N° 52 / 10.
du 15.7.2010.

Numéro 2793 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, quinze juillet deux mille dix.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marie-Jeanne HAVÉ, conseillère à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, premier conseiller à la Cour d'appel,
Annette GANTREL, première conseillère à la Cour d'appel,
John PETRY, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

X.), demeurant à L-(…), (…),

demandeur en cassation,

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

e t :

Y.), demeurant à L-(…), (…),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Patrick WEINACHT, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la présidente Marie-Paule ENGEL et sur les conclusions de l'avocat général Christiane BISENIUS ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 25 novembre 2009, numéro 34755 du rôle, par la première chambre de la Cour d'appel ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 21 janvier 2010 par X.) à Y.) et déposé le 25 janvier 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 1er mars 2010 par Y.) à X.) et déposé le 12 mars 2010 au greffe de la Cour ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Y.) oppose l'irrecevabilité du pourvoi aux motifs que le demandeur en cassation aurait déposé une expédition de l'arrêt attaqué deux jours après avoir déposé le mémoire en cassation, que le mémoire en cassation n'aurait pas indiqué que l'arrêt attaqué était déposé à l'appui du pourvoi et que l'arrêt attaqué n'aurait pas été versé sous la forme exigée par l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation ;

Mais attendu qu'il résulte des documents du dossier de cassation soumis à la Cour que le mémoire en cassation signifié par X.) a été déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 25 janvier 2010, ensemble les pièces désignées au mémoire et l'expédition de l'arrêt attaqué, rendu le 25 novembre 2009 par la première chambre de la Cour d'appel, arrêt qui ne figure pas parmi les pièces devant être indiquées au mémoire en cassation conformément à l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

d'où il suit que les moyens d'irrecevabilité du pourvoi ne sont pas fondés ;

Sur les faits :

Attendu, suivant l'arrêt attaqué, que X.) avait saisi le juge des tutelles de Diekirch d'une demande en désignation d'un avocat pour l'enfant mineur (…) ainsi que, suite au déménagement de la mère de l'enfant, Y.), d'une demande en obtention de la garde de l'enfant commun ; qu'il avait sollicité, en ordre subsidiaire, l'instauration de la résidence alternée de l'enfant, sur base de la loi française, sinon un droit de visite élargi. ; que le juge des tutelles avait déclaré les demandes de X.) non fondées ;

que sur appel de X.), la Cour d'appel, première chambre, dit l'appel non fondé et confirma le jugement entrepris ;

Sur le premier moyen de cassation en ses deux branches ;

Première branche

« Ayant trait au droit pour tout mineur capable de discernement d'être entendu par le juge, ou lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet *;*

Tiré de la violation de l'article 89 de la constitution combiné aux articles 373-2-11-3 et 388-1 du Code civil, en vertu duquel lorsque le juge se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il prend notamment en considération les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil ;

Attendu que l'article 388-1 du Code civil modifié par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance et renforçant par la même les droits des mineurs prévoit que << dans toutes les procédures le concernant, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge, où lorsque l'intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande >>

Que cet article est similaire à l'article 388-1 du Code civil luxembourgeois, introduit par la loi du 5 juin 2009, qui a partant également été violé ;

Que ces articles trouvent leur fondement dans la Convention de New York relatives aux droits de l'enfant qui enjoint aux Etats signataires de << Garantir à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toutes questions l'intéressant et à cette fin lui donner la possibilité d'être entendu dans toute procédure administrative et judiciaire le concernant >>

Qu'il s'agit d'un véritable droit d'être entendu, conformément à la Convention Européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996.

Que selon cette convention, article 6, l'autorité judiciaire doit consulter l'enfant à moins que cela ne soit manifestement contraire à son intérêt.

Que l'article 4 de !a Convention reconnaît également à l'enfant le droit de demander personnellement ou par l'intermédiaire d'une autre personne ou organes, la désignation d'un représentant spécial dans les

procédures l'intéressant.

Qu'en refusant la désignation d'un conseil à l'enfant mineur (…), permettant à ce dernier d'être entendu, la Cour a violé les textes précités.

