

N° 145 / 2020
du 12.11.2020
Numéro CAS-2019-00150 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, douze novembre deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Anne-Françoise GREMLING, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu, assistée de Maître Morgane INGRAO, avocat, demeurant à Luxembourg,

et:

Y, demeurant à (...),

défendeur en cassation,

comparant par Maître Anne-Marie VOGEL, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 148/18, rendu le 10 juillet 2019 sous le numéro CAL-2019-00138 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 23 septembre 2019 par X à Y, déposé le 26 septembre 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 19 novembre 2019 par Y à X, déposé le 20 novembre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Eliane EICHER et les conclusions du premier avocat général Simone FLAMMANG ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en continuation d'un jugement qui avait prononcé le divorce entre X et Y et, avant tout autre progrès en cause, ordonné une enquête sociale sur les mesures accessoires relatives à l'enfant commun mineur, avait attribué la garde de l'enfant à Y, dit non fondées les demandes des parties en obtention de l'autorité parentale exclusive envers l'enfant et accordé à X un droit de visite et d'hébergement envers l'enfant.

La Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris, sauf à modifier le droit de visite et d'hébergement accordé à X et à ordonner le retour de l'enfant au domicile d'Y suite à l'installation de X avec l'enfant en France sans l'accord d'Y.

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée

Le défendeur en cassation se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité du pourvoi en la pure forme au motif qu'il ne ressort pas du bordereau de pièces adverses si une expédition de l'arrêt attaqué a été déposé par la demanderesse en cassation ensemble avec le mémoire en cassation.

L'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, dans la teneur lui conférée par la loi du 3 août 2010, ne prévoit pas l'obligation à charge du demandeur en cassation de joindre au mémoire une copie signifiée ou une expédition de la décision attaquée.

Le défendeur en cassation se rapporte encore à prudence de justice quant à la recevabilité du pourvoi en ce qu'il n'a pas été dirigé contre l'avocat de l'enfant ni contre le Ministère public, parties à l'arrêt attaqué.

L'avocat de l'enfant, chargé de représenter l'enfant, n'est pas partie au procès et le Ministère public n'est que partie jointe.

Le défendeur en cassation soulève l'irrecevabilité du pourvoi au motif qu'il ne contient aucun moyen recevable.

Une éventuelle irrecevabilité des moyens de cassation est sans incidence sur la recevabilité du pourvoi.

Le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 6§1 de la CEDH et du principe des droits de la défense.

La Cour d'appel a violé, fait une fausse application sinon un refus de l'application du principe du droit à un procès équitable et plus précisément du principe d'égalité des armes qui découle de la lecture et de l'application jurisprudentielle constante du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales du 4 novembre 1950, (ci-après Convention Européenne des droits de l'homme) en ce que la Cour d'appel a clôturé l'instruction de l'affaire en date du 29 mai 2019 et l'a fixée pour plaidoiries le 19 juin 2019 sans avoir permis à la partie demanderesse de répondre ni aux conclusions du Parquet Général communiquées en date du 13 mai 2019 et ni à celles de la partie adverse communiquées en date 22 mai 2019. ».

Réponse de la Cour

La Cour d'appel n'a pas ordonné, dans l'arrêt attaqué, la clôture de l'instruction.

Il en suit que le moyen manque en fait.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation ou la fausse application de la loi sinon du refus de l'application de la loi, en l'espèce de l'article 3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, en ce que la Cour d'appel a dit non fondé l'appel interjeté par Madame X et ordonné le retour de l'enfant au domicile du père sans avoir pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, ce que lui impose pourtant le texte sus mentionné. ».

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 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.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré du défaut de base légale de l'arrêt du 10 juillet 2019.

Il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir rejeté pour être non fondé l'appel interjeté par Madame X et ordonner le retour de l'enfant mineur au domicile de son père, au motif que Madame X a eu un comportement jugé inacceptable à l'égard du père, alors que l'ancien article 302 du Code Civil dispose que

Que l'article 3 alinéa 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dispose que << Dans toutes les décisions qui concernent les enfants qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. >>.

