

Cour d'appel de Lyon

2ème chambre

Audience publique du Monday 17 January 2011

N° de RG: 09/05813

**Infirmes la décision déferée dans toutes ses dispositions, à l'égard de toutes les parties
au recours**

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

R. G : 09/ 05813

décision du

Tribunal de Grande Instance de LYON

du 16 juillet 2009

RG : 09/ 06321

ch no 2- Cab. 1

Y...

C/

LE PROCUREUR GENERAL

COUR D'APPEL DE LYON

2ème chambre

ARRET DU 17 Janvier 2011

APPELANTE :

Mme Christina Gabriela Y... épouse Z...

née le 18 Octobre 1984 à IASI (ROUMANIE)

...

...

69250 NEUVILLE SUR SAONE

représentée par Me Christian MOREL, avoué à la Cour

assistée de Me Pascal FOREST, avocat au barreau de l'AIN

INTIME :

M. LE PROCUREUR GENERAL
près la Cour d'Appel de LYON
représenté par Monsieur FERON, Substitut Général
1 rue du Palais de Justice
69321 LYON CEDEX 05

Date de clôture de l'instruction : 22 Novembre 2010

Date des plaidoiries tenues en Chambre du Conseil :
25 Novembre 2010

Date de mise à disposition : 17 Janvier 2011

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

- Jean-Charles GOUILHERS, président
- Marie LACROIX, conseiller
- Françoise CONTAT, conseiller,

assistés pendant les débats de Christine SENTIS, greffier.

A l'audience, Marie LACROIX a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Arrêt Contradictoire, rendu en Chambre du Conseil, par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile.

Signé par Jean-Charles GOUILHERS, président et par Christine SENTIS, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

Christina Y... et Marius C... D... se sont mariés le 29 octobre 2004, à IASI en Roumanie. De leur union est née Fabiana C... F..., le 3 octobre 2004, à IASI.

Par jugement du 28 novembre 2005, le tribunal de première instance de IASI (Roumanie) a prononcé le divorce entre les époux et notamment confié au père la garde de l'enfant et fixé à 70 000 lei la pension alimentaire due par la mère à partir du 26 septembre 2005.

Aux termes d'un acte authentique passé le 3 juin 2006 devant notaire, M. C... D... et Mme Y... se sont mis d'accord pour mettre en oeuvre une résidence alternée, chaque parent se voyant confier l'enfant un trimestre, la première période, du 6 juin 2006 au 7 septembre 2006, étant attribuée à la mère, la deuxième période du 7 septembre 2006 au 2 janvier 2007 au père, du 2 janvier au 3 avril 2007 chez la mère, du 3 avril au 4 juillet chez le père, du 4 juillet au 4 octobre 2007 chez la mère, du 4 octobre

au 15 décembre 2007 chez le père, du 15 décembre 2007 au 15 mars 2008 chez la mère et du 15 mars jusqu'au 16 juin 2008 chez le père. Il était prévu que la mère effectue avec sa fille des séjours réguliers en France, à sa charge exclusive.

Or dès juin 2006, Mme Y... a décidé de s'installer avec l'enfant à Neuville sur Saône (département du Rhône). Elle s'est mariée avec M. Z..., le 22 juin 2006 à Trévoux (département de l'Ain).

Depuis cette date, Mme Y... a scolarisé sa fille à l'école privée de la Sidoine à Trévoux, puis à l'école maternelle " Le Château " à Neuville (Rhône).

Par courrier du 23 janvier 2009, M. C... D... a saisi l'autorité roumaine compétente pour solliciter le retour de Fabiana.

L'autorité centrale française saisie, a transmis la demande pour compétence à M. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Lyon.

Après audition de la mère et son refus de laisser rentrer l'enfant en Roumanie, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Lyon a assigné Mme Y... devant cette juridiction, par acte d'huissier en date du 26 mai 2009, aux fins d'ordonner le retour de l'enfant auprès de son père en application de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Par jugement réputé contradictoire en date du 16 juillet 2009, le tribunal de grande instance de Lyon a ordonné le retour immédiat de Fabiana C... F..., née le 3 octobre 2004 à IASI (Roumanie) au domicile situé ... à IASI (Roumanie), et l'a condamnée aux dépens.

Madame Y... a relevé appel de cette décision le 5 septembre 2009.

