

Texte pseudonymisé

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

**N° 43 / 2025
du 13.03.2025
Numéro CAS-2024-00072 du registre**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du
jeudi, treize mars deux mille vingt-cinq.**

Composition:

Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation, président,
Marie-Laure MEYER, conseiller à la Cour de cassation,
Monique HENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Jeanne GUILLAUME, conseiller à la Cour de cassation,
Gilles HERRMANN, conseiller à la Cour de cassation,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre

PERSONNE1.), demeurant à ADRESSE1.), ADRESSE2.),

demanderesse en cassation,

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

et

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE3.),

défendeur en cassation,

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

Vu l'arrêt attaqué numéro 49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu le 28 février 2024 sous le numéro CAL-2023-01175 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 10 mai 2024 par PERSONNE1.) à PERSONNE2.), déposé le 14 mai 2024 au greffe de la Cour supérieure de Justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 2 juillet 2024 par PERSONNE2.) à PERSONNE1.), déposé le 8 juillet 2024 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le juge aux affaires familiales auprès du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi d'une requête du défendeur en cassation dirigée contre la demanderesse en cassation, avait fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune mineure auprès du défendeur en cassation et avait accordé un droit de visite et d'hébergement à la demanderesse en cassation. La Cour d'appel a confirmé le jugement.

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, *« Tiré de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 9 du RÈGLEMENT (UE) 2019/1111 DU CONSEIL du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (ci-après désigné : << Règlement Bruxelles II ter >>) ;*

Attendu qu'il y a violation de l'article 9 du règlement Bruxelles II ter en ce que le Juge d'appel luxembourgeois s'est déclaré compétent pour toiser le litige qui lui a été soumis en décidant que : << la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement ,

vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile ;

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

partant, confirme le jugement déféré,

dit non fondé la demande d'PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présentes :

*Yannick DIDLINGER, premier conseiller-président,
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier. >>*

Motivation :

Attendu que l'article 9 du règlement Bruxelles II ter prévoit que :

*<< Compétence en cas de déplacement
ou de non-retour illicites d'un enfant*

Sans préjudice de l'article 10, en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État membre et que:

*a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour ;
ou*

b) l'enfant a résidé dans cet autre État membre pendant une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant, que l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement et que l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

i) aucune demande de retour n'a été présentée auprès des autorités compétentes de l'État membre où l'enfant a été déplacé ou est retenu, dans un délai d'un an après que le titulaire d'un droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant ;

ii) une demande de retour présentée par le titulaire d'un droit de garde a été retirée et aucune nouvelle demande n'a été présentée dans le délai fixé au point i) ;

iii) une demande de retour présentée par le titulaire d'un droit de garde a été rejetée par une juridiction d'un État membre pour des motifs autres que ceux de l'article 13, premier alinéa, point b), et deuxième alinéa, de la convention de La Haye de 1980 et cette décision n'est plus susceptible d'un recours ordinaire ;

iv) aucune juridiction n'a été saisie, comme prévu à l'article 29, paragraphes 3 et 5, dans l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites ;

v) une décision sur le droit de garde n'impliquant pas le retour de l'enfant a été rendue par les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites. >>

qu'en l'espèce, l'enfant réside de fait en Hongrie depuis le mois d'avril 2022, soit depuis plus de deux ans et aucune demande de retour n'a été présentée par Monsieur PERSONNE2.) auprès des autorités hongroises dans le délai imparti ;

qu'il est par ailleurs constant en cause que PERSONNE3.) y a instauré son centre d'intérêt alors qu'elle fréquente l'école maternelle depuis septembre 2023, qu'elle y a des amis et qu'elle rend visite régulièrement à sa grand-mère maternelle ;

qu'à cela s'ajoute que le Juge aux affaires familiales s'est prononcé sur cette problématique dans un jugement antérieur du 16 mars 2023 intervenu entre les mêmes parties, en retenant que : << De fait l'article 9 du Règlement (UE) n° 2019/1111 maintient pendant une durée d'un an la compétence de l'Etat de la dernière résidence habituelle de l'enfant commun au cas où l'enfant a été déplacé de manière illicite dans un autre Etat membre et que le parent spolié n'a pas acquiescé à ce déplacement.

En l'espèce, il résulte du courrier qu'PERSONNE1.) a adressé en date du 6 février 2023 au Familiengericht Trier que nonobstant le jugement du 21 avril 2022, celle-ci a établi la résidence habituelle de PERSONNE3.) en Hongrie et que la déclaration de PERSONNE3.) à une adresse en Allemagne n'est que factice.

D'un autre côté il résulte expressément du jugement intervenu entre parties en date du 21 avril 2022 que le juge aux affaires familiales a débouté PERSONNE1.) de sa demande en transfert de la résidence habituelle de PERSONNE3.) en Hongrie et a retenu que PERSONNE3.) devait conserver sa résidence au Luxembourg, sinon du moins dans les alentours du Luxembourg.

Il y a ainsi bien eu un déplacement illicite de PERSONNE3.) en Hongrie depuis le Luxembourg, déplacement qui fait conserver au tribunal de céans sa compétence pendant un an soit jusqu'au 21 avril 2023 >> (TAL, 16 mars 2023, n° TAL-2022-08740, page 4) ;

qu'au vu des développements qui précèdent, le Juge d'appel luxembourgeois n'était compétent que jusqu'au mois d'avril 2023 pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité parentale opposant les parties en cause ;

que le Juge d'appel a rendu son arrêt en date du 28 février 2024 ;

qu'il s'ensuit qu'à cette date il n'était plus territorialement compétent pour connaître du fond de l'affaire ;

qu'en se prononçant tout de même sur le fond de l'affaire, le Juge d'appel luxembourgeois a violé l'article 9 du règlement Bruxelles II ter ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. »

et

le deuxième, « *Tiré de l'excès de pouvoir pratiqué par le Juge d'appel ;*

Il y a transgression du pouvoir de juger en ce que le Juge d'appel luxembourgeois a considéré que : << la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile ;

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

partant, confirme le jugement déféré,

dit non fondé la demande d'PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présentes :

*Yannick DIDLINGER, premier conseiller-président,
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier. >>*

sans pour autant se déclarer d'office incompetent conformément à l'article 18 du RÈGLEMENT (UE) 2019/1111 DU CONSEIL du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (ci-après désigné : << Règlement Bruxelles II ter >>) pour toiser le litige qui lui a été soumis.

Motivation :

Attendu que l'article 18 du règlement Bruxelles II ter dispose que :

<< Vérification de compétence

Une juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle elle n'est pas compétente au fond en vertu du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente au fond en vertu du présent règlement se déclare d'office incompetente. >>

qu'aux vœux de l'article 9 du règlement Bruxelles II ter, le Juge luxembourgeois ne reste compétent pour toiser les litiges entre les parties en cause que jusqu'au 21 avril 2023, sans préjudice quant à la date exacte ;

*qu'il s'ensuit que le juge d'appel aurait dû se déclarer d'office incompétent en vertu de l'article 18 du RÈGLEMENT (UE) 2019/1111 DU CONSEIL du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (voir également Thierry HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg*, 2^e édition, Editions Paul BAULER, 2019, pages 508-509) ;*

qu'en rendant une décision sur le fond de l'affaire sans se déclarer d'office incompétent, le Juge d'appel a commis un excès de pouvoir ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief au juge d'appel d'avoir violé l'article 9 du règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (ci-après « *le Règlement Bruxelles II ter* ») et d'avoir commis un excès de pouvoir en ne s'étant pas, en application de l'article 18 du Règlement Bruxelles II ter, d'office déclaré territorialement incompétent pour connaître du litige à partir du mois d'avril 2023, alors que l'enfant aurait résidé depuis le mois d'avril 2022, soit depuis plus d'un an, en Hongrie, qu'elle y aurait eu son centre d'intérêt et qu'aucune demande de retour n'aurait été présentée par le défendeur en cassation auprès des autorités hongroises dans le délai imparti d'un an.

La compétence territoriale s'apprécie, conformément à l'article 7 du Règlement Bruxelles II ter, au jour de l'introduction de la demande en justice.

Il résulte des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que le défendeur en cassation a introduit sa requête en date du 21 novembre 2022. L'enfant ayant résidé en Hongrie depuis le mois d'avril 2022, le délai d'un an prévu à l'article 9 du Règlement Bruxelles II ter n'avait pas encore expiré.

Il s'ensuit que les moyens manquent en fait.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation, sinon fausse application, sinon fausse interprétation de l'article 372§1 du Code civil ;

Attendu qu'il y a eu violation de l'article 372§1 du Code civil en ce que la Cour d'appel a déclaré non fondé l'appel de Madame PERSONNE1.) au motif que : << Le juge de première instance a correctement déduit des pièces versées et des débats menés devant lui que, dès l'ingrès, PERSONNE1.) n'a pas respecté les principes de l'autorité parentale conjointe en prenant des décisions pour le compte de l'enfant, sans consultation préalable du père et qu'elle n'a pas respecté les décisions judiciaires en déplaçant le domicile et la résidence habituelle de l'enfant commune en Hongrie et en l'y inscrivant à l'école, lésant ainsi les droits du père en lui enlevant la possibilité de passer un temps de qualité maximal avec l'enfant et en rendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement plus onéreux en raison des longs trajets à faire et de l'hébergement à prévoir en Hongrie.

Il s'ajoute que la partie appelante a encore refusé d'exécuter le jugement du 16 novembre 2023 qui est exécutoire par provision en s'obstinant à vouloir garder l'enfant en Hongrie et en allant même jusqu'à porter plainte contre PERSONNE2.) lorsque celui-ci s'est rendu en Hongrie pour aller chercher l'enfant commune en possession d'un titre exécutoire. Au vu des décisions de justice versées, les juridictions hongroises ont rejeté cette plainte comme non fondée au motif qu' PERSONNE1.) n'était pas une "victime innocente", digne de protection par la loi.

