

Arrêt civil

Audience publique du 6 novembre deux mille treize

Numéro 40390 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Serge WAGNER, avocat général;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

M),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch en date du 12 août 2013,

comparant par Maître Lony THILLEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

e t :

H),

intimé aux fins du susdit exploit RUKAVINA du 12 août 2013,

comparant par Maître Paulo FELIX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier du 24 avril 2013, H) a fait donner assignation à M) à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme juge des référés, pour principalement voir ordonner le retour des enfants X) et Y) auprès de lui à P-____.... ; subsidiairement voir ordonner le retour des enfants à leur résidence habituelle à P-___.

Il demandait encore l'exécution provisoire de l'ordonnance et la condamnation de la défenderesse aux frais.

A l'appui de sa demande, le requérant faisait valoir qu'il est marié avec M) depuis l'année 2002 ; que les enfants X) (né le ___) et Y) (née le ___) sont issus de cette union ; que le couple s'est séparé au courant de l'année 2012 et que par décision du 19 novembre 2012 du tribunal judiciaire de Soure, la garde des enfants ainsi que l'exercice des responsabilités parentales relatives aux actes de la vie courante ont été confiés à leur mère tandis qu'un droit de visite et d'hébergement, à exercer chaque deuxième fin de semaine, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, a été accordé au père.

Le 3 janvier 2013, M) s'est installée avec les enfants à ___ au Luxembourg, sans en avertir au préalable le requérant et à fortiori, sans en demander son autorisation.

H) soutient que les enfants sont depuis lors déscolarisés et qu'il est dans l'incapacité d'exercer son droit de visite et d'hébergement. Donnant à considérer que les enfants font l'objet d'un déplacement illicite, il base sa demande sur les articles 3 et 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, et sur l'article 9 de la Convention du 12 juin 1992 entre le Luxembourg et le Portugal relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite.

Par exploit d'huissier du 12 août 2013, M) a interjeté appel contre l'ordonnance du 16 juillet 2013 ordonnant le retour immédiat au Portugal des enfants X) et Y) et rejetant sa demande tendant à voir auditionner les deux enfants. Elle interjette encore appel « pour autant que de besoin » contre l'ordonnance du 18 juin 2013 ayant avant tout autre progrès en cause demandé au requérant d'éclairer le tribunal sur la question de savoir si la garde provisoire accordée à M), telle que prévue par la loi portugaise, inclut pour le parent titulaire, la prérogative de prendre seul et sans solliciter l'accord de l'autre parent, les décisions importantes concernant l'éducation

de l'enfant et notamment les décisions quant au lieu de résidence de l'enfant.

L'appelante demande principalement à voir dire que la demande de H) est irrecevable en vertu de l'adage « pas d'intérêt pas d'action ». Subsidiairement, elle demande à voir constater qu'en tant que titulaire de la garde des enfants elle est en droit de décider seule du lieu de leur résidence. M) demande à la Cour, par réformation de l'ordonnance, d'autoriser le maintien des enfants au Luxembourg à...

Finalement elle requiert l'exécution provisoire de l'arrêt.

L'intimé reconnaît que les enfants sont actuellement de retour au Portugal. Il conclut à la confirmation des deux ordonnances entreprises et rappelle que la décision statuant sur le droit de garde a été prise à un moment où toutes les parties résidaient au Portugal. La mère a ensuite, au début de l'année 2013, quitté avec les enfants le Portugal pour venir s'installer au Luxembourg. En agissant ainsi elle aurait privé le père de pouvoir exercer son droit de visite et d'hébergement tel que prévu par la décision du tribunal de Soure. Il conteste qu'en droit portugais, le titulaire du droit de garde ait le droit de déterminer le lieu de résidence alors que cette décision ne relèverait pas des actes de la vie courante.

Le Procureur d'Etat demande la confirmation des ordonnances entreprises.

L'appel interjeté le 12 août 2013 contre l'ordonnance du 16 juillet 2013 qui a été signifiée à M) le 7 août 2013 et contre l'ordonnance du 18 juin 2013, qui n'a pas été signifiée, est recevable.

Il n'y a plus lieu d'examiner la demande relative à l'audition des enfants alors que l'appelante a, lors de l'audience du 23 octobre 2013, expressément renoncé à celle-ci.

M) n'a pas entrepris les décisions du premier juge quant à l'application du règlement Bruxelles II.

Elle critique les décisions du premier juge sur deux points :

- pour ne pas avoir accordé à la mère, titulaire du droit de garde des enfants, le droit de décider seule du lieu de leur résidence ;

- pour ne pas avoir déclaré la demande du père irrecevable pour défaut d'intérêt alors qu'il a régulièrement vu ses enfants, toutes les deux semaines

au Luxembourg où il se déplace pour des raisons professionnelles et qu'il a également reçu les enfants pour l'exercice du droit d'hébergement.