Par conclusions notifiées le 16 novembre 2009, elle sollicite l'annulation de la procédure au visa des dispositions de l'article 114 et 654 du code de procédure civile, au motif qu'elle n'a pas eu connaissance de l'assignation délivrée par M. Procureur de la République et n'a donc pas pu faire valoir sa défense, qu'il appartenait au premier juge d'en relever l'irrégularité.

À titre subsidiaire, elle soulève l'irrecevabilité de l'action, une période de plus d'un an s'étant écoulée entre la date du déplacement ou du non retour de l'enfant et la date de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire de l'État contractant où se trouve l'enfant, de sorte que M. C... D... a acquiescé au non-retour.

Elle relève que M. C... D... a d'ailleurs sollicité la juridiction roumaine pour obtenir, le 25 février 2008, l'organisation d'un droit de visite au mois d'août 2008, que par courrier du 26 janvier 2009 par lequel il sollicitait le retour de l'enfant, il a reconnu expressément ne pas avoir eu sa fille depuis 2006, et ne pas avoir exercé son droit de visite pour le mois d'août 2008.

Plus subsidiairement encore elle invoque, au visa des dispositions des articles 12 et 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, l'existence d'un risque grave que le retour

expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière la place dans une situation intolérable, la rupture de la fratrie comportant un danger psychologique immédiat pour cette petite fille de cinq ans.

Elle indique que dans son pays d'origine, le père côtoie dans son logement, exigu et délabré, près de 11 personnes, sans aucun confort, ni aucune hygiène, ne travaille pas de même que toute sa famille qui appartient à la communauté rom, qu'il est épileptique, à de graves problèmes d'addiction alcoolique, que sa mère a des problèmes psychiatriques et à ce titre, est fréquemment hospitalisée, que d'ailleurs le tribunal de l'IASI, dans sa décision du 25 février 2008, relevait, au terme d'un rapport d'enquête sociale, que les conditions d'habitation de M. C... D... ne lui permettaient pas de recevoir son enfant plus d'un mois, qu'une nouvelle enquête diligentée le 18 novembre 2009 révèle que M. C... D... est dangereux pour son enfant, qu'il est gravement handicapé, présentant des troubles psychiques importants.

Elle sollicite la condamnation de M. le procureur de la République à lui payer une indemnité de 1 000 € en application l'article 700 du code de procédure civile.

Elle demande la condamnation de M. le procureur de la République aux dépens, avec distraction au profit de son avoué.

Par conclusions notifiées le 15 novembre 2010, M. le Procureur Général s'en rapporte à la décision de la cour, la décision du tribunal de grande instance de Lyon ordonnant le retour de Fabiana auprès de son père ne se justifiant plus, dans la mesure où Mme Y... a fait parvenir au parquet général copie d'une décision du tribunal de première instance de l'IASI en date du 25 février 2010 lui accordant la garde de l'enfant Fabiana, au motif de l'intérêt supérieur de l'enfant à être élevée et éduquée dans les meilleures conditions, décision provisoire en l'attente d'une décision au fond, et alors que ni l'autorité centrale roumaine, ni M. C... D... n'ont répondu aux demandes d'avis qui leur avaient été adressées (par l'intermédiaire de l'autorité centrale).

L'ordonnance de clôture est intervenue le 25 novembre 2010.

Discussion

Sur la nullité de la procédure devant le premier juge

Aux termes des dispositions de l'article 654 du code de procédure civile, la signification doit être faite à personne. C'est seulement si la signification à personne s'avère impossible que l'acte peut être délivré à domicile et, éventuellement, à l'étude de l'officier ministériel, conformément aux dispositions des articles 655 et 656 du code de procédure civile.

L'assignation délivrée par Me Gilbert E..., huissier à Lyon, le 26 mai 2009, aux fins de se présenter à jour fixe devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Lyon, afin d'ordonner le retour de l'enfant dans son pays d'origine, a été remise à l'étude de l'huissier instrumentaire après que l'huissier s'est transporté à l'adresse de Mme

Y..., que personne n'a répondu à ses appels et qu'il a vérifié la certitude du domicile du destinataire par la présence du nom du destinataire sur la boîte aux lettres.

S'il est regrettable que Mme Y... n'ait pas été présente au moment du passage de l'huissier, aucune disposition légale n'imposait à l'huissier de se présenter à nouveau au domicile de l'intéressée pour parvenir à une signification à personne.

Même s'il est plausible que Mme Y... n'a pas compris l'importance de l'avis de passage remis par l'huissier dans sa boîte aux lettres, il lui appartenait de venir chercher à l'étude de l'huissier la copie de l'acte comme elle y était invitée.