L'appelante n'a d'aucune manière cherché le dialogue avec PERSONNE2.) en vue de trouver une solution dans le meilleur intérêt de l'enfant commune qu'elle estime non respecté par le jugement du 16 novembre 2023.

Elle fait valoir qu'elle est la mère de PERSONNE3.) et sa seule personne de référence et que l'enfant est bien intégrée en Hongrie, dans la famille maternelle. Cette attitude d'PERSONNE1.) se dégage également des échanges téléphoniques entre parties versés par PERSONNE2.) où PERSONNE1.) soutient que partout dans le monde les droits d'une mère à l'égard de son enfant doivent être privilégiés.

Or, il se dégage, d'une part, des conclusions de l'enquête sociale du 13 janvier 2022 que les deux parents ont un bon contact avec l'enfant et que celui-ci ne refuse pas le contact avec son père qui a les gestes adaptés à l'âge de l'enfant, contrairement aux affirmations se dégageant des attestations testimoniales non circonstanciées produites par PERSONNE1.). Le juge aux affaires familiales a donc correctement retenu que les deux parents sont capables, au même titre, d'assurer l'entretien et éducation de l'enfant commune.

Le fait que la mère soit la principale personne de référence de l'enfant est, d'autre part, dû à la violation par PERSONNE1.) des droits du père en l'excluant dès la naissance de l'entretien de l'enfant, préférant avoir recours à sa propre mère, et en s'éloignant finalement, suite à la séparation du couple, géographiquement du père de manière à compromettre sérieusement l'exercice de ses droits à l'égard de l'enfant commune.

Au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité d' PERSONNE1.) à respecter les droits de PERSONNE2.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE3.), mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable, le jugement entrepris est à confirmer en

ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune PERSONNE3.) auprès du père PERSONNE2.). >> (CA, 28 février 2024, n°CAL-2023-01175 du rôle, pages 8 à 9)

Motivation :

Attendu que l'article 372§1 du Code civil dispose que : << L'autorité parentale est l'ensemble des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt supérieur de l'enfant. >>

que la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que << depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute matière le concernant, au sens de cet instrument, est au cœur de la protection de l'enfance, en vue de l'épanouissement de l'enfant au sein du milieu familial, la famille constituant "l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour [sa] croissance et [son] bien-être", selon les termes du préambule de cette Convention. >> (CEDH, 6 déc. 2007, n° 39388/05, M. et W. c/ France, n° 66 et 67) ;

qu'il est de jurisprudence européenne constante que : << l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent (...) Il s'ensuit qu'il existe pour les États une obligation de placer l'intérêt supérieur de l'enfant, et également des enfants en tant que groupe, au centre de toutes les décisions touchant à leur santé et à leur développement >> (Vavříčka et autres c. République tchèque [GC], 2021, §§ 287-288 ; Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], § 135 ; et X c. Lettonie [GC], 2013, § 96) ;

que la Cour de cassation française a également retenu que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions les concernant, les droits et devoirs de l'autorité parentale devant avoir pour finalité l'intérêt de l'enfant (Cass. fr. 1re civ., 8 nov. 2005, n°02-18.360 : JurisData n° 2005-030708) ;

qu'au vu de tout ce qui précède une juridiction appelée à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale est censée prendre une décision respectant le strict intérêt de l'enfant ;

qu'en l'espèce, la Cour d'appel a admis que la mère est le parent de référence de PERSONNE3.) mais n'en a pas tiré la bonne conclusion au motif que la mère a violé le principe de la coparentalité ;

que la Cour a partant fait abstraction du fait que PERSONNE3.) habite chez sa mère depuis sa naissance, qu'elle réside de fait en Hongrie depuis le mois d'avril 2022, sans préjudice quant à la date exacte, qu'elle y a fréquenté une crèche et qu'elle y a été scolarisée à l'école maternelle depuis septembre 2023, sans préjudice quant à la date exacte, qu'elle entretient une bonne relation avec sa grand-mère maternelle qui habitent aussi en Hongrie, qu'elle a des amis en Hongrie, qu'elle parle parfaitement hongrois et qu'elle ne maîtrise aucune langue officielle du Grand-Duché de Luxembourg ;

qu'il est incontestable que PERSONNE3.) a son centre d'intérêt en Hongrie ;

que la Cour était animée par le désir de sanctionner Madame PERSONNE1.) pour son attitude procédurale au sacrifice de l'intérêt de la petite PERSONNE3.) ;

que la Cour a fait primer le principe de coparentalité << au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité d'PERSONNE1.) à respecter les droits de PERSONNE2.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE3.) [...] >> (CA, 28 février 2023, p.9, n°CAL-2023-01175 du rôle) alors que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait primer eu égard aux jurisprudences nationales, européennes et internationales ;

qu'à cela s'ajoute que la Cour d'appel a (intentionnellement) négligé de prendre en considération que Madame PERSONNE1.) n'a jamais empêché Monsieur PERSONNE2.) d'exercer son droit de visite et d'hébergement, Madame PERSONNE1.) ayant précisé que 168 visites ont eu lieu courant l'année 2022 et 2023 ;

que l'intérêt de PERSONNE3.) aurait commandé à ce que le domicile légal et la résidence habituelle restent fixés auprès de son parent de référence, à savoir Madame PERSONNE1.) tout en accordant à Monsieur PERSONNE2.) de manière définitive l'exercice de son droit de visite et d'hébergement suivant les modalités retenues dans le jugement du 21 avril 2022.

que force est de constater que la Cour d'appel n'a pas agi de telle sorte ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief au juge d'appel d'avoir violé la disposition visée au moyen en ayant confirmé la décision du juge de première instance de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du défendeur en cassation, alors que l'intérêt supérieur de l'enfant aurait commandé de maintenir le domicile légal et la résidence habituelle auprès d'elle, en tant que parent de référence.

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 le juge d'appel, des pièces et circonstances de fait qui lui ont été soumises et qui l'ont amené à retenir que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de fixer son domicile légal et sa résidence habituelle auprès du défendeur en cassation, appréciation qui relève de son pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

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

Sur le quatrième moyen de cassation

Énoncé du moyen

« Tiré de la contradiction entre des motifs équivalant à un défaut de motifs (Cour de cassation, 8 juillet 2021, n°114/2021, n° CAS-2020-00113 du rôle) ;

Atrendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré l'appel de Madame PERSONNE1.) non fondé et d'avoir en conséquence confirmé le jugement déféré aux motifs contradictoires repris dans l'arrêt à la page 9 et 10 :

<< Or, il se dégage, d'une part, des conclusions de l'enquête sociale du 13 janvier 2022 que les deux parents ont un bon contact avec l'enfant et que celui-ci ne refuse pas le contact avec son père qui a les gestes adaptés à l'âge de l'enfant, contrairement aux affirmations se dégageant des attestations testimoniales non circonstanciées produites par PERSONNE1.). Le juge aux affaires familiales a donc correctement retenu que les deux parents sont capables, au même titre, d'assurer l'entretien et éducation de l'enfant commune.

Le fait que la mère soit la principale personne de référence de l'enfant est, d'autre part, dû à la violation par PERSONNE1.) des droits du père en l'excluant dès la naissance de l'entretien de l'enfant, préférant avoir recours à sa propre mère, et en s'éloignant finalement, suite à la séparation du couple, géographiquement du père de manière à compromettre sérieusement l'exercice de ses droits à l'égard de l'enfant commune.

Au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité d' PERSONNE1.) à respecter les droits de PERSONNE2.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE3.), mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune PERSONNE3.) auprès du père PERSONNE2.).

C'est encore à juste titre que, dans l'intérêt de l'enfant commune, le juge de première instance a mis en place un droit de visite et d'hébergement élargi au profit de la mère auprès de laquelle l'enfant a majoritairement vécu dans le passé jusqu'à la scolarisation obligatoire de PERSONNE3.) en septembre 2024 et un droit de visite et d'hébergement nécessairement plus restreint en raison de la scolarisation à partir de cette date. >>

Ayant conduit la Cour d'appel à confirmer le jugement entrepris en tous ces points.

Alors que l'énoncé de motifs contradictoires constitue un défaut de motifs qualifié de vice de forme justifiant la cassation de l'arrêt du 28 février 2024.

