

TEXTE INTÉGRAL

Cassation
ECLI : ECLI:FR:CCASS:2020:C100462
numéros de diffusion : 462

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

CIV. 1

JT

COUR DE CASSATION

Audience publique du 12 juin 2020

Cassation

Mme BATUT, président

Arrêt n° 462 FS-P+B+I

Pourvoi n° X 19-24.108

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, DU 12 JUIN 2020

Mme U... W..., épouse O..., domiciliée [...], a formé le pourvoi n° X 19-24.108 contre l'arrêt rendu le 29 octobre 2019 par la cour d'appel de Colmar (5e chambre civile), dans le litige l'opposant :

1° à M. L... O..., domicilié [...] (Grèce),

2° au procureur général près la cour d'appel de Colmar, domicilié en son parquet général, 9 avenue Poincaré, BP 549, 68027 Colmar cedex,

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de Mme W..., de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de M. O..., et l'avis de Mme Marilly, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 9 juin 2020 où étaient présents Mme Batut, président, Mme Le Cotty, conseiller référendaire rapporteur, Mme Auroy, conseiller doyen, MM. Hascher, Vigneau, Mme Bozzi, M. Acquaviva, Mme Guihal, conseillers, Mmes Mouty-Tardieu, Gargoullaud, Azar, M. Buat-Ménard, Mme Feydeau-Thieffry, conseillers référendaires, M. Sassoust, avocat général, et

Mme Berthomier, greffier de chambre,

la première chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Colmar, 29 octobre 2019), du mariage de Mme W..., de nationalité suisse, et de M. O..., de nationalité grecque, est né E... O... W..., le [...] à Palaio Faliro (Grèce). Le 24 novembre 2018, Mme W..., accompagnée de son mari, a rejoint la France avec l'enfant afin de se reposer chez ses parents. Soutenant qu'elle refusait de rentrer en Grèce avec E... à l'issue de son séjour, comme convenu initialement, M. O... l'a assignée, le 26 juin 2019, devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Strasbourg pour voir ordonner le retour immédiat de l'enfant.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche

Énoncé du moyen

2. Mme W... fait grief à l'arrêt de juger que le non-retour de l'enfant E... est illicite, d'ordonner son retour immédiat en Grèce et de la condamner aux dépens ainsi qu'au paiement de la somme de 5 000 euros au titre des frais visés à l'article 26 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, alors « qu'en se fondant exclusivement sur l'analyse de la situation du nourrisson et de ses parents en Grèce pour juger que « la résidence habituelle de M. O... et Mme W..., et subséquentement celle de E... » (arrêt p. 6 alinéa 4) était établie en Grèce, sans examen de l'intégration de l'enfant et de sa mère dans leur domicile en France, quand il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt CJUE, 8 juin 2017, aff. C-111/17, PPU, OL c/PQ) que lorsqu'un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, dans un État membre différent de celui où réside habituellement le père, il convient de prendre en compte notamment, d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de celle-ci sur le territoire du premier État membre et, d'autre part, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble les articles 2, 11), et 11, paragraphe 1, du règlement (CE) du Conseil n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 2, 11), et 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 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 :

3. Au sens de ces textes, est illicite tout déplacement ou non-retour d'un enfant fait en violation d'un droit de garde exercé effectivement et attribué à une personne par le droit ou le juge de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ou son non-retour.

4. De la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 2 avril 2009, A, C-523/07, arrêt du 22 décembre 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, arrêt du 9 octobre 2014, C, C-376/14 PPU, arrêt du 8 juin 2017, OL, C-111/17 PPU, arrêt du 28 juin 2018, HR, C-512/17) résultent les éléments ci-après.

5. En premier lieu, la résidence habituelle de l'enfant, au sens du règlement n° 2201/2003, correspond au lieu où se situe, dans les faits, le centre de sa vie et il appartient à la juridiction nationale de déterminer où se situe ce centre sur la base d'un faisceau d'éléments de fait concordants (arrêt précité du 28 juin 2018).

