

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

N° 157 / 2022
du 22.12.2022
Numéro CAS-2022-00034 du registre

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

Composition:

MAGISTRAT1.), président de la Cour,
MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), premier avocat général,
GREFFIER1.), greffier à la Cour.

Entre:

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

1. PERSONNE2.), demeurant à LIEU1.), ADRESSE2.),

défendeur en cassation,

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

2. Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, ayant ses bureaux à la Cité judiciaire, Bâtiment PL, Plateau du St. Esprit à Luxembourg, L-2080 Luxembourg,

défendeur en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 20/22 - I - référé exceptionnel (aff.fam.), rendu le 9 février 2022 sous les numéros CAL-2021-01193 et CAL-2022-00015 du rôle 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 15 avril 2022 par PERSONNE1.) à PERSONNE2.) et au procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, déposé le 19 avril 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 9 juin 2022 par PERSONNE2.) à PERSONNE1.) et au procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, déposé le 10 juin 2022 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général MAGISTRAT7.).

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 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après « *la Convention* ») et de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, une ordonnance de retour de l'enfant mineur M.M. en République d'Arménie au motif que le déplacement par la mère de l'enfant, la demanderesse en cassation, avait eu lieu plus d'un an avant l'introduction d'une requête, par le père, le défendeur en cassation, pour enlèvement d'enfant et qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de retourner en République d'Arménie. La Cour d'appel a, par réformation, ordonné le retour immédiat de l'enfant en République d'Arménie.

Sur les premier, deuxième et troisième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, « *tiré de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980* »

et tout particulièrement en ce que la notion de résidence habituelle telle que définie par les jurisprudences européennes n°C-523/07 (Cour de Justice de l'Union Européenne, 2 avril 2009, dit Procédure engagée par A.) et n°C-497/10 PPU (Cour de Justice de l'Union Européenne, 22 décembre 2010, dit Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe) n'a pas été correctement interprétée. La Cour d'appel n'a pas vérifié si les conditions de la résidence habituelle de la mère et de l'enfant en Hongrie étaient remplies au regard de cet article et de ces jurisprudences communautaires, pour dire fondés les appels relevés par le Procureur d'Etat et Monsieur PERSONNE2.) et enrôlés sous les numéros CAL-2021-01193 et CAL-2022-00015 du rôle.

Aux motifs que

<< C'est cependant à tort que le juge de première instance a retenu que la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement était située en Hongrie.

(...) Il résulte du courrier du Service de la Sécurité Nationale de la République d'Arménie du 20 octobre 2021 que hormis quelques séjours d'environ chaque fois une semaine, un séjour de trois mois du 26 au 31 mai 2019 et un séjour de 5 mois du 28 février au 03 août 2020, PERSONNE3.) a toujours vécu en Arménie jusqu'au 25 octobre 2020, date de son déplacement vers le Luxembourg.

L'accord de résiliation de l'appartement de Hongrie (...), de même que l'attestation fiscale hongroise attestant comme fin du contrat de travail avec SOCIETE1.) le 26 octobre 2020 (...) ne sont pas de nature à établir le contraire, l'intimée ayant admis à l'audience être rentrée avec l'enfant commun en République d'Arménie en août 2020 et y être restée jusque fin octobre 2020, la société SOCIETE1.) lui ayant demandé de travailler depuis la maison.

Le fait que PERSONNE3.) a eu sa résidence habituelle en République d'Arménie au moment du déplacement résulte encore des attestations de PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.), ce dernier précisant également que depuis le 1^{er} septembre 2020, PERSONNE3.) avait été scolarisé en République d'Arménie, ce que la mère a confirmé.

(...) Eu égard à ce qui précède, il y'a lieu de dire que le lieu de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement en date du 25 octobre 2020 était la république d'Arménie, que PERSONNE2.) exerçait son droit de garde de façon effective et qu'au moment de l'introduction de la demande en retour, moins d'un an s'était écoulé, depuis le déplacement illicite de PERSONNE3.), de sorte que les conditions de l'article 3 sont réunies et que la demande a été introduite endéans le délai prévu à l'article 12 de la Convention.>>

Alors que

Ayant une assise jurisprudentielle européenne, la notion de résidence habituelle est une notion autonome de la Convention de La Haye qui doit s'analyser au regard de la convention elle-même et au regard des outils européens issus de la jurisprudence des cours européennes à disposition du juge luxembourgeois. Cette notion autonome évite aux Etats parties à la Convention de donner leur propre définition de la notion de résidence habituelle. Ainsi, la résidence habituelle est une

notion spécifique de l'ordre juridique international et européen, en concurrence avec les notions de l'ordre juridique interne luxembourgeois. Le droit communautaire et le droit international privé bénéficiant d'une primauté sur le droit national, il convient de les appliquer prioritairement.