Qui résulte en effet de la jurisprudence de la Cour Supérieure de Justice de Luxembourg du 9 juillet 2003, que conformément à l'article 388-1 du Code civil, les juridictions ont la possibilité, voire même l'obligation, si le mineur capable de discernement le demande, d'entendre l'enfant. Cette audition de l'enfant, susceptible de procurer des informations au juge, peut également être faite par des tiers et, notamment, par des professionnels en la matière, mieux outillés et mieux formés pour procéder à de telles mesures. De même, un avocat peut être désigné pour entendre l'enfant et fournir par la suite des informations au juge. L'avocat peut même assister l'enfant s'il est entendu par le juge et cela pour l'aider, par exemple, à exprimer ses sentiments et pour lui apporter une aide morale et psychologique, (Cour 9 juillet 2003, 32, 417).

Qu'en effet, selon la Déclaration du Garde des sceaux, (JOAN CR 18 mai 1992 p 1299), l'objet de l'article 388-1 du Code civil est de permettre au mineur de faire connaître ses sentiments dans une affaire qui le concerne. Il ne va pas au delà. Ce texte permet uniquement de faire connaître son opinion, sans pour autant que l'avis exprimé ne lie le juge. Le rôle du mineur est purement consultatif, le juge demeure libre de sa décision fonction de ce que commande l'intérêt de l'enfant ;

Que cependant, si le mineur demande à être entendu le juge a désormais l'obligation de l'entendre ;

Qu'en l'espèce, cette demande bien que formulée a été rejetée au simple motif que l'enfant ne serait pas pourvu du discernement nécessaire pour exprimer ses sentiments ;

Que cependant, la Cour ne motive en aucun cas sa décision, et plus particulièrement en quoi (…) n'aurait pas le discernement nécessaire pour être entendu sur ses sentiments ;

Qu'elle ne saurait en tout état de cause pouvoir prendre position objectivement sur les capacités de discernement de l'enfant mineur sans rencontrer préalablement le mineur ou faire désigner un conseil à cet effet ;

Qu'en conséquence la décision de la cour est arbitraire et manque de base légale, à défaut d'être motivé conformément à l'article 89 de la Constitution qui impose aux décisions judiciaires d'être motivées et que cette condition ne se trouve pas remplie en l'occurrence ;

<u>Deuxième branche</u> :

Violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme

Attendu que selon l'article 6, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial.

Que le principe du respect des droits de la défense forme un élément du procès équitable.

Que les juges du fond en refusant de désigner un conseil à l'enfant commun mineur a violé le principe du procès équitable, ne permettant pas à ce dernier que sa cause soit entendue ;

Qu'en conséquence l'arrêt entrepris mérite d'être cassé. »

Mais attendu que sous le couvert des griefs de violation de l'article 89 de la Constitution, des articles 372-2-11-3 et 388-1 du Code civil français, de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que du manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine à laquelle les juges du fond ont procédé, sur le fondement des éléments de fait qui leur avaient été soumis, de la capacité de discernement de l'enfant âgé de trois ans et de l'intérêt de l'enfant, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

d'où il suit que le moyen, en ses deux branches, ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

« ***Violation du principe d'égalité des parents***
Violation du principe d'égalité devant la loi et de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 en ses articles 9 et 10, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Attendu que X.) fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté sa demande tendant au changement de la résidence habituelle de l'enfant << au motif que la mère constitue la personne de référence de l'enfant >>

Qu'en statuant ainsi, la Cour a violé le principe d'égalité devant la loi et le principe d'égalité des parents, résultant de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 en ses articles 9 et 10, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Que la Cour n'a en outre donné aucune base légale à sa décision qui n'est pas motivée

Qu'il est non seulement de principe qu'il doit y avoir une égalité entre les parents, mais encore que l'enfant, sauf motif grave ne doit pas être séparé de ses parents et doit pouvoir entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents. Les tribunaux nationaux violent l'article 8 s'ils n'examinent pas soigneusement l'affaire et n'exercent pas raisonnablement leur pouvoir d'appréciation.