6. En deuxième lieu, la résidence habituelle doit être interprétée au regard des objectifs du règlement n° 2201/2003, notamment celui ressortant de son considérant 12, selon lequel les règles de compétence qu'il établit sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et, en particulier, du critère de proximité (arrêts précités du 2 avril 2009, points 34 et 35, du 22 décembre 2010, points 44 à 46, et du 8 juin 2017, point 40).

7. En troisième lieu, lorsque l'enfant est un nourrisson, son environnement est essentiellement familial, déterminé par la personne ou les personnes de référence avec lesquelles il vit, qui le gardent effectivement et prennent soin de lui, et il partage nécessairement l'environnement social et familial de cette personne ou de ces personnes. En conséquence, lorsque, comme dans la présente

espèce, un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, dans un État membre différent de celui où réside habituellement le père, il convient de prendre en compte notamment, d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de celle-ci sur le territoire du premier État membre, d'autre part, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre (arrêt précité du 8 juin 2017, point 45).

8. En quatrième lieu, lorsque dans les mêmes circonstances, un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, l'intention initialement exprimée par les parents quant au retour de celle-ci accompagnée de l'enfant dans un autre État membre, qui était celui de leur résidence habituelle avant la naissance de l'enfant, ne saurait être à elle seule décisive pour déterminer la résidence habituelle de l'enfant, au sens du règlement n° 2201/2003, cette intention ne constituant qu'un indice de nature à compléter un faisceau d'autres éléments concordants. Cette intention initiale ne saurait être la considération prépondérante, en application d'une règle générale et abstraite selon laquelle la résidence habituelle d'un nourrisson serait nécessairement celle de ses parents (même arrêt, points 47 et 50). De même, le consentement ou l'absence de consentement du père, dans l'exercice de son droit de garde, à ce que l'enfant s'établisse en un lieu ne saurait être une considération décisive pour déterminer la résidence habituelle de cet enfant, au sens du règlement n° 2201/2003 (même arrêt, point 54).

9. En l'espèce, pour fixer la résidence habituelle de l'enfant en Grèce, l'arrêt retient que, s'agissant d'un nourrisson, il est nécessaire de prendre en considération la résidence du couple et l'intention commune des parents, et qu'en cas de séjours temporaires à l'étranger, un changement de résidence ne peut être pris en considération qu'en cas d'intention ferme, formulée par les deux parents, d'abandonner leur résidence habituelle afin d'en acquérir une nouvelle, peu important le lieu où l'enfant a passé le plus de temps depuis sa naissance. Il relève que M. O... et Mme W... se sont mariés le 30 juillet 2015 en Grèce où ils résident régulièrement depuis quatre ans et où M. O... exerce principalement son activité professionnelle, Mme W... ayant mis fin à son activité professionnelle pour s'installer en Grèce avec son époux. Il constate que E... est de nationalité grecque et est né en Grèce où il a vécu pendant quatre semaines, le logement ayant été aménagé pour sa naissance, qu'il dispose d'un passeport grec, d'une mutuelle et est enregistré auprès de l'assurance maladie grecque. Il relève encore que les deux parents ont indiqué une adresse commune en Grèce lors de l'établissement de l'acte de naissance de leur fils et que la résidence de la famille est enregistrée auprès de la mairie du Pirée. Il en déduit que la résidence habituelle de M. O... et Mme W... et, subséquemment, celle de E... est établie en Grèce et que, si le déplacement de l'enfant en France ne présente aucun caractère illicite, les deux parents étant venus ensemble, d'un commun accord, avec l'enfant sur le territoire national, Mme W... ne pouvait décider de modifier unilatéralement la résidence habituelle de l'enfant sans l'accord du père et s'opposer à son retour.

10. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui incombait, si, au regard du très jeune âge de l'enfant et de la circonstance qu'il était arrivé à l'âge d'un mois en France et y avait séjourné de manière ininterrompue depuis lors avec sa mère, son environnement social et familial et, par suite, le centre de sa vie, ne s'y trouvait pas, nonobstant l'intention initiale des parents quant au retour de la mère, accompagnée de l'enfant, en Grèce après son séjour en France, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du premier moyen et le second moyen, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 octobre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

Condamne M. O... aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du douze juin deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour Mme W...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que le non-retour de l'enfant E... H... O... W... né le [...] à Palaio Faliro