De sorte que

La partie demanderesse en cassation était en droit d'attendre que la notion de résidence habituelle telle que prévue par l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 soit interprétée de façon autonome et notamment au regard du droit luxembourgeois positif contemporain issu du droit européen et communautaire et notamment de ses jurisprudences de principe n°C-523/07 (Cour de Justice de l'Union Européenne, 2 avril 2009, dit Procédure engagée par A.) et n°C-497/10 PPU (Cour de Justice de l'Union Européenne, 22 décembre 2010, dit Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe). »,

le deuxième, « tiré de

La violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application de l'article 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et tout particulièrement en ce que l'alinéa 2 de l'article 12 n'a pas été appliqué, sinon correctement appliqué et interprété. La Cour d'appel n'a pas vérifié si l'enfant était à présent intégré dans ses nouveaux environnement et milieu pour dire fondées les affaires introduites sous les numéros du rôle n°CAL2021-01193 et CAL-2022-00015 et ordonner son retour.

Aux motifs que

<< C'est cependant à tort que le juge de première instance a retenu que la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement était située en Hongrie.

(...) Il résulte du courrier du Service de la Sécurité Nationale de la République d'Arménie du 20 octobre 2021 que hormis quelques séjours d'environ chaque fois une semaine, un séjour de trois mois du 26 au 31 mai 2019 et un séjour de 5 mois du 28 février au 03 août 2020, PERSONNE3.) a toujours vécu en Arménie jusqu'au 25 octobre 2020, date de son déplacement vers le Luxembourg.

L'accord de résiliation de l'appartement de Hongrie (...), de même que l'attestation fiscale hongroise attestant comme fin du contrat de travail avec SOCIETE1.) le 26 octobre 2020 (...) ne sont pas de nature à établir le contraire, l'intimée ayant admis à l'audience être rentrée avec l'enfant commun en République d'Arménie en août 2020 et y être restée jusque fin octobre 2020, la société SOCIETE1.) lui ayant demandé de travailler depuis la maison.

Le fait que PERSONNE3.) a eu sa résidence habituelle en République d'Arménie au moment du déplacement résulte encore des attestations de PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.), ce dernier précisant également que depuis le 1er septembre 2020, PERSONNE3.) avait été scolarisé en République d'Arménie, ce que la mère a confirmé.

(...) Eu égard à ce qui précède, il y'a lieu de dire que le lieu de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement en date du 25 octobre

2020 était la république d'Arménie, que PERSONNE2.) exerçait son droit de garde de façon effective et qu'au moment de l'introduction de la demande en retour, moins d'un an s'était écoulé, depuis le déplacement illicite de PERSONNE3.), de sorte que les conditions de l'article 3 sont réunies et que la demande a été introduite endéans le délai prévu à l'article 12 de la Convention >>.

Alors que

Ayant une assise jurisprudentielle internationale et européenne, le contrôle du critère de l'intégration de l'enfant à son nouveau milieu est inhérent à l'esprit de la Convention de La Haye et doit s'effectuer au regard des outils européens issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce mécanisme de contrôle évite aux Etats parties à la Convention de La Haye de violer l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est la notion sous-jacente à toute l'économie de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, mais aussi de violer le droit à une vie privée et familiale sans subir d'ingérence étatique. Ainsi, le contrôle de l'intégration de l'enfant à son nouveau milieu s'impose au juge interne, lorsque l'enfant a été déplacé depuis plus d'une année. Le droit international privé étant supérieur au droit national selon la hiérarchie des normes, il convient de l'appliquer prioritairement.

De sorte que

Madame PERSONNE1.) était en droit d'attendre que le contrôle du critère de l'intégration de l'enfant à son nouveau milieu, en vertu de l'article 12 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, soit mis en place de façon à respecter le droit luxembourgeois positif contemporain issu du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et notamment de sa jurisprudence de principe n°68183/01 (Cour européenne des droits de l'homme, 30 septembre 2008, Koons c. Italie) et n°41615/07 (Cour européenne des droits de l'homme, 6 juillet 2010, Neulinger and Shuruk v. Switzerland). »

et

le troisième, « tiré de

La violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application de l'article 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et tout particulièrement en ce que l'alinéa 1 b) de l'article 13 n'a pas été appliqué, sinon correctement appliqué et interprété. La Cour d'appel n'a pas vérifié si l'enfant pouvait subir des risques graves en cas de retour, un danger physique ou psychique, ou toute autre manière le plaçant dans une situation intolérable, pour dire fondées les affaires introduites sous les numéros du rôle n°CAL2021-01193 et CAL-2022-00015 et ordonner son retour.

