Arrêt N° 187/20 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-deux juillet deux mille vingt

Numéro CAL-2020-00490 du rôle

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

E n t r e :

MÈRE, née le (…), demeurant à F-(…),

requérante aux termes d'une requête en rectification du certificat prévu à l'article 42 du règlement Bruxelles II bis déposée au greffe de la Cour d'appel le 22 juin 2020,

représentée par Maître Catherine ZELTNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistée de Maître Richard SEDILLOT, avocat au Barreau de Rouen,

e t :

PÈRE, né le (…), demeurant à L-(…),

défendeur aux fins de la prédite requête,

représenté par Maître Ferdinand BURG en remplacement de Maître Anne-Marie VOGEL, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de :

Maître Anne ROTH-JANVIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les intérêts de l'enfant mineur ENF 1, né le (…),

et **du Ministère Public,** partie jointe.

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

Par requête déposée le 22 juin 2020 au greffe de la Cour d'appel, MÈRE demande à voir procéder à la rectification du certificat prévu par l'article 42 du Règlement Bruxelles II bis émis en date du 26 juillet 2019 pour qu'il y soit indiqué que l'enfant ENF 1 n'a pas eu la possibilité d'être dûment entendu, n'ayant pas eu la possibilité d'être entendu à une date rapprochée du rapport oral de son avocat, Me Roth-Janvier, le dernier entretien de l'enfant avec son avocat remontant au 11 septembre 2017, soit 21 mois avant l'audience de la Cour tenue en date du 19 juin 2019.

A l'appui de sa requête, MÈRE expose que suivant jugements des 12 mai 2016 et 29 novembre 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé le divorce entre elle-même et PÈRE et a confié la garde de l'enfant commun mineur ENF 1 à son père et un droit de visite et d'hébergement à la mère, que suite à l'installation de la requérante avec ENF 1 en France en été 2018, un arrêt du 10 juillet 2019 a confirmé le jugement du 29 novembre 2018 et a ordonné le retour de l'enfant de la France au Luxembourg, de sorte que le certificat visé à l'article 42 du Règlement Bruxelles II bis a été émis, qui précise au point 11 à la rubrique : *« Les enfants ont eu la possibilité d'être entendus, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à leur âge ou leur degré de maturité : Oui, par l'intermédiaire de Maître Anne ROTH-JANVIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les intérêts de l'enfant mineur ENF 1* ».

La requérante estime que la Cour aurait dû considérer que l'enfant n'a pas été dûment entendu, conformément aux dispositions de l'article 42.2 du Règlement Bruxelles II bis, fut-ce par l'intermédiaire de son avocat, puisque celle-ci ne l'avait pas rencontré à une date rapprochée de l'audience à l'occasion de laquelle il devait être statué sur son sort, que le dernier entretien entre Me Roth-Janvier et ENF 1 était beaucoup trop ancien pour permettre de rapporter en pleine et bonne connaissance de cause la parole de l'enfant, respectivement de rendre compte de son intérêt réel à la date de son rapport oral devant la Cour le 19 juin 2019.

PÈRE soulève l'irrecevabilité de la demande de MÈRE pour défaut d'intérêt à agir, l'enfant ENF 1 étant revenu le 5 septembre 2019 auprès de son père. La présente demande et le présent arrêt ne changeraient rien à la situation, sauf si la mère tentait un nouvel enlèvement de l'enfant.

PÈRE se réfère au considérant n° 24 du Règlement Bruxelles II bis disant que le certificat délivré aux fins de faciliter l'exécution de la décision ne devrait être susceptible d'aucun recours, ne devrait donner lieu à une action en rectification qu'en cas d'erreur matérielle, c'est-à-dire si le certificat ne reflète pas correctement le contenu de la décision. Il en conclut qu'une rectification du certificat n'est possible qu'en cas d'erreur matérielle, s'il s'agit d'une faute de plume et qu'en l'occurrence, la demande de MÈRE détourne la demande de son but pour aboutir à une modification au fond.