L'assignation est donc régulière et la procédure qui s'en est suivie également, de sorte que le tribunal de grande instance de Lyon a statué à juste titre le 16 juillet 2009, par jugement réputé contradictoire.

Sur le déplacement illicite

Comme l'a jugé à juste titre le premier juge, les circonstances de l'espèce caractérisent bien un déplacement ou non retour illicite d'enfant au visa des dispositions de l'article 3 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 portant sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

En effet, par jugement en date du 28 novembre 2006, le tribunal de première instance de IASI (Roumanie) a prononcé le divorce entre les époux Christina Y... et Marius C... D... et notamment confié au père la garde de l'enfant Fabiana. Par la suite, les parents ont convenu aux termes d'une convention notariée authentifiée le 3 juin 2006, de mettre en place une garde alternée par trimestre, l'enfant étant gardée par sa mère pour le premier trimestre déterminé du 6 juin 2006 au 7 septembre 2006. Cependant, Mme Y... n'a jamais ramené l'enfant en Roumanie depuis lors.

Aux termes de l'article 3 de la Convention de la Haye, le déplacement ou non retour d'un enfant est illicite lorsqu'il y a eu violation d'un droit de garde, le droit de garde pouvant résulter d'un accord en vigueur selon le droit de cet État. Or, comme relevé dans sa décision du 25 février 2008 par la juridiction roumaine, la convention passée entre les époux le 3 juin 2006, instituant une résidence alternée par trimestre, ne peut être valide à défaut d'avoir été autorisée par l'instance conformément à l'article 42 alinéa 4 du code de la famille roumain.

À noter qu'une saisine de la juridiction compétente pour homologation aurait probablement permis au juge de vérifier que cet accord ne garantissait pas l'intérêt de l'enfant de façon durable car on ne voit guère comment un enfant pourrait changer de cadre de vie, et notamment d'école, tous les trimestres.

En tout état de cause, M. C... D... avait expressément donné son accord pour que l'enfant résidât en France avec sa mère pendant ses périodes de garde, à charge pour elle de financer les trajets, et notamment pour la période du 6 juin 2006 au 7 septembre 2006, et elle devait remettre l'enfant au père le 7 septembre 2006.

Par décision du 25 février 2008, la juridiction roumaine a accordé au père un droit de visite pour le mois d'août 2008. Cette décision n'apparaît pas comme une modification de la résidence habituelle de l'enfant qui restait fixée chez le père, comme précisé précédemment, à défaut pour les parties d'avoir fait homologuer leur accord par décision de justice. Il s'agit d'une décision ponctuelle qui organise la possibilité pour le père de recevoir sa fille, pour une période de vacances, en tenant compte de la situation de fait.

On notera que quelle que soit l'analyse juridique de la convention du 3 juin 2006 instituant une garde alternée par trimestre, reconnue comme valable ou non, le non-retour illicite de l'enfant est caractérisé puisque soit la résidence habituelle de l'enfant était chez son père (conformément au jugement de divorce), soit elle était alternée (conformément à la convention), ce qui interdisait à la mère de ne pas ramener l'enfant en Roumanie à l'issue de la période du 6 juin 2006 au 7 septembre 2006.

Le non-retour illicite de l'enfant est donc caractérisé à la date du 7 septembre 2006.

Sur les exceptions au retour

Toutefois, au vu des dispositions de l'article 12 alinéa 2 de la Convention de la Haye, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de plus d'un an s'est écoulée, à partir du déplacement ou du non retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, le retour de l'enfant doit être ordonné, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

En l'espèce, M. C... D... n'a réclamé le retour de l'enfant que par courrier du 23 janvier 2009, adressé au ministre de la justice de Roumanie, soit très largement après qu'une période d'un an s'est écoulée à partir du non retour.

Or l'enfant est totalement intégrée à son nouveau milieu en France. Elle est régulièrement scolarisée à l'école maternelle, dispose de très bonnes conditions de logement auprès de sa mère et du mari de celle-ci.

En outre, au vu des dispositions de l'article 13 a) de la Convention de la Haye, l'État requis, c'est-à-dire l'État refuge, n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui en a la garde avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour.

Or, en l'espèce, lorsque M. C... D... a saisi la juridiction roumaine le 15 mai 2007 pour l'instance qui s'est achevée par une décision du 25 février 2008 lui accordant un droit de visite pendant le mois d'août 2008, en sollicitant uniquement la fixation d'un programme de visite de deux mois par an (juillet et août) sans dépens.

