

Texte pseudonymisé

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

**N° 60 / 2023
du 01.06.2023
Numéro CAS-2022-00113 du registre**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du
jeudi, premier juin deux mille vingt-trois.**

Composition:

Théa HARLES-WALCH, conseiller à la Cour de cassation, président,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Thierry HOSCHEIT, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Laure MEYER, conseiller à la Cour de cassation,
Laurent LUCAS, conseiller à la Cour d'appel,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre

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

demandeur en cassation,

comparant Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, en l'étude
duquel domicile est élu,

et

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE2.),

défenderesse en cassation,

comparant Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle
domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 182/22 - VAC - CIV (aff. fam.), rendu le 6 septembre 2022 sous le numéro CAL-2022-00675 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre de vacation, siégeant en matière civile et en matière d'appel contre une décision du juge aux affaires familiales ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 7 novembre 2022 par PERSONNE1.) à PERSONNE2.), déposé le même jour au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Ecartant le mémoire en réponse signifié le 5 janvier 2023 par PERSONNE2.) à PERSONNE1.), déposé le 10 janvier 2023 au greffe de la Cour en ce qu'il ne remplit pas les conditions des articles 15, alinéa 1, et 16 alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Christiane BISENIUS.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, un juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait, par jugement du 21 juin 2022, autorisé PERSONNE2.) à déménager en Italie avec l'enfant commun mineur, pour l'année scolaire 2022-2023, déclaré non fondée la demande d'PERSONNE1.) en fixation de la résidence habituelle et du domicile légal de l'enfant commun mineur auprès de lui et dit que le droit de visite et d'hébergement du père, tel que retenu dans les jugements des 6 février 2015 et 15 juin 2020, restait en vigueur.

La Cour d'appel a, par réformation, autorisé PERSONNE2.) à déménager en Italie avec l'enfant commun mineur à partir de l'année scolaire 2022-2023 et confirmé le jugement pour le surplus.

Sur l'unique moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 10bis alinéa 1 de la Constitution luxembourgeoise qui dispose que :

<< (1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi >>.

En ce que la Cour d'appel s'est simplement attachée à reconnaître à PERSONNE2.) le statut de parent référent et a indiqué que PERSONNE3.) accueillait favorablement le déménagement ;

Alors qu'en fondant son analyse du dossier sous le seul spectre de la mère ou même de l'enfant et en ne prenant absolument pas compte de paramètres ou données venant de la sphère paternelle, la Cour a clairement adopté un biais favorable envers

la mère au détriment du père créant donc une rupture d'égalité entre père et mère caractérisant ainsi une violation de l'article 10bis alinéa 1 de la Constitution. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé l'article 10bis, alinéa 1, de la Constitution en n'ayant pas pris en considération ses arguments et développements et en adoptant une approche favorable au profit de la mère de l'enfant.

En retenant

« Il résulte des développements de l'avocat représentant les intérêts de PERSONNE3.) que ce dernier accueille favorablement le changement de résidence. »

et

« Il est constant en cause que depuis le divorce par consentement mutuel des parties en juin 2013, l'enfant PERSONNE3.) habite auprès d'PERSONNE2.) et voit son père selon les modalités du droit de visite et d'hébergement telles que fixées par la convention de divorce par consentement mutuel et telles que modifiées ensuite par les jugements n°74/14 du 6 février 2015 et n°2020TALJAF/001628 du 15 juin 2020.

Au vu des éléments du dossier et des déclarations de l'avocat de l'enfant, il y a lieu de constater qu'PERSONNE2.) est, depuis la séparation des parties en août 2011, la personne de référence de l'enfant et que l'enfant est fortement attaché à elle.

Contrairement aux affirmations du père, il ne résulte pas des éléments soumis à l'appréciation de la Cour que PERSONNE3.) fasse partie d'un réseau social particulièrement développé au Grand-Duché de Luxembourg.