Que dès lors les juges doivent nécessairement et impérativement prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant pour justifier leur décision.

Que l'intérêt supérieur de l'enfant est à rechercher de manière concrète et objective et peut être déduite des pièces versées en cause par les parties.

Qu'en omettant de prendre en considération les pièces de Madame X, sur lesquelles la Cour d'appel de Grenoble s'était elle-même basée pour prendre son arrêt du 20 février 2019 et en ne s'attachant qu'au seul rapport oral de Maître ROTH sans aucun lien avec la recherche de l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. ».

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré du défaut de base légale, le moyen 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.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation ou la fausse interprétation de la loi sinon du refus de l'application de la loi, en l'espèce l'article 42 du Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité

parentales abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, en ce que la Cour d'appel a rejeté l'appel de Madame X et ordonné le retour de l'enfant commun mineur auprès du père et délivré le certificat visé à l'article susmentionné sans cependant avoir respecté les conditions de l'alinéa 2 du prédit article et en l'espèce n'avoir ni entendu l'enfant, ni justifié l'absence d'audition de ce dernier. ».

Réponse de la Cour

Le moyen fait grief aux juges d'appel d'avoir délivré le certificat prévu par la disposition visée au moyen, conférant force exécutoire dans un autre Etat membre, sans avoir respecté les conditions exigées au paragraphe 2 de ladite disposition.

L'article 42 du Règlement (CE) N° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 dispose :

« 1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un Etat membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'Etat membre d'origine conformément au paragraphe 2.

Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire.

2. Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si :

- a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité,*
- b) les parties ont eu la possibilité d'être entendues, et que*
- c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de la Haye de 1980.*

Au cas où la juridiction ou toute autre autorité prend des mesures en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'Etat de sa résidence habituelle, le certificat précise les modalités de ces mesures.

Le juge d'origine délivre de sa propre initiative ledit certificat, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe IV (certificat concernant le retour de l'enfant).

Le certificat est rempli dans la langue de la décision. ».

Le grief en ce qu'il porte sur le certificat précité, distinct de la décision de justice qui a ordonné le retour de l'enfant, est étranger à l'arrêt attaqué.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

Il serait inéquitable de laisser à charge du défendeur en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation à payer au défendeur en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Anne-Marie VOGEL, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général
dans l’affaire de cassation

X

contre

Y

N° CAS-2019-00150 du registre

Le pourvoi en cassation, introduit à la requête de X, signifié en date du 23 septembre 2019 à Y et déposé le 26 septembre 2019 au greffe de la Cour, est dirigé contre un arrêt rendu le 10 juillet 2019 par la Cour d’appel, première chambre, siégeant en matière civile, dans la cause inscrite sous le numéro CAL-2019-00138 du rôle.

Cet arrêt a été signifié à X par exploit d’huissier de justice du 12 juillet 2019.

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 recevable¹.

Le mémoire en réponse d’Y, signifié le 19 novembre 2019 à X en son domicile élu et déposé le 20 novembre 2019 au greffe de la Cour, peut être pris en considération pour avoir été signifié dans le délai et déposé conformément aux prescriptions de la loi.

Faits et rétroactes

¹ Le délai de deux mois, prévu par l’article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, s’est en l’espèce vu prolonger d’un délai supplémentaire de quinze jours, conformément à l’article 167 du Nouveau code de procédure civile, étant donné que l’actuelle demanderesse en cassation demeure en France.

Par jugement contradictoire du 29 novembre 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en continuation d'un jugement antérieur qui avait prononcé le divorce entre X et Y, a, entre autres, attribué la garde de l'enfant commun mineur H) à son père et accordé à la mère un droit de visite et d'hébergement vis-à-vis de l'enfant.

Dans le cadre de la procédure de divorce, la garde provisoire de l'enfant avait été accordée à la mère.

Le tribunal a pris la décision de confier la garde définitive de l'enfant à son père notamment en raison de l'incapacité de la mère de maintenir une place pour le père dans la vie du mineur. Ainsi, le tribunal a constaté que non seulement la mère était partie vivre en France avec l'enfant commun au cours de l'été 2018, sans en avertir le père et sans demander son accord, mais qu'elle avait également privé le père depuis lors de tout contact avec son fils, refusant de lui présenter le garçon pour l'exercice de son droit de visite et d'hébergement.

