Arrêt N° 138/20 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du dix-sept juin deux mille vingt

Numéro CAL-2020-00162 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

E n t r e :

le PROCUREUR D'ETAT près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Cité Judiciaire à L-2080 Luxembourg,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO, de Luxembourg du 12 février 2020,

représenté par Serge WAGNER, avocat général, en remplacement de Madame le Procureur Général d'Etat, auprès du Parquet Général du Grand-Duché de Luxembourg,

e t :

A), née le 30 juillet 1986 en (XXX) à (XXX), demeurant à L-1953 Luxembourg, 34, rue Abbé Lascombes,

intimée aux fins du prédit exploit KOVELTER,

représentée par Maître Katrin DJABER, avocat à la Cour, demeurant à Dudelange.

en présence de

Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant l'enfant mineure, née le (...) en (XXX) à (YYY).

L A C O U R D ' A P P E L :

Revu l'arrêt du 1er avril 2020 ayant dit irrecevable l'appel introduit par le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 5 février 2020, ayant reçu l'appel introduit par exploit d'huissier du 12 février 2020 et ayant, avant tout autre progrès en cause, désigné Maître Nathalie BARTHELEMY avocat de l'enfant mineure, née le (...) à (XXX), avec la mission de la représenter dans le cadre de l'instance, de l'entendre au sujet de sa situation passée en (XXX) et de sa situation actuelle au Luxembourg et d'en faire rapport à la Cour.

A l'audience du 20 mai 2020, Maître Nathalie BARTHELEMY, qui a pu s'entretenir tant avec l'enfant qu'avec chacun des parents, expose que l'enfant mineure lui a confié qu'elle voudrait rester au Luxembourg avec sa mère, non pas en raison du fait qu'elle ne souhaite pas de contact avec le père, mais en raison de la relation très intense qui la lie à sa mère qui serait également la personne de référence de l'enfant. L'idée d'un retour en (XXX) angoisserait l'enfant qui ne voudrait pas y retourner vivre de manière permanente auprès du père au motif qu'avant son départ au Luxembourg, elle vivait également auprès de la mère en (XXX) et qu'elle ne voyait son père que pendant les week-ends et pendant les vacances. Ces rencontres se seraient souvent déroulées en présence des grands-parents paternels ou de cousins, de sorte que la relation père-fille, bien qu'existante, serait moins intense.

Le représentant de l'enfant relate que celle-ci est actuellement bien intégrée au Luxembourg, qu'elle a des amis à l'école et qu'elle parle le luxembourgeois. Elle aurait conservé un seul contact avec un ami qu'elle avait en (XXX). L'enfant mineure se sentirait également à l'aise dans sa nouvelle famille composée de sa mère, de l'époux de la mère, de son demi-frère et des parents du beau-père. L'enfant n'aurait pas voulu la situation actuelle, mais elle l'accepterait et elle se développerait bien dans un cadre sécurisant. Elle envisagerait de retourner en (XXX) pendant les vacances, mais ne voudrait pas y retourner définitivement.

L'avocat de l'enfant explique que la cause de la situation actuelle est à rechercher dans la mauvaise entente entre les parents de l'enfant mineure qui se voient tous les deux en victimes l'un de l'autre, le père craignant ne plus pouvoir voir sa fille si elle continue à demeurer au Luxembourg et la mère craignant la même chose dans l'hypothèse d'un retour de l'enfant en (XXX). Les parents seraient donc essentiellement fixés sur leurs propres intérêts. L'enfant exclurait la relation conflictuelle entre ses parents de son discours, mais elle affirmerait ne pas vouloir aller en (XXX) de peur de ne plus pouvoir revoir sa mère.

Le représentant du Ministère public relève que, le 25 février 2019, l'enfant a été arrachée par la mère de son environnement habituel en (XXX) où elle est née et où elle a été scolarisée, pour venir au Luxembourg, dans un pays dont elle ne maîtrisait pas les langues officielles et où elle n'avait jamais fréquenté l'école auparavant, de sorte que l'on ne saurait soutenir actuellement qu'un retour en (XXX) serait plus traumatisant pour l'enfant que ne l'était le départ initial.