Aux motifs que

<< L'alinéa 1^{er}, point b) de l'article 13 de la convention introduit quant à lui au sein du mécanisme de retour immédiat une prise en considération du fond de l'affaire. Son existence se justifie par le souhaite de contrecarrer l'automatisme du retour, laquelle pourrait se révéler préjudiciable à l'enfant dans certaines situations extrêmes. L'appréciation de ce qui constitue un risque grave de danger pour l'enfant ou une 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 (...). 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.

Force est de constater au vu des éléments du dossier que l'intimée n'établit aucun danger des conditions de vie de l'enfant en République d'Arménie ou du comportement du père à l'égard de celui-ci. Avant son déplacement, PERSONNE3.) voyait régulièrement son père et sa famille paternelle. Il est, par ailleurs, constant en cause que PERSONNE2.) est venu à Luxembourg pour voir son fils.

S'il est vrai que le retour de l'enfant en République d'Arménie risque de le priver de la relation privilégiée qu'il entretient avec sa mère, au cas où cette dernière restait à Luxembourg, ainsi que l'entourage social qu'il s'est édifié depuis au Luxembourg, il n'est cependant pas à craindre que l'enfant souffre de difficultés de réadaptation dans son pays d'origine, où il a été élevé pendant la plus grande partie de sa vie, où il était scolarisé, dont il parle la langue et où sont domiciliés son père et ses grands-parents tant paternels que maternels (ses grands-parents maternels n'étant venus à Luxembourg que pour aider leur fille), ainsi que ses cousins.

Il ne résulte, par ailleurs, pas des éléments du dossier que son père ne dispose pas des capacités éducatives et financières nécessaires pour prendre soin de son fils.

Rien ne permet dès lors de conclure qu'un retour n'expose l'enfant PERSONNE3.) à un grand danger psychique, et ceux d'autant plus, que PERSONNE3.) a déjà deux fois quitté la République d'Arménie pendant plusieurs mois avec sa mère en raison des activités professionnelles de cette dernière (de mars à mai 2019 au Luxembourg et de février à aout 2020 à LIEU2.)) pour y retourner par la suite sans qu'il ne soit établi qu'il en ait souffert ou qu'il ait eu du mal à s'adapter.

Il laisse également d'être établi qu'un retour l'exposerait à un risque physique, le conflit entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan étant suffisamment éloigné du lieu de vie de PERSONNE3.) (LIEU1.)). L'intimée ne s'est d'ailleurs pas formellement opposée à la possibilité de retourner en République d'Arménie au cas où son contrat avec SOCIETE2.) n'était pas prolongé ce qui contredit les craintes qu'elle invoque actuellement.

(...)

Aucune des exceptions prévues aux articles 13 et 20 n'étant donnée, il y'a lieu de réformer l'ordonnance entreprise et de prononcer le retour immédiat de l'enfant PERSONNE3.). >>

Alors que

Ayant une assise jurisprudentielle internationale et européenne, le contrôle de l'existence d'un risque grave en cas de retour est un contrôle essentiel à l'esprit de la Convention de La Haye et qui doit s'effectuer au regard des outils européens issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce mécanisme de contrôle évite aux Etats parties à la Convention de La Haye de violer l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est la notion sous-jacente à toute l'économie de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme. Ainsi le contrôle des risques graves subis par l'enfant, dans toutes leurs éventualités, s'impose systématiquement au juge du droit

interne. Le droit international privé bénéficiant d'une primauté sur le droit national, il convient de l'appliquer prioritairement.

De sorte que

Madame PERSONNE1.) était en droit d'attendre que le contrôle de l'existence de risques graves, physiques, psychiques et de toutes autres manières, pour l'enfant issu de l'article 13 alinéa 1 b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 soit mis en place de façon à respecter le droit luxembourgeois positif contemporain issu du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et notamment de sa jurisprudence de principe n°41615/07 (Cour européenne des droits de l'homme, 6 juillet 2010, Neulinger and Shuruk v. Switzerland). ».

Réponse de la Cour

Il ressort des moyens, ensemble la discussion de ceux-ci, que la demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé les dispositions des articles 3, 12, alinéa 2, et 13 de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, pour ne pas avoir vérifié certains aspects relatifs à l'application des dispositions visées aux moyens.

Les moyens, en ce qu'ils font grief aux juges d'appel de ne pas avoir constaté et vérifié si les conditions nécessaires pour l'application des susdites dispositions étaient remplies, visent l'insuffisance des motifs et partant le cas d'ouverture du défaut de base légale et non celui de la violation de la loi.