Si le père soutient que le déménagement projeté est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison de la perte de son mode de vie actuel, d'amis et d'activités sportives, ludiques, musicales et culturelles, il ne précise cependant pas quels sont les amis que PERSONNE3.) fréquente respectivement quelles sont les activités concrètes qu'il pratique et dont il serait privé suite à son déménagement.

L'avocat de l'enfant n'a, par ailleurs, pas rapporté que PERSONNE3.) appréhenderait le déménagement projeté en raison de la perte de son cercle d'amis.

Dans la mesure où PERSONNE3.) doit intégrer l'enseignement supérieur l'année scolaire à venir et où il changerait de section, il n'y a pas de pérennité au niveau scolaire, même en cas de poursuite de sa scolarité à l'école européenne au Luxembourg.

Tel que l'a relevé à juste titre le premier juge, un changement d'école dans le chef de PERSONNE3.) ne pose pas de problème et est peut-être même bénéfique.

Concernant la crainte de l'appelant de ne plus voir l'enfant PERSONNE3.), le premier juge a rappelé à bon escient qu'PERSONNE2.) a une obligation légale de maintenir un contact régulier entre l'enfant PERSONNE3.) et son père.

Si la mère a effectivement été condamnée pour non-représentation d'enfant en mars 2022, force est de constater que ces faits se sont limités à la période exceptionnelle du confinement lié à la pandémie COVID-19.

Par ailleurs, le fait que PERSONNE3.) a de bonnes relations avec son père, alors même que les parties sont séparées depuis le plus jeune âge de l'enfant, contredit une intention d'aliénation parentale dans le chef d'PERSONNE2.).

PERSONNE1.) reproche à PERSONNE2.) que ses motifs ne sont pas clairs respectivement francs et tiennent de convenances personnelles.

Or, la mère a fait exposer plausiblement les motifs de sa décision qui tiennent, d'une part, à son licenciement et aux problèmes de trouver un nouvel emploi et d'autre part, au souhait de se rapprocher de sa famille, à la possibilité de pouvoir actuellement aménager différemment le droit de visite et d'hébergement en raison de l'âge de l'enfant et des plus grandes disponibilités de l'appelant dans sa gestion de temps suite à sa retraite et à l'opportunité de pouvoir aménager une maison d'hôte.

Si la perte de l'emploi d'PERSONNE2.) n'est pas la cause exclusive de sa décision de déménager en Italie, toujours est-il que les considérations plus personnelles, et notamment le rapprochement avec la famille maternelle, rencontre aussi l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, PERSONNE3.) aura la possibilité d'intensifier ses relations avec sa famille maternelle.

Tel que l'a remarqué à juste titre le juge de première instance, le fait de refuser à la mère le déménagement projeté risque en l'espèce d'envenimer encore plus la relation entre parents.

Or, une dégradation des relations parentales aura nécessairement un impact négatif sur la relation de l'appelant et de PERSONNE3.).

Quant aux relations de PERSONNE3.) et de son père, il y a lieu de relever que si le déménagement projeté impacte l'exercice du droit de visite et d'hébergement - l'affaire étant par ailleurs fixée pour continuation des débats en première instance pour en fixer les modalités en tenant compte des nouvelles circonstances -, il n'empêche ni des échanges quotidiens entre le père et l'enfant par téléphone ou par les réseaux sociaux, ni des visites régulières.

Eu égard aux considérations ci-avant, et notamment eu égard au fait que la mère est la personne de référence de PERSONNE3.) et que celui-ci accueille favorablement le changement de résidence, la Cour approuve le juge de première instance en ce qu'il a retenu qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant commun mineur PERSONNE3.) d'autoriser PERSONNE2.) à déménager avec lui en Italie. »

les juges d'appel, après avoir exposé les positions des deux parents et repris les explications de l'avocat de l'enfant, ont dûment analysé tous les éléments factuels leur soumis, pour en déduire qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant commun mineur d'autoriser sa mère à déménager avec lui en Italie.

Sous le couvert tiré du grief de la violation de l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation, par les juges d'appel, de l'intérêt supérieur de l'enfant, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

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

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller Théa HARLES-WALCH en présence de l'avocat général Bob PIRON et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation

PERSONNE1.)

contre

PERSONNE2.)

