

cour d'appel d'Agen
01/12/2011

COUR D'APPEL D'AGEN

1ère Chambre

MATRIMONIAL

DU 01 Décembre 2011

D.N/S.B

MONSIEUR LE PROCUREUR GÉNÉRAL

C/

Catherine X épouse Y

Paul Y

RG N° : 11/01437

Aide juridictionnelle

- A R R E T N° 1243-11 -

Prononcé par mise à disposition au greffe conformément au second alinéa de l'article 450 et 456 du code de procédure civile du un Décembre deux mille onze, par Bernard B..., Président de Chambre, assisté de Nathalie C..., Greffier

LA COUR D'APPEL D'AGEN, 1ère Chambre dans l'affaire,

ENTRE :

MONSIEUR LE PROCUREUR GÉNÉRAL

47000 AGEN

représenté par Madame C..., Avocat Général

APPELANT d'une Ordonnance de Référé rendue par le Juge aux Affaires Familiales d'AGEN, décision attaquée en date du 28 Juillet 2011, enregistrée sous le n° 111743

D'une part,

ET :

Madame Catherine X épouse Y

de nationalité française

représentée par la SCP ..., avoués

assistée de Me Sylvie B...-C..., avocat

(bénéficie d'une aide juridictionnelle Totale numéro 2011/5278 du 31/10/2011 accordée par le bureau d'aide juridictionnelle

d'AGEN)

INTIMÉE

Monsieur Paul Y

né le 09 Mars 1971 à SUBIACO (AUSTRALIE)

de nationalité australienne

représenté par la SCP ..., avoués

assisté de Me Alexandre B..., avocat

INTERVENANT VOLONTAIRE

D'autre part,

A rendu l'arrêt contradictoire suivant. La cause a été débattue et plaidée en Chambre du Conseil, le 03 Novembre 2011 sans opposition des parties, devant Dominique N... Conseiller rapporteur assistée de Dominique S..., Greffier. Le Conseiller rapporteur et rédacteur en a, dans son délibéré, rendu compte à la Cour composée, outre lui-même, de Bernard B... Président de Chambre et Aurore B... Conseillère, en application des dispositions des articles 945-1 et 786 du Code de Procédure Civile, et qu'il en ait été délibéré par les magistrats ci-dessus nommés, les parties ayant été avisées de la date à laquelle l'arrêt serait rendu.

* *

*

Dans des conditions de régularité, de forme et de délai non discutées, Monsieur le Procureur Général près la Cour d'Appel d'AGEN **a interjeté appel le 17/08/2011** d'une Ordonnance de Référé prononcée le 28/07/2011 par le Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance d'AGEN ayant notamment rejeté les demandes formulées par Monsieur le Procureur de la République d'AGEN à l'égard de Madame X épouse Y.

Monsieur le Procureur Général **conclut à la réformation** de la décision entreprise et demande à la Cour d'ordonner le retour de l'enfant mineur Charles Y en AUSTRALIE, lieu de résidence

habituelle, et de condamner Madame Catherine X épouse Y à payer tous les frais engagés par Monsieur Paul Y visés à l'article 26 de la Convention de la Haye.

Monsieur Y **forme un appel incident**, il **conclut à la réformation** de l'ordonnance déférée et demande à la Cour d'ordonner que Madame X épouse Y ramène en AUSTRALIE Charles Y dans les 72 heures de la signification de la décision, sous astreinte de 500 € par jour de retard, et qu'à défaut il soit autorisé à venir le chercher à ses frais pour le ramener en AUSTRALIE.

Il réclame encore la condamnation de Madame X épouse Y à lui payer la somme de 5.000 € au titre de l'article 26 de la Convention de la Haye du 25/10/1980.

Madame X épouse Y **conclut à la confirmation** de l'ordonnance déférée.

Vu les dernières conclusions de Monsieur le Procureur Général en date du 18/10/2011 ;

Vu les dernières conclusions de Monsieur Y en date du 28/10/2011 ;

Vu les dernières conclusions de Madame X épouse Y en date du 28/10/2011.

SUR QUOI

Madame X épouse Y est de nationalité française et australienne.

Monsieur Y est de nationalité australienne.

Les parties se sont mariées le 5/07/1996 en AUSTRALIE et ont eu un enfant, Charles, né le 12/10/2005 à SUBIACO, en AUSTRALIE.

L'enfant a toujours vécu en AUSTRALIE avec ses parents.

Les époux se sont séparés dans le courant de l'année 2009.

Un accord parental a été signé entre les parties le 4/10/2010 après trois sessions de médiation. Il a été homologué par le Tribunal des Affaires Familiales d'AUSTRALIE Occidentale de PERTH le **28 juin 2010**.