Il s'ensuit que les moyens sont irrecevables.

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 MAGISTRAT1.) en présence du premier avocat général MAGISTRAT6.) et du greffier PERSONNE DE JUSTICE1.).

Conclusions du Ministère Public

dans l'affaire de cassation

PERSONNE1.)

contre

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

2) PERSONNE2.)

(Numéro CAS-2022-00034 du registre)

Par mémoire signifié en date du 15 avril 2022 et déposé au greffe de la Cour le 19 avril 2022, PERSONNE1.) a introduit un pourvoi en cassation contre un arrêt N° 20/22 -I-référé exceptionnel (aff.fam.) contradictoirement rendu entre parties le 9 février 2022 par la Cour d'appel de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, dans les causes inscrites sous les numéros CAL-2021-01193 et CAL-2022-00015 du rôle.

Tant Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg que PERSONNE2.) ont fait signifier l'arrêt en cause en date du 16 février 2022 à l'actuelle demanderesse en cassation PERSONNE1.).¹

Le défendeur en cassation PERSONNE2.) a élu domicile en l'étude de son avocat pour les besoins de la signification du mémoire en cassation.²

Le mémoire en cassation a été signifié en date du 15 avril 2022 tant à PERSONNE2.) en son domicile élu en l'étude de son avocat qu'à Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et déposé au greffe de la Cour en date du 19 avril 2022.

En vertu des articles 7 et 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, la partie demanderesse en cassation qui demeure dans

¹ Voir farde de la demanderesse en cassation

² Voir farde de la demanderesse en cassation

le Grand-Duché devra dans un délai de deux mois à partir de la signification de l'arrêt contradictoire, sous peine d'irrecevabilité, déposer au greffe de la Cour supérieure de Justice un mémoire signé par un avocat à la Cour et le signifier à la partie adverse. Tant la signification du mémoire en cassation à la partie adverse que le dépôt du mémoire en cassation au greffe de la Cour doivent donc intervenir dans ce délai de deux mois.

Dans la présente affaire, l'arrêt en cause a été signifié à l'actuelle demanderesse en cassation en date du 16 février 2022. Le délai de deux mois a donc expiré en principe le 16 avril 2022.

Le dépôt du mémoire en cassation est intervenu le mardi 19 avril 2022, premier jour ouvrable consécutif au samedi 16 avril 2022 et au jour férié légal du lundi 18 avril 2022, qui était le lundi de Pâques.

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

Le mémoire en réponse de PERSONNE2.), signifié en date du 9 juin 2022 tant à PERSONNE1.) en son domicile élu qu'à Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et déposé au greffe de la Cour le 10 juin 2022, peut être pris en considération pour avoir été signifié dans le délai et déposé conformément aux prescriptions de la loi.

Le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'a pas déposé de mémoire en réponse.

Faits et rétroactes

Par ordonnance rendue contradictoirement en date du 1^{er} décembre 2021, le juge aux affaires familiales près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant comme en matière de référé, sur 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) et de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, a reçu la demande du Ministère Public tendant à voir ordonner le retour immédiat de l'enfant commun mineur PERSONNE3.), né le DATE1.), en République d'Arménie, s'est déclaré compétent pour en connaître, a constaté que le déplacement de l'enfant PERSONNE3.) a eu lieu un an avant l'introduction d'une requête par PERSONNE2.) pour enlèvement d'enfant, dit qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant PERSONNE3.) de retourner en République d'Arménie, et a débouté le Ministère Public de sa demande.

De cette ordonnance, non signifiée, appel a été relevé par PERSONNE2.) par exploit d'huissier de justice du 15 décembre 2021, déposé au greffe de la Cour le 29

décembre 2021, (enrôlée sous le numéro CAL-2021-01193) et par le Ministère Public par exploit d'huissier de justice du 23 décembre 2021, déposé au greffe de la Cour le 5 janvier 2022 (enrôlée sous le numéro CAL-2022-00015).

Par arrêt N° 20/22 -I-référé exceptionnel (aff.fam.), la Cour d'appel, première chambre, siégeant comme en matière de référé, sur 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 ordonné la jonction des affaires introduites sous les numéros du rôle CAL-2021-01193 et CAL-2022-00015, reçu les appels en la forme, les dit fondés, et par réformation, a ordonné le retour immédiat de l'enfant PERSONNE3.), né le DATE1.), en République d'Arménie.

Pour le surplus, la Cour d'appel a condamné PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) une indemnité de procédure de 2.000 euros et a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre cet arrêt du 9 février 2022.