Parallèlement au procès civil, le parquet général, saisi par le père en sa qualité d'autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant, a diligencé auprès des autorités françaises une procédure en retour immédiat du mineur H), dès lors que le déplacement de l'enfant opéré par la mère était à considérer comme étant illicite au vu des dispositions tant de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, que du Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (ci-après Règlement Bruxelles IIbis).

Dans le cadre de cette procédure, le tribunal de grande instance de Grenoble a ordonné le retour immédiat de l'enfant au domicile de son père au Luxembourg. Sur appel de la mère, la Cour d'appel de Grenoble, a, par arrêt du 20 février 2019, réformé cette décision et dit que l'enfant ne doit pas retourner au Luxembourg, en constatant certes le caractère illicite du déplacement de l'enfant par la mère, mais en se basant sur l'exception prévue par l'article 13b) du Règlement Bruxelles IIbis, à savoir le risque psychique encouru par l'enfant en cas de retour dans le pays de sa résidence habituelle, c'est-à-dire au Luxembourg. Le pourvoi en cassation du père contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 2019.

X a interjeté appel du jugement précité du 29 novembre 2018, sollicitant, par réformation, la garde de l'enfant commun mineur Hugo.

En instance d'appel, le parquet général a saisi la Cour d'appel d'une procédure visée à l'article 11§6-8 du règlement Bruxelles IIbis, dite de passerelle, permettant à la juridiction compétente avant le déplacement de l'enfant de

jour d'une compétence pleine et entière sur les questions de garde et de droit de visite et d'hébergement, y compris la prise de toute décision impliquant le retour de l'enfant.

Par arrêt du 10 juillet 2019, la Cour d'appel, première chambre, a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a fixé la résidence de l'enfant commun mineur auprès de son père au Luxembourg et ordonné le retour du mineur au domicile de ce dernier, tout en maintenant un exercice conjoint de l'autorité parentale et en accordant un droit de visite et d'hébergement à la mère.

Le pourvoi est dirigé contre cet arrêt.

Quant à la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Le défendeur en cassation soulève l'irrecevabilité du pourvoi, au motif qu'il ne ressortirait pas du bordereau de pièces de la demanderesse en cassation si une expédition de l'arrêt attaqué a été déposée à la Cour de cassation ensemble avec le mémoire.

Or, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2010 modifiant la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, le demandeur en cassation n'est plus obligé de joindre au mémoire une copie signifiée ou une expédition de la décision visée par le pourvoi, étant donné que désormais l'expédition de la décision attaquée par le pourvoi est ajoutée par les soins du greffe de la Cour supérieure de justice².

Ce moyen d'irrecevabilité n'est donc pas fondé.

La partie défenderesse en cassation conclut encore à l'irrecevabilité du pourvoi du fait qu'il n'a pas été dirigé contre l'avocat de l'enfant, ni contre le ministère public, qui seraient pourtant parties à l'arrêt attaqué.

Or, l'avocat de l'enfant ne peut pas être considéré comme partie à l'instance d'appel en matière civile. Il ne fait qu'assister, voire représenter les intérêts de l'enfant concerné par la procédure en cause. L'enfant, même s'il est entendu, directement ou par le biais de son avocat, n'en acquiert pas la qualité de partie à l'instance, tel que le précise l'article 388-1(5) du Code civil.

Par conséquent, il n'est pas à considérer comme « partie adverse » au sens de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 précitée et le demandeur en cassation n'est pas obligé de lui signifier le mémoire en cassation.

² Voir, p.ex., Cass. 6 décembre 2019, n°121/2018, n°4039 du registre

Il en va de même pour le ministère public qui, même s'il a pris des conclusions en instance d'appel, n'est que partie jointe.

Le pourvoi n'est donc pas non plus irrecevable de ce chef.

Finalement, le défendeur en cassation estime encore que le pourvoi est irrecevable, dès lors qu'il ne contiendrait aucun moyen de cassation recevable.