(Grèce) était illicite, ordonné le retour immédiat de E... en Grèce et condamné Mme U... W... aux dépens et à payer à M. O... une somme de 5.000,00 euros au titre des frais visés à l'article 26 de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le caractère illicite du non-retour : En application de l'article 12 alinéa 1 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, le juge de l'Etat où se trouve l'enfant a l'obligation d'ordonner son retour immédiat lorsque l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 ; qu'aux termes de l'article 3 de ladite Convention, le déplacement de l'enfant ou son non-retour est considéré comme illicite : a) lorsqu'il y a eu violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eut été si de tels événements n'étaient survenus ; que l'article 4 de la Convention susvisée dispose que la Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite ; que dès lors, la résidence habituelle doit être interprétée en ce sens qu'elle correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial ; que doivent être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de l'Etat d'origine et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de sa scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit Etat ; que s'agissant d'un nourrisson, il est nécessaire de prendre en compte la résidence du couple et l'intention commune des parents : qu'en cas de séjours temporaires à l'étranger, un changement de résidence ne peut être pris en compte qu'en cas d'intention ferme, formulée par les deux parents, d'abandonner leur résidence habituelle afin d'en acquérir une nouvelle ; qu'il ne s'agit donc pas de déterminer le lieu où l'enfant a passé le plus de temps depuis sa naissance ; qu'en l'espèce, il est établi que M. O... et Mme W... se sont mariés le 30 juillet 2015 en Grèce où ils résident régulièrement depuis quatre ans et où M. O... exerce principalement son activité professionnelle, Mme W... ayant mis fin à son activité professionnelle pour s'installer en Grèce avec son époux ; que E... est de nationalité grecque et est né en Grèce où il a vécu pendant quatre semaines, le logement ayant été aménagé pour sa naissance ; que les deux parents ont indiqué une adresse commune en Grèce lors de l'établissement de l'acte de naissance de leur fils et la résidence de la famille est enregistrée auprès de la mairie du Pirée. E... dispose d'un passeport grec, d'une mutuelle et est enregistré auprès de l'assurance maladie grecque ; que E... était également suivi par un pédiatre grec et le fait qu'il soit désormais suivi par un pédiatre français, suite à la durée du séjour en France, est sans incidence ; que la résidence habituelle de M. O... et Mme W..., et subséquentement celle de E..., en Grèce est dès lors établie, pays qui correspond à l'Etat d'où l'enfant a été déplacé ; qu'en application de l'article 5 de la Convention de La Haye, le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant et en particulier, celui de décider de son lieu de résidence ; que M. O... et Mme W... exercent conjointement l'autorité parentale sur E..., tant en application du droit grec qu'en application du droit français, l'exercice de l'autorité parentale de M. O... sur son fils étant par ailleurs effectif puisque la famille vivait ensemble au domicile conjugal ; que s'il n'est pas discuté que le déplacement de E... en France ne présente aucun caractère illicite, les deux parents étant venus ensemble d'un commun accord avec l'enfant sur le territoire national, se pose le problème du non-retour en Grèce, Mme W... ne pouvant décider de modifier la résidence habituelle de E... à l'étranger sans l'accord de M. O... ; que M. O... souligne que le voyage en France avait pour unique but de permettre à son épouse de se reposer après la naissance de leur fils ; que Mme W... fait valoir quant à elle que le couple avait décidé de s'installer en France avec leur fils et que c'est uniquement M. O... qui a changé d'avis ; que cette affirmation est pourtant en contradiction avec les différents éléments du dossier ; qu'en effet, lors d'une déclaration de main courante du 28 mars 2019, Mme W..., qui évoque le côté menaçant de son époux, précise qu'elle a refusé de retourner en Grèce compte tenu de la pression exercée par son mari et qu'elle a peur d'y retourner ; qu'à aucun moment, Mme W... ne parle d'un déménagement familial en France ; que lors de son audition par la gendarmerie le 30 juin 2019, suite à la demande du tribunal de grande instance de Strasbourg pour enquête dans le cadre d'un possible enlèvement international d'enfant, Mme W... précisait que lors du déplacement en France, elle était venue pour se reposer et était dans l'optique de revenir en Grèce ; que même s'il ressort du procès-verbal d'audition que Mme W... était sous le coup de l'émotion, rien n'explique qu'elle ait parlé d'un séjour en France avec retour en Grèce à l'issue et non, comme elle l'invoque aujourd'hui, d'un déménagement définitif de la famille en France avec son époux ; que dans le cadre de sa requête en divorce en date du 2 mai 2019, Mme W... précise qu'elle est venue sur le territoire français avec son enfant le 24 novembre 2018 pour se ressourcer près de sa famille après de graves déconvenues en Grèce et une grave crise conjugale ; que l'attestation de la belle-mère de Mme W..., épouse de son père, démontre également que le séjour de Mme W... et son fils ne devait être que temporaire ; que l'attestation de Mme T... ne permet aucunement d'établir que M. O... avait accepté en janvier un déménagement, cette dernière ne faisant que retranscrire les propos tenus par Mme W..., étant souligné par ailleurs qu'elle évoque un accord de M. O... en janvier 2019 après discussion avec son épouse, alors que Mme W... affirme que l'arrivée du couple avec le bébé en France avait pour but ce déménagement ; que les témoignages d'amies de Mme W...

