N° 32 / 10.
du 6.5.2010.

Numéro 2721 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, six mai deux mille dix.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marie-Jeanne HAVÉ, conseillère à la Cour de cassation,
Charles NEU, premier conseiller à la Cour d'appel,
Ria LUTZ, conseillère à la Cour d'appel,
Jeanne GUILLAUME, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

A.)

demandeur en cassation,

comparant initialement par Maître Sylvie KREICHER, avocat à la Cour, et actuellement par Maître Steve COLLART, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

B.)

défenderesse en cassation,

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

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général Christiane BISENIUS ;

Vu l'arrêt-référé rendu le 21 janvier 2009, sous le numéro du rôle 33866, par la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié par A.) à B.);

Vu le mémoire en réponse signifié le 15 juillet 2009 par B.) à A.), déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 17 juillet 2009 ;

Vu le mémoire en réplique signifié le 15 février 2010 par A.) à B.), déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 19 février 2010 ;

Sur la recevabilité du pourvoi :

Attendu que la défenderesse en cassation soulève l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le demandeur n'a pas déposé au greffe de la Cour supérieure de justice la copie signifiée sinon une expédition de la décision de première instance au regard du fait que les juges d'appel ont, du moins partiellement, procédé par adoption des motifs du premier juge en se référant notamment aux constatations que ce dernier a pu faire lors de la comparution personnelle des parties ;

Mais attendu qu'il résulte de la lecture de l'arrêt attaqué que les juges d'appel ne se sont pas seulement référés aux motifs du juge de première instance ; qu'ils les ont repris et les ont approfondis par des motifs propres qui suffisent à justifier le dispositif attaqué ;

que le demandeur en cassation n'était partant pas obligé de produire une copie signifiée sinon une expédition de l'ordonnance rendue en première instance ;

Attendu que la défenderesse en cassation oppose ensuite l'irrecevabilité du pourvoi pour défaut d'intérêt à agir dans le chef du demandeur en cassation, la décision attaquée ayant été rendue « conformément à ses conclusions » ;

Mais attendu que le défaut de grief soulevé affecte tout au plus la recevabilité des premier et deuxième moyens, mais non la recevabilité du pourvoi ;

Attendu que la défenderesse oppose enfin l'irrecevabilité du pourvoi, les moyens invoqués à son appui étant respectivement imprécis, nouveaux ou inopérants ;

Mais attendu que l'imprécision, la nouveauté ou encore l'inefficacité des moyens n'affectent pas la régularité du pourvoi, mais tout au plus la recevabilité des moyens formulés ;

Attendu qu'il suit des considérations qui précèdent que le pourvoi est recevable ;

Sur la substance du pourvoi :

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :

le premier, tiré *« de la violation de la loi, par violation et refus d'application des articles 1er, 2, 3, 4, 11, 18 et 29 de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye, le 25 octobre 1980 et de l'article 2, 11) du Règlement (CE) N°2201/003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000,*

en ce que l'arrêt attaqué dit dans ses motifs que << comme la décision sur l'attribution provisoire de la garde des enfants est à confirmer, il est superfétatoire de statuer sur la demande de la partie A.) visant à ordonner le retour forcé des enfants en application des règles en matière d'enlèvement d'enfants >> et dit dans son dispositif << n'y avoir lieu de statuer sur la demande de A.) visant à voir ordonner le retour forcé des enfants préqualifiés >> ;

alors que la demande de retour immédiat des enfants, basée sur la Convention et le Règlement, d'une part, et la demande d'attribution provisoire de la garde des enfants, d'autre part, tendent à assurer des objets essentiellement différents et tablent pareillement sur des fondements essentiellement différents :

L'article 1er de la Convention précise qu'elle a pour objet

<< a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;
b) de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant >>.

Le préambule de la Convention souligne un de ses fondements en précisant que les Etats signataires de ce même texte

<< désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat

de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite >>, sont convenus des dispositions de cette Convention.

<< Le Règlement vise à dissuader les enlèvements d'enfants entre Etats membres et, si malgré tout ils surviennent, à assurer le retour rapide de l'enfant dans son Etat membre d'origine. Pour les besoins de ce Règlement, l'enlèvement d'enfants couvre à la fois le déplacement illicite et la rétention (article 2 11) >>.

La demande d'attribution provisoire de la garde d'un enfant, par contre, a pour objet la reconnaissance de droits et d'obligations portant sur les soins de la personne de cet enfant et invoque comme fondement de cette reconnaissance les meilleures dispositions et conditions, dans le chef du parent demandeur, de nature à assurer au mieux l'intérêt de l'enfant.