L'ordonnance parentale dispose notamment que :

- Charles vit avec sa mère les jours de la semaine et il est aux soins de son père tous les week-end. Cet arrangement est flexible.

- Charles Y et Catherine X épouse Y se rendront en FRANCE pour une période de trois mois du 6 juillet au 6 octobre 2010. Ils rentreront à PERTH après la période convenue.

- Paul Y, Charles Y et Catherine X épouse Y se rendront en FRANCE en décembre 2010 pour passer Noël dans la famille de Catherine et ce pour une période de quatre semaines,

- Catherine et Paul rempliront toutes les formalités requises pour que Charles aille à l'école primaire de CLAREMONT EST, école d'immersion française en janvier/février 2011,

- Paul et Catherine se feront part de tout changement survenant dans les arrangements concernant l'enfant ...

- Catherine convient de demeurer à PERTH pour une période 12 mois à l'exclusion du temps passé en FRANCE.

Cet accord a été partiellement respecté, Madame X épouse Y n'a pas ramené Charles en AUSTRALIE en octobre 2010, mais elle a accepté de confier l'enfant à son oncle et à sa tante qui l'ont ramené.

Charles a été inscrit à l'école de CLAREMONT et a effectué sa rentrée scolaire en janvier 2011.

La mère de Madame X épouse Y est tombée gravement malade mais son état de santé ne permettant pas d'attendre la saisine du Tribunal de la Famille afin d'obtenir une ordonnance, les parties ont signé un document devant l'officier des douanes **le 12 avril 2011** authentifiant l'accord des parties sur **la permission de voyager** de l'enfant dans les termes suivants :

- Charles se rendra en FRANCE avec sa mère le 12 avril 2011 et rentrera à PERTH le 13 mai 2011.

- Si Catherine X épouse Y se trouve dans l'incapacité de ramener Charles le 13 mai 2011, elle accepte de payer tous les frais inhérents pour assurer le retour de Charles à cette date, y compris le paiement de billets d'avion de toutes personnes assurant ce retour.

Le 28 avril 2011 Catherine X épouse Y déposait au greffe du juge aux affaires familiales d'Auch une **requête en divorce** dans laquelle elle demandait que la résidence de l'enfant soit fixée chez elle, en FRANCE.

Monsieur Y indique, sans être démenti, que le 4 mai son épouse lui a téléphoné pour lui indiquer qu'elle resterait en FRANCE et ne ramènerait pas son fils.

Le 23 mai 2011 Monsieur Y a saisi l'autorité centrale australienne pour que le retour de l'enfant en AUSTRALIE soit ordonné sur le fondement de l'article 12 de la Convention de La Haye du 25/10/1980

Le 15 juillet 2011 le Procureur de la République du Tribunal de Grande Instance d'AGEN saisissait le Juge aux Affaires Familiales du Tribunal de Grande Instance D'AGEN sur le fondement de cette convention, de l'article D 211-9 du Code de l'Organisation Judiciaire et de l'article 1210-5 du Code de Procédure Civile aux fins de dire que le mineur regagnera son lieu de résidence habituel en AUSTRALIE.

Aux termes de l'article 12 alinéa 1° de la Convention de La Haye du 25/10/1980, le juge de l'Etat où se trouve l'enfant doit ordonner son retour immédiat lorsque l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement.

Aux termes de l'article 13 de la convention, l'autorité de l'Etat requis ne peut s'opposer au retour de l'enfant que s'il est démontré que :

- l'autre parent a consenti au déplacement, de façon suffisamment explicite,

- l'autre parent a acquiescé postérieurement au déplacement de façon explicite,
- le retour de l'enfant entraînerait pour lui un risque grave,
- si l'enfant lui-même, d'un âge suffisant et ayant une maturité appropriée pour que son avis soit pris en compte, s'y oppose.

- LA RÉSIDENCE HABITUELLE DE L'ENFANT :

Madame X épouse Y prétend que la résidence habituelle de l'enfant était en FRANCE au motif qu'il y est inscrit à la Sécurité Sociale depuis 2009 et qu'il y a été scolarisé en 2009 et en 2010.

Il résulte des documents produits qu'il a été scolarisé en FRANCE un mois en 2009 en première section et qu'il a été inscrit pour les années suivantes en moyenne section et en grande section.

Cela n'implique pas qu'il y ait suivi une scolarité régulière alors qu'il est par ailleurs justifié que, depuis sa naissance, l'enfant a toujours vécu en AUSTRALIE, sauf pendant les vacances, qu'en juin 2010 les deux parties ont signé un accord parental prévoyant la résidence de l'enfant en AUSTRALIE, sa scolarisation dans une école en AUSTRALIE et qu'il a fait régulièrement sa rentrée scolaire en AUSTRALIE en janvier 2011.

