

## Référé No. 183/2013

Audience publique des référés tenue le mardi, 16 juillet 2013 à 14.00 heures au Palais de Justice à Diekirch, où étaient présentes

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

**Suzette KALBUSCH**, greffier assumé,

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

Les faits et rétroactes résultent d'une ordonnance de référé n° 144/2013, rendue entre parties en date du 18 juin 2013 par le juge des référés près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch et dont le dispositif est conçu comme suit :

## “ PAR CES MOTIFS

*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. »*

A l'appel de la cause à l'audience publique du mardi, 9 juillet 2013 à 14.00 heures, l'affaire fut utilement retenue.

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.)**, 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, 16 juillet 2013 à 14.00 heures, à laquelle fut rendue

## I'ORDONNANCE

qui suit:

Revu l'ordonnance de référés n° 144/2013 rendue en date du 18 juin 2013.

La question qui se posait en l'occurrence est celle de savoir si le droit de garde provisoire accordé à la mère lors de la procédure de divorce entamée au Portugal, inclut la prérogative dans son chef de prendre seul et sans solliciter l'accord du père, les décisions importantes concernant l'éducation des enfants, et notamment, les décisions quant au lieu de résidence des enfants.

La mandataire du père, en versant en cause l'extrait pertinent de la loi portugaise, conclut qu'en vertu de ces dispositions, la mère n'était pas habilitée à déplacer les enfants et à procéder à leur déscolarisation sans l'accord du père. Il s'agirait en effet d'une « *question de particulière importance pour la vie de l'enfant* », question dont la responsabilité incomberait en commun aux deux parents, ce même après divorce.

La mandataire de la mère estime que l'on pourrait discuter si le fait de déplacer des enfants dans un autre pays constituerait une telle « *question de particulière importance pour la vie de l'enfant* ». En l'occurrence, les circonstances particulières de l'affaire commanderaient un non-retour des enfants, qui seraient nés au Luxembourg et y auraient vécu jusqu'en 2007. La situation économique au Portugal serait mauvaise et la mère serait retournée au Luxembourg suite au souhait de ses enfants. Les enfants seraient inscrits à l'école au Luxembourg depuis janvier 2013 et bien intégrés. Elle-même se serait refait une situation au Luxembourg. Quant au père, il détiendrait une société de transport au Luxembourg et se rendrait 2 fois par mois au Luxembourg dans ce cadre, de sorte qu'il verrait les enfants régulièrement. L'intérêt des enfants imposerait que leur retour ne serait pas ordonné.

A.) ne conteste pas avoir contact régulier avec ses enfants, mais estime que cette circonstance ne saurait enlever au déplacement son caractère illicite. Il conteste que les enfants auraient souhaité être déplacés au Luxembourg. La mère l'aurait mis devant le fait accompli, façon de procéder qui serait inadmissible.

Il doit être rappelé et souligné que 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 pays contractant* » ; c'est-à-dire qu'elle essaie en tout premier lieu de régler le retour des enfants déplacés ou retenue illicitement en dehors de leur milieu naturel. Elle 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 fond, c'est-à-dire 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, cela aussi bien si le déplacement a eu lieu avant qu'une décision sur la garde ait été rendue que si le déplacement s'est produit en violation d'une décision de justice (cf. doc. Parl. N° 2910 relatif au projet de loi portant approbation de la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à la Haye le 25 octobre 1980, p.2)

Il s'ensuit qu'il n'appartient pas au juge saisi sur base de l'article 3 de la convention de la Haye de se prononcer sur les capacités éducatives des deux parents ou encore les circonstances de fait de l'affaire en vue de déterminer le milieu le mieux adapté aux besoins de l'enfant, ou encore le parent compétent, pour exercer le droit de garde de l'enfant déplacé.

En vertu de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, 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.

L'article 1906 alinéa 1 de la loi portugaise concernant l'exercice des responsabilités parentales en cas de divorce, versé en l'espèce, stipule que « *les responsabilités parentales relatives aux questions de particulière importance pour la vie de l'enfant sont exercées en commun par les deux parents conformément à ce qui était en vigueur lors de la constance du mariage, sauf dans les cas d'urgence manifeste, où n'importe quel parent peut agir seul, devant transmettre les renseignements à l'autre dès que possible.* » Si cette disposition règlementent les relations entre parents pour le période de temps suivant la décision de divorce, il doit être déduit que, a fortiori, pendant la procédure de divorce, les parents, non-divorcés, ne disposent pas de de prérogatives moins importantes.

La décision relative aux conditions de vie de l'enfant et notamment celle concernant le pays dans lequel l'enfant 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 être prise d'un commun accord par les deux parents. A.) s'opposant en l'occurrence au séjour des deux enfants au Luxembourg, il y a lieu de constater que leur déplacement est illicite.

Dans pareille hypothèse, les articles 11 et 12 de la même convention et des articles 2.11) et 11 du règlement CE n° 2201/203 disposent que, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens du prédit article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant procède d'urgence et 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, non atteinte en l'espèce, 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 (cf. Cour 3 mai 2006, numéro 30793 du rôle).

**B.)** estime qu'il faudrait procéder à l'audition des enfants.

Aux termes de l'article 13 alinéa 2 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, lorsqu'elle constate que l'enfant s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Les deux enfants en cause, **E1.)** et **E2.)**, étant actuellement âgés de 12, respectivement de 10 ans, ne disposent pas du degré de maturité suffisant pour être en mesure de prendre des décisions indépendantes et réfléchies quant au lieu de leur résidence et ne sauraient dès lors être entendus sur la question de leur retour immédiat. La demande y afférente est à rejeter.

Finalement, les conditions d'application de l'article 13 alinéa 1<sup>er</sup> lettre b) de la Convention, qui 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, n'ont pas été invoquées en l'occurrence.

Les déplacements n'étant dès lors pas justifiés en l'espèce, le retour immédiat de deux enfants, déplacés illicitement au Luxembourg et en Allemagne, est à ordonner au Portugal.

En application de l'article 1009 du Nouveau code de procédure civile, l'ordonnance est exécutoire sur minute et avant enregistrement.

### **PAR CES MOTIFS**

Nous Lexie BREUSKIN, juge de la jeunesse au Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme en matière des référés, assistée du greffier assumé Suzette KALBUSCH, statuant contradictoirement et en prosécution de cause,

*vidant l'ordonnance 144/2013 ;*

**recevons** la demande en la forme;

Nous **déclarons** compétent pour en connaître;

**déclarons** la demande fondée;

partant **ordonnons** le retour immédiat des enfants **E1.)**, né le (...) et **E2.)**, née le (...), au Portugal;

**rejetons** la demande de **B.)** tendant à voir auditionner les deux enfants **E1.)** et **E2.)**, préqualifiés;

**condamnons B.)** aux frais et dépens de l'instance;

**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.