Or, la recevabilité des moyens de cassation est sans incidence sur celle du pourvoi en lui-même.

Il en suit que le pourvoi est à considérer comme étant recevable.

Quant aux moyens de cassation :

Quant au premier moyen de cassation :

tiré de la violation de l'article 6§1 de la CEDH et du principe des droits de la défense

en ce que la Cour d'appel a clôturé l'instruction de l'affaire en date du 29 mai 2019 et l'a fixée pour plaidoiries le 19 juin 2019 sans avoir permis à la partie demanderesse de répondre ni aux conclusions du parquet général communiquées en date du 13 mai et ni à celles de la partie adverse communiquées en date du 22 mai 2019

Le moyen consiste à reprocher aux magistrats d'appel d'avoir méconnu le droit à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et plus précisément le principe de l'égalité des armes, en décidant de clôturer la mise en état de l'affaire à l'audience du 29 mai 2019, en dépit de la demande de l'actuelle demanderesse en cassation de reporter l'audience prévue pour la clôture, voire de révoquer l'ordonnance de clôture, en la mettant ainsi dans l'impossibilité de présenter ses moyens de défense et de répondre aux conclusions du parquet général du 13 mai 2019 ainsi qu'à celles de l'actuel défendeur en cassation du 22 mai 2019.

Le pourvoi en cassation soumis à Votre Cour est dirigé contre le seul arrêt du 10 juillet 2019, préqualifié.

Or, la Cour d'appel n'a pas, dans l'arrêt attaqué, ordonné la clôture de l'instruction.

Le moyen manque donc en fait³.

On pourrait également dire que le grief invoqué vise l'ordonnance de clôture du 29 mai 2019 et non pas l'arrêt attaqué, de sorte que le grief mis en œuvre par le moyen de cassation est étranger à l'arrêt attaqué.

Sous cet aspect, le moyen est irrecevable.

Quant au deuxième moyen de cassation :

tiré de la violation ou de la fausse application de la loi, sinon du refus d'application de la loi, en l'espèce de l'article 3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989,

en ce que la Cour d'appel a dit non fondé l'appel interjeté par Madame X et ordonné le retour de l'enfant au domicile du père sans avoir pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, ce que lui impose pourtant le texte susmentionné

Le deuxième moyen de cassation fait grief à la Cour d'appel d'avoir rejeté l'appel de l'actuelle demanderesse en cassation et d'avoir ordonné le retour de l'enfant commun mineur auprès de son père sans prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le moyen en lui-même, tel qu'il est rédigé, omet de préciser en quoi la Cour d'appel aurait méconnu l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce n'est que la partie réservée à la discussion du moyen qui permet de comprendre qu'il est reproché aux magistrats d'appel de ne pas avoir pris en compte les différentes pièces versées par la mère pour établir le risque psychique que comporterait une décision de retour auprès de son père pour l'enfant, mais de s'être basés exclusivement sur le rapport, qualifié de lacunaire, de l'avocat du mineur. Ainsi, la décision prise par la Cour d'appel aurait été prise dans l'unique but de sanctionner la mère pour avoir déplacé l'enfant de manière illicite, sans égard à l'intérêt supérieur de l'enfant.

³ Voir en ce sens : Cass. 19 décembre 2019, n°179/2019, n°CAS-2018-00124 du registre

Sous réserve d'être recevable quant à son degré de précision, le moyen manque en fait, en ce qu'il procède soit d'une lecture erronée, soit d'une mauvaise compréhension de l'arrêt attaqué.

L'article 3 alinéa 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose :

« Dans toutes les décisions qui concernant les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

Cette norme supranationale impose donc aux juridictions, lorsqu'elles sont amenées à prendre des décisions qui concernent un enfant, de prendre en compte l'intérêt supérieur de ce dernier.