indiquant que M. O... avait évoqué une installation en Suisse, ou en France selon les cas, n'établissent pas que ce projet était effectif fin d'année 2018 et que l'arrivée du couple, juste après la naissance de E..., ait eu un tel but alors que rien encore n'était organisé et qu'aucun domicile n'avait été trouvé ; que les pièces produites démontrent d'ailleurs que des recherches d'achat d'un bien immobilier en Suisse, principalement, et en France, accessoirement, existent depuis 2016 sans que le projet n'ait jamais connu de concrétisation ; que les témoignages produits par M. O..., quand bien même il s'agit de relations professionnelles dont aucun élément objectif ne permet de mettre en cause la véracité, établissent que le séjour en France de la famille était temporaire et uniquement pour les fêtes de fin d'année ; que s'agissant du certificat de domicile, force est de constater que, si Mme W... a bien envoyé par message une copie du certificat qu'elle avait obtenu la concernant, elle n'a jamais communiqué celui de son fils et rien ne démontre que M. O... était informé de cette démarche ; que cet élément ne justifie pas plus que la famille entendait s'installer définitivement en France alors que M. O... a toujours affirmé que cette démarche avait uniquement pour but d'acquérir un véhicule immatriculé en France pour des raisons administratives en Grèce, le rapatriement de ce véhicule en Grèce par M. O... en février 2019 n'étant pas contesté ; que l'ensemble de ces éléments démontrent que Mme W... ne peut légitimement soutenir que M. O... avait donné son accord pour un changement définitif de lieu de résidence en France ; que l'ordonnance doit en conséquence être confirmée en ce qu'elle a constaté le caractère illicite du non-retour en Grèce de l'enfant mineur, E... » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE Aux termes de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, le déplacement de l'enfant ou son non retour est considéré comme illicite : a) lorsqu'il y a eu violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eut été si de tels événements n'étaient survenus. La résidence habituelle, doit être interprétée en ce sens que la résidence habituelle correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. Doivent être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de l'État d'origine et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de sa scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État. En l'espèce Monsieur L... O... expose que les époux se sont mariés le 30 juillet 2015 en Grèce, y résident régulièrement depuis 4 ans et qu'il subvient aux besoins de son épouse. Il soutient qu'après la naissance de l'enfant E... en Grèce, les époux se sont accordés pour passer les fêtes de fin d'année dans la famille de Madame U... W... en France à Muespach (68) avec un retour en Grèce quelques semaines plus tard. Il relève que son épouse a d'ailleurs confirmé cet accord dans le cadre de l'enquête de gendarmerie. Il explique qu'il a fait plusieurs aller-retours entre la France et la Grèce pour passer du temps avec l'enfant et son épouse dans la mesure où cette dernière tardait à rentrer avec E... en Grèce tout en gérant ses obligations professionnelles en Grèce. Il indique que ce n'est que le 15 mai 2019 que son épouse lui a indiqué qu'elle ne l'aimait plus, souhaitait divorcer et n'a plus donné de nouvelles. Il soutient que s'agissant d'un nourrisson, il ne s'agit pas, pour déterminer sa résidence habituelle, d'apprécier le lieu où il a le plus passé de temps depuis sa naissance, mais de se référer au lieu de résidence habituelle des parents ainsi que de l'intention commune de ceux-ci de s'établir avec l'enfant dans un autre pays. Il estime ainsi que E... avait incontestablement sa résidence en Grèce, lieu de la célébration du mariage, du domicile conjugal depuis 4 ans et de son exercice professionnel, Madame U... W... ayant quitté son emploi pour venir s'installer définitivement en Grèce. Il conteste fermement que le couple ait eu l'intention de venir s'installer avec l'enfant en France ou en Suisse, précisant que le souhait d'acquérir un bien immobilier en Suisse ne constituait qu'un investissement. Il précise que son épouse a été suivie en Grèce pendant sa grossesse et qu'une nurserie a été installée au domicile conjugal pour E..., que l'adresse du domicile conjugal figure sur l'acte de naissance de l'enfant, que E... dispose d'un passeport grec, et qu'il s'est d'ailleurs opposé à l'établissement d'un passeport suisse pour l'enfant lorsqu'il a constaté son non retour en Grèce. Il précise également que l'enfant était suivi par un pédiatre en Grèce, a une mutuelle santé et est enregistré auprès de l'assurance maladie grecque et que ses affaires personnelles sont demeurées au domicile conjugal. Il relève qu'aucun déménagement effectif des époux n'a eu lieu. Il indique produire de nombreuses attestations démontrant que les époux n'ont jamais eu l'intention de s'installer en France. Il soutient que le certificat de domicile établi par Madame U... W... à Muepach (68) n'avait pour but que de faire immatriculer un véhicule en France afin d'éviter des frais importants en Grèce et qu'il n'avait pas eu connaissance d'un certificat de domicile également établi pour E... Il estime que Madame U... W... l'a mené en bateau pendant 6 mois avant de lui annoncer son intention de ne pas retourner en Grèce avec E... Il soutient que même si Madame U... W... estime que E... est intégré en France, cette intégration est sans incidence dans la mesure où il a déposé une demande de retour moins de 6 mois après que E... ait été déplacé. Il indique par ailleurs que E... est né de son union avec Madame U... W... ce qui démontre que les deux parents exercent l'autorité parentale sur l'enfant ; qu'il produit les procès-verbaux de l'enquête de gendarmerie, la main-courante déposée par son épouse le 28 mars 2019, des photographies des époux et de E... ainsi que des effets personnels de Madame U... W... et de E... demeurés au domicile conjugal, un justificatif de