Motivation :

Attendu que l'article 89 de la Constitution dispose que : << Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique. >>

que l'article 249 alinéa 1 du Nouveau Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 587 du NCPC (applicable à l'instance d'appel), prévoit que : << La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements. >>

qu'il résulte de ces deux dispositions que le Juge doit se conformer à la motivation formelle des décisions qu'il rend ;

que le non-respect de cette obligation constitue un cas d'ouverture à cassation ;

qu'il est de jurisprudence constante en France que : << les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont nuls ; la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs >> (CIV. 7 janvier 1891. DP. 1891. 1. 51- Cass, ch.mixte, 21 juin 1974, n°72-40.054, Bull.ch.mixte, n°2 - Civ. 2^{ème}, 25 octobre 1995, n°93-14.079, Bull.civ.II, n°252) ;

qu'en l'espèce, la contradiction est patente alors que d'une part le Juge énonce que Madame PERSONNE1.) est le parent de référence de PERSONNE3.), que cette dernière a vécu majoritairement auprès de sa mère dans le passé et que celle-ci détient les capacités requises pour assurer l'entretien et l'éducation de PERSONNE3.), tout en retenant d'autre part que la résidence habituelle et le domicile légal devraient être fixés auprès du père de PERSONNE3.) ;

qu'en l'occurrence la demanderesse en cassation s'oppose à ce que le défendeur se voit attribuer la résidence habituelle et le domicile légal alors qu'elle est le parent de référence de PERSONNE3.) ;

que ce fait est prouvé à suffisance par les pièces versées en cause par la partie demanderesse ;

que la Cour d'appel a constaté que Madame PERSONNE1.) est le parent de référence, mais elle en a tiré une solution contradictoire à savoir, lui enlever la résidence habituelle et le domicile légal de son enfant âgé de seulement 3 ans et demi ;

que si la Cour avait statué de manière logique en partant de la prémisse que Madame PERSONNE1.) est le parent de référence, que PERSONNE3.) a vécu majoritairement auprès de celle-ci dans le passé et que Madame PERSONNE1.) satisfait aux exigences requises pour assurer l'entretien et l'éducation de PERSONNE3.), elle aurait fixé la résidence habituelle et le domicile légal auprès de la mère de PERSONNE3.) tout en attribuant un droit de visite et d'hébergement au père ;

qu'il s'ensuit que la Cour d'appel aurait dû déclarer l'appel interjeté par Madame PERSONNE1.) fondé ;

que tel n'est pourtant pas le cas en l'espèce ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief au juge d'appel d'avoir confirmé la décision du juge de première instance de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du défendeur en cassation, tout en ayant retenu qu'elle était le parent de référence de l'enfant, qu'elle détenait les capacités requises pour assurer son entretien et son éducation et que l'enfant avait vécu majoritairement auprès d'elle dans le passé.

Le grief tiré de la contradiction de motifs, équivalant à un défaut de motifs, vise également la contradiction entre les motifs et le dispositif d'une décision. Il ne peut être retenu que si les motifs et le dispositif incriminés sont contradictoires à un point tel qu'ils se détruisent et s'annihilent réciproquement.

En retenant, d'une part, par les motifs énoncés au moyen, que la demanderesse en cassation était le parent de référence de l'enfant, qu'elle détenait les capacités requises pour assurer son entretien et son éducation et que l'enfant avait vécu majoritairement auprès d'elle dans le passé et, d'autre part, que le père avait également un bon contact avec l'enfant et était capable, au même titre, d'assurer son entretien et son éducation, mais que la demanderesse en cassation était incapable de respecter les droits du défendeur en cassation à l'égard de l'enfant ainsi que le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, le juge d'appel ne s'est pas contredit en fixant le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du défendeur en cassation.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le cinquième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 587 du Nouveau Code de procédure civile qui rend applicable l'article 249 alinéa 1 du NCPC, à savoir le défaut, l'absence de motivation du juge d'appel ;

Attendu qu'en décidant que : << la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile ;

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

partant, confirme le jugement déféré,

dit non fondé la demande d'PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présentes :

Yannick DIDLINGER, premier conseiller-président,

Laetitia D'ALESSANDRO, greffier. >>, l'arrêt attaqué n'a pas répondu à tous les moyens soulevés par Madame PERSONNE1.) alors que le juge d'appel n'a pas pris position, que ce soit directement ou indirectement, sur les éléments de faits suivants qui ont pourtant été expressément invoqués par Madame PERSONNE1.) :

- Le fait que la séparation avec la mère s'avérerait extrêmement compliquée et douloureuse pour PERSONNE3.) et contreviendrait ainsi à l'intérêt supérieur de PERSONNE3.)

- Le fait que Madame PERSONNE1.) a respecté 168 visites du père auprès de l'enfant en Hongrie au cours des années 2022 à 2023 ;

- Le fait que PERSONNE3.) n'est âgée que de 3 ans et demi, qu'elle vit en Hongrie depuis avril 2022, qu'elle y a fréquenté une crèche pendant une année et qu'elle fréquente actuellement une école maternelle depuis septembre 2023 ;

- Le fait que la famille de Madame PERSONNE1.) réside aussi en Hongrie et que PERSONNE3.) entretient de bonnes relations avec sa grand-mère maternelle

- Le fait que l'enfant a tous ses repères en Hongrie et évolue dans un milieu feutré, stable et paisible

- Le fait que Monsieur PERSONNE2.) vit seul au Luxembourg, sa famille résidant au Portugal, fait qui a été confirmé par Monsieur PERSONNE2.) (voir CA, 28 février 2024, n°CAL-2023-01175 du rôle, page 6 paragraphe premier)

- Le fait que le père de PERSONNE3.) n'a pas respecté son obligation de payer une pension alimentaire pour PERSONNE3.)

- Le fait que PERSONNE3.) parle couramment le hongrois et le portugais mais qu'elle ne maîtrise aucune langue officielle du Luxembourg

- Le fait que Madame PERSONNE1.) bénéficie d'une flexibilité en termes d'horaires de travail lui permettant de passer des moments privilégiés avec sa fille

Motivation :

Attendu que l'article 587 du NCPC prévoit que : << Les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs sont observées en instance d'appel. >> ;

que l'article 249 alinéa 1 du même Code dispose que : << La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions,

l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements. >>

qu'aux termes de l'article 89 de la Constitution : << Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique. >> ;

que lesdits articles font obligation aux décisions judiciaires d'être motivées sous peine de nullité ;

qu'il a été jugé que : << L'absence de réponse à conclusions, donc aux moyens soumis aux juges par les parties, est une forme de défaut de motifs, vice de forme d'une décision, à condition que les conclusions auxquelles il n'a pas été répondu, même implicitement ou imparfaitement, aient été de celles imposant au juge d'y répondre.

La notion de "moyen" est définie comme l'énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où par un raisonnement juridique, elle prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense. Si ces éléments ne sont pas réunis, il y a simple argument.

Le juge n'est pas tenu de répondre à des conclusions vagues et imprécises. Il ne doit répondre qu'aux conclusions qui ont une incidence sur la solution du litige et non aux moyens inopérants >> (CA, 16 janvier 2013, Pas. 36, p.160) ;

que l'ensemble d'éléments factuels avancés par une partie au soutien de sa prétention constitue un moyen de faits (Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg, 2^e édition, Editions Paul BAULER, 2019, page 505) ;

qu'en l'espèce, la dame PERSONNE1.) a invoqué un ensemble de faits, tel qu'énoncé infra, au soutien de sa demande en appel visant à se voir attribuer la résidence habituelle et le domicile légal de l'enfant commun ;

que cet ensemble de faits constitue un moyen précis alors qu'il s'agit de faits non sujets à discussion, tel l'âge de PERSONNE3.), le fait que Monsieur PERSONNE2.) a exercé 168 visites au cours des années 2022-2023, que la famille de Madame PERSONNE1.) habite en Hongrie etc ;

qu'en effet ces faits sont établis eu égard aux pièces versées en cause ;

que le juge aurait dû répondre à ce moyen précis qui a été formulé par Madame PERSONNE1.) ;

qu'en ne se prononçant même pas implicitement sur ce moyen, il a entaché l'arrêt d'un défaut de motifs ;

que la prise en considération de ce moyen de fait, aurait dû amener le juge d'appel à reconnaître que PERSONNE3.) a tous ses repères en Hongrie et fixer en conséquence la résidence habituelle ainsi que le domicile légal auprès de la mère de PERSONNE3.) ;

que la Cour d'appel ne s'est pourtant pas prononcée sur le moyen soulevé par Madame PERSONNE1.) ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief au juge d'appel de ne pas avoir répondu aux moyens qu'elle avait développés devant lui et qui sont repris dans l'énoncé du moyen.

Une décision est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré. Les juges ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation.

En retenant

« En l'occurrence, les parties ont vécu au Luxembourg où elles travaillaient avant leur rencontre en 2015, elles ont conclu un pacte civil de solidarité le 30 mars 2017, leur fille commune est née le DATE1.), le couple qui avait acheté une maison ensemble où il avait établi son foyer familial, s'est séparé en décembre 2021 et le pacte civil de solidarité a été dissous le 15 décembre 2022.

Il se dégage des attestations de témoins versées par PERSONNE1.) que dès avant la naissance de PERSONNE3.), pendant la grossesse d'PERSONNE1.), la relation du couple était déjà tendue et que, par la suite, la mère d'PERSONNE1.) résidait au domicile familial aux fins d'épauler sa fille avec le bébé. Il est encore constant en cause qu'PERSONNE1.) partageait la chambre et le lit avec PERSONNE3.) et il ressort des pièces versées par PERSONNE2.) qu'il se sentait exclu de la vie de l'enfant par la mère et la grand-mère maternelle, raison pour laquelle des disputes ont éclaté entre parties.

Suite à la séparation du couple et par jugement du 21 avril 2022, PERSONNE1.) a été déboutée de sa demande en changement du domicile légal et de la résidence habituelle de l'enfant commune vers la Hongrie et le domicile légal et la résidence habituelle de la fille commune ont été fixés auprès de la mère, avec la précision que ceux-ci doivent se situer au Luxembourg ou dans les environs. Le père s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux du jeudi soir au lundi soir, soit au Luxembourg, soit en Hongrie et un droit de visite et d'hébergement en Hongrie à toute période de son choix pour autant qu'il ne dépasse pas 60 heures. A partir de la rentrée 2022, en période scolaire, PERSONNE2.) bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement hebdomadaire du mardi soir au mercredi soir, ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement à exercer un week-end sur deux du vendredi à midi au dimanche soir, à exercer au Luxembourg ou dans les environs. PERSONNE2.) a toujours demandé à exercer le droit en question et l'a également exercé dans le passé. Il a également introduit une demande tendant à un congé parental pour s'occuper de la fille commune le 15 janvier 2022, congé qui lui

a été accordé à partir du 1er juin 2022, mais qu'il n'a pas pu exercer en raison de l'absence du Luxembourg de l'enfant commune.