Quant au premier moyen de cassation

« TIRÉ DE

La violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et tout particulièrement en ce que la notion de résidence habituelle telle que définie par les jurisprudences européennes n°C-523/07 (Cour de Justice de l'Union Européenne, 2 avril 2009, dit Procédure engagée par A.) et n°C-497/10 PPU (Cour de Justice de l'Union Européenne, 22 décembre 2010, dit Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe) n'a pas été correctement interprétée. La Cour d'appel n'a pas vérifié si les conditions de la résidence habituelle de la mère et de l'enfant en Hongrie étaient remplies au regard de cet article et de ces jurisprudences communautaires, pour dire fondés les appels relevés par le Procureur d'Etat et Monsieur PERSONNE2.) et enrôlés sous les numéros CAL-2021-01193 et CAL-2022-00015 du rôle.

AUX MOTIFS QUE

« C'est cependant à tort que le juge de première instance a retenu que la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement était située en Hongrie.

(...) Il résulte du courrier du Service de la Sécurité Nationale de la République d'Arménie du 20 octobre 2021 que hormis quelques séjours d'environ chaque fois une semaine, un séjour de trois mois du 26 au 31 mai 2019 et un séjour de 5 mois du 28 février au 03 aout 2020, PERSONNE3.) a toujours vécu en Arménie jusqu'au 25 octobre 2020, date de son déplacement vers le Luxembourg.

L'accord de résiliation de l'appartement de Hongrie (...), de même que l'attestation fiscale hongroise attestant comme fin du contrat de travail avec SOCIETE1.) le 26 octobre 2020 (...) ne sont pas de nature à établir le contraire, l'intimée ayant admis à l'audience être rentrée avec l'enfant commun en République d'Arménie en août 2020 et y être restée jusque fin octobre 2020, la société SOCIETE1.) lui ayant demandé de travailler depuis la maison.

Le fait que PERSONNE3.) a eu sa résidence habituelle en République d'Arménie au moment du déplacement résulte encore des attestations de PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.), ce dernier précisant également que depuis le 1^{er} septembre 2020, PERSONNE3.) avait été scolarisé en République d'Arménie, ce que la mère a confirmé.

(...) Eu égard à ce qui précède, il y'a lieu de dire que le lieu de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement en date du 25 octobre 2020 était la république d'Arménie, qu'PERSONNE2.) exerçait son droit de garde de façon effective et qu'au moment de l'introduction de la demande en retour, moins d'un an s'était écoulé, depuis le déplacement illicite de PERSONNE3.), de sorte que les conditions de l'article 3 sont réunies et que la demande a été introduite endéans le délai prévu à l'article 12 de la Convention.»

ALORS QUE

Ayant une assise jurisprudentielle européenne, la notion de résidence habituelle est une notion autonome de la Convention de La Haye qui doit s'analyser au regard de la convention elle-même et au regard des outils européens issus de la jurisprudence des cours européennes à disposition du juge luxembourgeois. Cette notion autonome évite aux Etats parties à la Convention de donner leur propre définition de la notion de résidence habituelle. Ainsi, la résidence habituelle est une notion spécifique de l'ordre juridique international et européen, en concurrence avec les notions de l'ordre juridique interne luxembourgeois. Le droit communautaire et le droit international privé bénéficiant d'une primauté sur le droit national, il convient de les appliquer prioritairement.

DE SORTE QUE

La partie demanderesse en cassation était en droit d'attendre que la notion de résidence habituelle telle que prévue par l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 soit interprétée de façon autonome et notamment au regard du droit luxembourgeois positif contemporain issu du droit européen et communautaire et notamment de ses jurisprudences de principe n°C-523/07 (Cour de Justice de l'Union Européenne, 2 avril 2009, dit Procédure engagée par A.) et n°C-497/10 PPU (Cour de Justice de l'Union Européenne, 22 décembre 2010, dit Barbara Mercredi c/ Richard Chaffe). ».

A titre principal

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 public³ ainsi que ceux révélés par la décision attaquée⁴.

Ce moyen, en ce qu'il est tiré de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la notion de « *résidence habituelle* », 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.⁵

A titre 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.⁶

La demanderesse en cassation souligne d'ailleurs elle-même le point suivant dans son mémoire en cassation : « La notion de résidence habituelle est comprise comme une notion de pur fait⁷, qui diffère notamment de celle de domicile »

³ 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)

⁴ 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

⁵ Voir p.ex. Cass N° 113/2018 du 22 novembre 2018, n° 4023 du registre et notamment Cass N° 84/2021 du 20 mai 2021, n° CAS-2020-00094 du registre, réponse au premier moyen de cassation (irrecevabilité pour nouveauté d'un moyen basé sur la jurisprudence de la CJUE en matière de « résidence habituelle »)

⁶ Cass N° 39/14 du 3 avril 2014, n° 3325 du registre

⁷ Souligné par le soussigné

(Rapport explicatif de Pérez-Vera, page 32-33) et qui doit s'analyser concrètement.⁸ Au Luxembourg, la notion de résidence habituelle telle qu'elle est comprise et appliquée découle des jurisprudences communautaires qui ont défini ladite notion. »⁹.