En réalité, Madame X épouse Y a profité de ses voyages en FRANCE, dont il est fait mention dans l'accord parental pour scolariser son fils quelques mois compte tenu de l'inversion des dates de rentrée scolaire dans les deux pays.

Madame X épouse Y soutient ensuite qu'il n'y a plus de domicile familial en AUSTRALIE.

Mais ce point est indifférent à la résidence de l'enfant et a été réglé par l'accord parental qui prévoyait la résidence de l'enfant chez la mère la semaine et chez le père le week-end.

Contrairement à ce qu'elle indique, l'autorisation de voyage signée le 12/04/2011 n'a pas mis fin à l'accord parental du 21 juin 2010, au contraire, il est une des modalités de son exécution cet accord stipulant que les parents se feront part de tout changement survenant dans les arrangements concernant l'enfant, ce qui en l'espèce a été fait et l'autorisation prévoyant expressément le retour de l'enfant.

Il résulte ainsi de l'accord parental du mois de juin, puis de l'autorisation de voyage du mois d'avril 2011, que le lieu de scolarisation de Charles était à PERTH, que son lieu de vie est en AUSTRALIE puisque l'article 1° de l'accord stipule 'Charles vit avec sa mère tous les jours de la semaine et il est aux soins de son père tous les week-end' et que par conséquent la résidence habituelle du mineur était en AUSTRALIE, les périodes de vacances en FRANCE pour lesquelles d'ailleurs la présence du père était aussi prévue, constituaient dans l'accord une dérogation au principe de la résidence en AUSTRALIE.

L'accord n'était limité dans le temps qu'en ce qui concerne la présence de Madame X épouse Y à PERTH, pas celle de son fils. Enfin, le fait que Madame X épouse Y ait prélevé la somme de 95.000 € sur le compte commun, somme provenant de la vente du domicile conjugal, n'est

que l'application des règles du partage des biens communs et n'implique là encore aucune acceptation de la part du père d'une installation de son fils en FRANCE.

Ainsi, il résulte de l'ensemble de ces éléments que la résidence habituelle du mineur était en AUSTRALIE lors de son déplacement.

- L'ACCEPTATION DU DÉPART :

Monsieur Y n'a pas accepté, lors de son dernier départ, que Charles ne revienne pas, il n'a pas consenti à son déplacement définitif puisque l'accord conclut le 21 avril 2011 prévoyait le retour de l'enfant le 13 mai.

Le fait pour Madame X épouse Y d'avoir refusé le retour de Charles en AUSTRALIE le 13 mai prive depuis cette date le père de son droit de garde et constitue ainsi un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention de la Haye.

- L'AUDITION DU MINEUR :

L'enfant est âgé de six ans, il est trop jeune pour être entendu.

-L'ACQUIESCEMENT DU PÈRE POSTÉRIEUREMENT AU DÉPLACEMENT :

Les parties, depuis le déplacement de l'enfant, ont beaucoup communiqué, le père s'inquiétant, à juste titre du sort de son enfant.

Ils ont échangé divers mails.

Puis, Monsieur Y est venu en FRANCE au mois d'août pour voir son fils.

Madame X épouse Y soutient qu'ainsi il a accepté le déplacement de son fils, n'a émis aucune opposition à sa scolarisation et avait même envisagé de l'amener à l'école pour la rentrée scolaire.

La Cour relève cependant plusieurs éléments.

Dès que Monsieur X épouse Y a appris que son fils ne rentrerait pas, il a saisi l'autorité centrale australienne pour que le retour de l'enfant en AUSTRALIE soit ordonné.

Le 10 mai, il écrivait à son épouse 'je ne suis pas d'accord que tu aies sa garde en FRANCE'.

En juillet 2011, il précise dans un mail adressé à Madame X épouse Y 'En ce qui te concerne je ferais tout mon possible pour t'aider. Je peux remeubler une maison pour toi immédiatement... Si un tribunal décide de ce qui est juste alors soit. Quelle qu'elle soit, je respecterai la décision de justice puisqu'il auront Charlie comme priorité.'

Le 6 octobre 2011, il lui écrit ' je t'en prie sois raisonnable et reviens avant que cela ne passe au tribunal'.

Ainsi, Monsieur Y est certes venu en FRANCE pour tous ses congés pour voir son fils, a été avisé de sa scolarisation, de la date de sa rentrée scolaire. Mais cela n'implique nullement une

acceptation tacite de son non retour quand ses écrits, et ses actes, manifestent sa volonté persistante d'un retour de son fils en AUSTRALIE.