Il se dégage, en effet, des attestations testimoniales établies par la mère et la sœur d'PERSONNE1.) que cette dernière a installé sa résidence habituelle et celle de l'enfant commune en Hongrie à partir de mars 2022, sans autorisation préalable de PERSONNE2.) auquel elle a fait croire, comme au tribunal de première instance, qu'elle vivait en Allemagne avec PERSONNE3.). Ensuite, elle a continué à y résider en violation de la décision du 21 avril 2022, de sorte que le droit de visite de PERSONNE2.) à exercer au Luxembourg ou dans les environs était devenu illusoire.

Par jugement du 25 mai 2023 un système de résidences en alternance de PERSONNE3.) a été mis en place à titre d'essai à raison d'une semaine auprès du père et deux semaines auprès de la mère. A cette époque seulement, PERSONNE1.) a admis qu'elle vivait de manière habituelle avec l'enfant commune en Hongrie.

Dans son jugement du 16 novembre 2023, le juge aux affaires familiales a correctement constaté que le système de résidences en alternance n'est plus pratiqué par les parties et qu'il est même impossible de le pratiquer en raison de la scolarisation de PERSONNE3.) en Hongrie.

Le juge de première instance a correctement déduit des pièces versées et des débats menés devant lui que, dès l'ingrès, PERSONNE1.) n'a pas respecté les principes de l'autorité parentale conjointe en prenant des décisions pour le compte de l'enfant, sans consultation préalable du père et qu'elle n'a pas respecté les décisions judiciaires en déplaçant le domicile et la résidence habituelle de l'enfant commune en Hongrie et en l'y inscrivant à l'école, lésant ainsi les droits du père en lui enlevant la possibilité de passer un temps de qualité maximal avec l'enfant et en rendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement plus onéreux en raison des longs trajets à faire et de l'hébergement à prévoir en Hongrie.

Il s'ajoute que la partie appelante a encore refusé d'exécuter le jugement du 16 novembre 2023 qui est exécutoire par provision en s'obstinant à vouloir garder l'enfant en Hongrie et en allant même jusqu'à porter plainte contre PERSONNE2.) lorsque celui-ci s'est rendu en Hongrie pour aller chercher l'enfant commune en possession d'un titre exécutoire. Au vu des décisions de justice versées, les juridictions hongroises ont rejeté cette plainte comme non fondée au motif qu'PERSONNE1.) n'était pas une « victime innocente », digne de protection par la loi.

L'appelante n'a d'aucune manière cherché le dialogue avec PERSONNE2.) en vue de trouver une solution dans le meilleur intérêt de l'enfant commune qu'elle estime non respecté par le jugement du 16 novembre 2023.

Elle fait valoir qu'elle est la mère de PERSONNE3.) et sa seule personne de référence et que l'enfant est bien intégrée en Hongrie, dans la famille maternelle. Cette attitude d'PERSONNE1.) se dégage également des échanges téléphoniques entre parties versés par PERSONNE2.) où PERSONNE1.) soutient que partout dans le monde les droits d'une mère à l'égard de son enfant doivent être privilégiés.

Or, il se dégage, d'une part, des conclusions de l'enquête sociale du 13 janvier 2022 que les deux parents ont un bon contact avec l'enfant et que celui-ci ne refuse pas le contact avec son père qui a les gestes adaptés à l'âge de l'enfant, contrairement aux affirmations se dégageant des attestations testimoniales non circonstanciées produites par PERSONNE1.). Le juge aux affaires familiales a donc correctement retenu que les deux parents sont capables, au même titre, d'assurer l'entretien et éducation de l'enfant commune.

Le fait que la mère soit la principale personne de référence de l'enfant est, d'autre part, dû à la violation par PERSONNE1.) des droits du père en l'excluant dès la naissance de l'entretien de l'enfant, préférant avoir recours à sa propre mère, et en s'éloignant finalement, suite à la séparation du couple, géographiquement du père de manière à compromettre sérieusement l'exercice de ses droits à l'égard de l'enfant commune.

Au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité d'PERSONNE1.) à respecter les droits de PERSONNE2.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE3.), mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune PERSONNE3.) auprès du père PERSONNE2.) »,

le juge d'appel a répondu aux neuf points énoncés au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le sixième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« *Équité-impartialité*

Tiré de la violation du principe d'équité-impartialité édicté à l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

Il y a violation de l'article 6§1 précité en ce que la Cour d'appel a déclaré non fondé l'appel de Madame PERSONNE1.) au motif que : « Le juge de première instance a correctement déduit des pièces versées et des débats menés devant lui que, dès l'ingrès, PERSONNE1.) n'a pas respecté les principes de l'autorité parentale conjointe en prenant des décisions pour le compte de l'enfant, sans consultation préalable du père et qu'elle n'a pas respecté les décisions judiciaires en déplaçant le domicile et la résidence habituelle de l'enfant commune en Hongrie et en l'y inscrivant à l'école, lésant ainsi les droits du père en lui enlevant la possibilité de passer un temps de qualité maximal avec l'enfant et en rendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement plus onéreux en raison des longs trajets à faire et de l'hébergement à prévoir en Hongrie.

Il s'ajoute que la partie appelante a encore refusé d'exécuter le jugement du 16 novembre 2023 qui est exécutoire par provision en s'obstinant à vouloir garder l'enfant en Hongrie et en allant même jusqu'à porter plainte contre PERSONNE2.) lorsque celui-ci s'est rendu en Hongrie pour aller chercher l'enfant commune en possession d'un titre exécutoire. Au vu des décisions de justice versées, les juridictions hongroises ont rejeté cette plainte comme non fondée au motif qu'PERSONNE1.) n'était pas une "victime innocente", digne de protection par la loi.

L'appelante n'a d'aucune manière cherché le dialogue avec PERSONNE2.) en vue de trouver une solution dans le meilleur intérêt de l'enfant commune qu'elle estime non respecté par le jugement du 16 novembre 2023.

Elle fait valoir qu'elle est la mère de PERSONNE3.) et sa seule personne de référence et que l'enfant est bien intégrée en Hongrie, dans la famille maternelle. Cette attitude d'PERSONNE1.) se dégage également des échanges téléphoniques entre parties versés par PERSONNE2.) où PERSONNE1.) soutient que partout dans le monde les droits d'une mère à l'égard de son enfant doivent être privilégiés.

Or, il se dégage, d'une part, des conclusions de l'enquête sociale du 13 janvier 2022 que les deux parents ont un bon contact avec l'enfant et que celui-ci ne refuse pas le contact avec son père qui a les gestes adaptés à l'âge de l'enfant, contrairement aux affirmations se dégageant des attestations testimoniales non circonstanciées produites par PERSONNE1.). Le juge aux affaires familiales a donc correctement retenu que les deux parents sont capables, au même titre, d'assurer l'entretien et éducation de l'enfant commune.

Le fait que la mère soit la principale personne de référence de l'enfant est, d'autre part, dû à la violation par PERSONNE1.) des droits du père en l'excluant dès la naissance de l'entretien de l'enfant, préférant avoir recours à sa propre mère, et en s'éloignant finalement, suite à la séparation du couple, géographiquement du père de manière à compromettre sérieusement l'exercice de ses droits à l'égard de l'enfant commune.

Au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité d'PERSONNE1.) à respecter les droits de PERSONNE2.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE3.), mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune PERSONNE3.) auprès du père PERSONNE2.). >> (CA, 28 février 2024, n°CAL-2023-01175 du rôle, pages 8 à 9)

Motivation :

Attendu que l'article 6§1 susmentionné prévoit que : << 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse

et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans

des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. >>

que la Cour européenne des droits de l'homme distingue traditionnellement deux formes de manque d'impartialité qu'un Tribunal respectivement un juge risque d'exercer ;

qu'il a été jugé que : << l'article 6 exige qu'un tribunal relevant de cette disposition soit impartial. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Son existence peut s'apprécier de diverses manières. La Cour distingue donc entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (Piersack c. Belgique, arrêt du 1er octobre 1982, série A no 53, pp. 14-15, § 30, et Grieves c. Royaume-Uni [GC], no 57067/00, § 69, 16 décembre 2003). >> (AFFAIRE KYPRIANOU c. CHYPRE Grande Chambre, 15 décembre 2015, Requête n°73797/01, §118)

qu'il est flagrant que dans l'arrêt attaqué, le Juge d'appel s'acharne uniquement sur le comportement procédural de Madame PERSONNE1.) sans à aucun moment s'attarder sur le comportement procédural de Monsieur PERSONNE2.) ;

qu'il n'a pas simplement réservé un seul paragraphe à la description dénigrante de l'attitude procédurale adoptée par Madame PERSONNE1.), il en a dédié au moins cinq ;

que l'obsession du Juge d'appel quant au comportement procédural de Madame PERSONNE1.) laisse entrevoir qu'il poursuivait un intérêt personnel en enlevant à Madame PERSONNE1.) la résidence habituelle et le domicile de PERSONNE3.) ;

qu'en effet, un Juge impartial aurait pris en compte tant le comportement procédural de Madame PERSONNE1.) que celui de Monsieur PERSONNE2.) et aurait surtout consacré davantage de développements à l'intérêt de l'enfant, qui constitue après tout le cœur du sujet ;

qu'un Juge impartial aurait conclu que le comportement de Madame PERSONNE1.) n'a pas à prévaloir dans sa décision tant que l'intérêt de l'enfant ne souffre pas de l'attitude procédurale de la mère ;

que l'arrêt attaqué n'a même pas analysé la situation sous cet angle ;

qu'en effet, le Juge d'appel n'a pas vérifié si l'enfant a souffert suite au comportement procédural de Madame PERSONNE1.), il n'a pas non plus analysé le comportement procédural de Monsieur PERSONNE2.) ;

qu'il s'ensuit que Madame PERSONNE1.) a été privée de son droit d'avoir accès à un Tribunal impartial ;

que l'arrêt attaqué a partant violé l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief au juge d'appel de s'être « *acharné* » uniquement sur son comportement procédural, sans vérifier si l'enfant avait souffert de ce comportement ni prendre en compte le comportement procédural du défendeur en cassation.

