

No. Rôle: 157598
Réf. No. 785/2013
du 20 décembre 2013

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi 20 décembre 2013, tenue par Nous Fabienne GEHLEN, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Gabrielle SCHROEDER.

DANS LA CAUSE

E N T R E

le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant au Palais de Justice à Luxembourg, Plateau du St. Esprit, Cité Judiciaire, bâtiment PL,

sur demande de **A.**), demeurant au Portugal, (...),(...),(...)-(…),

partie demanderesse comparant par *Manon WIES, substitut au Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,*

E T

B.), demeurant à L-(…), (…),

partie défenderesse comparant par *Maître Florie HUBERTUS, avocat, en remplacement de Maître Nicky STOFFEL, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.*

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin 9 décembre 2013, le représentant du Ministère Public donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite.

Maître Florie HUBERTUS exposa les moyens de sa partie.

Sur ce le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit :

Par exploit de l'huissier de justice du 29 octobre 2013, le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg a fait donner assignation à **B.)** à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, à l'audience publique du 4 novembre 2013, pour voir ordonner le retour immédiat de l'enfant **E1.)**, né le (...) auprès de son père au Portugal, sis à (...),(...).

Au titre de sa requête déposée auprès de l'autorité centrale compétente du Portugal, **A.)** demande le retour immédiat de l'enfant mineur commun **E1.)**, motif pris que la mère de l'enfant serait venue s'installer au Luxembourg au courant de l'année 2010 ensemble avec leur fille commune **E2.)**, et son nouvel compagnon **C.)** ainsi que l'enfant **E3.)**, issu de la nouvelle relation de **B.)**. L'enfant **E1.)** serait resté au Portugal avec son père. Le 28 juillet 2012 la mère de l'enfant aurait déplacé l'enfant au Luxembourg sans l'accord du père et sans l'en avertir.

A.) considère que l'enfant a fait l'objet d'un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

Le couple **A.)-B.)** a vécu en union libre jusqu'en 2005. De leur union sont nés deux enfants **E1.)**, né le (...) et **E2.)**, née le (...). Au moment de la rupture du couple, **B.)** était enceinte de l'enfant **E2.)**.

Il résulte des éléments du dossier qu'après cette rupture **B.)** a vécu au Portugal avec les enfants **E2.)** et **E1.)** et avec son nouvel compagnon dont elle a fait la connaissance en 2006. Pendant tout ce temps, l'enfant **E1.)** visitait régulièrement ses grands-parents paternels ainsi que son père. Ce dernier n'a pas voulu faire la connaissance de l'enfant commun **E2.)**. En 2010 le couple **B.)** et **C.)** ont déménagé vers le Luxembourg alors que **C.)** ne trouvait plus de travail au Portugal et que ses parents y résidaient déjà. Au moment du déménagement, il était prévu que l'enfant **E1.)** reste auprès de son père afin qu'il puisse terminer sa classe au Portugal et que la mère vienne récupérer l'enfant pendant les vacances d'été 2011. Etant donné que l'enfant **E4.)**, né en 2011 des œuvres de son nouvel compagnon a dû être opéré à Bruxelles pour des problèmes cardiaques, il a été décidé que l'enfant **E1.)** reste encore au Portugal pour une nouvelle année scolaire. Pendant toute cette année la mère a eu des contacts réguliers avec son fils via skype. Elle reproche au père de ne jamais s'être intéressé à l'enfant et que seuls les grands-parents paternels s'occupaient du bien-être de l'enfant.

B.), qui s'oppose au retour de l'enfant au Portugal, fait valoir que les conditions d'application de la Convention de La Haye ne seraient pas remplies en l'espèce. Elle précise, à titre subsidiaire, et pour le cas où le juge saisi estimerait néanmoins que les conditions prévues à l'article 3 de la Convention précitée seraient réunies, qu'il n'y aurait pas lieu au retour immédiat de l'enfant sur base de l'article 13 b de la convention précitée.

Il est constant en cause que le père n'a plus vu l'enfant **E1.)** depuis le 28 juillet 2012.

