

**Cour de cassation**

**Chambre civile 1**

**Audience publique du 17 janvier 2019**

**N° de pourvoi: 18-23.849**

ECLI:FR:CCASS:2019:C100150

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**Mme Batut (président), président**

SCP Alain Bénabent , avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que de l'union de M. Z... et de Mme X..., tous deux de nationalité belge, sont nés E... et F...-C... Z..., nés respectivement le [...] et le [...] à Uccle (Belgique) ; que, par arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 15 mars 2011, la résidence principale des enfants a été fixée chez le père en République démocratique du Congo et un droit de visite et d'hébergement attribué à la mère ; que cette décision a été rendue exécutoire en cet Etat par ordonnance du président du tribunal de grande instance de Kinshasa du 27 février 2012 ; que, soutenant que le 27 décembre 2017, à l'occasion de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement, elle avait constaté que les enfants présentaient des signes de maltraitance, Mme X... a saisi la juridiction française du lieu de son domicile d'une demande de mesure de protection, sur le fondement de l'article 515-9 du code civil ; que, par ordonnance du 26 avril 2018, le juge aux affaires familiales, après avoir retenu sa compétence internationale et dit la loi française applicable, compte tenu de l'urgence, a accordé la protection sollicitée, fixé la résidence habituelle des enfants chez la mère et instauré un droit de visite médiatisé pendant un délai de six mois au bénéfice du père ; que M. Z... a décliné la compétence des juridictions françaises et de la loi française et sollicité le retour immédiat des enfants en République démocratique du Congo ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour infirmer, sur ce point, l'ordonnance qui avait dit le droit français applicable à raison de l'urgence, l'arrêt se borne à énoncer, dans le dispositif, que la loi congolaise est applicable au litige ;

Qu'en statuant ainsi, sans donner aucun motif à sa décision, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et 11 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 ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, la Convention du 25 octobre 1980 n'est applicable qu'entre Etats contractants ; qu'il résulte du second que les dispositions du règlement relatives au déplacement ou au non-retour illicite d'un enfant ne peuvent être mises en oeuvre que dans l'espace européen ;

Attendu que, pour qualifier d'illicite le non-retour des enfants en République démocratique du Congo, l'arrêt retient qu'au sens des articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et 11, § 1, du règlement du 27 novembre 2003, 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'en statuant ainsi, alors que les enfants avaient leur résidence habituelle en République démocratique du Congo, Etat qui n'a pas adhéré à la Convention du 25 octobre 1980 et qui est extérieur à l'Union européenne, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation prononcée sur les deux premiers moyens entraîne la cassation, par voie de conséquence, du chef du dispositif condamnant Mme X... au paiement de dommages-intérêts à M. Z... pour le déplacement illicite des enfants communs ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du deuxième moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il confirme l'ordonnance du juge aux affaires familiales du 28 avril 2018 en ses dispositions relatives à l'autorité parentale conjointe, à l'enquête sociale et au rejet de la demande de dissimuler l'adresse de Mme X..., l'arrêt rendu le 23 octobre 2018, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sauf sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

Condamne M. Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

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 partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept janvier deux mille dix-neuf. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Alain Bénabent, avocat aux Conseils, pour Mme X...

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le droit de la République démocratique du Congo était applicable à l'espèce ;

AUX MOTIFS QUE « [selon] l'article 8 du règlement n° 2201/2003 dit Bruxelles II bis, les juridictions d'un Etat membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat membre au moment où la juridiction est saisie ;

Qu'en l'espèce, les éléments de fait établissent que les enfants sont arrivés à Bruxelles le 23 décembre 2017 chez leur mère dans le cadre de son droit de visite et d'hébergement ; que celle-ci a pris la décision de ne pas remettre les enfants à leur père le 7 janvier 2018 et de les emmener à Nice avec elle, sans saisir préalablement ni le juge congolais, ni le juge belge ; que les enfants ont résidé pendant près de sept ans au Congo avec leur père en vertu d'une décision de justice et seulement neuf mois avec leur mère à Nice ; que le juge aux affaires familiales a constaté que la résidence habituelle des enfants se trouve au Congo et non en France, de sorte que les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour statuer en matière de responsabilité parentale en application de l'article 8 précité ;