Le premier moyen de cassation ne saurait partant être accueilli.

Quant au deuxième moyen de cassation

« TIRÉ DE

La violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application de l'article 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et tout particulièrement en ce que l'alinéa 2 de l'article 12 n'a pas été appliqué, sinon correctement appliqué et interprété. La Cour d'appel n'a pas vérifié si l'enfant était à présent intégré dans ses nouveaux environnement et milieu pour dire fondées les affaires introduites sous les numéros du rôle n°CAL2021-01193 et CAL-2022-00015 et ordonner son retour.

AUX MOTIFS QUE

« C'est cependant à tort que le juge de première instance a retenu que la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement était située en Hongrie.

(...) Il résulte du courrier du Service de la Sécurité Nationale de la République d'Arménie du 20 octobre 2021 que hormis quelques séjours d'environ chaque fois une semaine, un séjour de trois mois du 26 au 31 mai 2019 et un séjour de 5 mois du 28 février au 03 août 2020, PERSONNE3.) a toujours vécu en Arménie jusqu'au 25 octobre 2020, date de son déplacement vers le Luxembourg.

L'accord de résiliation de l'appartement de Hongrie (...), de même que l'attestation fiscale hongroise attestant comme fin du contrat de travail avec SOCIETE1.) le 26 octobre 2020 (...) ne sont pas de nature à établir le contraire, l'intimée ayant admis à l'audience être rentrée avec l'enfant commun en République d'Arménie en août 2020 et y être restée jusque fin octobre 2020, la société SOCIETE1.) lui ayant demandé de travailler depuis la maison.

Le fait que PERSONNE3.) a eu sa résidence habituelle en République d'Arménie au moment du déplacement résulte encore des attestations de PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.), ce dernier précisant également que depuis le 1er septembre 2020, PERSONNE3.) avait été scolarisé en République d'Arménie, ce que la mère a confirmé.

⁸ Souligné par le soussigné

⁹ Mémoire en cassation p.11

(...) Eu égard à ce qui précède, il y'a lieu de dire que le lieu de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement en date du 25 octobre 2020 était la république d'Arménie, que PERSONNE2.) exerçait son droit de garde de façon effective et qu'au moment de l'introduction de la demande en retour, moins d'un an s'était écoulé, depuis le déplacement illicite de PERSONNE3.), de sorte que les conditions de l'article 3 sont réunies et que la demande a été introduite endéans le délai prévu à l'article 12 de la Convention.»

ALORS QUE

Ayant une assise jurisprudentielle internationale et européenne, le contrôle du critère de l'intégration de l'enfant à son nouveau milieu est inhérent à l'esprit de la Convention de La Haye et doit s'effectuer au regard des outils européens issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce mécanisme de contrôle évite aux Etats parties à la Convention de La Haye de violer l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est la notion sous-jacente à toute l'économie de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, mais aussi de violer le droit à une vie privée et familiale sans subir d'ingérence étatique. Ainsi, le contrôle de l'intégration de l'enfant à son nouveau milieu s'impose au juge interne, lorsque l'enfant a été déplacé depuis plus d'une année. Le droit international privé étant supérieur au droit national selon la hiérarchie des normes, il convient de l'appliquer prioritairement.

DE SORTE QUE

Madame PERSONNE1.) était en droit d'attendre que le contrôle du critère de l'intégration de l'enfant à son nouveau milieu, en vertu de l'article 12 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, soit mis en place de façon à respecter le droit luxembourgeois positif contemporain issu du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et notamment de sa jurisprudence de principe n°68183/01 (Cour européenne des droits de l'homme, 30 septembre 2008, Koons c. Italie) et n°41615/07 (Cour européenne des droits de l'homme, 6 juillet 2010, Neulinger and Shuruk v. Switzerland). »

A titre principal

Selon la demanderesse en cassation :

« L'arrêt attaqué méconnaît et viole le principe de primauté de la jurisprudence internationale et européenne, son applicabilité directe et les règles qu'elle érige. Ainsi en refusant de mettre en place le contrôle de l'intégration de l'enfant PERSONNE3.) à son nouveau milieu tel que prévu par la Convention de La Haye et en refusant son application au regard du droit européen applicable au Luxembourg, il y'a incontestablement violation de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, notamment atteinte à la vie privée et ingérence inutile de la puissance publique dans la vie privée et familiale.»¹⁰.