Il se dégage de l'arrêt attaqué que la Cour d'appel a bien rappelé ce principe dans les termes suivants :

« Il est important de relever d'emblée que ce n'est pas l'intérêt des père et mère qui prévaut pour décider de la durée et des modalités du droit de visite et d'hébergement du parent auprès duquel les enfants ne vivent pas habituellement, mais c'est l'intérêt de l'enfant qui doit passer avant toute autre considération. S'il est important de préserver, en cas de divorce, un lien étroit des enfants avec chacun de leurs père et mère par la mise en place d'un système de garde et de droit de visite assurant un contact effectif et régulier de l'enfant avec ses deux parents, il importe également de garantir à l'enfant un rythme de vie stable et serein.

L'intérêt supérieur de l'enfant, doit guider comme seul critère, la juridiction dans sa prise de décision, toutes autres considérations ne sont que secondaires. »⁴.

Par la suite, les magistrats d'appel ont exposé sur presque trois pages la situation de l'enfant et analysé les différents documents mis à leur disposition, tels que le rapport d'expertise du Docteur V), les rapports d'enquête sociale, mais aussi les pièces versées par l'actuelle demanderesse en cassation, à savoir les différentes attestations et le rapport de la psychologue R), comme en témoignent les passages suivants de l'arrêt attaqué :

⁴ Arrêt attaqué, page 8, alinéas 5 et 6

« Les attestations et compte-rendu de la psychologue R) consultée par X depuis son installation en France, établis à la demande unilatérale de la mère et à un moment où l'enfant était privé depuis des mois du contact avec son père et était en lien uniquement avec sa mère, manquent d'objectivité par rapport au conflit parental, la psychologue prenant parti pour la mère sans avoir ni vu, ni parlé au père et sans prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant. De plus, les difficultés et angoisses de l'enfant relevées par la psychologue sont connues et ont déjà été mises en évidence par le rapport V). Concernant les angoisses qu'H) aurait manifestées à l'idée de devoir retourner vivre au Luxembourg et ses idées de suicide exprimées dans ce contexte, il convient de constater que ces angoisses sont invoquées par la psychologue sans qu'elle n'ait observé personnellement la relation père-fils et sans qu'elle n'ait analysé si la réaction de l'enfant ne témoigne pas d'une trop importante emprise de la mère sur lui. Cette analyse se serait imposée d'autant plus, en ce que l'expertise réalisée par le docteur V) à une époque où l'enfant était en contact régulier avec son père ne retient aucun élément de nature à faire admettre qu'Y représente un danger pour son fils et que l'enfant ne veut plus avoir de contact avec son père. H) n'a pas fait état de violences exercées sur lui par son père. Il résulte, au contraire, du rapport V) que l'enfant ne souffre pas à cause d'un des parents, mais qu'il souffre à cause du conflit parental et qu'il se trouve dans un conflit de loyauté. Le docteur V) n'a décelé chez H) ni des idées de suicide, ni des hallucinations. Eu égard à ces éléments, la Cour considère que les écrits de la psychologue consultée unilatéralement par la mère ne sont pas de nature à énerver les rapports établis contradictoirement auparavant.

Les attestations testimoniales produites par X, émanant de son proche entourage, notamment de son père et de sa belle-mère, manquent, eu égard au climat conflictuel régnant au sein de la famille, d'objectivité suffisante pour établir les sentiments et l'état d'esprit de l'enfant. De plus, les dires de l'enfant sont à apprécier avec circonspection, en ce qu'il résulte du rapport V) que X a elle-même déclaré que H) est un enfant qui ment beaucoup et qu'elle a donné des exemples concrets à l'appui de son affirmation. Quant au comportement agressif reproché à Y, la Cour constate que la réalité de ce reproche n'est pas établie. Si Y s'est mis à hurler en apprenant le 31 juillet 2018 le projet de déménagement de X et a proféré des menaces, telles que relatées par les témoins, ces propos sont à relativiser en ce qu'ils ont été tenus dans une situation de stress extrême face à la nouvelle du départ imminent de son fils vers la France et le père n'a nullement mis en exécution les menaces. Aucun élément du dossier soumis à l'appréciation de la Cour ne révèle un comportement agressif d'Y à l'égard de son fils. »⁵

⁵ Arrêt attaqué, page 9, alinéa dernier, et page 10, alinéas 1 et 2

Ils en ont déduit :

« Les deux parents disposant des capacités pour s'occuper de l'enfant, il convient de déterminer quel est l'intérêt de l'enfant au regard des circonstances concrètes de l'espèce.