Que cependant, les mesures prises par le juge aux affaires familiales ont pour fondement l'article 20 du règlement n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis qui permet de prendre des mesures provisoires ou conservatoires, même si une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond ; que les trois conditions cumulatives devant être réunies pour qu'une juridiction puisse se déclarer compétente en application de ce texte, à savoir que les mesures à prendre doivent être urgentes, relatives aux personnes ou aux biens présents dans l'Etat membre où siège la juridiction, et de nature provisoire, étaient réunies au jour de l'ordonnance querellée ; qu'il en résulte que c'est à juste titre que l'ordonnance du 26 avril 2018 a pu être rendue ;

Que cependant est intervenue dans l'intervalle, sur saisine de M. Z..., la décision exécutoire dès notification rendue le 5 juillet 2018 par le tribunal pour enfants de Kinshasa qui a :

- dit la requête de M. Z... recevable et bien fondée,
- confirmé que la résidence principale des enfants est fixée chez M. Z...,
- constaté qu'il y a des éléments nouveaux présentés sous forme de violences physiques et psychologiques faites aux enfants E... et F... C... au Congo chez leur père,
- dit que l'audition des enfants E... et F... C... par devant le tribunal s'avère indispensable,
- ordonné que les enfants E... et F... C... Z... soient retournés au Congo pour les présenter devant leur juge naturel afin de statuer au fond sur les nouveaux éléments ;

Que cette décision a été signifiée à Mme X... le 9 juillet 2018 ;

Qu'en l'état de cette décision exécutoire, rendue par le juge compétent, l'ordonnance querellée n'a plus lieu d'être, et il convient de faire droit à la demande principale de l'appelant d'ordonner le retour immédiat des enfants E... et F...-C..., sous peine d'astreinte, conformément à la demande de M. Z... ;

Qu'au sens 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, 2, II), et 11, § 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, 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'en l'occurrence, c'est effectivement de manière illicite que, au mépris de la décision alors applicable, à savoir l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles en date du 15 mars 2011, rendu exécutoire en République Démocratique du Congo par l'ordonnance du 27 février 2012 du président du tribunal de grande instance de Kinshasa, Mme X... a violé les dispositions gouvernant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement et n'a pas veillé au retour au Congo des deux enfants communs le 7 janvier 2018 pour les emmener en

France, à l'insu du père » ;

ALORS QUE tout jugement doit être motivé ; qu'en déclarant péremptoirement que le droit applicable à l'espèce était celui de la République démocratique du Congo, sans aucunement motiver sa décision sur ce point, la Cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, vu le jugement rendu le 5 juillet 2018 par le tribunal pour enfants de Kinshasa, ordonné le retour des enfants E... et F... C... Z..., aux frais de Madame Noëlla X..., en Belgique chez leur grand-mère paternelle où Monsieur Thomas Z... pourra aller les récupérer afin de les ramener à Kinshasa, et ce, sous quarante-huit heures à compter de la notification du présent arrêt, sous peine d'une astreinte provisoire de cent euros par jour de retard, à courir sur une période maximale de soixante jours, à défaut de quoi l'astreinte pourra être liquidée et une nouvelle astreinte fixée ;

AUX MOTIFS QUE « [selon] l'article 8 du règlement n° 2201/2003 dit Bruxelles II bis, les juridictions d'un Etat membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat membre au moment où la juridiction est saisie ;

Qu'en l'espèce, les éléments de fait établissent que les enfants sont arrivés à Bruxelles le 23 décembre 2017 chez leur mère dans le cadre de son droit de visite et d'hébergement ; que celle-ci a pris la décision de ne pas remettre les enfants à leur père le 7 janvier 2018 et de les emmener à Nice avec elle, sans saisir préalablement ni le juge congolais, ni le juge belge ; que les enfants ont résidé pendant près de sept ans au Congo avec leur père en vertu d'une décision de justice et seulement neuf mois avec leur mère à Nice ; que le juge aux affaires familiales a constaté que la résidence habituelle des enfants se trouve au Congo et non en France, de sorte que les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour statuer en matière de responsabilité parentale en application de l'article 8 précité ;