¹⁰ Mémoire en cassation p. 13 et 14

La demanderesse aurait dû présenter ce moyen en instance d'appel en argumentant qu'en ordonnant un retour vers l'Arménie la Cour d'appel violerait l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH).

Le moyen, en ce qu'il est 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 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 deuxième moyen de cassation est dès lors irrecevable du chef de sa nouveauté.¹¹

A titre subsidiaire

L'article 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dispose :

« Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

*L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.*¹²

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre Etat, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant. ».

Il résulte de la simple lecture de l'article 12 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 que la question de l'intégration de l'enfant se pose seulement si l'autorité judiciaire ou administrative (de l'Etat contractant où se trouve l'enfant) a été saisie après l'expiration de la période d'un an à partir du déplacement ou du non-retour de l'enfant.

¹¹ Cass N° 84/2021 du 20 mai 2021, n° CAS-2020-00094 du registre, réponse au cinquième moyen de cassation (irrecevabilité pour nouveauté d'un moyen basé sur l'article 8 de la CEDH)

¹² Souligné par le soussigné

Or les juges d'appel ont retenu ce qui suit :

« Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de dire que le lieu de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement en date du 25 octobre 2020 était la République d'Arménie, que PERSONNE2.) exerçait son droit de garde de façon effective et qu'au moment de l'introduction de la demande en retour, moins d'un an s'était écoulé depuis le déplacement illicite de PERSONNE3.),¹³ de sorte que les conditions de l'article 3 sont réunies et que la demande a été introduite endéans le délai prévu à l'article 12 de la Convention. »¹⁴.

Il en résulte que l'exception tirée de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu ne se posait pas pour les juges d'appel et ne devait pas être tranchée par eux et que le moyen ne saurait être accueilli.

A titre très subsidiaire

L'analyse de la question de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu au sens de l'article 12 alinéa 2 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Quant au troisième moyen de cassation

« TIRÉ DE

La violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application de l'article 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et tout particulièrement en ce que l'alinéa 1 b) de l'article 13 n'a pas été appliqué, sinon correctement appliqué et interprété. La Cour d'appel n'a pas vérifié si l'enfant pouvait subir des risques graves en cas de retour, un danger physique ou psychique, ou toute autre manière le plaçant dans une situation intolérable, pour dire fondées les affaires introduites sous les numéros du rôle n°CAL2021-01193 et CAL-2022-00015 et ordonner son retour.

AUX MOTIFS QUE

« L'alinéa 1^{er}, point b) de l'article 13 de la convention introduit quant à lui au sein du mécanisme de retour immédiat une prise en considération du fond de l'affaire. Son existence se justifie par le souhaite de contrecarrer l'automatisme du retour, laquelle pourrait se révéler préjudiciable à l'enfant dans certaines situations extrêmes. L'appréciation de ce qui constitue un risque grave de danger pour

¹³ Souligné par le soussigné

¹⁴ Arrêt entrepris p. 8

l'enfant ou une 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 (...). 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.

Force est de constater au vu des éléments du dossier que l'intimée n'établit aucun danger des conditions de vie de l'enfant en République d'Arménie ou du comportement du père à l'égard de celui-ci. Avant son déplacement, PERSONNE3.) voyait régulièrement son père et sa famille paternelle. Il est, par ailleurs, constant en cause que PERSONNE2.) est venu à Luxembourg pour voir son fils.

S'il est vrai que le retour de l'enfant en République d'Arménie risque de le priver de la relation privilégiée qu'il entretient avec sa mère, au cas où cette dernière restait à Luxembourg, ainsi que l'entourage social qu'il s'est édifié depuis au Luxembourg, il n'est cependant pas à craindre que l'enfant souffre de difficultés de réadaptation dans son pays d'origine, où il a été élevé pendant la plus grande partie de sa vie, où il était scolarisé, dont il parle la langue et où sont domiciliés son père et ses grands-parents tant paternels que maternels (ses grands-parents maternels n'étant venus à Luxembourg que pour aider leur fille), ainsi que ses cousins.

Il ne résulte, par ailleurs, pas des éléments du dossier que son père ne dispose pas des capacités éducatives et financières nécessaires pour prendre soin de son fils.