Monsieur Y et Madame X épouse Y sont tous deux des parents responsables, très soucieux du bien être de leur fils et qui ont tout fait depuis leur séparation pour ne pas l'impliquer dans le conflit les opposant, Madame X épouse Y ne mettant jamais aucun obstacle à la communication de Charles avec son père, Monsieur Y ayant choisi la voie légale pour faire reconnaître son droit. Doit-on aujourd'hui s'en saisir pour lui opposer un acquiescement tacite à une situation qu'il a condamnée dès le premier jour, et n'a jamais cessé de condamner en poursuivant la procédure légale permettant le retour de son fils.

La Cour ne peut que constater que Monsieur Y n'a jamais manifesté sans équivoque et de façon certaine son intention de renoncer au retour de son fils.

La décision déferée sera infirmée sur ce point.

- LE RISQUE GRAVE :

Madame X épouse Y soutient enfin que séparer Charlie de sa mère le mettrait dans une situation intolérable.

Il est évident que Charlie, comme tout enfant de cet âge, profondément attaché à ses deux parents, souffre de leur séparation et souffre de ne plus être avec eux deux réunis.

Il n'est pas contesté que Madame X épouse Y s'est toujours occupée de lui au quotidien et que celle-ci refusant de repartir en AUSTRALIE, il y vivra seulement avec son père ne voyant sa mère qu'à l'occasion des voyages, mais aussi quotidiennement si elle le souhaite par l'intermédiaire de 'Skype'.

Pour autant, rien ne permet d'indiquer qu'il serait en danger physique ou psychique et courrait un risque grave s'il était séparé de sa mère ou serait placé dans une situation intolérable.

Il a vécu plus longtemps en AUSTRALIE qu'en FRANCE. Monsieur Y est entouré d'une famille elle aussi très attachée à l'enfant. Mais surtout, la décision de la Cour ne consiste pas à séparer Charlie de sa mère, mais à sanctionner uniquement la voie de fait consistant en son déplacement illicite. D'ailleurs en AUSTRALIE, le principe de la résidence de l'enfant avec sa mère est posé et celle-ci, également de nationalité australienne, est libre d'y retourner.

Les parents sont suffisamment soucieux de l'intérêt de Charlie pour ne rien faire qui puisse lui faire du mal. Ils ont tout fait depuis leur séparation pour maintenir les liens entre eux trois.

Le dialogue doit se poursuivre, mais dans le cadre légal, sans qu'aucun ne puisse s'autoriser à mettre l'autre devant le fait accompli.

Il y a donc lieu d'ordonner le retour en AUSTRALIE de Charles à compter du 17 décembre 2011. Il faut en effet préparer l'enfant à ce retour, lui permettre d'achever son premier trimestre de scolarité, et surtout de permettre aux parents pendant ce délai de trouver un terrain d'entente pour la poursuite de leurs relations dans l'avenir dès lors que désormais, Monsieur Y est libre de consentir ou non au maintien de son enfant en France.

La FRANCE est un état de droit, les décisions de justice y sont exécutées, compte tenu de l'attitude de la mère depuis le début de la procédure, il n'y a pas lieu d'assortir la décision d'une astreinte.

En application de l'article 26 de la convention, tous les frais engagés par le père ou en son nom, notamment les frais de voyage, de représentation judiciaire, de retour de l'enfant et toutes les dépenses et frais causés par les opérations liées au retour de l'enfant seront mis à la charge de la mère.

PAR CES MOTIFS

La Cour, après en avoir délibéré conformément à la loi, après débats en chambre du conseil, statuant par arrêt contradictoire, prononcé par mise à disposition au greffe et en dernier ressort,

Vu la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant,

Déclare recevable l'appel du Ministère Public ,

Déclare recevable l'appel incident de Paul Y,

Au fond,

Infirme l'ordonnance déferée,

Statuant à nouveau,

Ordonne le retour de Charles Y en AUSTRALIE, lieu de résidence habituelle de l'enfant à compter du 17 décembre 2011,

Condamne Madame Catherine X épouse Y à payer à Monsieur Y la somme de 5.000 € au titre de l'article 26 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, cette somme incluant les frais de transport de l'enfant et de la personne l'accompagnant,

Condamne Madame Catherine X épouse Y aux entiers dépens de l'appel,

Autorise les avoués de la cause à recouvrer les dépens conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de Procédure Civile.

Le présent arrêt a été signé par Bernard B... Président et Nathalie C... Greffier.

Le Greffier Le Président

N. C..., B. B...