Que cependant, les mesures prises par le juge aux affaires familiales ont pour fondement l'article 20 du règlement n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis qui permet de prendre des mesures provisoires ou conservatoires, même si une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond ; que les trois conditions cumulatives devant être réunies pour qu'une juridiction puisse se déclarer compétente en application de ce texte, à savoir que les mesures à prendre doivent être urgentes, relatives aux personnes ou aux biens présents dans l'Etat membre où siège la juridiction, et de nature provisoire, étaient réunies au jour de l'ordonnance querellée ; qu'il en résulte que c'est à juste titre que l'ordonnance du 26 avril 2018 a pu être rendue ;

Que cependant est intervenue dans l'intervalle, sur saisine de M. Z..., la décision exécutoire dès notification rendue le 5 juillet 2018 par le tribunal pour enfants de Kinshasa

qui a :

- dit la requête de M. Z... recevable et bien fondée,
- confirmé que la résidence principale des enfants est fixée chez M. Z...,
- constaté qu'il y a des éléments nouveaux présentés sous forme de violences physiques et psychologiques faites aux enfants E... et F... C... au Congo chez leur père,
- dit que l'audition des enfants E... et F... C... par devant le tribunal s'avère indispensable,
- ordonné que les enfants E... et F... C... Z... soient retournés au Congo pour les présenter devant leur juge naturel afin de statuer au fond sur les nouveaux éléments ;

Que cette décision a été signifiée à Mme X... le 9 juillet 2018 ;

Qu'en l'état de cette décision exécutoire, rendue par le juge compétent, l'ordonnance querellée n'a plus lieu d'être, et il convient de faire droit à la demande principale de l'appelant d'ordonner le retour immédiat des enfants E... et F...-C..., sous peine d'astreinte, conformément à la demande de M. Z... ;

Qu'au sens 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, 2, II), et 11, § 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, 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'en l'occurrence, c'est effectivement de manière illicite que, au mépris de la décision alors applicable, à savoir l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles en date du 15 mars 2011, rendu exécutoire en République Démocratique du Congo par l'ordonnance du 27 février 2012 du président du tribunal de grande instance de Kinshasa, Mme X... a violé les dispositions gouvernant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement et n'a pas veillé au retour au Congo des deux enfants communs le 7 janvier 2018 pour les emmener en France, à l'insu du père » ;

1°/ ALORS QUE en l'absence de convention internationale contraire, pour produire effet en France, le jugement étranger doit, lorsqu'il implique des actes de coercition sur des personnes, faire l'objet d'une déclaration d'exequatur ; qu'en l'espèce, en se bornant à relever que le jugement du Tribunal pour enfants de Kinshasa, rendu le 5 juillet 2018 et ordonnant le retour des enfants au Congo, était « exécutoire », cependant que cette décision, en l'absence de conventions internationales liant la France et la République démocratique du Congo, devait, pour permettre son exécution forcée en France, faire l'objet d'une procédure en exequatur, la Cour d'appel, a violé l'article 509 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS QUE en tout état de cause, même à considérer que le jugement congolais pouvait bénéficier d'une efficacité de plein droit en France, cette efficacité est subordonnée à la régularité internationale de la décision et particulièrement à sa conformité à l'ordre public international français ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel, pour faire produire effet à la décision congolaise du 5 juillet 2018, cependant qu'elle relevait que cette décision, en même temps qu'elle constatait qu'il y avait « des éléments nouveaux présentés sous forme de violences physiques et psychologiques faites aux enfants E... et F... C... au Congo chez leur père », ordonnait le retour des enfants chez leur père, sans rechercher, comme elle y était tenue, si cette décision était conforme à l'intérêt supérieur des enfants, et, plus loin, à l'ordre public international français, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