A l'audience du 9 décembre 2013, le mandataire de **B.)** a précisé que l'enfant vit actuellement auprès de ses grands-parents paternels où **A.)** a son adresse officielle, de sorte que l'enfant aurait des repères avec ses grands-parents paternels et non avec son père.

La représentante du Ministère Public s'est rapportée à sagesse du tribunal.

La demande de **A.)** est basée sur les articles 1109 et 1110 du nouveau code de procédure civile et 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, ainsi que sur l'article 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, suite à une requête déposée par **A.)**, père de l'enfant **E1.)**, auprès de l'autorité centrale du Portugal, qui considère que l'enfant mineur commun fait l'objet d'un déplacement illicite au sens du prédit article.

La Convention de La Haye précitée ne vise pas le fond du droit de garde, mais le rétablissement du statu quo, moyennant « *le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant* ».

En vertu de l'article 3 de cette Convention, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite:

*« a) lorsqu'il a eu lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne.... par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et
b) que ce droit était exercé de façon effective... au moment du déplacement ou du non- retour
...*

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat ».

Il incombe au juge saisi de vérifier si la demande remplit les conditions prévues par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

La Convention entend ainsi 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.

Il résulte des renseignements fournis en cause que les parents de **E1.)** n'étaient pas mariés et vivaient en concubinage au Portugal jusqu'au courant de l'année 2010. L'enfant est né au Portugal.

B.) fait plaider qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant, de ne pas faire droit à la demande de retour au motif qu'il s'est bien intégré dans son nouveau milieu, qu'il travaille bien à l'école et qu'il a fait beaucoup de progrès au niveau comportement social depuis son arrivée du Portugal.

Aux termes de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, le président du tribunal d'arrondissement dans la juridiction duquel l'enfant a été trouvé est compétent pour statuer de toute action concernant le retour immédiat. Il statue comme en matière de référé.

L'enfant **E1.)** se trouvant actuellement au domicile de sa mère à (...), le juge saisi est compétent pour connaître de la demande.

Il convient de rappeler de prime abord que l'objectif principal de la Convention de La Haye, outre de garantir l'exercice du droit de visite, est de protéger l'enfant des effets nuisibles d'un enlèvement transfrontière (ou de non-retour illicite) au moyen d'une procédure destinée à garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle.

En vertu de l'article 3 de la Convention de La Haye, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il y a violation d'un droit de garde exercé de façon effective, seul ou conjointement, attribué à une personne, notamment de plein droit ou par une décision judiciaire, par la loi de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement. La Convention entend ainsi 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 (Conférence de La Haye de droit international privé (Hcch); Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue le 15 octobre 1980, Aperçu de la Convention, (www.hcch.net)).

Les conditions à remplir dans le cadre d'une demande de retour sont strictes. Le demandeur doit établir que: la résidence habituelle de l'enfant était située dans l'Etat vers lequel il demande le retour; le déplacement ou le non-retour de l'enfant constitue une violation du droit de garde tel qu'accordé par ce même Etat; et qu'il exerçait bien ce droit à l'époque du déplacement ou du non-retour illicites.

En l'espèce il ressort des éléments du dossier que, l'enfant a toujours vécu au Portugal jusqu'au 28 juillet 2012, date à laquelle la mère est venue récupérer l'enfant afin de l'installer définitivement au Luxembourg. Il est donc établi que l'enfant avait, avant son déplacement, sa résidence habituelle aux Portugal.