Le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué.

Il résulte des motifs repris dans la réponse donnée au cinquième moyen que le juge d'appel, après avoir examiné les faits à lui soumis, a pris sa décision en fonction de ce qu'exigeait l'intérêt supérieur de l'enfant, retenant que c'était précisément le comportement de la demanderesse en cassation qui y portait atteinte.

Il s'ensuit que le moyen manque en fait.

Sur le septième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

Attendu qu'il y a violation de l'article 8 précité en ce que la Cour d'appel a déclaré non fondé l'appel de Madame PERSONNE1.) tout en confirmant le jugement entrepris en tous ses points au motif que Madame PERSONNE1.) a refusé d'exécuter les décisions judiciaires antérieures intervenues entre les parties en cause alors que le Juge d'appel omet d'effectuer un contrôle de proportionnalité.

Motivation :

Attendu qu'aux vœux de l'article 8 précité :

<< 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. >>*

qu'une décision judiciaire portant sur l'attribution de la résidence habituelle et le domicile légal ainsi que le droit de visite et d'hébergement constitue nécessairement une ingérence dans l'exercice des parents de leur droit à la vie familiale ;

que cette ingérence n'est permise que si elle remplit les conditions cumulatives suivantes :

- elle doit être << prévue par la loi >>, << nécessaire, dans une société démocratique >>*
- elle doit poursuivre un but légitime conformément au second paragraphe de l'article 8 (la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui)*
- elle doit être << nécessaire, dans une société démocratique >>*

que la jurisprudence européenne est constante pour retenir que l'ingérence n'est considérée nécessaire que tant qu'elle se fonde sur un besoin social impérieux et qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi (Couillard Maugery c. France, n°64796/01, § 237, 1er juillet 2004, Pontes c. Portugal, n°19554/09, §74) ;

que dans l'arrêt Clemeno et autres c. Italie la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion à se prononcer sur le critère de la proportionnalité de l'ingérence étatique au but légitime recherché : << Cet intérêt (de l'enfant) présente un double aspect. D'un côté, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant (Johansen c. Norvège, précité, p.1008, § 78, et E.P. c. Italie, no 31127/96, § 62, 16 novembre 1999). De l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne : briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, "reconstituer" la famille (voir Pisano c. Italie, (déc.), no 10504/02, 29 septembre 2005 >> (arrêt Clemeno et autres c. Italie, n°19537/03, 21 octobre 2008, §60) ;

qu'en l'espèce, la Cour d'appel n'a à aucun moment constaté que l'enfant n'évoluerait pas dans un environnement sain ;

qu'au contraire, la Cour d'appel a estimé que Madame PERSONNE1.) détient les capacités nécessaires afin d'entretenir et éduquer PERSONNE3.) (CA, 28 février 2024, n°CAL-2023-01175 du rôle, page 9) ;

que le comportement procédural de Madame PERSONNE1.), que la Cour d'appel a estimé devoir sanctionner, ne témoigne pas d'un comportement << particulièrement indigne >> voire de << circonstances tout à fait exceptionnelles >> ;

qu'en effet, le Juge de première instance a retenu que : << S'il est un fait qu'en agissant de la sorte, PERSONNE1.) n'a pas spécialement cherché à éloigner l'enfant du père, mais plutôt de quitter le Luxembourg et à retourner dans son pays natal [...] >> (TAL, 16 novembre 2023, n° TAL-2022-08740, page 6);

que cette argumentation n'a pas été démentie par la Cour d'appel qui a fait siens les développements du premier juge en confirmant le jugement entrepris en tous ses points ;

qu'il s'ensuit que Madame PERSONNE1.) ne s'est pas comportée de manière totalement indigne respectivement exceptionnelle alors qu'elle a agi suivant son désir de retrouver sa famille en Hongrie ;

que même si elle n'a pas respecté les jugements intervenus entre parties lui interdisant de s'installer définitivement en Hongrie, elle ne s'est jamais opposée à ce que le père rende visite à sa fille en Hongrie, preuve en est que ce dernier a effectué 168 visites au cours des années 2022 et 2023 ;

que l'ingérence des autorités judiciaires n'est pas proportionnelle au but poursuivi et ne justifie partant pas le déracinement de l'enfant PERSONNE3.) ;

qu'un Juge d'appel soucieux du respect de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales aurait dû vérifier si son ingérence, à savoir sa décision visant à enlever la résidence habituelle et le domicile légal à Madame PERSONNE1.), se justifiait eu égard à des circonstances exceptionnelles présentes dans l'affaire qui lui a été soumise ;

que le Juge d'appel n'a pourtant pas exercé un tel contrôle de proportionnalité ;

qu'il y a partant violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ;

que l'arrêt n°49/24-I-CIV (aff. fam.) rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 encourt partant la cassation. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief au juge d'appel d'avoir violé la disposition visée au moyen en ayant fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du défendeur en cassation et d'avoir ainsi « déraciné l'enfant », au motif qu'elle aurait refusé d'exécuter les décisions judiciaires antérieures, sans vérifier si cette ingérence des autorités judiciaires était proportionnée au but poursuivi.

Le droit aux relations personnelles entre les parents et leurs enfants relève du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « *la Convention* »).

La décision judiciaire qui aménage ce droit constitue une ingérence de l'autorité publique dans son exercice.

L'article 8, paragraphe 2, de la Convention admet une restriction aux droits garantis par le paragraphe 1 du même article, lorsque celle-ci est prévue par la loi, poursuit un ou plusieurs des buts légitimes y énumérés et est nécessaire, dans une société démocratique, pour les atteindre.

En cas de séparation de parents d'enfants communs mineurs, l'ingérence du juge dans les modalités d'exercice des relations personnelles entre les parents et leurs enfants est prévue par les dispositions du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

Tant le principe que les modalités de l'ingérence de l'autorité publique à travers l'action du juge se trouvent partant prévus par la loi. Cette ingérence s'inscrit dans le cadre de la protection des droits et libertés d'autrui à travers la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et elle est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces buts.

Les motifs invoqués par le juge d'appel sont pertinents et suffisants et démontrent que la fixation du domicile légal et de la résidence habituelle de l'enfant commune mineure auprès du défendeur en cassation, ainsi que le droit de visite et d'hébergement accordé à la demanderesse en cassation sont proportionnés aux buts légitimes poursuivis. Le juge d'appel n'a, partant, pas violé la disposition visée au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

Il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge du défendeur en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens.

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 du défendeur en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Nathalie BARTHELEMY, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller Agnès ZAGO en présence du procureur général d'Etat adjoint Serge WAGNER et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation PERSONNE1.) c/ PERSONNE2.)

(affaire n° CAS 2024-00072 du registre)

Le pourvoi de la demanderesse en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 14 mai 2024 d'un mémoire en cassation, signifié le 10 mai 2024 au défendeur en cassation, est dirigé contre un arrêt n° 49/24-I-CIV rendu contradictoirement en date du 28 février 2024 par la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, sous le numéro du rôle CAL-2023-01175.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai¹ et la forme².

Le pourvoi est dirigé contre une décision contradictoire, donc non susceptible d'opposition, rendue en dernier ressort qui tranche tout le principal, de sorte qu'il est également recevable au regard des articles 1^{er} et 3 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Il s'ensuit que le pourvoi est recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par PERSONNE2.) d'une requête dirigée contre PERSONNE1.), le juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement de Luxembourg fixait le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun mineur auprès du requérant et accordait, sauf accord divergent entre parties, un droit de visite et d'hébergement à la défenderesse, tout en ordonnant l'exécution provisoire du jugement. Sur appel de la défenderesse, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris.

Sur les premier et deuxième moyens réunis

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 9 du Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à

¹ Il ne résulte pas des éléments auxquels vous pouvez avoir égard si et, dans l'affirmative, à quelle date l'arrêt attaqué a été notifié à la demanderesse en cassation conformément à l'article 1007-9, paragraphe 10, du Nouveau Code de procédure civile. Le délai n'ayant, au regard des éléments du dossier, pas commencé à courir, il n'a pas pu être méconnu. Il est, par ailleurs, à observer que le défendeur en cassation ne conteste pas le respect du délai pour agir dans son mémoire en réponse.

² La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour signifié au défendeur en cassation antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que ces formalités imposées par l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ont été respectées.

l'enlèvement international d'enfants (ci-après « *le règlement Bruxelles II ter* »)³ et le deuxième moyen de cassation est tiré de l'excès de pouvoir, en ce que la Cour d'appel s'est implicitement déclarée territorialement compétente pour connaître du litige, alors que l'enfant réside de fait depuis avril 2022 en Hongrie, qu'il y a instauré son centre d'intérêt pour y fréquenter, depuis septembre 2023, l'école maternelle, y avoir des amis et y rendre régulièrement visite à sa grand-mère maternelle, que le juge aux affaires familiales a constaté dans un jugement du 16 mars 2023 rendu entre parties que l'enfant a été déplacé de façon illicite en Hongrie par la demanderesse en cassation et que de ce fait la compétence du juge de l'Etat de la dernière résidence habituelle de l'enfant est maintenu pendant seulement un an à partir du déplacement illicite, soit jusqu'au 21 avril 2023, de sorte que la Cour d'appel lorsqu'elle a rendu le 28 février 2024 l'arrêt attaqué était sans compétence territoriale pour statuer.