En ordre très subsidiaire, le mandataire d'PÈRE se réfère au point 11 du certificat relatif à la possibilité des enfants d'être entendus et en déduit qu'il appartient à la juridiction saisie de mettre à la disposition de l'enfant les moyens procéduraux pour être entendu. PÈRE estime qu'en l'occurrence cette possibilité a été respectée, mais que ENF 1 n'était pas au Luxembourg, ce que son représentant a expliqué lors de son rapport.

PÈRE présente une demande reconventionnelle sur base de l'article 6-1 du Code civil, la présente procédure n'ayant pas de sens, elle constituerait un acte abusif, voire obsessionnel et il évalue son préjudice à 5.000 euros.

PÈRE réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Maître Anne Roth-Janvier se rapporte à la sagesse de la Cour. Si la demande est recevable, elle conteste que les prescriptions légales n'aient pas été respectées et qu'elle n'ait pas informé la Cour de ce qu'elle n'avait pas pu voir l'enfant depuis le mois de juillet 2018 suite à son déplacement en France.

MÈRE réplique qu'elle a un intérêt à revenir sur le caractère exécutoire de l'arrêt du 10 juillet 2018, dont l'exécution vaut *ad eternum*.

Le représentant du ministère public constate que la guerre entre les parents de ENF 1 continue. Il se réfère aux textes applicables, notamment aux articles 11, paragraphe 8, et 42 du Règlement Bruxelles II bis et il en conclut que seule une rectification en cas d'erreur matérielle a été prévue et ce conformément au droit et à la procédure nationale du juge saisi.

Le ministère public estime que la demande est recevable en la forme et que la partie requérante a également intérêt à agir, étant donné que tout justiciable a intérêt que les décisions qui le concernent soient régulières.

Il soutient que, conformément à la jurisprudence applicable en matière de rectification d'erreur matérielle, il ne s'agit pas d'un recours permettant de mettre en cause l'autorité de la chose jugée, qu'en l'occurrence l'avocat de l'enfant a été entendu en son rapport oral à l'audience et que ce dernier n'est pas seulement le porte-parole de l'enfant, qu'il prend encore position quant à l'intérêt supérieur de l'enfant et que l'audition de l'enfant se fait en conformité à l'article 388-1 du Code civil qui prévoit que le mineur peut être entendu par le juge ou lorsque son intérêt le commande par une personne désignée à cet effet.

Il en conclut qu'en l'espèce il n'y a pas eu d'erreur matérielle et que partant la requête n'est pas fondée. Il soutient encore qu'il n'y a pas de recours sur le fond portant sur la manière dont l'avocat de l'enfant a fait son travail, que le problème était connu lors des plaidoiries, que depuis plus d'un an, la mère avait enlevé l'enfant en partant à l'étranger, qu'elle savait que l'enfant âgé de moins de six ans n'avait pas vu son avocat, étant donné qu'elle avait coupé tout contact avec le père et l'avocat de l'enfant et que la mère n'a pas soulevé ce problème devant la Cour.

Appréciation de la Cour

- *Intérêt à agir*

L'intérêt à agir est défini comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action peut procurer au plaideur. Cet intérêt existe lorsque le résultat de la demande est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur. Il suffit que le demandeur affirme que tel est le cas. L'existence du droit ou de la lésion invoquée influe non pas sur la recevabilité de la

demande, mais sur son bien-fondé. L'existence réelle du droit invoqué n'est pas appréciée au stade de la recevabilité de la demande.

En l'occurrence, la partie requérante, en demandant d'indiquer dans le certificat que l'enfant ENF 1 n'a pas eu la possibilité d'être dûment entendu, espère enlever à l'arrêt du 10 juillet 2019 sa force exécutoire en France et rendre inapplicable l'article 11, paragraphe 8, du Règlement Bruxelles II bis, de sorte que l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 20 février 2019, disant qu'il n'y a pas lieu d'ordonner le retour de ENF 1 au domicile de son père, pourrait reprendre sa force exécutoire en France.

Il y a partant lieu de dire que MÈRE a intérêt à agir et sa requête est à déclarer recevable.