(n° CAS-2022-00113 du registre)

Le pourvoi en cassation a été introduit par PERSONNE1.) par un mémoire en cassation signifié le 7 novembre 2022 à PERSONNE2.), défenderesse en cassation. Il a été déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 7 novembre 2022. Il est dirigé contre l'arrêt n°182/22-VAC-CIV (aff. fam) - rôle n° CAL-2022-00675, rendu en date du 6 septembre 2022 par la Cour d'appel, chambre de vacation, siégeant en matière civile, et en matière d'appel contre le jugement rendu le 21 juin 2022 par le juge aux affaires familiales (n° 2022TALCJAF/001986 - rôles TAL-2021-09989 et TAL-2021-10197).

Le pourvoi en cassation est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai prévus à l'article 7 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Le mémoire en réponse a été signifié le 5 janvier 2023 au domicile élu du demandeur en cassation mais déposé seulement le 10 janvier 2023 au greffe de la Cour Supérieure de Justice. Il est à écarter des débats pour ne pas satisfaire aux prescriptions des articles 15 et 16 de la loi de 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation. En effet, le dernier jour utile pour déposer le mémoire en réponse, compte tenu des dispositions de l'article 80 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, aurait été le lundi 9 janvier 2023.

Faits et rétroactes :

PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ont divorcé par consentement mutuel le 6 juin 2013. Dans la convention de divorce, la garde de l'enfant commun, né le DATE1.), a été attribuée à la mère. Le père s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement à l'encontre de l'enfant. Ce droit de visite et d'hébergement a été élargi par deux décisions rendues les 6 février 2015 et 15 juin 2020.

Par requête du 2 décembre 2021, PERSONNE1.) a demandé à voir interdire à PERSONNE2.) de déplacer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant en

Italie et par requête du 7 décembre 2021, PERSONNE2.) a demandé à se voir autoriser à déménager avec l'enfant en Italie à partir de la rentrée scolaire 2022.

Par décision du juge aux affaires familiales rendue le 21 juin 2022, la demande d'PERSONNE2.) a été déclarée recevable et fondée et elle a été autorisée à déménager en Italie avec l'enfant.

Le 15 juillet 2022, PERSONNE1.) a interjeté appel contre le précité jugement et par arrêt rendu le 6 septembre 2022 par la chambre de vacation de la Cour d'appel, son appel a été déclaré non fondé ; la demande d'PERSONNE2.) a été accueillie et elle a été autorisée à déménager avec l'enfant en Italie à partir de l'année scolaire 2022/23. La demande d'PERSONNE1.) en fixation de la résidence habituelle et du domicile légal de l'enfant auprès de lui a été déclaré non fondée.

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur l'unique moyen de cassation :

Le moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution (« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »).

La mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée.

L'article 375 du code civil prévoit que « les parents exercent en commun l'autorité parentale. » En vertu de l'article 376 du même code « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. » L'article 378-1, 3^{ème} alinéa précise ce qui suit : « tout changement de domicile de l'un des parents, dès lors qu'il modifie la situation de l'enfant, et les modalités d'exécution de l'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent, afin de permettre à l'autre parent, en cas de désaccord, de saisir le tribunal. Le tribunal répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. »

L'article 1007-54 du Nouveau code de procédure civile dispose que « lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales peut prendre 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 lorsqu'ils sont exprimés 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 compte de l'âge de l'enfant, 5° les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes sociales prévues à l'article 1007-51. »

Le demandeur en cassation expose que la Cour d'appel se serait attachée à reconnaître à PERSONNE2.) le statut de parent référent et aurait indiqué que l'enfant accueillait favorablement le déménagement, mais n'aurait pas pris en compte les données venant de la sphère paternelle. La Cour aurait ainsi adopté un biais favorable envers la mère au détriment du père créant une rupture d'égalité entre père et mère caractérisant une violation de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution. La Cour n'aurait pas analysé et pris en compte les droits et prérogatives du père, titulaire de l'autorité parentale mais aurait pris en compte les droits de la mère et de l'enfant sans s'attarder ou même mettre en balance les droits du père à pouvoir éduquer son enfant en vivant à proximité géographique de lui. Or, il disposerait d'un droit égal à pouvoir éduquer son fils ; une inégalité de traitement entre parents aurait été créée par le fait de la théorie du « parent référent » qui n'aurait aucune assise légitime et serait créateur d'une rupture d'égalité entre parents devant la loi.