Dans ses deux premiers moyens, la demanderesse en cassation critique la Cour d'appel de ne pas s'être déclarée territorialement incompétente pour statuer sur le litige au regard de l'article 9 du règlement Bruxelles II ter. Elle se fonde sur ce que cet article dispose que « *les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat membre et que : [...] b) l'enfant a résidé dans cet autre Etat membre pendant une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant, que l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement et que l'une au moins des conditions suivantes est remplie : [suit une énumération de cinq conditions alternatives relatives à une absence de dépôt, un retrait ou un rejet d'une demande de retour de l'enfant déplacé de façon illicite]* ». Elle soutient que ces conditions sont en l'espèce réunies, que l'enfant réside en fait depuis avril 2022 en Hongrie et que, par voie de conséquence, les juridictions luxembourgeoises seraient dépourvues de compétence territoriale après l'écoulement d'un délai d'un an courant à partir du déplacement de l'enfant en Hongrie en avril 2022, soit à partir d'avril 2023. Elle en déduit que la Cour d'appel était dépourvue de compétence territoriale au moment où elle a rendu son arrêt, en février 2024.

Ces moyens sont nouveaux, l'arrêt attaqué ne constatant aucune mise en cause de la compétence territoriale par la demanderesse en cassation. Ils ne sont pas de pur droit. Un moyen de pur droit « *est celui qui ne met en jeu aucun fait qui ne soit constaté par la décision attaquée* »⁴. La Cour d'appel constate certes qu'il « *se dégage [...] des attestations testimoniales établies par la mère et la sœur [de la demanderesse en cassation] que cette dernière a installé sa résidence habituelle et celle de l'enfant commun en Hongrie à partir de mars 2022, sans autorisation préalable [du père et défendeur en cassation] auquel elle a fait croire, comme au tribunal de première instance, qu'elle vivait en Allemagne avec [l'enfant]* »⁵. Elle admet donc comme établi l'existence d'un déplacement de l'enfant en Hongrie à partir de mars 2022. Elle ne constate, en revanche, pas le respect des autres conditions précitées énoncées par l'article 9 du règlement Bruxelles II ter, à savoir (1) le moment à partir duquel « *la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde [en l'occurrence le père de l'enfant] a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouve l'enfant* », (2) la question de savoir si « *l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement* » et (3) la question de savoir s'il y a eu absence de dépôt, retrait ou rejet d'une demande de retour de l'enfant déplacé de façon illicite.

³ Journal officiel de l'Union européenne L 178 du 2.7.2019, page 1.

⁴ Jacques et Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, 6^e édition, 2023, n° 82.211, page 504.

⁵ Arrêt attaqué, page 6, dernier alinéa.

Les moyens sont donc, dans cette mesure, mélangés de fait et de droit.

Cette conclusion reste inchangée s'il est considéré que le respect de l'article 9 du règlement Bruxelles II ter relève de l'ordre public. Un tel moyen, lorsqu'il est invoqué pour la première fois devant votre Cour, suppose, pour être recevable, qu'il « *ne s'appuie sur aucun fait ou aucune pièce qui n'ait été soumis au juge de fond et ne soit dans le débat* »⁶. Or, il n'est pas établi que cette condition soit respectée en l'espèce s'agissant des trois appréciations citées ci-avant que l'examen du bien-fondé des moyens suppose⁷. En effet, la violation d'une règle, fût-elle d'ordre public, ne peut être invoquée utilement devant la Cour de cassation si elle implique de la part de celle-ci la connaissance de circonstances de fait qui n'ont pas été soumises aux juges du fond⁸.

Il s'ensuit que les deux moyens sont irrecevables.

Dans un ordre subsidiaire, il est observé que les deux moyens postulent que la Cour d'appel deviendrait territorialement incompétente à partir de l'écoulement du délai d'un an prévu par l'article 9 du règlement Bruxelles II ter, cité ci-avant. Cette prémisse méconnaît que la compétence territoriale s'apprécie au jour de l'introduction de la demande en justice⁹. Ce principe est rappelé par le règlement au sujet des litiges relatifs à la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, qui, suivant l'article 7, relèvent, sauf exception, de la compétence des juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel l'enfant réside habituellement « *au moment où la juridiction est saisie* ». Or, en l'espèce, au jour de l'introduction de la requête, le 21 novembre 2022¹⁰, le délai d'un an prévu par l'article 9 du règlement Bruxelles II ter qui, selon la demanderesse en cassation a commencé à courir en avril 2022¹¹, n'était pas encore écoulé. La question de compétence soulevée ne se pose dès lors pas. Cette conclusion n'est pas remise en cause par l'introduction, d'ailleurs par la demanderesse en cassation, qui critique actuellement la compétence de la Cour d'appel, d'une instance d'appel devant celle-ci. L'instance d'appel se limite à soumettre le jugement de première instance à contrôle juridictionnel. Elle a donc pour objet le litige qui a été introduit par le dépôt de la demande introductive devant la juridiction de première instance. La date d'appréciation de la compétence, au moment de la saisine de cette juridiction, est donc également applicable à l'instance d'appel.

Il s'ensuit, à titre subsidiaire, que les moyens manquent en fait.

Dans un ordre encore plus subsidiaire, il est précisé qu'il résulte de l'un des jugements de première instance rendus en cause, en l'occurrence de celui du 16 mars 2023¹², que le juge aux

⁶ BORÉ, précité, n° 82.302, page 511.

⁷ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 20 novembre 2014, n° 81/14, numéro 3393 du registre (réponse à l'unique moyen) (au sujet de la notion de « *consommateur* » au sens de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

⁸ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 15 novembre 2007, n° 47/05, numéro 2363 du registre (réponse à la troisième branche du premier moyen) ; idem, 20 novembre 2008, n° 54/08, numéro 2563 du registre (réponse au premier moyen).

⁹ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation française, première chambre civile, 8 juillet 2010, n° 09-66.658 ; Jurisclasseur Civil, Arat. 14 et 15, Fasc. 20, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, par André HUET, avril 2018, n° 17 ; Jurisclasseur Divorce, Fasc. 110-10, Procédure de divorce – Compétence, par Natalie FIRCERO, octobre 2023, n° 26.

¹⁰ Arrêt attaqué, page 1, dernier alinéa.

¹¹ Mémoire en cassation, page 9, deuxième alinéa.

¹² Jugement n° 2023TALJAF/000952 du 16 mars 2023, numéro du rôle TAL-2022-08740, reproduit comme Annexe 1 au mémoire en cassation.

affaires familiales a statué, en l'espèce, non pas sur base de l'article 9 du règlement Bruxelles II ter, en qualité de juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites. Sa compétence était en réalité fondée sur l'article 13 de ce règlement, en qualité de juridiction d'un Etat membre avec lequel l'enfant a un lien particulier au sens de l'article 12, paragraphe 4, soit, en l'espèce, comme Etat sur le territoire duquel l'un des titulaires de la responsabilité parentale, en l'occurrence le défendeur en cassation, a sa résidence habituelle (cas prévu par l'article 12, paragraphe 4, sous d)), cette juridiction n'étant pas compétente en vertu du règlement, mais se considérant être mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Il résulte, en effet, du jugement précité que le juge aux affaires familiales avait saisi le tribunal de famille de Trèves (Allemagne), où l'enfant avait sa résidence, d'une demande au titre de l'article 13 du règlement, à laquelle ce tribunal fit droit en transférant sa compétence au juge aux affaires familiales luxembourgeois¹³.

Il s'ensuit, à titre encore plus subsidiaire, que, pour cette raison supplémentaire, les moyens manquent encore en fait.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen est tiré de la violation de l'article 372, alinéa 1, du Code civil, en ce que la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun auprès du père, alors que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de maintenir le domicile légal et la résidence habituelle de ce dernier auprès de la mère tout en accordant au père un droit de visite et d'hébergement, ce que la Cour d'appel méconnaît par suite de son désir de sanctionner la mère au détriment de l'enfant.

Sous le couvert de la violation de la disposition visée, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond, au regard des éléments factuels du dossier, du lieu où il y a lieu, sur base de l'intérêt supérieur de l'enfant, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de ce dernier¹⁴.

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

¹³ Idem, page 2, neuvième et dixième alinéa : « *Le juge aux affaires familiales s'adressa par un courrier du 20 janvier 2022 au Familiengericht Trier pour solliciter le transfert de la compétence pour connaître de la demande. Par Beschluss du 9 février 2023 le juge KASEL du Familiengericht Trier transféra au juge aux affaires familial de Luxembourg la compétence pour connaître de la demande* » ; page 3, dernier alinéa : « *Par Beschluss du 9 février 2023 le juge KASEL du Familiengericht Trier a, sur base de l'article 13 du Règlement (UE) n° 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, transféré au juge aux affaires familial de Luxembourg la compétence pour connaître des demandes dont celui-ci était saisi* ».

¹⁴ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 6 mai 2010, n° 32/10, numéro 2721 du registre (réponse au quatrième moyen) ; idem, 15 octobre 2020, n° 130/2020 pénal, numéro CAS-2019-00123 du registre (réponse aux cinq moyens réunis) ; idem, 12 novembre 2020, n° 145/2020, numéro CAS-2019-00150 du registre (réponse au deuxième moyen) ; idem, 20 mai 2021, n° 84/2021, numéro CAS-2020-00094 du registre (réponse au sixième moyen) ; idem, 1^{er} juin 2023, n° 60/2023, numéro CAS-2022-00113 du registre (réponse au moyen unique) ; idem, 29 juin 2023, n° 89/2023, numéro CAS-2022-00110 du registre (réponse au sixième moyen) ; idem, 6 juillet 2023, n° 94/2023, numéro CAS-2022-00131 du registre (réponse à la seconde branche du premier moyen).