L'existence d'une crainte dans le chef de l'enfant d'aller vivre en (XXX) auprès de son père ne serait, par ailleurs, pas constitutive d'un danger

physique ou psychique pour l'enfant et ne placerait pas celle-ci dans une situation intolérable au sens de l'article 13, alinéa 1er, point b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après : la Convention de La Haye). La preuve du danger physique ou psychique, respectivement de la situation intolérable, y visés devrait être rapportée positivement par la partie intimée.

Concernant l'opposition au retour de l'enfant, la partie appelante fait valoir que l'enfant n'est âgée que de neuf ans, qu'elle a passé les 15 derniers mois en compagnie de la mère et de la nouvelle famille de celle-ci, à l'exclusion du père, et qu'il est donc normal, eu égard à la position clairement exprimée par la mère de ne pas vouloir retourner en (XXX), que l'enfant exprime également son refus d'y retourner pour pouvoir rester auprès de la mère.

Le représentant du Ministère public en conclut à la réformation de l'ordonnance déférée et au retour de l'enfant en République de (XXX).

A) fait exposer que le retour en (XXX) n'est pas dans l'intérêt de l'enfant qui sera contrainte d'abandonner tout le reste de sa nouvelle cellule familiale, mère, demi-frère et beau-père, au Luxembourg. L'enfant mineure devrait également abandonner son nouveau cercle d'amis qu'elle s'est construit depuis une année.

Contrairement aux conclusions du représentant du Ministère public, le déplacement au Luxembourg aurait été planifié et accepté par l'enfant, ce qui ne serait pas le cas du retour en (XXX).

La mère relève encore qu'elle bénéficie du droit de garde à l'égard de l'enfant et que le père n'est titulaire que d'un droit de visite et d'hébergement, de sorte que, dans la mesure où elle ne compte pas retourner avec l'enfant en (XXX), il n'y aurait personne pour s'en occuper. La relation entre le père et la fille ne serait pas très intense, étant donné que l'enfant n'a pas vécu de manière permanente auprès du père en (XXX) et qu'il ne s'est, dans le passé, pas déplacé au Luxembourg pour exercer son droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant mineure. Contrairement à ses affirmations transmises au Ministère public, le père disposerait de moyens financiers pour assurer son déplacement au Luxembourg et il aurait entretenu un contact téléphonique avec celle-ci, même si c'est à l'initiative de l'enfant et non pas à sa propre initiative.

L'intimée en conclut à la conformation de l'ordonnance entreprise. A titre subsidiaire, elle demande à la Cour de dire, sur base de l'article 20 du Règlement n° 2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003 (ci-après le Règlement Bruxelles II *bis*), que le père devra exercer son droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commun au Luxembourg en attendant que les juridictions (xxx)s aient définitivement fixé les droits parentaux à l'égard de l'enfant mineure. En dernier ordre de subsidiarité, A) demande à la Cour de n'ordonner le retour de l'enfant en (XXX) qu'à la fin de l'année scolaire en juillet 2020.

Appréciation de la Cour :

Les parties s'accordent qu'aucune décision au fond suite à la voie de recours exercée par B) contre la décision du 10 janvier 2019, dans le cadre duquel celui-ci demande l'attribution du droit de garde à l'égard de l'enfant commun, n'est actuellement intervenue. Suivant les informations fournies par les

parties, les débats qui avaient été fixés au 13 avril 2020 ont été renvoyés au 6 juillet 2020. La situation de l'enfant décrite dans l'arrêt du 1er avril 2020, à laquelle il est renvoyé, reste donc toujours la même au regard des dispositions de la Convention de La Haye.

En vertu de l'article 13, alinéa 1er, point b) de cette Convention, le retour de l'enfant peut être refusé si le défendeur au retour, en l'espèce A), établit l'existence d'un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable.

Cette disposition introduit au sein du mécanisme de retour immédiat une prise en considération du fond de l'affaire. Son existence se justifie par le souhait de contrecarrer l'automaticité du retour, laquelle pourrait se révéler préjudiciable à l'enfant, dans certaines situations extrêmes. Conformément aux conclusions du Ministère public et à la jurisprudence luxembourgeoise citée du 3 mai 2006 (numéro 30793 du rôle), l'appréciation de ce qui constitue un risque grave de danger pour l'enfant ou de situation intolérable doit se faire strictement, au risque de priver le mécanisme de retour immédiat de son efficacité et, par conséquent, de couvrir a posteriori le déplacement illicite d'enfants que précisément la Convention de la Haye a pour objectif de combattre (JCl Droit international, Fasc. 549-30, Enlèvement international d'enfants, La Convention de La Haye du 25 octobre 1980, Droit général de l'enlèvement international d'enfants, Date fasc. 19 juillet 2019, par E. Gallant, n° 85 et ss.).