l'inscription de E... à la sécurité sociale et mutuelle grecque, des photographies de véhicule et carte grise au nom des parents de Madame U... W..., un grand nombre d'attestations démontrant le bonheur du couple et l'attente de Monsieur L... O... du retour de son épouse et de son fils en Grèce ainsi que la fait que les époux aient eu la volonté de passer des vacances de Noël 2018 en France. Madame U... W... relève que E... n'aura passé en Grèce que 4 semaines sur les 9 mois de son existence. Or elle soutient que pour déterminer la résidence habituelle d'un nourrisson pas en âge scolaire, les circonstances entourant la personne de référence avec laquelle il vit et en ont la garde effective en prenant soin de lui au quotidien sont très importantes. Elle soutient que E... a son centre de vie en France à Muespach (68) et certainement pas en Grèce. Elle estime également que le fait qu'elle ait déposé une demande en divorce devant la juridiction de Mulhouse, compétente territorialement au lieu de résidence du parent chez lequel réside l'enfant, démontre que la résidence de E... est en France. Elle soutient de plus qu'il y a eu un accord commun pour que les époux viennent s'installer en France et que c'est Monsieur L... O... qui a unilatéralement rompu cet accord. Elle indique que Monsieur L... O... a été informé de sa demande de certificat de domicile sur la commune de Muepach (68) le 7 janvier 2019 et que ce dernier y a répondu avec des émojis de joie laissant ainsi transparaître son accord. Elle soutient également qu'il ressort des échanges de sms entre les époux que ces derniers cherchaient incontestablement à résider en Suisse et que Monsieur L... O... avait fait des démarches pour l'acquisition d'un bien immobilier en Suisse et acquis un véhicule en France afin de lui permettre de circuler en France avec l'enfant. Elle souligne que son époux est venu au moins à 4 reprises pour venir voir E... et qu'un témoin certifie qu'il avait accepté qu'elle s'installe en France avec l'enfant tout en faisant des allers-retours entre les deux pays pour poursuivre son activité professionnelle. Madame U... W... prétend également qu'elle a peur de son époux et qu'il existait déjà des tensions en Grèce dans le couple. Elle produit le certificat de domicile à Muepach (68) du 7 janvier 2019 et celui de E... du 20 décembre 2018, la convocation à l'audience de tentative de conciliation du 5 septembre 2019, devant la juridiction de Mulhouse et la requête aux fins de divorce, l'enquête de gendarmerie, des annonces immobilières de biens en Suisse, le bon de commande d'un véhicule en France, des photographies de E... en France, un certificat d'un médecin du 1 juillet 2019 ainsi que des attestations et un document d'ouverture de droits auprès de l'assurance maladie française non signé et non complété. Il est constant que E... est de nationalité grecque et est né en Grèce, pays dans lequel ses parents se sont mariés et ont leur résidence habituelle depuis 4 ans et où l'enfant a encore toutes ses affaires et est suivi par un médecin grec. Compte tenu du très jeune âge de E... sa résidence habituelle sera essentiellement déterminée par celle de ses parents et la volonté commune de ses derniers du lieu de sa