

No. Rôle: 158983

Réf. No. 165/2014

du 10 mars 2014

Audience publique extraordinaire des référés du lundi, 10 mars 2014, 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,

partie demanderesse comparant par Madame Tania NEY, premier substitut au Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

en présence de:

A.), demeurant à NL-(...), (...),
comparant par Maître Cristina PEIXOTO, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

B.), demeurant à L-(...), (...),

partie défenderesse comparant par Maître Filipe VALENTE, avocat, demeurant à Esch-sur-Alzette,

F a i t s

A l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 24 février 2014, Madame Tania NEY donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendu en ses explications;

Maître Cristina PEIXOTO et Maître Filipe VALENTE furent entendus en leurs explications;

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 9 janvier 2014, 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 en matière de référé, pour voir ordonner le retour immédiat de l'enfant **E1.)**, né le 23 décembre 2003 au Portugal auprès de son père **A.)** demeurant à Rotterdam.

Il résulte des éléments du dossier que l'enfant **E1.)** est né le (...) de l'union entre **A.)** et **B.)**, dont le divorce par consentement mutuel a été prononcé par décision de l'officier de l'état civil de Sao Joao da Madeira du 15 novembre 2007, laquelle a investi les deux parents d'une autorité parentale conjointe sur l'enfant **E1.)**.

Au titre de sa demande parvenue au Parquet Général le 14 octobre 2013, **A.)** demande le retour immédiat de son fils **E1.)**, motif pris que la mère de l'enfant, **B.)**, aurait déplacé l'enfant au Luxembourg en juillet 2013 sans l'accord du père.

A.) précise que le départ de son ex-épouse ensemble avec l'enfant mineur commun aurait eu lieu à son insu et sans son accord préalable, voire postérieur, de sorte qu'il y aurait enlèvement international, en application de Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Il résulte des renseignements fournis en cause que **A.)** et **B.)** se sont mariés au Portugal le 7 septembre 2002 où ils résidaient jusqu'en décembre 2006, date à laquelle ils se sont installés aux Pays-Bas. En juillet 2007, **B.)** est retournée vivre au Portugal avec l'enfant commun où elle demanda le divorce.

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, il a été convenu que la garde de l'enfant **E1.)** est confiée à la mère et que les deux parties exercent conjointement l'autorité parentale.

Après le divorce chacune des parties s'est remariée. De chaque union sont nés deux enfants.

B.) est restée dans un premier temps au Portugal avec l'enfant **E1.)** avant de revenir avec son nouveau conjoint aux Pays-Bas en juillet 2011. Pendant toute cette période, les relations entre ex-poux étaient normales, **A.)** disposait d'un droit de visite et d'hébergement régulier sur l'enfant commun **E1.)**. En juillet 2013, **B.)** et son conjoint, ensemble avec l'enfant **E1.)**, se sont installés au Luxembourg pour des raisons de santé de l'enfant **E2.)**, issu de la nouvelle relation de **B.)**.

Par requête du 7 juin 2013 déposée au tribunal de Rotterdam, **A.)** demanda une modification de son droit de visite et d'hébergement. Par requête supplémentaire du 13 août 2013, déposée après le départ définitif de **B.)** des Pays-Bas, **A.)** a demandé que la résidence de l'enfant soit fixée auprès de lui et subsidiairement le retour de l'enfant au Pays-Bas.

Par jugement du 13 septembre 2013, rendu par défaut à l'égard de **B.)**, le tribunal de Rotterdam a fixé la résidence de l'enfant auprès de son père.

De fin août 2013 jusqu'au 13 septembre 2013 le père exerçait un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant **E1.)**.

Le 13 septembre 2013, **B.)** est venue chercher l'enfant auprès de son père pour le ramener au Luxembourg. A cette occasion, **A.)** lui a remis la décision néerlandaise sur la résidence de l'enfant. Selon **A.)**, il a été convenu que **B.)** exerce un droit de visite et d'hébergement jusqu'au 15 septembre 2013, la veille de la rentrée scolaire.

B.) n'a plus ramené l'enfant auprès de son père à la fin de ce droit de visite. Depuis cette date **A.)** n'a plus de contact avec son fils.

B.) critique la décision néerlandaise rendue par défaut et faisant mention qu'elle est « sans résidence connue aux Pays-Bas ou à l'étranger » au motif qu'elle n'a pas été régulièrement convoquée alors que **A.)** connaissait pertinemment son adresse au Luxembourg qui figure dans la convention signée entre époux le 24 octobre 2007. Par ailleurs le prédit jugement ne lui aurait pas été signifié.