En ce qui concerne la notion de droit de garde retenue par la Convention pour définir le déplacement illicite d'enfants, il ressort des dispositions des articles 3 et 5 de la Convention, ainsi que des travaux préparatoires et du rapport explicatif, que les rédacteurs de la convention ont entendu assimiler la garde à l'autorité parentale, et non à la résidence de l'enfant ou à une simple garde physique de l'enfant. Le gardien au sens de la Convention est donc celui qui exerce l'autorité parentale, conjointement ou unilatéralement, peu important le lieu de résidence de l'enfant. Il s'ensuit que la violation du droit de garde est caractérisée, et ainsi le déplacement illicite, chaque fois qu'un parent décide unilatéralement de déplacer l'enfant dans un pays étranger alors que l'autre parent ou un tiers exerce conjointement l'autorité parentale (JurisClasseur Droit international, Fasc. 549-30, n° 24)

En l'occurrence il n'est pas contesté que **A.)** et **B.)** exercent conjointement l'autorité parentale sur leur enfant **E1.)** et que le déménagement vers le Luxembourg s'est fait sans l'autorisation de **A.)**, laquelle était requise en raison de la garde conjointe dont les deux parents étaient investis.

Le père n'ayant pas donné son consentement au déplacement de l'enfant, il faut retenir que qu'il y a déplacement illicite de l'enfant **E1.)** au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye.

Il résulte des pièces versées en cause que **A.)** n'a engagé une procédure de retour immédiat en date du 10 janvier 2013 auprès de l'autorité centrale au Portugal, parvenue au Parquet Général à Luxembourg le 25 mars 2013.

La mère a déplacé l'enfant le 28 juillet 2012.

Il s'ensuit que le délai d'un an prévu à l'article 12 alinéa de la convention a été respecté.

Aux termes de l'article 12 de la Convention, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3, et qu'une période de moins 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'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

La Convention prévoit néanmoins des exceptions à l'obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant lorsque les conditions d'application des articles 3 et 12 de la Convention sont remplies, tirées notamment des articles 13 et 20 de la Convention.

Aux termes de l'article 13 alinéa 1er lettre a) de la Convention, nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit 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 acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour.

L'article 13 alinéa 1er lettre b) de la Convention dispose que l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant s'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.

B.) fait plaider que **A.)** aurait tacitement accepté le déplacement de l'enfant eu égard au délai de huit mois s'étant écoulé entre le déplacement de l'enfant et la demande de retour et subsidiairement que le retour de l'enfant l'exposerait à une situation intolérable au sens de la Convention de La Haye. Par ailleurs la volonté réelle de **A.)** de s'occuper de l'enfant ne serait pas certaine.

Il résulte des développements qui précèdent que **A.)** n'a ni donné son consentement au déplacement de l'enfant, ni ne l'a accepté tacitement.

Il échet de noter qu'au vu du rapport dressé en cause par le SREC Mersch de la Police Grand-Ducale en date du 2 avril 2013, la mère garantit, contrairement aux affirmations du père à la base de sa demande, de bonnes conditions de vie à l'enfant **E1.**)

Enfin, sans préjudice quant à la question de savoir lequel des deux parents est en l'espèce le plus apte à s'occuper convenablement de l'enfant, il y a lieu de relever que ce qui est essentiel dans le présent litige, c'est le fait que **E1.**), âgé de 9 ans, vit et évolue depuis le 28 juillet 2012 dans le milieu maternel ensemble avec sa sœur cadette, de sorte que la mère représente pour lui à l'heure actuelle la seule personne de référence, élément déterminant pour assurer à l'enfant la stabilité nécessaire pour qu'il puisse évoluer positivement. A cela s'ajoute que l'enfant s'est parfaitement intégré dans son nouveau milieu familial et scolaire, tel que cela résulte du rapport d'évaluation psychologique des enseignants de l'enfant du 10 novembre 2013. Séparer l'enfant de sa mère, et de sa sœur à un moment où la présence maternelle est essentielle à son bien-être compte tenu de son âge et l'arracher à l'environnement auquel il est actuellement habitué, risquerait de compromettre gravement son état psychique.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le risque grave exigé pour l'application de l'article 13 b) de la Convention est donné en l'espèce.

Par application de l'article 13 b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, il n'y a partant pas lieu d'ordonner le retour de l'enfant **E1.**) auprès de son père au Portugal.

P A R C E S M O T I F S

Nous Fabienne GEHLEN, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, sur 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;

recevons la demande en la forme;

Nous déclarons compétent pour en connaître;

déclarons la demande recevable mais non fondée;

laissons les frais à charge de l'Etat.