fixation. Or il est relevé que les époux sont venus en France 4 semaines après la naissance de E... pour les fêtes de fin d'année afin de permettre à Madame U... W... de se reposer. Si Madame U... W... prétend que les époux avaient convenu de venir s'installer en France, il sera observé qu'elle a pourtant indiqué aux services de gendarmerie dans le cadre de l'enquête pour déplacement illicite d'enfant qu'elle était bien venue se reposer en France et était dans l'optique de repartir en Grèce. Elle produit également une attestation de sa mère qui confirme cette situation en précisant même que Madame U... W... a décidé de ne pas repartir en Grèce par craintes de son époux. Monsieur L... O... produit plusieurs témoignages démontrant que les époux sont partis en France pour les fêtes de fin d'année dont un d'une personne qui a accompagné le couple à l'aéroport au moment de leur départ. Il est ainsi démontré que si Monsieur L... O... a donné son consentement au déplacement de E... ce n'est que dans le cadre de vacances et non d'une installation en France. Peu importe que Madame U... W... ait ensuite sollicité un certificat de domicile en France ou déposé une demande de divorce devant la juridiction française territorialement compétente au lieu de résidence de l'enfant, il s'agit d'une situation choisie par l'épouse seule. Il convient également de souligner que Monsieur L... O... ne parle pas français et exerce une activité professionnelle en Grèce ce qui conforte ses déclarations aux termes desquelles il n'a jamais eu l'intention d'une installation de la famille en France. De même Madame U... W... a à plusieurs reprise indiqué qu'elle a peur de son époux qu'elle considère comme agressif et que des tensions existaient déjà en Grèce avant son départ, tensions exacerbées en raison d'un litige au sujet du choix du nom de l'enfant nonobstant le fait qu'elle ait déposé une demande en divorce en France, ce qui laisse supposer que Madame U... W... a pu profiter d'un séjour de vacances en France avec E... avec l'accord du père pour refuser ensuite le retour de E... en Grèce. Dans ces conditions il ne peut être soutenu comme le prétend Madame U... W... que Monsieur L... O... aurait violé unilatéralement l'accord des époux de venir s'installer en France. Il appartient à Madame U... W... de permettre le retour de E... en Grèce, pays de sa résidence et de saisir le cas échéant les juridictions grecques pour fixer les modalités relatives à E... en cas de séparation. Il résulte des éléments du dossier que la résidence habituelle de l'enfant se situe bien dans l'État d'où l'enfant a été déplacé. Il résulte de l'article 5 de la Convention que le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant et en particulier celui de décider de son lieu de résidence. Le droit applicable au droit de garde, produit aux débats, est le droit du pays de la résidence habituelle. Il résulte de ce droit que la filiation est établie entre Monsieur L... O... et l'enfant E... et que Monsieur L... O... jouit d'un droit de garde qui en droit français s'apparente à l'exercice de l'autorité parentale. Dès lors que Madame U... W... et Monsieur L... O... disposent de l'exercice conjoint du droit de garde sur l'enfant mineur,