Il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que le moyen d'une violation de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution ait été soulevé lors des débats devant la Cour d'appel, par l'une ou l'autre des deux parties pour le cas où l'autre devait obtenir gain de cause.

La Cour d'appel, appelée à trancher la question du changement de domicile d'un parent vers l'étranger, a dûment analysé les éléments factuels de la cause après avoir exposé tour à tour les positions des deux parents et repris les explications de l'avocat de l'enfant ainsi que les principes théoriques devant l'orienter pour trancher le différend entre les parents quant à l'intérêt supérieur de leur enfant, et cité tant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la doctrine française et la jurisprudence luxembourgeoise constante en la matière.

La Cour d'appel a notamment retenu que l'enfant, né en juillet 2010, habite auprès de sa mère depuis la séparation de ses parents en août 2011¹, qu'elle est sa personne de référence et qu'il lui est fortement attaché. Les juges du fond ont relevé que le père n'a pas établi *in concreto* que le déménagement en Italie de l'enfant ne serait pas dans l'intérêt de ce dernier au motif allégué qu'il lui ferait perdre son mode de vie actuel, ses amis et ses activités sportives, ludiques, musicales et culturelles. Les juges du fond ont constaté que l'enfant n'appréhendait pas le déménagement et la perte de son cercle d'amis, car il aurait dû intégrer de toute façon l'enseignement supérieur pour l'année scolaire 2022/23 ; que le changement d'école ne posait pas de problème à l'enfant et qu'il lui était peut-être même bénéfique ; que la mère de l'enfant avait l'obligation de maintenir un contact régulier entre l'enfant et son père, et que si elle avait été condamnée pour non-présentation de l'enfant en mars 2022, les faits de non-présentation étaient limités à la période exceptionnelle du confinement lié à la pandémie COVID-19 ; que la crainte du père d'une aliénation parentale par la mère était contredite par la bonne relation existant entre l'enfant et son père ; que la mère de l'enfant avait plausiblement expliqué les motifs à la base de sa décision de retourner dans son pays d'origine et tenant à son licenciement et au problème pour retrouver un nouvel emploi au Luxembourg ; qu'elle avait l'opportunité de pouvoir aménager une maison d'hôte en Italie ; que l'âge

¹ Nous avons souligné.

de l'enfant (12 ans) permettait un aménagement différent du droit de visite et d'hébergement du père ; que le père, retraité, avait de plus grandes disponibilités pour rendre visite à l'enfant et qu'ils pouvaient s'échanger quotidiennement par téléphone et sur les réseaux sociaux, et enfin que l'enfant avait la possibilité d'intensifier ses relations avec sa famille maternelle.

Au regard de ce qui précède, il convient de constater que le demandeur en cassation a procédé à une lecture inexacte et incomplète de l'arrêt entrepris, et que sous le couvert d'une violation de l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, il entend remettre en cause les faits souverainement constatés par les juges du fond quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. La Cour d'appel, en accueillant favorablement la demande de changement de domicile d'PERSONNE2.), a tenu compte des spécificités de la cause ; elle a pesé le pour et le contre des arguments mis en avant par les deux parents, et constaté que le père n'avait pas réussi à étayer ses affirmations.

L'unique moyen de cassation tiré de la violation de la règle d'égalité entre les deux parents est partant inopérant.

Conclusion

Le pourvoi est recevable.

Le mémoire en réponse est irrecevable.

L'unique moyen de cassation est irrecevable sinon, non fondé.

pour le Procureur général d'Etat,
le Procureur général d'Etat adjoint

Christiane BISENIUS