Qu'en l'espèce les juges du fond et particulière la Cour d'Appel n'a pas pris en considération l'ensemble des faits avant de prendre une décision qui ne respecte pas le principe d'égalité entre parents et la nécessité pour un enfant de pouvoir entretenir des rapports réguliers et fréquents entre ses deux parents

Que l'arrêt N° 7/99 du 26 mars 1999 rendu par la Cour Constitutionnelle insiste sur le principe de l'égalité entre les parents, conformément au principe général d'égalité devant la loi prévu aussi bien par la Constitution luxembourgeoise que par la Constitution française

Que la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 consacre dans ses articles 9 et 10 le droit de l'enfant de n'être pas séparé de ses parents contre leur gré et, en cas de séparation de l'enfant de ses deux parents ou de l'un d'eux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents.

Que les décisions judiciaires qui attribuent la garde de l'enfant ou l'exercice de l'autorité parentale relativement à l'enfant à un parent interfère nécessairement avec le droit d'un des parents au respect des ses relations familiales

Qui aux termes de l'article 8 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...et l'article 8 paragraphe 2 ne permet l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui dans une société démocratique, est nécessaire à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Que suivant les organes de la Convention, les décision relatives à l'attribution de la garde de l'enfant à un des ses parents et au refus et au droit de restriction du droit de visite d'un parent ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme si les tribunaux nationaux compétents ont examiné soigneusement l'affaire et exercé raisonnablement leur pouvoir d'appréciation (Convention des droits de l'Homme, commentaire article par article, sous la direction de LE Pettiti, E Decaux, PH lmbert, p 343 et décisions y citées)

Qu'a contrario les décisions prises en la matière violent l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme si les tribunaux nationaux n'examinent pas soigneusement l'affaire et n'exercent pas raisonnablement leur pouvoir d'appréciation ;

Qu'or en l'espèce, la Cour, ainsi que le premier juge fixe la résidence principale de l'enfant auprès de la mère au motif que la mère constitue la personne de référence ;

Que la décision n'est pas autrement motivée, violant ainsi l'article 89 de la Constitution ;

Que partant la décision est dénuée de base légale et est purement arbitraire ;

Qu'en conséquence l'arrêt entrepris mérite d'être cassé. »

Attendu qu'en tant que tiré de l'article 89 de la Constitution, le moyen vise le défaut de motifs qui est un vice de forme ; que la Cour d'appel a motivé ses décisions ;

Attendu qu'en tant que tiré de la violation de l'article 10 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 20 décembre 1993, le moyen est inopérant, cet article ne visant pas la situation de l'enfant concerné ;

Attendu, d'une part, que le demandeur en cassation n'a pas indiqué en quoi l'égalité des droits et responsabilités des parents sur et envers l'enfant commun, postérieurement à leur séparation, n'aurait pas été respectée par les juges du fond appelés à prendre les mesures nécessaires quant à la résidence principale de l'enfant et ses relations personnelles avec ses parents suite à leur séparation ;

que, d'autre part, il résulte des énonciations de l'arrêt que la Cour d'appel a, par des motifs suffisants et procédant à une appréciation souveraine des éléments de la cause, justifié sa décision sur la résidence de l'enfant et les droits de visite et d'hébergement du père, sans encourir le grief de violation de l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant précitée, combinée avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

d'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen de cassation :

« Rejet de la demande de résidence alternée

L'arrêt du 25 novembre 2009, ci-dessus mentionné, est attaqué en ce que les juges du fond ont violé, respectivement dénaturé les articles 373-2-9 et 373-2-11 du Code civil, combinés avec l'article 373-2 du Code précité

Attendu que l'article 373-2 alinéa 2 a la teneur suivante : <<chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent>>

Que l'article 373-2-9 prévoit que << la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de garde résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux>>

Que selon l'article 373-2-11 << lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

1° la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure

2° les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1

3° l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre

4° le résultat des expertises éventuellement effectuées tenant notamment compte de l'âge de l'enfant

5° les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 >>

Que les articles précités ont été violés dans la mesure où la Cour a pris une décision en considérant que la résidence alternée suppose l'accord des parents, condition non exigée par le Code civil français ;

Qu'en effet, pour refuser la garde alternée, la Cour, bien qu'ayant constaté les capacités éducatives des deux parents et leur attachement à l'enfant, a considéré que la garde alternée suppose l'accord des parents.