Madame U... W... ne pouvait décider de modifier la résidence habituelle de E... à l'étranger sans l'accord de l'autre parent titulaire du droit de garde. Il convient donc de constater le caractère illicite du non retour en Grèce de l'enfant mineur E... » ;

ALORS, D'UNE PART, QU'est illicite tout déplacement d'un enfant fait en violation d'un droit de garde exercé effectivement et attribué à une personne par le droit ou le juge de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ; qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt CJUE, 8 juin 2017, aff. C-111/17, PPU, OL c/ PQ) que lorsqu'un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, dans un État membre différent de celui où réside habituellement le père, il convient de prendre en compte notamment, d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de celle-ci sur le territoire du premier État membre et, d'autre part, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre ; qu'en retenant, pour juger que la résidence habituelle de l'enfant E... devait être fixée en Grèce, que « s'agissant d'un nourrisson, il est nécessaire de prendre en compte la résidence du couple et l'intention commune des parents » (arrêt p. 6 alinéa premier) et en fondant sa décision exclusivement sur ces critères (arrêt p. 6 alinéas 2 à 4), la cour d'appel a violé les articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble les articles 2 11) et 11, paragraphe 1, du règlement (CE) du Conseil n° 2201/ 2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ;

ALORS D'AUTRE PART QU'en se fondant exclusivement sur l'analyse de la situation du nourrisson et de ses parents en Grèce pour juger que « la résidence habituelle de M. O... et Mme W..., et subséquentement celle de E... » (arrêt p. 6 alinéa 4) était établie en Grèce, sans examen de l'intégration de l'enfant et de sa mère dans leur domicile en France, quand il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt CJUE, 8 juin 2017, aff. C-111/17, PPU, OL c/ PQ) que lorsqu'un nourrisson est effectivement gardé par sa mère, dans un État membre différent de celui où réside habituellement le père, il convient de prendre en compte notamment, d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de celle-ci sur le territoire du premier État membre et, d'autre part, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble les articles 2 11) et 11, paragraphe 1, du règlement (CE) du Conseil n° 2201/ 2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que le non-retour de l'enfant E... H... O... W... né le [...] à Palaio Faliro (Grèce) était illicite, ordonné le retour immédiat de E... en Grèce et condamné Mme U... W... aux dépens et à payer à M. O... une somme de 5.000,00 euros au titre des frais visés à l'article 26 de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 ;

AUX MOTIFS QUE « Sur l'exception opposée au non-retour Aux termes de l'article 13 de la Convention de La Haye, nonobstant les dispositions de l'article 12, l'autorité judiciaire ou administrative de l'état requis n'est tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution, ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit : a) que la personne, l'institution, ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour, b) qu'il existe 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 ; que la charge de la preuve de ces exceptions pèse sur celui qui les invoque. Le premier juge a relevé à juste titre que le moyen tiré de l'intégration de l'enfant dans son nouvel environnement invoqué par Mme W... est inopérant et doit être écarté ; qu'il a d'ores et déjà été démontré que Mme W... ne rapporte pas la preuve que M. O... avait donné son accord pour un non-retour de son fils en Grèce à l'issue du séjour en France et qu'une installation en France était envisagée fin 2018 lorsque les époux sont arrivés en France, alors que toutes les affaires du couple et de l'enfant sont encore au domicile conjugal ; que l'absence de billets de retour pour Mme W... et E... est insuffisante pour renverser ce constat alors que la date de ce retour n'était pas formellement décidée et que Mme W... a retardé ce départ avant d'exprimer son refus de retour en mai 2019 ; qu'il y a lieu de relever que le projet d'installation en France de la famille invoqué par Mme W... est par ailleurs en contradiction avec ses déclarations quant au comportement menaçant et violent de son époux lui faisant craindre un retour en Grèce et l'ayant conduite à choisir de ne pas rentrer. Il n'est pas plus établi que M. O... ait acquiescé de façon explicite à ce non-retour, les messages échangés entre M. O... et Mme W... démontrant au contraire que M. O... sollicitait son épouse entre janvier et mai pour qu'elle rentre en Grèce avec leur fils, ses déplacements en France étant uniquement contraints par sa volonté de retrouver son épouse et

