causé par l'infraction ci-dessus retenue à charge de X.) et Y.), ceux-ci sont tenus de le réparer.

Le préjudice financier de 14.500 euros représente en fait la somme des astreintes qui avaient été fixées par le juge des référés dans son ordonnance du 10 février 2009 et qui se sont accumulées suite au refus des prévenus de remettre l'enfant C.H. à sa grand-mère. Donc Z.) dispose déjà d'un titre à ce sujet et ne saurait réclamer de ce chef une nouvelle condamnation.

En ce qui concerne le dommage moral, Z.) a fait valoir qu'elle n'avait plus vu sa petite-fille pendant près de deux ans lui causant un chagrin certain sans oublier les chances perdues de pouvoir passer des moments agréables avec son petit-enfant.

Au vu des éléments du dossier il y a lieu de faire partiellement droit à la demande de Z.) et de fixer, ex aequo et bono, à 5.000 euros le dommage moral accru à cette dernière.

PAR CES MOTIFS :

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, treizième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant *contradictoirement*, le mandataire des prévenus entendu en ses explications et moyens de défense conformément à l'article 185 du Code d'instruction criminelle, la demanderesse au civil entendue en ses conclusions, la représentante du Ministère Public en ses réquisitions,

AU PENAL :

X.) :

c o n d a m n e X.) du chef de l'infraction retenue à sa charge à une **amende de 1.000 (MILLE) euros** et à une **peine d'emprisonnement de 6 (SIX) mois** ;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 20 (VINGT) jours ;

d i t qu'il sera *s u r s i s* à l'exécution de la peine d'emprisonnement prononcée contre la prévenue X.) et la place sous le régime du *sursis probatoire* pendant une durée de 5 ans en lui imposant les obligations suivantes:

- 1) remettre l'enfant à Z.) tel que prévu dans l'ordonnance de référé du 10 février 2009 ;
- 2) indemniser la partie civile ;

a v e r t i t X.) que **les conditions du sursis probatoire** sont à respecter, à remplir et à commencer dans un délai d'un mois à partir du moment où le jugement est définitivement coulé en force de chose jugée ;

a v e r t i t X.) qu'au cas de soustraction aux mesures ordonnées par le sursis probatoire dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, le sursis probatoire sera révoqué;

a v e r t i t X.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al.2 du Code pénal.

Y.) :

c o n d a m n e Y.) du chef de l'infraction retenue à sa charge à une **amende de 1.000 (MILLE) euros** et à une **peine d'emprisonnement de 6 (SIX) mois** ;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 20 (VINGT) jours ;

d i t qu'il sera *s u r s i s* à l'exécution de la peine d'emprisonnement prononcée contre le prévenu Y.) et le place sous le régime du *sursis probatoire* pendant une durée de 5 ans en lui imposant les obligations suivantes:

- 1) remettre l'enfant à Z.) tel que prévu dans l'ordonnance de référé du 10 février 2009 ;
- 2) indemniser la partie civile ;

a v e r t i t Y.) que **les conditions du sursis probatoire** sont à respecter, à remplir et à commencer dans un délai d'un mois à partir du moment où le jugement est définitivement coulé en force de chose jugée ;

a v e r t i t Y.) qu'au cas de soustraction aux mesures ordonnées par le sursis probatoire dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, le sursis probatoire sera révoqué;

a v e r t i t Y.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la peine d'emprisonnement prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al.2 du Code pénal.

c o n d a m n e les prévenus solidairement aux frais de leur poursuite pénale, ces frais liquidés à 40,44 euros ;

AU CIVIL :

d o n n e a c t e à Z.) de sa constitution de partie civile contre X.) et Y.);

s e d é c l a r e compétent pour en connaître;

d é c l a r e la demande **irrecevable** pour ce qui concerne le dommage financier;

d é c l a r e la demande **recevable** pour le surplus ;

d é c l a r e la demande **fondée et justifiée** pour le montant de 5.000 euros à titre de réparation du dommage moral;

c o n d a m n e X.) et Y.) à payer solidairement à Z.) le montant de 5.000 (CINQ MILLE) euros avec les intérêts au taux légal à partir du 25 novembre 2009, date de la demande, jusqu'à solde;

c o n d a m n e X.) et Y.) solidairement aux frais de cette demande civile.