L'intérêt de l'enfant exige qu'il garde des attaches tant à l'égard de son père qu'à l'égard de sa mère et qu'il soit veillé à son développement psychique et affectif harmonieux, tel qu'il est indispensable à chaque enfant.

La Cour considère que le comportement de la mère, qui au lieu de faire des efforts pour rester au pays, a préféré opérer à l'insu du père et en violation des droits de celui-ci, un déplacement géographique non négligeable et a de ce fait privé son fils de relations continues et stables avec son père, est inacceptable.

Il est dommageable pour l'équilibre d'un enfant déjà perturbé par la séparation de ses parents, de ne pas avoir organisé un tel changement de vie dans la confiance et le respect réciproque des intérêts de chacun et d'avoir imposé au père sans préparation, la décision prise par la mère, animée par le seul désir de refaire sa propre vie.

Le comportement de X révèle qu'elle ne dispose pas de la capacité à maintenir une place au père dans la vie de l'enfant.

Eu égard à ces circonstances, la Cour considère que c'est à juste titre et pour des motifs par elle adoptés que les juges de première instance ont fixé la résidence de l'enfant auprès du père au Luxembourg. »⁶

C'est donc bien en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto* par les juges du fond, sur base des différentes pièces versées aux débats, y compris celles provenant de l'actuelle demanderesse en cassation, que la Cour d'appel a confirmé la décision des juges de première instance de fixer la résidence du mineur auprès de son père, impliquant le retour de l'enfant au Luxembourg.

En réalité, sous le couvert du grief tiré de la violation de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les magistrats d'appel - échappant donc au

⁶ Arrêt attaqué, page 10, deux derniers alinéas et page 11, alinéas 1 à 5

contrôle de Votre Cour - de l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction des circonstances de l'espèce.

De ce point de vue, le moyen ne saurait être accueilli.

Quant au troisième moyen de cassation:

tiré du défaut de base légale

qu'en omettant de prendre en considération les pièces de Madame X, sur lesquelles la Cour d'appel de Grenoble s'était elle-même basée pour prendre son arrêt du 20 février 2019 et en ne s'attachant qu'au seul rapport oral de Maître ROTH sans aucun lien avec la recherche de l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision

La formulation du troisième moyen de cassation semble lacunaire. Il y est fait référence aux articles 302 du Code civil et 3 alinéa 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant. Il faut donc supposer que c'est au regard de ces deux normes qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué de manquer de base légale.

Or, au vœu de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, sous peine d'irrecevabilité, un moyen ou élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Etant donné que le moyen cite deux textes de loi différents, sans pourtant qu'il ne soit articulé en autant de branches, et sans préciser en quoi ces deux normes auraient été violées par la Cour d'appel, le moyen est irrecevable.

A titre subsidiaire, quant au bien-fondé du moyen, celui-ci semble consister à tout simplement reprendre le reproche formulé par le deuxième moyen de cassation, à savoir celui de faire grief à la Cour d'appel de ne pas avoir pris en considération ni l'intérêt supérieur de l'enfant, ni les pièces versées aux débats par l'actuelle défenderesse en cassation.

Toutefois, il se dégage de la réponse que la soussignée propose de donner au deuxième moyen, ainsi que des passages de l'arrêt y cités, que la Cour d'appel a bien analysé les attestations et rapports versés par l'actuelle demanderesse en cassation et qu'elle a dûment pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, pour décider de confirmer les premiers juges en ce qu'ils ont fixé la résidence habituelle de l'enfant auprès de son père.

Par conséquent, l'on ne saurait reprocher à la Cour d'appel de ne pas avoir constaté tous les faits nécessaires à la mise en œuvre des dispositions légales visées par le moyen, de sorte que le moyen n'est pas fondé.