En l'espèce, la partie intimée n'invoque pas de danger résultant des conditions de vie de l'enfant en (XXX), ni du comportement du père à l'égard de celle-ci, mais elle fait valoir que le retour en (XXX) de l'enfant priverait celle-ci de la relation privilégiée qu'elle entretient avec sa mère, ainsi que de l'entourage social qu'elle s'est édifié depuis qu'elle est à Luxembourg et qu'il constituerait donc un nouveau changement intolérable pour l'enfant.

La jurisprudence française qui avait, dans un premier temps, accueilli de manière favorable les arguments tirés du jeune âge de l'enfant géographiquement déplacé, ainsi que de son intégration dans son nouveau pays de résidence, n'admet actuellement ces arguments que difficilement et cette solution est approuvée en doctrine au motif qu'elle évite la dérive d'inverser le mécanisme de la convention de La Haye en refusant systématiquement le retour de l'enfant sur des motifs d'âge ou d'intégration de l'enfant. Il ne faut, en effet, pas oublier que l'objectif de la convention est de faire cesser une voie de fait et non de prendre parti sur le fond de l'autorité parentale (op. cit.). La Cour entend adopter cette même analyse conforme à l'esprit de la Convention.

Contrairement aux conclusions de la partie intimée, le retour de l'enfant en (XXX) n'aura, en l'espèce, pas nécessairement pour conséquence de séparer celle-ci de la mère qui a un fort lien avec l'enfant, qui vient de donner naissance à un deuxième enfant non encore scolarisé, qui n'exerce pas d'occupation rémunérée au Luxembourg, qui ne maîtrise aucune des langues officielles y utilisées et qui n'y a fait que suivre son époux pour des raisons professionnelles et familiales propres à celui-ci. Il n'est pas non plus à craindre que l'enfant souffre de difficultés de réadaptation dans son pays d'origine, où elle a été élevée pendant plus de huit ans, où elle a commencé sa scolarité, dont elle parle la langue et où sont domiciliés son père et ses grands-parents tant maternels que paternels, ainsi que ses cousins.

Il s'ajoute qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de garder des contacts avec ses deux parents et que A) qui est à l'origine de l'éloignement de l'enfant du territoire (xxx), depuis le 15 avril 2019 et en violation de la décision du 6 novembre 2017 actuellement toujours en vigueur entre les parents, n'a plus présenté l'enfant au père aux fins que celui-ci puisse exercer son droit de visite et d'hébergement, faisant à chaque fois valoir des raisons qui ne concernent pas l'enfant mineure, capable de voyager accompagnée d'une autre personne que de la mère, respectivement d'un tiers. C'est donc à tort qu'elle reproche au père de ne pas s'être présenté au Luxembourg aux fins d'exercer son droit de visite et d'hébergement.

Au vu de tous ces éléments, A) n'établit pas l'existence d'un risque grave que le seul retour de l'enfant en (XXX) n'expose celle-ci à un danger physique ou psychique, respectivement la place dans une situation intolérable.

En vertu de l'article 13, alinéa 2 de la Convention de La Haye, l'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Aucun âge seuil n'est fixé par la Convention pour savoir quels sont les enfants dont l'opinion peut être prise en compte, mais son économie postule indéniablement en faveur des « *grands* » enfants. L'âge et la maturité sont en effet des éléments que le juge devra prendre en compte pour déterminer si l'opinion exprimée par l'enfant est vraiment la sienne, et non celle du parent chez qui il vit à ce jour et qui l'influence très certainement (op.cit., n° 96).