Par application des articles 27, 28, 29, 30, 66 et 371-1 du Code pénal ; articles 1, 3, 155, 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 194 et 195 du Code d'instruction criminelle dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Mylène REGENWETTER, Vice-présidente, Steve VALMORBIDA et Antoine SCHAUS, juges, et prononcé, en présence de Serge WAGNER, substitut principal du Procureur d'Etat,, en audience publique dudit Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, date qu'en tête, par Madame la Vice-présidente, assistée de la greffière Myriam GALES, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement ».

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 6 janvier 2010 au pénal et au civil par le prévenu et défendeur au civil Y.) et par le représentant du ministère public et le 7 janvier 2010 au pénal et au civil par la prévenue et défenderesse au civil X.).

En vertu de ces appels et par citation du 12 mars 2010, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 20 avril 2010 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience les prévenus et défendeurs au civil furent entendus en leurs explications et moyens de défense.

Maître Caroline MULLER, avocat, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel des prévenus et défendeurs au civil, ces derniers bénéficiant de l'assistance judiciaire.

Maître Roby SCHONS, avocat, conclut au nom de la demanderesse au civil.

Madame l'avocat général Christiane BISENIUS, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 11 mai 2010, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 6 janvier 2010, Y.) a fait relever appel au pénal et au civil d'un jugement contradictoirement rendu le 9 décembre 2009 par une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, et dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 7 janvier 2010, X.) a fait relever appel au pénal et au civil du même jugement.

Par déclaration du 6 janvier 2010, le procureur d'Etat du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a également relevé appel dudit jugement.

Ces appels sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

Les appelants Y.) et X.) demandent la clémence de la Cour d'appel en faisant valoir que leur fille C.H. ne veut pas voir sa grand-mère maternelle, Z.). Même si les prévenus acceptent le principe d'un droit de visite de la grand-mère, les rencontres ordonnées par le juge des référés seraient, en tout état de cause, trop fréquentes.

Les prévenus relèvent encore qu'ils ont fait l'objet d'une affaire devant le juge de la jeunesse qui leur aurait fait comprendre qu'il faut qu'ils respectent la décision concernant le droit de visite de la grand-mère.

Au pénal, les prévenus aimeraient voir trancher définitivement la présente affaire, de préférence sans peine de prison ni peine d'amende, dès lors qu'ils auraient entamé une procédure relative au surendettement. Les prévenus se déclarent d'accord avec une suspension du prononcé ou des travaux d'intérêt général. X.) relève encore qu'elle a une santé psychique fragile, mais les attestations testimoniales versées en cause témoigneraient du fait que les prévenus auraient toujours un comportement adéquat et ne consommeraient pas d'alcool ou d'autres drogues.

Au civil, les appelants estiment que la demande de la grand-mère n'est pas justifiée ou du moins surfaite et ils demandent à voir réduire leur condamnation de ce chef à de plus justes proportions.

La demanderesse au civil réitère sa demande civile et demande la confirmation de la décision entreprise en ce qui concerne la somme de 5.000 euros allouée en réparation de son préjudice moral. Elle demande encore la somme de 1.500 euros à titre d'indemnité de procédure en se basant sur la nouvelle loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation de la décision entreprise, l'infraction retenue à charge des prévenus étant établie par le dossier pénal et l'aveu des prévenus. Il estime qu'il convient de maintenir un sursis probatoire, mais ne s'oppose pas à une suspension probatoire, ni même à la condamnation des prévenus à des travaux d'intérêt général. Il demande, au regard de la situation financière des prévenus, à voir faire abstraction d'une amende et se rapporte à la sagesse de la Cour d'appel en ce qui concerne la demande civile.

Les dispositions de l'article 371-1 du code pénal ont pour but d'assurer, par une sanction pénale, l'exécution des mesures judiciaires ordonnées au sujet de la garde, du droit de visite et du droit d'hébergement d'enfants mineurs en érigeant en infraction la non-représentation des enfants à la personne qui est en droit de les réclamer.

Les éléments constitutifs du délit sont réunis en l'espèce, à savoir l'existence d'une décision judiciaire, en l'occurrence l'ordonnance du juge des référés du 10 février 2009, les qualités des parties au litige de mère ou de père de la mineure et l'acte matériel de non-représentation aux dates indiquées dans la citation à prévenus qui, en l'espèce, est établi par le dossier pénal et d'ailleurs non autrement contesté par les prévenus.

