

Référé n° 144/2013

Audience publique des référés tenue le mardi, 18 juin 2013 à 14.00 heures au Palais de Justice à Diekirch, où étaient présentes

Madame **Lexie BREUSKIN**, juge de la jeunesse près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme juge des référés, en remplacement de la présidente dudit tribunal,

Madame Maryse WELTER, greffier en chef,

dans la cause

ENTRE

A.), sans état connu, né le (...), demeurant à P-(...), (...),

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

ET

B.), sans état connu, née le (...), demeurant à L-(...), (...),

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

FAITS

Par exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG, immatriculé près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, en date du 24 avril 2013, **A.**) a fait donner assignation à **B.**) à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme juge des référés, au Palais de Justice à Diekirch, à l'audience publique du mardi, 14 mai 2013 à quatorze heures, aux fins spécifiées ci-après.

Après plusieurs remises, l'affaire fut utilement retenue à l'audience publique du mardi, 11 juin 2013.

Maître Maximilien KRZYSZTON, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Paulo FELIX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, mandataire de **A.**), donna lecture de l'assignation et fut entendu en ses explications et moyens.

Maître Lony THILLEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, mandataire de **B.**), fut entendue en ses explications et moyens de défense.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et fixa jour pour le prononcé à l'audience publique du mardi, 18 juin 2013, audience à laquelle fut rendue l'

I'ORDONNANCE

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG, immatriculé près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, en date du 24 avril 2013, **A.**) a fait donner assignation à **B.**) à comparaître devant le président du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme en matière de référés, afin de voir ordonner le retour immédiat des enfants communs mineurs **E1.**), né le (...) et **E2.**), née le (...) auprès de leur père, **A.**), demeurant à P-(...), Portugal, sinon, subsidiairement, ordonner le retour des deux enfants communs mineurs, **E1.**) et **E2.**), préqualifiés, auprès de leur résidence habituelle à P-(...), Portugal.

A la base de sa demande **A.**) fait valoir que suivant décision du 19 novembre 2012 rendue par le Tribunal Judicial de Soure, la garde des enfants communs, ainsi que l'exercice des responsabilités parentales relatives aux actes de la vie courante aurait été confiée à leur mère. Lui-même aurait obtenu un droit de visite et d'hébergement à exercer chaque deuxième week-end ainsi que la moitié des vacances scolaires. En date du 3 janvier 2013, sans préjudice quant à la date exacte **B.**) se serait installée, ensemble avec les enfants, à (...) sans en avertir le père, voire solliciter l'accord de ce dernier.

Vu le déplacement illicite des enfants, il demande à voir ordonner leur retour immédiat.

Il base sa demande sur l'article 3 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980, désignée ci-après par « Convention de la Haye » et de l'article 9 de la Convention du 12 juin 1992 entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République portugaise relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite.

Sur question spécifique concernant la régularité de la procédure d'introduction de la demande en cause, les parties ont conclu, toutes les deux, à l'application de la convention du 12 juin 1992 entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République portugaise relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite stipulant dans son article 5.5 que « *la présente convention ne fait pas obstacle à la faculté pour toute personne intéressée de saisir directement les autorités judiciaires compétentes des deux Etat contractants et d'intervenir à tout moment de la procédure.* »

Or, il appert que cette convention, entrée en vigueur en date du 1^{er} juin 1995 n'est plus d'application. En effet, l'article 59 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 le nouveau règlement Bruxelles II « *remplace, pour les Etats membres, les conventions existant au moment de l'entrée en vigueur du présent règlement, qui ont été conclues entre deux ou plusieurs Etats membres et qui portent sur des matières réglées par le présent règlement.* » Etat donné que, justement, ce règlement prévoit une procédure uniformisée pour assurer le retour immédiat d'un enfant déplacé illicitement ou ayant fait l'objet d'un non retour illicite, les dispositions prévues par l'instrument européen doivent être appliquées à la présente cause.

Il résulte du considérant 17 du règlement Bruxelles II qu'en cas de déplacement ou de non retour illicite d'un enfant, son retour devrait être obtenu sans délai et à cette fin, dans le cadre d'une demande de retour de l'enfant introduite, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 continue à s'appliquer telle que complétée par certaines dispositions du nouveau règlement Bruxelles II, notamment son article 11.

Si, en vertu de l'article 1109 du nouveau Code de procédure civile, le procureur d'Etat a qualité pour intenter toute action relative à l'application de la Convention de la Haye, l'article deux de la même disposition stipule que « *le présent article ne fait pas obstacle à la faculté pour toute personne intéressée de saisir directement, à tout moment de la procédure, la juridiction compétente, ni pour l'autorité centrale, de charger un avocat.* »

Il s'ensuit qu'A.) a qualité pour intenter directement une action visant le retour de ses enfants, déplacés, selon lui, de manière illicite au sens de la Convention de la Haye.

La Convention de la Haye 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 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 et que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour.

Aux vœux des articles 11 et 12 de la même convention et des articles 2.11) et 11 du Règlement Bruxelles II, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens du prédit article 3, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant procède d'urgence et ordonne son retour immédiat.