Que cependant la loi française ne fixe pas comme condition pour accorder la garde alternée qu'il y ait un accord des parents sur celle-ci, respectivement l'absence de conflit entre les parents ;

Que l'article 373-2-9 prévoit en effet que << la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de garde résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il

détermine la durée. Au terme de celle-ci le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Que selon la jurisprudence française, la seule allégation de dissensions entre les parents ne saurait mettre en cause une résidence alternée, l'article 373-2-9 alinéa 2 du Code civil ayant expressément prévu la possibilité d'une résidence alternée en cas de désaccord entre les parties (CA Toulouse, ch. 1, sect. 27 mai 2007 : JurisData n° 2007-338585, CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 5 janv. 2006 : Juris-Data n° 2006-296295

Que la Cour d'Appel de Chambéry est encore allée plus loin en considérant (ch. civ., 5 juill. 2005: Juris-Data n° 2005-279784) que si les relations conflictuelles entre les parents ne constituent pas un contexte favorable à une résidence alternée, la mise en place d'une résidence alternée apparaît de nature à assouplir les relations des parents. L'attribution de la résidence à l'un ou l'autre des parents ne permettra pas de mettre un terme au conflit parental préjudiciable à l'enfant, puisque ce dernier y est impliqué

Que par ailleurs, le juge du fond n'a pas examiné l'entièreté des faits alors que dans la pratique, et avant même qu'un jugement ou un arrêt ne soit rendu dans la présente affaire, une garde alternée était déjà pratiquée pour le plus grand bien et intérêt de l'enfant Nathan ;

Attendu que la Cour d'appel a constaté les faits, mais dans la mesure où, bien qu'en ayant reconnu leur réalité, elle n'en a pas tiré les conséquences juridiques qui s'imposaient, elle ne les a donc pas appréciés comme elle aurait dû le faire,

Que non seulement, la Cour d'appel n'a pas apprécié les faits comme il lui appartenait de le faire, mais, de surcroît, elle a omis d'appliquer les règles du Code civil français,

que rien ne s'opposait objectivement à une résidence alternée qui répondait totalement et entièrement à l'intérêt de l'enfant

Que cela correspond le mieux aux valeurs et aux exigences d'une société démocratique, non seulement parce qu'elle consacre l'égalité de l'homme et de la femme dans leurs rôles respectifs de père et de mère à l'égard de leur enfant, mais aussi parce que plus fondamentalement il inscrit dans la réglementation juridique de la relation parentale le principe de l'altérité qui traduit le fait que l'enfant ne peut se construire que sur base de ses deux racines paternelles et maternelles et qui implique que chaque parent est tenu de respecter ce que l'autre parent représente nécessairement de différent et d' << autre >> pour l'enfant (La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale, JL Renchon RTDF 1995 p 384)

Que cela permet d'éviter un phénomène d'appropriation des enfants par l'un des parents (propos de Madame Dekeuver Defossez, professeur à la faculté de droit de Lille lors de son audition devant la sous commission chargée des travaux préparatoires de la loi belge du 13 avril 1995)

Qu'enfin le juge n'a pas pris en compte les sentiments exprimés par l'enfant, la Cour d'appel refusant de l'entendre, respectivement de lui désigner un conseil afin qu'il puisse être entendu et exprimer ses sentiments.

Que l'enfant étant de nationalité française, les juges du fond se devaient de faire application du droit français quant à la décision à prendre sur l'autorité parentale, sur la garde, la résidence alternée et le droit de visite et d'hébergement, sans dénaturer le sens de la loi.

Les articles du Code civil précitées ont été violées, respectivement dénaturées.

L'arrêt entrepris mérite partant d'être cassé. »

Mais attendu que les juges d'appel en appliquant la loi française n'ont pas, pour refuser d'instituer le régime de la garde alternée concernant l'enfant commun, dit que cette institution exige l'accord des parents, condition non prévue par le droit français, mais ils se sont bornés à constater que la mésentente entre les parents est telle que la résidence alternée « risquerait en l'espèce de placer l'enfant…….. dans un conflit permanent, mettant en cause sa stabilité et étant contraire à son intérêt » ;

que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne X.) aux dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Patrick WEINACHT sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur John PETRY, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.