A entendre l'argument des prévenus selon lequel leur fille ne voudrait pas voir sa grand-mère comme constituant l'état de nécessité dans leur chef, cet argument n'est pas fondé, dès lors qu'il ressort du dossier soumis à l'appréciation de la Cour d'appel que l'enfant n'a pas marqué de refus catégorique au droit de visite auprès de la grand-mère. Les renseignements auxquels la Cour peut avoir égard ne permettent pas non plus de déceler dans le chef de la grand-mère une quelconque cause ou motif valable susceptible de lui refuser le droit de voir sa petite-fille.

Il ressort au contraire du dossier pénal et de l'audition de C.H. qu'elle n'est pas du tout opposée à voir sa grand-mère avec laquelle elle n'aurait pas de problèmes.

Les prévenus ont d'ailleurs admis à l'audience de la Cour qu'ils avaient tort et qu'ils ne respectaient pas le droit de visite ordonné par la décision de référé du 10 février 2009, parce qu'ils ont eu l'impression que le juge des référés ne les aurait pas compris et que surtout Y.) avait des problèmes relationnels avec sa belle-mère en raison de disputes au sujet de problèmes financiers. En outre, quant aux critiques des prévenus relatives à la fréquence ou au lieu où ce droit de visite doit s'exercer, il faut relever que les prévenus n'ont pas entrepris la décision du juge des référés.

Les prévenus sont partant à maintenir dans les liens de l'infraction retenue par la juridiction de première instance.

La peine d'emprisonnement de 6 mois assortie du sursis probatoire aux conditions retenues par les juges de première instance étant adéquate pour sanctionner l'infraction commise, elle est également à maintenir.

Eu égard à la situation financière des prévenus, il y a lieu de faire abstraction d'une amende.

Quant au volet civil, la Cour d'appel estime la somme de 5.000 euros allouée à la demanderesse au civil surfaite.

Une somme de 2.000 euros constitue une juste réparation du dommage moral subi par la grand-mère en raison du fait d'avoir été privée de la compagnie de sa petite-fille pendant plus de deux ans.

S'agissant de la demande tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure, basée sur la loi du 6 octobre 2009, précitée, elle est à rejeter, dès lors que l'article 34 de cette même loi précise qu'elle n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2010 et que ses dispositions, dont celles relatives à l'indemnité de procédure visées aux articles 18 et 21 de la loi, ne sont applicables qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus entendus en leurs explications et moyens de défense, les demanderesse et défendeurs au civil en leurs conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

reçoit les appels en la forme;

dit celui des prévenus partiellement fondé;

au pénal:

décharge les prévenus de l'amende de mille (1.000 €) euros et de la contrainte par corps de vingt (20) jours y relative;

au civil:

ramène à la somme de deux mille (2.000 €) euros le préjudice subi par la grand-mère;

condamne X.) et Y.) solidairement à payer à Z.) la somme de deux mille (2.000 €) euros avec les intérêts légaux à partir du 25 novembre 2009, date de la demande en justice, jusqu'à solde;

confirme pour le surplus le jugement tel que déféré;

condamne les prévenus Y.) et X.) solidairement aux frais de leurs poursuites en instance d'appel, ces frais liquidés à 19,47 €;

condamne Y.) et X.) solidairement aux frais de la demande civile en instance d'appel.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance et des articles 199, 202, 203, 209 et 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, date qu'en tête par Monsieur Nico EDON, président de chambre, et Mesdames Marianne PUTZ et Lotty PRUSSEN,

conseillers, et signé, à l'exception du représentant du Ministère Public, par Monsieur Nico EDON, président de chambre, Madame Marianne PUTZ, conseiller, et Madame SCHMIT Cornelia, greffier, avec la mention, conformément à l'article 83 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, que Madame Lotty PRUSSEN, conseiller, se trouve à la date de la signature du présent arrêt dans l'impossibilité de le signer.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, par Monsieur Nico EDON, président de chambre, en présence de Madame Eliane ZIMMER, premier avocat général, et de Madame Cornelia SCHMIT, greffier.