- *Bien-fondé de la requête*

Les textes applicables au présent litige sont: l'article 11 paragraphe 8 du Règlement Bruxelles II bis qui prévoit que : « *Nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant »* l'article 42 intitulé « Retour de l'enfant » disant que*: « 1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine conformément au paragraphe 2.Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire.2. Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si : a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité… Le juge d'origine délivre de sa propre initiative ledit certificat, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe IV (certificat concernant le retour de l'enfant). Le certificat est rempli dans la langue de la décision,* et l'article 43 du règlement intitulé « Action en rectification » disant que *« 1. Le droit de l'État membre d'origine est applicable à toute rectification du certificat. 2. La délivrance d'un certificat au titre de l'article 41, paragraphe 1, ou de l'article 42, paragraphe 1, n'est par ailleurs susceptible d'aucun recours* ».

Ainsi si le juge a commis une erreur en remplissant le certificat et que ce dernier ne reflète pas correctement la décision, la personne protégée tout comme la personne à l'origine du risque encouru peuvent introduire une action en rectification devant cette juridiction. Le droit interne de l'État membre d'origine s'appliquera dans ce cas, à savoir la procédure de rectification des erreurs matérielles.

La rectification d'une erreur matérielle n'est concevable qu'en présence d'une erreur purement matérielle, notion à interpréter *stricto sensu*, excluant toute inexactitude qui aurait à son origine un raisonnement du juge. La rectification d'une erreur matérielle ne doit ainsi pas remettre en question le

fond de la certification elle-même. Une requête en rectification ne peut par conséquent être favorablement accueillie que s'il n'existe aucune difficulté sur le sens et la portée du certificat.

En l'occurrence, il résulte de l'arrêt du 10 juillet 2019 que l'avocat de l'enfant a été entendu à l'audience en son rapport oral.

Conformément au développement du ministère public, si en vertu de l'article 388-1 du Code civil, les juridictions ont la possibilité, voire même l'obligation, si le mineur capable de discernement le demande, d'entendre l'enfant lui-même, cette "*audition de l'enfant*" peut également être faite par des tiers et, notamment, par des professionnels en la matière. C'est dans cet ordre d'idées qu'également un avocat peut être désigné pour entendre l'enfant et fournir par la suite des informations au juge.

Maître Anne Roth-Janvier a été nommée suivant ordonnance du juge de la jeunesse en date du 7 février 2017 pour défendre les intérêts de l'enfant ENF 1.

La partie requérante ne conteste pas que l'avocat de l'enfant a été entendu par la Cour, mais elle critique que l'avocat de ENF 1 n'avait pas vu, ni entendu l'enfant depuis 21 mois.

En notant sous la rubrique 11 demandant si « *Les enfants ont eu la possibilité d'être entendus, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à leur âge ou leur degré de maturité* », que « *Oui, par l'intermédiaire de Maître Anne Roth-Janvier, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les intérêts de l'enfant mineur ENF 1* », le certificat reflète correctement le contenu de l'arrêt du 10 juillet 2019, aucune erreur matérielle n'est à retenir à ce titre.

La demande en rectification est partant à déclarer non fondée.

- Procédure abusive et vexatoire

L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Il convient, en effet, de sanctionner, non pas le fait d'avoir exercé à tort une action en justice ou d'y avoir résisté injustement, puisque l'exercice d'une action en justice est libre, mais uniquement le fait d'avoir abusé de son droit en commettant une faute indépendante du seul exercice de celle-ci.

La preuve d'un tel comportement dans le chef de la requérante n'est pas rapportée par PÈRE qui se borne à demander le rejet de la demande en invoquant le défaut d'utilité pratique, non donné en l'espèce.

- Indemnité de procédure

Cette demande d'PÈRE est fondée pour le montant de 1.000 euros, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais occasionnés pour se défendre contre une requête non fondée.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère public entendu en ses conclusions,

reçoit la requête en rectification,

la dit non fondée,

dit non fondée la demande basée sur l'article 6-1 du Code civil,

condamne MÈRE à payer à PÈRE une indemnité de procédure de 1.000 euros,

condamne MÈRE 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,
Simone FLAMMANG, premier avocat général,
Brigitte COLLING, greffier.