Compte tenu de ces différences d'objet et de fondement, le refus de l'arrêt de référé attaqué de statuer sur la demande de retour immédiat des enfants constitue une violation des articles précités au moyen, par refus de leur application » ;

le deuxième, tiré *« de la violation de la loi par violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme,*

en ce que l'arrêt attaqué dit dans ses motifs que << comme la décision sur l'attribution provisoire de la garde des enfants est à confirmer, il est superfétatoire de statuer sur la demande de la partie A.) visant à ordonner le retour forcé des enfants en application des règles en matière d'enlèvement d'enfant >> et dit dans son dispositif << n'y avoir lieu de statuer sur la demande de A.) visant à voir ordonner le retour forcé des enfants préqualifiés >>,

alors qu'en refusant de statuer sur la demande de retour rapide des enfants, c'est-à-dire en refusant de se prononcer sur la question de savoir si les conditions prévues par la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye, le 25 octobre 1980 et le Règlement (CE) N°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, pour un retour immédiat des enfants, sont remplies ou non, l'arrêt attaqué prive les enfants et leur père, victimes d'un déplacement et d'un non-retour d'enfants allégués d'illicites, de leur droit que leur cause soit entendue équitablement par un tribunal et viole de ce fait l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme » ;

Mais attendu que la lecture de l'arrêt fait apparaître que « sur question spéciale », A.) a précisé former la demande de retour immédiat des enfants en application des règles sur l'enlèvement d'enfants du règlement (CE) dit règlement de Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 « pour le cas où la garde des enfants lui serait attribuée » ;

que la garde provisoire ne lui ayant pas été attribuée, la Cour d'appel n'était pas saisie de la demande, formulée en ordre subsidiaire ;

que les moyens, tels que formulés sont dès lors nouveaux ; que mélangés de fait et de droit, ils ne sauraient être accueillis ;

Attendu que la réponse au moyen rend superflue la demande en renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union Européenne ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de la loi par violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la violation de l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des Droits de l'Homme,*

en ce que l'arrêt attaqué, après avoir estimé que les deux parents << paraissent aptes à assumer l'entretien et l'éducation des enfants Louis et Jeanne >> et que les deux parents << travaillent actuellement à plein temps dans le secteur public comme médecins, ont la même disponibilité pour garder les enfants >>, dit le << troisième critère d'appréciation à appliquer en l'espèce pour déterminer le plus grand avantage des enfants consiste dans le principe suivant, à savoir que, sauf circonstances spéciales, l'enfant en bas âge ne doit pas être séparé de sa mère >>, et que l'arrêt attribue donc la garde provisoire, en France, à B.), en raison de sa condition de femme qui ferait qu'elle serait la mieux placée à cet effet, sauf << circonstances spéciales >>,

alors qu'en décidant ainsi – sans tenir compte, par ailleurs, de toutes les circonstances spéciales et déterminantes existantes en l'espèce – et en attribuant la garde provisoire des enfants, en France, à B.), sur le fondement qu'elle est femme et qu'elle serait de ce seul fait la mieux placée pour s'occuper en l'espèce des deux enfants en bas âge, sans ce seul fait la mieux placée pour s'occuper en l'espèce des deux enfants en bas âge, sans asseoir son jugement sur une justification objective et raisonnable tablant, par exemple sur une étude qui existerait quant à cette question, l'arrêt de la Cour d'appel implique une différence de traitement discriminatoire à l'égard du père et viole les textes visés par le moyen » ;

Mais attendu que le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt d'appel ;

que les juges du fond, admettant que les deux parents étaient aptes à assumer l'entretien et l'éducation des enfants mineurs communs et disponibles pour ce faire, n'ont pas attribué la garde provisoire à B.) « sur le fondement qu'elle est femme » mais en considération de l'intérêt des enfants dont (…), âgée seulement d'une dizaine de mois, « naturellement attachée à sa mère », qui a été la « personne de référence » des deux

enfants tout au long des journées et qu'il n'était pas question de les séparer ;

que le moyen manque dès lors en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de la loi par violation de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, approuvée par le Luxembourg le 20 décembre 193, disposant que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale,*

en ce que l'arrêt, par confirmation de l'ordonnance de référé, autorise B.) à résider à Fontainebleau et à continuer à y retenir avec elle les enfants communs (...) et (...), et consacre ainsi son choix de vie de quitter Hesperange pour Fontainebleau,

alors qu'en se déterminant ainsi, en fonction et en considération de ce choix de vie de la mère, sans rechercher quel est l'intérêt supérieur des enfants de continuer à vivre et à être scolarisés à Hesperange, lieu de leur résidence habituelle depuis leur naissance jusqu'à leur déplacement et rétention à Fontainebleau par leur mère, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé » ;

Mais attendu que sous le couvert du grief de violation des textes de loi visés au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond de l'intérêt supérieur des enfants ayant déterminé la Cour d'appel à confier la garde provisoire à B.), cette appréciation échappant au contrôle de la Cour de cassation ;

que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur les indemnités de procédure :

Attendu que A.), étant condamné à l'entièreté des dépens, n'a pas droit à une indemnité de procédure ;

Attendu que B.) n'a pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge tout ou partie des frais non compris dans les dépens ; que sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est dès lors non fondée ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne le demandeur en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Madame Jeanne GUILLAUME, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.