Cette demande limitée s'analyse comme un acquiescement au non retour de l'enfant, de sorte que le tribunal de grande instance de Lyon n'avait pas l'obligation d'ordonner le retour de l'enfant en Roumanie et qu'il pouvait apprécier si l'intérêt de l'enfant conduisait, en considération de son séjour de plus d'un an hors de l'État de sa résidence habituelle

avant le déplacement, et de sa bonne intégration dans l'État refuge, à rejeter la demande de retour de l'enfant.

En effet, il y a lieu de ne pas perdre de vue que les dispositions de la Convention reposent sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et notamment sur le postulat qu'en cas de déplacement illicite l'intérêt de l'enfant commande son retour immédiat dans le pays qu'un de ses parents lui a fait quitter en pratiquant une voie de fait, alors que lorsque l'enfant est intégré depuis plus d'un an dans un nouveau milieu, et que son autre parent a acquiescé expressément ou tacitement à ce non-retour, son intérêt n'est pas nécessairement le retour dans le pays d'origine.

C'est donc à tort que les premiers juges ont ordonné en juillet 2009 le retour de l'enfant dans son pays d'origine.

En cours de procédure d'appel, Mme Y... a saisi le tribunal de première instance de l'IASI, territorialement compétent au visa des dispositions de l'article 7 de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, qui énoncent qu'en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État (et que certaines autres conditions sont remplies).

Par jugement du 25 février 2010, le tribunal de première instance de l'IASI a accordé à Mme Y... la garde de l'enfant Fabiana en retenant l'intérêt supérieur de l'enfant à être élevée et éduquée dans les meilleures conditions.

Toutefois si M. C... D... a participé à la procédure en s'opposant à la demande de Mme Y..., il était absent à l'audience à laquelle a été rendue la décision, à savoir le 25 février 2010, de sorte que cette décision devait être signifiée à la partie adverse, signification dont Mme Y... ne rapporte pas la preuve. Il n'est donc pas établi que cette décision soit définitive. La mention de son caractère irrévocable dans le corps même de cette décision ne suffit pas à établir son caractère définitif, alors qu'il n'est pas démontré qu'elle ait été notifiée à la partie adverse.

On notera, comme relevé par le parquet général, que ni l'autorité centrale, ni M. C... D... n'ont répondu aux demandes d'avis qui leur avaient été adressées (par l'intermédiaire de l'autorité centrale), ce qui laisse supposer que le retour de l'enfant n'est plus sollicité, ni par l'autorité centrale romaine, ni par M. C... D..., qui doit avoir eu connaissance de la décision du 25 février 2010.

Enfin, de façon superfétatoire, se posait la question du danger que pouvait courir l'enfant par un retour en Roumanie du fait du handicap de M. C... D..., épileptique, au visa des dispositions de l'article 13 b) qui énoncent que l'État requis n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'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.

Ces divers éléments de fait et de droit n'ont pas rendu irrecevable la demande de retour comme allégué par l'appelante, mais cette demande doit en revanche être déclarée mal fondée.

Il convient donc de réformer la décision entreprise et de dire n'y avoir lieu à retour de l'enfant à sa résidence habituelle avant son déplacement, à savoir au domicile de son père, situé ... à IASI (Roumanie).

Sur la demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile

C'est dans son rôle de défense de l'ordre public que constitue le respect de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, que le ministère public, saisi par le ministère de la justice en sa qualité d'autorité centrale, a saisi en qualité de partie principale le juge aux affaires familiales d'une demande de retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle avant son déplacement.

Le ministère public qui agit pour la défense de l'ordre public n'est pas une partie ordinaire susceptible d'être condamnée à régler les frais, non compris dans les dépens, de la partie gagnante.

Il convient donc de rejeter la demande de Mme Y... de ce chef.

Par ces motifs

La cour,

Après débats en chambre du conseil, après en avoir délibéré, statuant hors la présence du public, contradictoirement et en dernier ressort,

Infirme la décision entreprise,

Dit n'y avoir lieu à ordonner le retour de l'enfant à sa résidence habituelle avant son déplacement, à savoir au domicile du père, situé ... à IASI (Roumanie),

Déboute Mme Y... de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile,

Dit que chacune des parties conservera la charge de ses dépens.

LA GREFFIERE, LE PRESIDENT,