3°/ ALORS QUE, pour faire produire effet à la décision congolaise du 5 juillet 2018, cependant que l'examen de cette décision révèle que le juge congolais s'est appuyé, pour ordonner le retour des enfants, d'une part sur un rapport d'enquête sociale effectué le 23 juin 2018 à l'adresse de Monsieur Z..., mentionnant notamment que les enfants « ont été privés de leurs téléphone, tablettes et sorties sportives, juste pour stimuler à pouvoir bien travailler à l'école et non pour les maltraiter » (v. production n° 3), alors même qu'à la date où l'enquête sociale a été réalisée, les enfants étaient en France avec leur mère, et d'autre part sur le caractère prétendument « indispensable » de l'audition des enfants devant lui, alors que les enfants avaient été au préalable entendus sur les allégations de violences par le juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Nice dans le cadre de la présente procédure, sans rechercher, comme elle y était tenue, si cette décision était conforme à l'intérêt supérieur des enfants, et, plus loin, à l'ordre public international français, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ;

4°/ ALORS QUE les règles prévues par le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis relatives aux déplacements illicites d'enfants ne s'appliquent qu'en cas de déplacement interne à l'Union ; que dans l'hypothèse d'un déplacement mettant en cause un État tiers, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants s'applique pour autant qu'elle soit en vigueur dans les deux États concernés ; qu'en l'espèce, en se fondant, pour apprécier l'existence d'un déplacement illicite de Tomyia et d'F...-C..., cumulativement sur les règles du Règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye, cependant que le prétendu déplacement des enfants n'était pas interne à l'Union et que la République Démocratique du Congo n'est pas partie à la Convention de La Haye, la Cour d'appel a violé, par fausse application, 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 et les articles 2, 11) et 11, § 1 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 ;

5°/ ALORS QUE, subsidiairement, l'autorité saisie d'une demande de retour de l'enfant déplacé de façon illicite n'est pas tenue d'ordonner ce retour, lorsque la personne qui s'y oppose établit qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ; qu'en l'espèce, même à considérer applicables les dispositions du Règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, la Cour d'appel ne pouvait ordonner le retour des enfants sans rechercher si les violences alléguées par Mme X..., ne risquaient pas d'exposer les enfants à un danger physique ou

psychique de nature à faire obstacle à leur retour auprès de leur père ; qu'en s'abstenant d'opérer une telle recherche, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et 11, § 2 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 ;

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir condamné Mme Noëlla X... à verser à M. Thomas Z... la somme de trois mille euros (3.000 €) à titre de dommages et intérêts pour le déplacement illicite des enfants communs ;

AUX MOTIFS QUE « au sens 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, 2, II), et 11, § 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, 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'en l'occurrence, c'est effectivement de manière illicite que, au mépris de la décision alors applicable, à savoir l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles en date du 15 mars 2011, rendu exécutoire en République Démocratique du Congo par l'ordonnance du 27 février 2012 du président du tribunal de grande instance de Kinshasa, Mme X... a violé les dispositions gouvernant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement et n'a pas veillé au retour au Congo des deux enfants communs le 7 janvier 2018 pour les emmener en France, à l'insu du père ; qu'en particulier, sa mauvaise foi est avérée puisqu'elle n'a pas saisi préalablement ni le juge congolais, ni le juge belge, alors que, de son propre aveu, elle était au courant des problèmes de violences alléguées à l'égard des enfants dès avant leur arrivée en décembre 2017, et qu'elle les aurait immédiatement constatées à leur arrivée ; que dès lors, elle a fait preuve de résistance abusive en contraignant M. Z... à diligenter la présente procédure ; qu'il sera fait droit à la demande de dommages et intérêts formulée par l'appelant selon les modalités fixées ci-dessous »

ALORS QUE le caractère abusif ou non d'une action en justice dépend de l'appréciation globale du bien-fondé ou non des demandes principales ; qu'en l'espèce, pour juger que Mme X... avait « fait preuve de résistance abusive en contraignant M. Z... à diligenter la présente procédure », la Cour d'appel s'est bornée à relever que Mme X... était de mauvaise foi en ce qu'elle n'avait pas saisi le juge congolais ou le juge belge alors qu'elle aurait eu connaissance des violences commises par M. Z... sur les enfants avant leur arrivée chez elle ; qu'en statuant ainsi, sans même s'interroger sur le bien-fondé de l'action introduite en France par Mme X... et accueillie par le Tribunal de grande instance de Nice, visant à obtenir une ordonnance de protection au regard des violences commises par le père sur ses enfants, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1241 du code civil ; **Publication :**

**Décision attaquée** : Cour d'appel d'Aix-en-Provence , du 23 octobre 2018