Aux termes de l'article 2.11) Règlement Bruxelles II, on entend par « *déplacement ou non-retour illicites d'un enfant* », le déplacement ou le non-retour d'un enfant « *lorsqu'il a eu lieu en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour et sous réserve que le droit de garde était exercé effectivement, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour.* ».

La Convention, complétée par les dispositions du Règlement Bruxelles II, 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 y a donc lieu d'examiner si les conditions d'application de la Convention sont remplies en l'espèce.

L'article 5 de la Convention de la Haye prévoit que « *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* »

Il résulte de la base de données INCADAT mise à disposition par la Conférence de la Haye de droit international privé que les tribunaux d'un nombre très majoritaire d'États considèrent même que le droit pour un parent de s'opposer à ce que l'enfant quitte le pays est un droit de garde au sens de la Convention. (**Australie**, *In the Marriage of Resina* [1991] FamCA 33, [Référence INCADAT : HC/E/AU 257]; *State Central Authority v. Ayob* (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567 [Référence INCADAT : HC/E/AU 232] ; *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane) [Référence INCADAT : HC/E/AU 294]; **Autriche**, 2 *Ob* 596/91, 05 February 1992, Oberster Gerichtshof [Référence INCADAT : HC/E/AT 375]; **Canada**, *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [Référence INCADAT : HC/E/CA 11]; *Thorne v. Dryden-Hall*, (1997) 28 RFL (4th) 297 [Référence INCADAT : HC/E/CA 12]; *Decision of 15 December 1998*, [1999] R.J.Q. 248 [Référence INCADAT : HC/E/CA 334]; **Royaume-Uni - Angleterre et Pays de Galles**, *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] Fam Law 228 [Référence INCADAT : HC/E/UKe 34]; *Re D. (A child) (Abduction: Foreign custody rights)* [2006] UKHL 51, [Référence INCADAT : HC/E/UKe 880]; **France**, *Ministère Public c. M.B.* 79 Rev. crit. 1990, 529, note Y. Lequette [Référence INCADAT : HC/E/FR 62]; **Allemagne**, 2 *BvR* 1126/97, Bundesverfassungsgericht, (Federal Constitutional Court), [Référence INCADAT : HC/E/DE 338]; *10 UF* 753/01, Oberlandesgericht Dresden, [Référence INCADAT : HC/E/DE 486]; **Royaume-Uni – Écosse**, *Bordera v. Bordera* 1995 SLT 1176 [Référence INCADAT : HC/E/UKs 183]; *A.J. v. F.J.* [2005] CSH 36, 2005 1 SC 428 [Référence INCADAT : HC/E/UKs 803], **Afrique du Sud**, *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC), [Référence INCADAT : HC/E/ZA 309], **Suisse**, *5P.1/1999*, Tribunal fédéral suisse, (Swiss Supreme Court), 29 March 1999, [Référence INCADAT : HC/E/CH 427]. **La Cour, européenne des droits de l'homme** a adopté l'approche majoritairement suivie à l'étranger, voir: *Neulinger & Shuruk v. Switzerland*, No. 41615/07, 8 January 2009 [Référence INCADAT :HC/E/ 1001], Décision confirmée par la Grande Chambre: *Neulinger & Shuruk v. Switzerland*, No 41615/07, 6 July 2010 [Référence INCADAT :HC/E/ 1323])

En l'occurrence, il résulte des renseignements fournis, et notamment d'un « *procès verbal de conférence* » établi par le Tribunal Judiciaire de Soure qu'un accord entre parties quant au « *régime provisoire suivant* » a pu être acté en date du 19 novembre 2012 :

« 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 ».

Un droit de visite et d'hébergement est accordé au père, devant s'exercer tous les quinze jours de vendredi 20.00 à dimanche 20.00, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, avec charge pour ce dernier d'aller chercher et de ramener les enfants chez la mère.

Si le tribunal peut en déduire qu'effectivement, le droit de garde ait, provisoirement, été attribué à la mère, le père étant investi d'un droit de visite et d'hébergement, il ne résulte cependant pas des éléments versés en cause, si ce droit de garde provisoire tel que prévu 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.

Il y a dès lors lieu d'ordonner la rupture du délibéré pour permettre à la partie demanderesse d'éclairer le tribunal sur cette question.

L'affaire est refixée à une audience ultérieure pour continuation des débats.

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

Nous, Lexie BREUSKIN, juge de la jeunesse du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière des référés, en remplacement de la Présidente dudit Tribunal, assistée du greffier en chef Maryse WELTER, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme;

Nous déclarons compétent pour en connaître;

avant tout autre progrès en cause,

ordonnons la rupture du délibéré pour permettre à **A.)** d'éclairer le tribunal sur la question de savoir si la garde provisoire accordée à **B.)**, 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 ;

réservons les frais et dépens de l'instance;

refixons l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique de référé du mardi, 9 juillet 2013 à 14.00 heures ;

ordonnons l'exécution provisoire sur minute de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.

Ainsi prononcé en audience publique à Diekirch, le juge de la jeunesse et le greffier ayant signé la présente ordonnance, date qu'en tête.