Cette décision est sans influence sur le présent litige alors que le juge des référés se place au jour où l'enfant fut enlevé par la mère pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner son retour aux Pays-Bas ou non. Il n'est pas contesté qu'en juillet 2013, au moment où la mère a quitté les Pays-Bas ensemble avec l'enfant commun, l'autorité parentale était conjointement exercée par les deux ex-époux.

B.), qui s'oppose au retour de l'enfant au Portugal, fait encore valoir que les conditions d'application de la Convention de La Haye ne seraient pas remplies en l'espèce. Elle affirme avoir informé **A.)** de son départ vers le Luxembourg ensemble avec l'enfant commun **E1.)**. Ainsi elle aurait régulièrement fait une déclaration de changement d'adresse en date du 12 juillet 2013 auprès des autorités compétentes néerlandaise et elle aurait été en contact permanent avec le père de l'enfant ce qui résulterait du relevé téléphonique, versé en cause, pour la période du 23 juillet 2013 au 22 août 2013.

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 des Pays-Bas, 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 ».

L'article 12 de la Convention est conçu comme suit:

« *Lorsqu'un enfant a été déplacé ... au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ... 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 ordonne son retour immédiat* ». « ... ».

La règle inscrite à l'article 12 se comprend aisément alors que les auteurs de la Convention ont voulu éviter que l'auteur du déplacement d'un enfant ne profite d'une situation de fait créée par lui et de l'écoulement d'un certain laps de temps pour pouvoir s'opposer au retour de l'enfant dans son pays d'origine. La limite de 12 mois s'explique de même par le souci de ne pas vouloir traumatiser un enfant en l'arrachant du nouveau milieu dans lequel il évolue depuis son déplacement.

L'article 13 alinéa 1 de la Convention est conçu comme suit:

« *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 ... qui s'oppose à son retour, établit* » :

« *a) que la personne ... avait consenti ou acquiescé postérieurement au déplacement ou à son non-retour* » ;

« *b) qu'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.*

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

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 la Convention de La Haye 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 (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 vécu aux Pays-Bas jusqu'au 13 juillet 2013, date à laquelle la mère s'est définitivement installée avec l'enfant au Luxembourg. Il est donc établi que l'enfant avait, avant son déplacement, sa résidence habituelle aux Pays-Bas.

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).

Il n'est pas contesté qu'au moment de la demande de retour immédiat de l'enfant, l'exercice du droit d'autorité parentale sur l'enfant mineur commun était conjointe.

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.

Il ne résulte pas des éléments du dossier que le père ait donné son consentement au déplacement de l'enfant. Le simple fait que les parties étaient en contact régulier entre juillet et août 2013 ne permet pas de conclure qu'il y ait accord préalable sinon postérieur, de sorte qu'en décidant seule du lieu de résidence de l'enfant, **B.)** a violé le droit d'autorité parentale du père.

Il faut donc 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.)** a engagé une procédure de retour immédiat parvenue au Parquet Général le 14 octobre 2013.

La mère a déplacé l'enfant le 13 juillet 2013.

Il s'ensuit que le délai d'un an prévu à l'article 12 précité de la Convention prévoyant le retour immédiat de l'enfant a été respecté.

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 de l'article 13 alinéa 1 a) et b) précité de la Convention.

En l'occurrence, en l'absence de tout accord du père avec un changement de résidence de l'enfant, les conditions de l'exception au retour telle que libellées à l'article 13 alinéa 1 sub a) de la Convention de la Haye ne se trouvent pas remplies en l'espèce.

Par ailleurs la mère de l'enfant est restée en défaut de rapporter la preuve que l'enfant serait exposé à son retour aux Pays-Bas à un quelconque danger, elle n'a même pas fait état d'un éventuel risque grave que courrait l'enfant en cas de retour immédiat, de sorte que les conditions de l'exception au retour telle que libellées à l'article 13 alinéa 1 sub b) de la Convention de la Haye ne se trouvent pas non plus remplies en l'espèce.

Il s'ensuit que le non-retour de l'enfant est à déclarer illicite au sens de l'article 3 de la Convention et la demande du Procureur d'Etat est à déclarer fondée et le retour immédiat de l'enfant **E1.)** est à ordonner auprès de son père conformément à l'article 12 alinéa 1^{er} de la Convention.

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, 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, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

recevons la demande en la forme,

nous déclarons compétent pour en connaître,

ordonnons le retour immédiat de l'enfant **E1.**, né le (...) à (...) (Portugal), auprès de son père **A.**, né le (...) à (...) (Portugal), demeurant à NL-(...), (...),

laissons les frais et dépens à charge de **B.**),

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours et sans caution.