Il convient d'abord d'analyser le premier moyen, à savoir l'intérêt à agir de H).

L'intérêt d'une partie au succès ou au rejet d'une prétention s'apprécie en principe au jour de l'introduction de la demande ou de l'appel; toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité à agir.

Il ressort de la décision du 19 novembre 2012 que H) s'est vu accorder un droit de visite à exercer un weekend tous les quinze jours ainsi qu'un droit d'hébergement pendant les vacances scolaires. Ces droits étaient à exercer au Portugal. En matière d'enlèvement d'enfants il importe peu que le requérant qui demande le retour de l'enfant ait pu le voir ou même l'héberger dans le pays où il a été déplacé. Au vu des développements ci-dessus, le père des enfants a manifestement un intérêt à agir.

Le moyen qui laisse d'être fondé requiert un rejet.

Il échet ensuite d'examiner s'il y a eu enlèvement ou déplacement illicite d'enfant.

L'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dispose que « Le déplacement ... est ... illicite : a) lorsqu'il y a eu violation d'un droit de garde, attribué à une personne ..., seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ... ».

La Convention complétée par les dispositions des articles 2.11 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 (dit règlement Bruxelles II) entend protéger l'existence d'un droit de garde attribué par l'Etat de résidence habituelle de l'enfant et l'exercice effectif de cette garde avant le déplacement.

La Convention ne vise pas le fond du droit, mais le rétablissement du statu quo, moyennant « le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ». C'est à bon droit que le premier juge a relevé que la Convention de La Haye ne recherche donc pas à régler le problème de l'attribution du droit de garde, mais repose sur le principe

que la discussion sur le droit de garde contesté devra être engagé devant les autorités compétentes de l'Etat où l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement.

Il n'appartient donc pas à la juridiction saisie sur base de l'article 3 de la Convention de La Haye de déterminer le milieu le mieux adapté aux besoins de l'enfant.

L'article 5 de la Convention de La Haye dispose qu'« Au sens de la présente Convention :

a) 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 ;

b) le « droit de visite » comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle ».

L'appelante a fait valoir que le titulaire du droit de garde peut décider seul du lieu de résidence des enfants.

Il ressort de la décision du tribunal judiciaire de Soure du 19 novembre 2012 que « les mineurs restent à la garde et entretien de leur mère à qui appartiendra l'exercice des responsabilités parentales relatives aux actes de la vie courante ».

L'article 1906 de la loi portugaise, issu de la réforme de 2009, prévoit les modalités pour l'« exercice des responsabilités parentales en cas de divorce, séparation de corps, déclaration de nullité ou annulation du mariage ». Le texte dispose dans son point 1 comme suit :

« les responsabilités parentales relatives aux questions de particulière importance pour la vie de l'enfant sont exercées en commun par les deux parents ... », et

le point 3 est rédigé comme suit :

« l'exercice des responsabilités parentales relatives aux actes de vie courante de l'enfant incombe au parent avec qui il réside habituellement, ou au parent avec lequel il se trouve temporairement ».

C'est à juste titre que le premier juge a décidé que la décision relative aux conditions de vie de l'enfant et notamment celle concernant le pays où il est appelé à résider et à être scolarisé constitue sans nul doute une des questions de particulière importance pour la vie de ce dernier qui doit donc être prise d'un commun accord par ses deux parents.

Eu égard au fait que H) s'oppose au transfert au Luxembourg de la résidence de ses deux enfants, leur déplacement est illicite.

L'article 13 alinéa 2 de la Convention de La Haye prévoit des exceptions au principe du retour immédiat inscrit à l'article 12 mais l'appelante n'a ni établi, ni même allégué une telle exception.

Au vu des développements qui précèdent, il y a lieu de confirmer le premier juge qui a constaté qu'il y a eu déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention et que le principe du retour immédiat des enfants trouve à s'appliquer conformément à l'article 12 alinéa 1^{er} de la Convention.

L'appel est à rejeter et il y a lieu de confirmer les deux ordonnances des 18 juin 2013 et 16 juillet 2013.

L'appelante demande encore à voir déclarer le présent arrêt exécutoire par provision nonobstant toutes voies de recours, avant enregistrement et sans caution.

Cette demande requiert un rejet alors que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif en la matière.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant comme en matière de référé, sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et de l'article 1110 du nouveau code de procédure civile, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

déclare l'appel recevable mais non fondé ;

confirme les ordonnances dont appel,

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent arrêt,

condamne M) aux frais et dépens de l'instance d'appel.