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen de cassation est tiré, pour contradiction de motifs, de la violation des articles 109 de la Constitution, et 249, alinéa 1, ainsi que 587 du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun auprès du père et a retenu dans ses motifs qu'il y avait lieu de confirmer cette décision¹⁵, après avoir constaté que « *les deux parents ont un bon contact avec l'enfant* »¹⁶, que « *les deux parents sont capables, au même titre, d'assurer l'entretien et [l']éducation de l'enfant commune* »¹⁷, que la mère est le parent « *auprès [duquel] l'enfant a majoritairement vécu dans le passé* »¹⁸ et qu'elle est « *la principale personne de référence de l'enfant* »¹⁹, alors que ces motifs sont contradictoires.

La demanderesse en cassation, si elle affirme critiquer une contradiction entre les motifs de l'arrêt, critique en réalité une contradiction entre les motifs de l'arrêt et son dispositif, à savoir la décision de la Cour d'appel de confirmer la fixation du domicile légal et de la résidence habituelle de l'enfant auprès du père. Cette catégorie de contradiction est sanctionnée par le cas d'ouverture de la contradiction de motifs, qui ne vise pas seulement une contradiction entre les motifs eux-mêmes, mais également celle entre les motifs et le dispositif, voire entre les dispositions de l'arrêt²⁰.

Le grief procède toutefois d'une lecture incomplète de l'arrêt attaqué.

La demanderesse en cassation postule que la Cour d'appel s'est contredite en confirmant le jugement de première instance ayant fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun auprès du père, après avoir constaté que la mère, outre d'avoir un bon contact avec l'enfant, d'être capable d'en assurer l'entretien et l'éducation et d'avoir majoritairement hébergé l'enfant dans le passé, est la principale personne de référence de l'enfant.

Or, la Cour d'appel a constaté en outre :

- que le père, « *contrairement aux affirmations se dégageant des attestations testimoniales non circonstanciées produites par [la demanderesse en cassation]* »²¹, a « *un bon contact avec l'enfant et que celui-ci ne refuse pas le contact avec son père qui a les gestes adaptés à l'âge de l'enfant* »²²,
- que « *[l]e fait que la mère soit la principale personne de référence de l'enfant est [...] dû à la violation par [celle-ci] des droits du père en l'excluant dès la naissance de l'entretien de l'enfant, préférant avoir recours à sa propre mère, et en s'éloignant finalement, suite à la séparation du couple, géographiquement du père de manière à*

¹⁵ La demanderesse en cassation renvoie à ce titre au fait que la Cour d'appel a conclu que « *Au vu de tous ces éléments [...] le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune [...] auprès du père [...]* » (arrêt attaqué, page 8, quatrième alinéa).

¹⁶ Idem, même page, deuxième alinéa.

¹⁷ Idem et loc.cit.

¹⁸ Idem, même page, cinquième alinéa.

¹⁹ Idem, même page, troisième alinéa.

²⁰ BORÉ, précité, n° 77.121, page 423.

²¹ Arrêt attaqué, page 8, deuxième alinéa.

²² Idem et loc.cit.

compromettre sérieusement l'exercice de ses droits à l'égard de l'enfant commune »²³
et

- qu'il y lieu « *plus spécialement [de tenir compte] de l'incapacité [de la mère] à respecter les droits [du père] à l'égard de l'enfant commune [...], mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable* »²⁴.

Ce sont ces motifs qui, suivant l'appréciation de la Cour d'appel, rendent non pertinents les motifs cités par la demanderesse en cassation, dont notamment son statut de « *principale personne de référence de l'enfant* »²⁵, et justifient le dispositif critiqué. La Cour d'appel n'énonce les motifs invoqués par la demanderesse en cassation à l'appui de son reproche de contradiction que pour les réfuter.

Il s'ensuit que le moyen, qui procède d'une mauvaise lecture de l'arrêt, manque en fait.

Sur le cinquième moyen de cassation

Le cinquième moyen est tiré, pour défaut de réponse à conclusions, de la violation des articles 109 de la Constitution, et 249, alinéa 1, ainsi que 587 du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun auprès du père, sans prendre en considération certains faits invoqués par la demanderesse en cassation, à savoir le fait qu'une séparation de l'enfant avec la mère s'avérerait extrêmement compliquée et douloureuse pour l'enfant, le fait que la mère a respecté 168 visites du père auprès de l'enfant en Hongrie, le fait que l'enfant n'est âgé que de 3 ans et demi, qu'elle vit en Hongrie depuis avril 2022, qu'elle y a fréquenté une crèche pendant une année et qu'elle fréquente actuellement une école maternelle, le fait que la famille de la mère réside en Hongrie et que l'enfant entretient de bonnes relations avec sa grand-mère maternelle, le fait que l'enfant a tous ses repères en Hongrie et qu'elle y évolue dans un milieu feutré, stable et paisible, le fait que le père vit seul au Luxembourg, sa famille résidant au Portugal, le fait que le père n'a pas respecté son obligation de payer une pension alimentaire, le fait que l'enfant parle couramment le hongrois et le portugais, mais ne maîtrise aucune langue officielle du Luxembourg et le fait que la mère bénéficie d'une flexibilité en termes d'horaires de travail lui permettant de passer des moments privilégiés avec sa fille, alors qu'elle a ainsi omis de répondre à ces conclusions.

Le défaut de réponse à conclusions constitue une forme de défaut de motifs, qui est un vice de forme. Pour qu'un moyen exige réponse, il faut qu'il comporte un élément de fait et une déduction juridique. Il faut encore que cette déduction juridique soit de nature à influencer sur la solution du litige²⁶.

La demanderesse en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir omis de tenir compte dans son arrêt d'un certain nombre d'éléments de fait, cités par elle dans son moyen.

²³ Idem, même page, troisième alinéa.

²⁴ Idem, même page, quatrième alinéa.

²⁵ Idem, même page, troisième alinéa.

²⁶ Cour de cassation, 29 juin 2023, n° 84/2023, numéro CAS-2022-00105 du registre (réponse au quatrième moyen).

Ces faits ne constituent pas, en tant que tels, un moyen d'appel appelant réponse, puisqu'aucune déduction juridique n'en est formellement déduite et qu'un moyen appelant réponse doit comporter tant un élément de fait qu'une déduction juridique. Ils sont toutefois, dans la logique du raisonnement de la demanderesse en cassation en appel, à comprendre comme faits invoqués à l'appui de son moyen d'appel tiré de ce que la fixation du domicile légal et de la résidence habituelle de l'enfant commun auprès du père est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant²⁷.

La Cour d'appel les a pris en compte en constatant que la demanderesse en cassation avait soulevé devant elle que :

« Or, la séparation de sa mère s'avérerait extrêmement compliquée et douloureuse pour l'enfant et ainsi la décision intervenue négligerait l'intérêt supérieur de [l'enfant]. Dans le cadre de la décision à prendre, il conviendrait d'avoir égard aux faits que [l'enfant] n'est âgée que de 3 ans et 4 mois, qu'elle vit auprès de sa mère depuis la séparation des parents, que la mère est le parent de référence, que [l'enfant] vit en Hongrie depuis plus d'une année et demie, qu'elle y fréquentait la crèche pendant une année et actuellement l'école maternelle obligatoire depuis septembre 2023, que l'enfant a tous ses repères en Hongrie et évolue dans un milieu très feutré et paisible, qu'elle entretient des rapports privilégiés avec sa grand-mère maternelle, que [l'enfant] parle parfaitement le hongrois et qu'elle s'entretient avec le papa en portugais, mais ne parle aucune langue officielle du Luxembourg.

L'appelante aurait été contrainte de s'installer en Hongrie après avoir tenté de rester vivre à ADRESSE4.) en Allemagne. En 2022, elle aurait été demanderesse d'emploi avec une fille à charge et un loyer à payer, [le père] ne respectant pas son obligation de payer une pension alimentaire pour sa fille. Elle aurait trouvé un emploi en Hongrie et son employeur aurait toléré en partie le travail à distance, mais elle aurait rejoint la Hongrie pour des raisons financières, étant dans l'impossibilité de supporter une charge locative telle qu'imposée dans les environs du Grand-Duché. La Hongrie serait la destination la plus appropriée, au vu de son emploi et de ses liens étroits avec le pays où réside sa famille, pouvant la soulager dans le quotidien de sa vie professionnelle et de l'éducation de [l'enfant]. »²⁸.

Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation française, un tel exposé des faits est à considérer comme faisant partie de la motivation de l'arrêt²⁹.

Une décision est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré. Les juges d'appel ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation³⁰.

Comme déjà précisé ci-avant, dans le cadre de la discussion du quatrième moyen, la Cour d'appel a conclu, en l'espèce, qu'il y avait lieu de décider, par confirmation, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du père, aux motifs :

²⁷ Arrêt attaqué, page 2, quatrième alinéa.

²⁸ Idem, page 3, deux derniers alinéas.

²⁹ BORE, précité, n° 77.82, page 418.

³⁰ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 10 octobre 2024, n° 141/2024, numéro CAS-2022-00132 du registre (réponse au premier moyen).

- que le père, « *contrairement aux affirmations se dégageant des attestations testimoniales non circonstanciées produites par [la demanderesse en cassation]* »³¹, a « *un bon contact avec l'enfant et que celui-ci ne refuse pas le contact avec son père qui a les gestes adaptés à l'âge de l'enfant* »³²,
- que « *[l]e fait que la mère soit la principale personne de référence de l'enfant est [...] dû à la violation par [celle-ci] des droits du père en l'excluant dès la naissance de l'entretien de l'enfant, préférant avoir recours à sa propre mère, et en s'éloignant finalement, suite à la séparation du couple, géographiquement du père de manière à compromettre sérieusement l'exercice de ses droits à l'égard de l'enfant commune* »³³ et
- qu'il y lieu « *plus spécialement [de tenir compte] de l'incapacité [de la mère] à respecter les droits [du père] à l'égard de l'enfant commune [...], mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable* »³⁴.