son fils ; que l'attestation de Mme T... ne permet aucunement d'établir que M. O... avait accepté en janvier un déménagement, cette dernière ne faisant que retranscrire les propos tenus par Mme W... ; que le fait que des démarches aient été entamées pour que E... bénéficie d'un passeport suisse n'établit pas un quelconque projet de déménagement en France, étant rappelé que ces démarches ont été suspendues par M. O... lorsqu'il a constaté que son épouse n'avait pas l'intention de revenir en Grèce ; que dès lors, il n'est aucunement prouvé par Mme W... que M. O... avait acquiescé à ce non-retour de E... ni qu'il y a acquiescé postérieurement à son arrivée en France, les démarches de ce dernier auprès des autorités centrales datant de moins de six mois après le déplacement de l'enfant ; que s'agissant du risque grave, il appartient à Mme W... d'établir, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard ; que force est de constater que les griefs invoqués par Mme W..., à supposer qu'ils soient établis, relèvent de la juridiction du divorce et que les pièces produites aux débats ne démontrent pas un danger physique ou psychique pour E... conduisant à une situation intolérable ; que rien ne permet de mettre en doute les capacités éducatives de M. O..., le fait qu'il soit très pris par ses activités professionnelles ne pouvant conduire à exclure sa possibilité de prise en charge de son fils, étant souligné que ses revenus lui permettent d'envisager des modes de garde alternatif lors de ses obligations professionnelles et que sa famille est à proximité ; que l'ordonnance doit en conséquence être confirmée en ce qu'elle a ordonné le retour immédiat de l'enfant E... en Grèce » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU' « il peut cependant être fait exception au retour dans les cas limitativement énumérés par l'article 13 de la Convention ; que sur ce fondement, Madame U... W... fait valoir que Monsieur L... O... souffre d'une double personnalité pouvant faire preuve de violences et de menaces envers elle ; qu'elle soutient que son époux la dénigre constamment pour la reléguer en tant que femme au foyer ; qu'elle prétend qu'en cas de retour de l'enfant en Grèce ce dernier subirait un retentissement psychologique grave ; qu'elle produit des attestations sur sa détresse imputée aux nombreuses disputes du couple. Monsieur L... O... conteste fermement tout fait de violences et se décrit au contraire comme un époux exemplaire ; qu'il produit des attestations le décrivant comme un homme désireux de satisfaire les moindres désirs de son épouse ; que des pièces produites aux débats, par Madame U... W... il ne résulte pas que qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute manière ne le place dans une situation intolérable ; que si des disputes ont pu éclater entre les époux et à supposer que Madame U... W... ait des reproches à formuler envers son époux, ces griefs relèveraient de la juridiction du divorce » ;

ALORS, D'UNE PART, QU'il résulte de l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants qu'il peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant lorsqu'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable ; que l'atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale de l'enfant peut constituer le risque grave de danger physique ou psychique pour celui-ci ; que les juges du fond doivent donc déterminer si l'enfant court le risque d'être séparé de celui de ses parents avec lequel il vit et si ce risque n'est pas disproportionné ; que dès lors, la cour d'appel devait rechercher si, comme il était soutenu, le retour de l'enfant E... ne lui faisait pas courir le risque d'être séparé de sa mère avec laquelle il vivait depuis sa naissance, celle-ci ne pouvant pas se réinstaller en Grèce en raison des menaces proférées par son mari à son encontre ; qu'en omettant de procéder à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 13 de la Convention de La Haye et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Composition de la juridiction : Mme Batut (président), SCP Célice, Texidor, Périer, SCP Spinosi et Bureau
Décision attaquée : Cour d'appel Colmar 2019-10-29 (Cassation)