Rien ne permet dès lors de conclure qu'un retour n'expose l'enfant PERSONNE3.) à un grand danger psychique, et ceux d'autant plus, que PERSONNE3.) a déjà apr deux fois quitté la République d'Arménie pendant plusieurs mois avec sa mère en raison des activités professionnelles de cette dernière (de mars à mai 2019 au Luxembourg et de février à aout 2020 à LIEU2.)) pour y retourner par la suite sans qu'il ne soit établi qu'il en ait souffert ou qu'il ait eu du mal à s'adapter.

Il laisse également d'être établi qu'un retour l'exposerait à un risque physique, le conflit entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan étant suffisamment éloigné du lieu de vie de PERSONNE3.) (LIEU1.)). L'intimée ne s'est d'ailleurs pas formellement opposée à la possibilité de retourner en République d'Arménie au cas où son contrat avec SOCIETE2.) n'était pas prolongé ce qui contredit les craintes qu'elle invoque actuellement.

(...)

Aucune des exceptions prévues aux articles 13 et 20 n'étant donnée, il y'a lieu de réformer l'ordonnance entreprise et de prononcer le retour immédiat de l'enfant PERSONNE3.). »

ALORS QUE

Ayant une assise jurisprudentielle internationale et européenne, le contrôle de l'existence d'un risque grave en cas de retour est un contrôle essentiel à l'esprit de la Convention de La Haye et qui doit s'effectuer au regard des outils européens

issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce mécanisme de contrôle évite aux Etats parties à la Convention de La Haye de violer l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est la notion sous-jacente à toute l'économie de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme. Ainsi le contrôle des risques graves subis par l'enfant, dans toutes leurs éventualités, s'impose systématiquement au juge du droit interne. Le droit international privé bénéficiant d'une primauté sur le droit national, il convient de l'appliquer prioritairement.

DE SORTE QUE

Madame PERSONNE1.) était en droit d'attendre que le contrôle de l'existence de risques graves, physiques, psychiques et de toutes autres manières, pour l'enfant issu de l'article 13 alinéa 1 b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 soit mis en place de façon à respecter le droit luxembourgeois positif contemporain issu du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et notamment de sa jurisprudence de principe n°41615/07 (Cour européenne des droits de l'homme, 6 juillet 2010, Neulinger and Shuruk v. Switzerland). ».

A titre principal

Selon la demanderesse en cassation :

« L'arrêt attaqué méconnaît et viole le principe de primauté de la jurisprudence internationale et européenne, son applicabilité directe et les règles qu'elle érige. Ainsi, en refusant de mettre en place un contrôle plus étendu des risques graves que subira PERSONNE3.) à son retour tel que prévu par la Convention de La Haye, au regard du droit européen applicable au Luxembourg, il y'a incontestablement violation de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, et notamment atteinte à la vie privée et violation grave de l'intérêt supérieur de l'enfant. »¹⁵.

Elle avance également « L'article 13 de la Convention de la Haye doit être interprété au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».¹⁶.

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

Le moyen, en ce qu'il est 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.

¹⁵ Mémoire en cassation p.19

¹⁶ Mémoire en cassation p.21

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 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 troisième moyen de cassation est dès lors irrecevable du chef de sa nouveauté.¹⁷

A titre subsidiaire

Selon la jurisprudence de votre 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. »¹⁸.

Dans son mémoire en cassation, la demanderesse en cassation relève d'ailleurs elle-même :

« La Convention prévoit certaines exceptions au retour de l'enfant. Ces exceptions peuvent amener le tribunal saisi à ne pas ordonner le retour de l'enfant. C'est le pouvoir discrétionnaire du juge du fond qui s'opère dans ce cas.¹⁹ L'alinéa b) de l'article 13 prévoit une de ces exceptions. Notamment, une exception au retour se met en place dès qu'il y a risque grave. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier le non-retour. »²⁰.

Il y a lieu d'ajouter que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant à laquelle la demanderesse en cassation se réfère, relève également de l'appréciation des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation.²¹

Il en découle que le troisième moyen de cassation ne saurait être accueilli.

¹⁷ Cass N° 84/2021 du 20 mai 2021, n° CAS-2020-00094 du registre, réponse au cinquième moyen de cassation (irrecevabilité pour nouveauté d'un moyen basé sur l'article 8 de la CEDH)

¹⁸ Cass N° 84/2021 du 20 mai 2021, n° CAS-2020-00094 du registre, réponse au deuxième moyen de cassation,

¹⁹ Souligné par le soussigné

²⁰ Mémoire en cassation p.5 et 6

²¹ Cass N° 84/2021 du 20 mai 2021, n° CAS-2020-00094 du registre, réponse au sixième moyen de cassation,

Conclusion

Le pourvoi est recevable.

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

Le pourvoi est à rejeter.

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

MAGISTRAT7.)