Par ces motifs, elle a justifié pour quelles raisons, suivant son appréciation, la confirmation de la décision attaquée, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du père, était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle a ainsi, implicitement, mais nécessairement, rejeté comme non suffisamment pertinents les faits repris dans le présent moyen de cassation invoqués par la demanderesse en cassation à l'appui de son moyen tiré de ce que la décision de première instance attaquée était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges d'appel n'étant pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, la Cour d'appel n'était pas tenue, après avoir constaté que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de fixer son domicile légal et sa résidence habituelle auprès du père, de réfuter expressément chacun des faits invoqués par la demanderesse en cassation au soutien de son moyen d'appel tiré de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de fixer son domicile légal et sa résidence habituelle auprès d'elle.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le sixième moyen de cassation

Le sixième moyen est tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « *la Convention* »), en ce que la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun auprès du père, en développant dans au moins cinq alinéas une description dénigrante du comportement procédural de la demanderesse en cassation, sans prendre en compte le comportement procédural du défendeur en cassation et sans faire de développements importants sur l'intérêt supérieur de l'enfant et surtout sur la question de savoir si le comportement procédural de la demanderesse en cassation a eu une incidence sur cet intérêt, alors que « *l'obsession du Juge d'appel quant au comportement procédural de [la demanderesse en cassation] laisse entrevoir qu'il poursuivait un intérêt*

³¹ Arrêt attaqué, page 8, deuxième alinéa.

³² Idem et loc.cit.

³³ Idem, même page, troisième alinéa.

³⁴ Idem, même page, quatrième alinéa.

personnel »³⁵ et qu'un « *Juge impartial aurait pris en compte tant le comportement procédural de [la demanderesse en cassation] que celui [du défendeur en cassation] et aurait surtout consacré davantage de développements à l'intérêt de l'enfant, qui constitue après tout le cœur du sujet* »³⁶, de sorte que la demanderesse en cassation a été privée de son droit à un tribunal impartial.

Sous le couvert de la violation de la disposition visée, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond, au regard des éléments factuels du dossier, du lieu où il y a lieu, sur base de l'intérêt supérieur de l'enfant, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de ce dernier³⁷.

Il s'ensuit qu'il ne saurait être accueilli.

Dans un ordre subsidiaire, il est observé que le moyen tire grief de ce que la Cour d'appel, poursuivant un intérêt personnel, a voulu sanctionner la demanderesse en cassation pour son comportement procédural, tout en ignorant l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour d'appel a cependant, dans son arrêt, constaté que c'était précisément le comportement procédural de la demanderesse en cassation qui portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et imposait de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du père :

*« Au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité de [la mère et demanderesse en cassation] à respecter les droits [du père et défendeur en cassation] à l'égard de l'enfant commune [...], mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune [...] auprès du père [...] »*³⁸.

Il s'ensuit, à titre subsidiaire, que le moyen manque en fait.

Dans un ordre plus subsidiaire, il est relevé que la demanderesse en cassation fait soutenir que le magistrat composant la Cour d'appel « *poursuivait un intérêt personnel* »³⁹. Elle fait donc valoir que la Cour d'appel manquait, en l'espèce, d'impartialité subjective. Il est, dans cet ordre d'idées, rappelé que l'impartialité exigée par l'article 6 de la Convention comporte un aspect objectif, dont l'objet est de s'assurer si le tribunal offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité, et un aspect subjectif, qui tient compte de la conviction personnelle et du comportement du juge et concerne le point de savoir si le juge a fait preuve de parti pris ou d'un préjugé personnel dans l'affaire⁴⁰. C'est ce second aspect, de l'impartialité subjective, qui est mise en cause par le moyen.

³⁵ Mémoire en cassation, page 19, sixième alinéa.

³⁶ Idem, même page, septième alinéa.

³⁷ Voir la jurisprudence citée ci-avant, dans le cadre de la discussion du troisième moyen, dans la note de bas de page n° 14.

³⁸ Arrêt attaqué, page 8, quatrième alinéa (c'est nous qui soulignons).

³⁹ Mémoire en cassation, page 19, sixième alinéa.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 6 – volet civil (août 2023), [Guide sur l'article 6 - Droit à un procès équitable \(volet civil\)](#), n° 293, page 72, et les références y citées.

Or, l'impartialité personnelle du magistrat est présumée jusqu'à preuve du contraire⁴¹. Du fait de sa position, le juge national est présumé impartial, cette présomption étant réfragable⁴². Encore faut-il relever que, pour accepter le renversement de ladite présomption, la Cour ne se contente pas de simples indices mais elle exige des preuves tangibles⁴³.

En l'espèce, le mémoire en cassation ne contient aucun reproche tangible de partialité subjective, si ce n'est que la Cour d'appel se serait attardée uniquement sur le comportement procédural de la demanderesse en cassation, l'érigeant en unique fondement de sa motivation.

Il a été vu ci-avant, dans le cadre des développements faits à titre subsidiaire, que cette allégation manque en fait.

Il s'ajoute que, du seul fait que la demanderesse en cassation n'a pas obtenu gain de cause en instance d'appel, mais que la Cour d'appel a considéré, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et par une décision très motivée en fait, que le comportement procédural de la demanderesse en cassation mettait en cause l'intérêt supérieur de l'enfant et que cette atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant justifiait de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de ce dernier auprès du père, ne saurait se déduire un renversement de la présomption d'impartialité subjective.

Il s'ensuit, à titre encore plus subsidiaire, que le moyen n'est pas fondé.

Sur le septième moyen de cassation

Le septième moyen est tiré de la violation de l'article 8 de la Convention, en ce que la Cour d'appel a décidé, par confirmation, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun, résidant actuellement en Hongrie, auprès du père à Luxembourg, alors que l'attribution de la résidence habituelle et du domicile légal d'un enfant constitue une ingérence dans l'exercice par les parents de leur droit à la vie familiale et doit être, au sens de la disposition visée, nécessaire dans une société démocratique, donc proportionnée, compte tenu de ce que l'arrêt a pour effet de provoquer un déracinement de l'enfant.

Le moyen est nouveau. Vous invitent à apprécier si, au regard des éléments factuels du dossier, la décision était proportionnée au sens de l'article 8 de la Convention, non invoqué devant les juges du fond, il est mélangé de fait et droit et, partant, irrecevable.

Dans un ordre subsidiaire, notamment si vous considérez que le moyen est d'ordre public, donc ne suppose pour l'appréciation de sa recevabilité que de s'assurer qu'il « *ne s'appuie sur aucun fait ou aucune pièce qui n'ait été soumis au juge de fond et ne soit dans le débat* »⁴⁴ et que cette apparence du moyen en instance d'appel est établie, il est observé que, sous le couvert de la violation de la disposition visée, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond, au regard des éléments factuels du dossier, du lieu où il y a

⁴¹ Idem, n° 298-299, page 73, et les références y citées.

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, 24 février 1993, *Fey c/ Autriche*, n° 14396/88, § 28.

⁴³ **Répertoire de droit européen** – Conv.EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par Linos-Alexandre SICILIANOS et Maria-Andriani KOSTOPOULOU, janvier 2018, n° 63 ; Cour européenne des droits de l'homme, 4 avril 2000, *Academy Trading Ltd. e.a. c/ Grèce*, n° 30342/96, § 44.

⁴⁴ BORE, précité, n° 82.302, page 511.

lieu, sur base de l'intérêt supérieur de l'enfant, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de ce dernier⁴⁵.

Dans un ordre plus subsidiaire, il est rappelé que la Cour d'appel a constaté que le comportement procédural de la demanderesse en cassation, qui avait déplacé l'enfant en Hongrie et, suivant les constatations souveraines des juges du fond, « *refusé d'exécuter le jugement du 16 novembre 2023 qui est exécutoire par provision, en s'obstinant à vouloir garder l'enfant en Hongrie et en allant même jusqu'à porter plainte contre [le père] lorsque celui-ci s'est rendu en Hongrie pour aller chercher l'enfant commune en possession d'un titre exécutoire [plainte qui a été rejetée par les juridictions hongroises] comme non fondée au motif [que la demanderesse en cassation] n'était pas une « victime innocente », digne de protection par la loi* »⁴⁶, portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et imposait de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès du père :

« Au vu de tous ces éléments et plus spécialement de l'incapacité de [la mère et demanderesse en cassation] à respecter les droits [du père et défendeur en cassation] à l'égard de l'enfant commune [...], mais également de respecter le droit de cette dernière à entretenir des contacts réguliers avec son père, pourtant nécessaires à sa construction en tant qu'adulte responsable, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune [...] auprès du père [...] »⁴⁷.

La Cour d'appel a ainsi jugé que la fixation du domicile légal et de la résidence habituelle de l'enfant auprès du père était commandée par l'intérêt supérieur de l'enfant et constituait, par voie de conséquence, implicitement, mais nécessairement, une ingérence justifiée dans l'exercice, par la demanderesse en cassation, de son droit à la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

Il s'ensuit, à titre plus subsidiaire, que le moyen n'est pas fondé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

John PETRY

⁴⁵ Voir la jurisprudence citée ci-avant, dans le cadre de la discussion du troisième moyen, dans la note de bas de page n° 14.

⁴⁶ Arrêt attaqué, page 7, avant-dernier alinéa.

⁴⁷ Idem, page 8, quatrième alinéa (c'est nous qui soulignons).