Quant au quatrième moyen de cassation:

tiré de la violation ou de la fausse interprétation de la loi sinon du refus d'application de la loi, en l'espèce de l'article 42 du Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000,

en ce que la Cour d'appel a rejeté l'appel de Madame X et ordonné le retour de l'enfant commun auprès du père et délivré le certificat visé à l'article susmentionné sans cependant avoir respecté les conditions de l'alinéa 2 du prédit article et en l'espèce n'avoir ni entendu l'enfant, ni justifié l'absence d'audition de ce dernier

Par son quatrième et dernier moyen, la demanderesse en cassation reproche aux magistrats d'appel d'avoir délivré le certificat prévu par l'article 42 du Règlement Bruxelles IIbis, en y mentionnant que l'enfant aurait été entendu par l'intermédiaire de son avocat, alors que celui-ci ne se serait pas entretenu avec le mineur préalablement aux débats. La délivrance du certificat aurait donc été faite en violation de cette disposition, en ce qu'aucune audition véritable de l'enfant n'aurait eu lieu.

L'article 42 du Règlement Bruxelles IIbis dispose :

« Retour de l'enfant

- 1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine conformément au paragraphe 2.*

Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire.

2. Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si:

- a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité,
- b) les parties ont eu la possibilité d'être entendues, et que
- c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980. Au cas où la juridiction ou toute autre autorité prend des mesures en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'État de sa résidence habituelle, le certificat précise les modalités de ces mesures. Le juge d'origine délivre de sa propre initiative ledit certificat, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe IV (certificat concernant le retour de l'enfant).

Le certificat est rempli dans la langue de la décision. ».

Cette disposition concerne la force exécutoire d'une décision ordonnant le retour d'un enfant dans le pays de la résidence habituelle avant son déplacement illicite au moyen d'un certificat à remplir par la juridiction qui a rendu la décision en cause.

Ledit certificat est un acte séparé de la décision de justice qui ordonne le retour de l'enfant, de sorte que le grief mis en œuvre par le moyen est étranger à l'arrêt attaqué.

Ceci est d'ailleurs corroboré par les dispositions de l'article 43 du Règlement Bruxelles IIbis, selon lequel la délivrance du certificat n'est susceptible d'aucun recours.

Partant, l'article 42 dudit Règlement ne saurait servir de fondement à un moyen de cassation dirigé contre un arrêt qui ordonne le retour d'un enfant.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

A titre subsidiaire, le moyen n'est pas fondé.

Si le Règlement Bruxelles IIbis pose le principe qu'un enfant doit être entendu dans les procédures qui le concernent, il ne modifie cependant pas les procédures nationales applicables en cette matière⁷.

⁷ Règlement Bruxelles IIbis, Considérant n°19

En général, l'enfant doit être entendu d'une façon qui tienne compte de son âge et de sa maturité. L'audition de l'enfant poursuit des objectifs différents selon le type et le but de la procédure. Dans un cas d'enlèvement, l'objectif est souvent d'identifier les objections que l'enfant pourrait avoir à son retour et de comprendre pourquoi ces raisons se sont développées. De plus, dans les cas d'enlèvement, il existe toujours une possibilité que les parents essayent d'influencer l'enfant⁸. La prudence par rapport aux propos de l'enfant est donc de mise.

Selon l'article 388-1 du Code civil luxembourgeois, le mineur capable de discernement peut être entendu, dans toute procédure le concernant, par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet.

En l'espèce, la décision de la Cour d'appel de ne pas procéder à l'audition directe du mineur H), âgé à ce moment de six ans et demi, mais d'entendre seulement le rapport de l'avocat désigné pour la défense de ses intérêts, est donc conforme à nos dispositions de droit interne.

Il s'y ajoute que la décision d'entendre l'enfant en personne ou par l'intermédiaire de son avocat est prise en fonction des circonstances factuelles par les juges du fond, dont elle relève du pouvoir souverain d'appréciation.

Il se dégage de l'arrêt attaqué que l'avocat de l'enfant a été entendu en son rapport oral à l'audience⁹.

Par conséquent, la Cour d'appel a suffi à son obligation d'entendre l'enfant conformément aux dispositions de droit interne, de sorte que le moyen est à rejeter.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

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

Simone FLAMMANG

⁸ Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II, pages 52 et 53

⁹ Arrêt attaqué, page 6, alinéa 3