L'opposition manifestée par les enfants au retour dans son État de résidence habituelle ne constitue en aucun cas une cause de refus automatique. Le juge, au contraire, a la possibilité de tenir compte de cette opposition dans le cadre de son appréciation de la situation de l'enfant déplacé illicitement. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que la Convention de La Haye ne confère pas à l'enfant déplacé la liberté de choisir l'endroit où il veut vivre et, si le point de vue des enfants doit être pris en compte par les juridictions nationales, leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour. L'appréciation de la question de savoir si l'opposition de l'enfant peut ou non justifier le refus du retour relève des autorités nationales qui jouissent en ce domaine d'une certaine latitude (op. cit., n°95).

En l'espèce, l'enfant mineure qui est actuellement âgée de neuf ans, a exprimé devant l'avocat désigné pour la représenter dans le cadre de la présente procédure son refus de retourner vivre en (XXX). Elle justifie ce refus par l'unique volonté de rester vivre auprès de sa mère et de la nouvelle famille que celle-ci a fondée. Ce refus de l'enfant est clairement conditionné par la forte volonté de la mère de rester au Luxembourg et non par des considérations tenant à son propre bien-être. L'avocat de l'enfant a décrit la situation de l'enfant de manière pertinente en concluant que l'enfant mineure s'est vue imposer une situation qu'elle n'a pas demandée, mais avec laquelle elle essaye de composer, avec toutes les difficultés que cette situation comporte pour elle, notamment au niveau des efforts d'intégration sociale, de l'apprentissage des langues et finalement de la séparation de son père biologique qui n'intervient pas dans le discours de la mère qui fait

assumer les responsabilités de père à l'égard de l'enfant mineure par son époux.

Au vu de ces éléments, l'enfant qui exclut complétement la relation tendue entre ses parents de son discours et qui se trouve sous une très importante influence de sa mère, notamment eu égard au fait qu'elle assimile entièrement l'idée de retour en (XXX) à celle de séparation de sa mère, ce qui n'est pas objectivement le cas, ne peut pas être considérée comme disposant du discernement nécessaire pour pouvoir s'exprimer au sujet de son propre intérêt détaché de celui de sa mère.

Il n'y a partant pas lieu de refuser le retour de l'enfant mineure dans son Etat de résidence d'origine sur base de la seule volonté de l'enfant.

A) invoque encore les dispositions de l'article 11, point 4 du Règlement Bruxelles II *bis* prévoyant qu'une juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, alinéa 1er, point b) de la Convention de La Haye s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour.

Or, comme il a été exposé en relation avec l'article 13, alinéa 1er, point b) de la Convention de La Haye, la preuve de l'existence d'un danger réel pour l'enfant n'est pas rapportée, de sorte qu'il ne saurait y avoir refus du retour de l'enfant sur cette base.

Finalement, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme citée par la partie intimée (Affaire C-497/10 du 22 décembre 2010) se rapportant à la compétence des juridictions pour connaître du fond d'une demande relative à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, n'est pas pertinente pour la solution à apporter au présent litige.

Il découle de ces développements que, par réformation de l'ordonnance entreprise, la demande du Ministère public est à déclarer fondée et qu'il convient d'ordonner le retour de l'enfant mineure en République de (XXX).

Dans cette hypothèse, A) demande à la Cour de retarder le retour de l'enfant jusqu'au jour où les juridictions (xxx)s se seront prononcées au fond.

Or, dans la mesure où cette date est inconnue et où l'enfant se trouve dans une situation de non retour illicite au regard de la Convention de La Haye, il n'y a pas lieu de faire perdurer cette situation, l'écoulement du temps ne rendant que plus difficile le retour pour l'enfant. Dans l'intérêt de cette dernière, il convient de fixer la date limite du retour au 16 juillet 2020 aux fins de lui permettre de terminer l'année scolaire et de préparer son départ dans les meilleures conditions.

Eu égard à cette décision, il n'y a pas lieu de prendre encore des mesures provisoires à l'égard de la mineure.

Au vu de l'issue du litige, la demande de A) en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée et l'intimée doit supporter les frais et dépens de l'instance.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant comme en matière de référé, sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, statuant contradictoirement,

statuant en continuation de l'arrêt du 1er avril 2020,

dit l'appel fondé,

réformant,

ordonne le retour immédiat de l'enfant mineure, née le (...), en République de (XXX), au plus tard pour le 16 juillet 2020,

dit non fondée la demande de A) en allocation d'une indemnité de procédure,

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

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

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.