

Arrêt référé

Audience publique du 30 octobre deux mille deux

Numéro 26941 du rôle.

Composition:

Eliette BAULER, président de chambre;
Julien LUCAS, premier conseiller;
Marie-Anne STEFFEN, conseiller;
Nico EDON, premier avocat général;
Daniel SCHROEDER, greffier.

Entre :

Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant au Parquet du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 14 août 2002,

comparant par Monsieur Nico EDON, premier avocat général, siégeant au Parquet Général de la Cour Supérieure de Justice de et à Luxembourg,

et :

Nathalie HEINZ, employée, demeurant à Schiffflange, 5, avenue de la Libération,

intimée aux fins du susdit exploit T.H.H.L. du 14 août 2002.

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier du premier juillet 2002, le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, se prévalant des dispositions de l'article 1110 du nouveau code de procédure civile et des articles 3 et 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, a fait donner assignation à Nathalie HEINZ à comparaître devant le juge des référés pour y voir ordonner le retour immédiat de l'enfant Florian MALY, né le 15 août 1998 auprès de son père Christian MALY, demeurant en Allemagne à Kösching, l'enfant étant, depuis la séparation des époux Maly-Heinz le 26 avril 2002 rentré avec la mère au Grand-Duché de Luxembourg où il est retenu illicitement depuis la décision de justice de l'Amtsgericht de Ingolstadt du 11 juillet 2002 laquelle a ordonné à la mère de remettre l'enfant au père.

Dans une ordonnance du 5 août 2002 rendue contradictoirement et en présence du père Christian MALY lequel a déclaré à l'audience du juge des référés du 29 juillet 2002 intervenir volontairement, le juge des référés n'a pas fait droit à la demande du Ministère Public, motifs pris qu'ordonner le retour immédiat de l'enfant Florian auprès de son père en Allemagne l'exposerait actuellement à un danger psychique.

De cette ordonnance non signifiée, le Procureur d'Etat près le tribunal de et à Luxembourg a relevé appel aux termes d'un exploit d'huissier signifié le 14 août 2002 à Nathalie HEINZ. Il conclut à voir ordonner le retour immédiat de Florian MAY auprès de son père. A l'appui de ses conclusions il fait valoir que l'article 13b de la Convention de La Haye appliqué par le juge des référés pour refuser le retour de Florian auprès de son père constituerait une exception par rapport au principe du retour immédiat obligatoire et exigerait, pour que son application soit donnée, l'existence d'un risque grave. Il soutient qu'en l'espèce la mère Nathalie HEINZ n'aurait pas établi que Florian encourrait un tel risque en cas de retour chez son père. En conséquence, le retour immédiat devrait être ordonné.

Le mandataire de la mère Nathalie HEINZ conclut à l'irrecevabilité de l'appel interjeté. Dans ce contexte il soutient que l'appel aurait dû être relevé non seulement à l'encontre de Nathalie HEINZ, mais également à l'encontre de Christian MALY lequel était partie en première instance en tant qu'intervenant volontaire.

Quant au fond, il demande la confirmation de l'ordonnance entreprise.

En ce qui concerne l'irrecevabilité de l'appel invoqué par la partie intimée, Nathalie HEINZ, le Procureur Général d'Etat fait valoir qu'il pourrait intimer Christian MALY au motif que ce dernier ne serait pas devenu partie au procès, mais aurait été représenté par le Parquet.

Pour qu'une personne puisse être intimée, il faut non seulement qu'elle ait été partie en première instance, mais encore qu'elle ait un intérêt dans la cause c'est-à-dire qu'elle doive profiter des condamnations prononcées contre l'appelant ou du rejet total ou partiel des conclusions que celui-ci avait prises contre elle en première instance. L'appelant ne doit donc pas intimer sur l'appel les parties qui, en première instance, avaient le même intérêt que lui.

Indépendamment du fait que Christian MALY ait été partie en première instance ou y ait été représenté par la Ministère Public, toujours est-il que Christian MALY avait, en première instance, le même intérêt que le Procureur d'Etat. Ainsi le Ministère Public poursuivant le même but que Christian MALY, ne pouvait intimer celui-ci contre lequel il n'a pris aucune conclusion.

Il découle de ce qui précède que l'appel du Procureur d'Etat lequel a uniquement intimé Nathalie HEINZ est à déclarer recevable.

Quant au fondement de la demande, il y a lieu de constater que c'est à juste titre que le juge des référés a admis que les conditions d'application de l'article 3 de la Convention de La Haye sont données en l'espèce. Par ailleurs ni la partie appelante ni la partie intimée n'ont émis des contestations à ce sujet.

La mère Nathalie HEINZ, pour faire échec à l'action du Ministère Public, fait état de l'article 13 alinéa 1^{er} lettre b) de la Convention édictant que l'autorité judiciaire n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Le premier juge a fait application de cette disposition spécifique pour ne pas ordonner le retour de Florian.

Le Procureur Général d'État considère toutefois que le juge des référés a fait une application incorrecte de la loi et en particulier de la disposition énoncée à l'article 13 alinéa 1^{er} lettre b) de la Convention pour avoir basé sa décision sur d'éventuels problèmes psychologiques pouvant naître de décisions au fond à prendre ou sur la considération qu'il est préférable d'attendre que les parents se concertent pour trouver une solution durable à leur conflit.

Il résulte toutefois de la disposition de l'article 13 alinéa 1^{er} lettre b) de la Convention que le parent qui a procédé au déplacement illicite de l'enfant et qui s'oppose au retour immédiat doit établir le risque grave encouru par l'enfant.

Il ne suffit dès lors pas pour la mère d'établir un simple risque, mais il faut que le risque que l'enfant court soit un risque grave.

Il ne résulte pas de l'ordonnance attaquée que la mère Nathalie HEINZ ait fait état d'un éventuel risque grave que courrait l'enfant en cas de retour immédiat.

A l'audience de la Cour l'intimée a fait valoir qu'il est à craindre que Florian risquerait de connaître des problèmes s'il devait retourner provisoirement chez son père et si ultérieurement il y aura un changement de la situation suite à une décision rendue sur le fond du droit de garde. Elle fait notamment valoir en outre qu'habitué à son milieu actuel, Florian risquerait de connaître des troubles psychiques au cas où son retour serait ordonné.

La question qui se pose en l'espèce n'est pas de savoir si Florian connaîtra d'éventuels problèmes naissant des décisions que les juridictions de fond auront à prendre quant au fond du droit de garde, mais est de savoir si le retour immédiat pouvait être à l'origine de problèmes psychologiques chez Florian.

Il résulte des éléments du dossier et plus particulièrement de l'ordonnance attaquée que chacun des parents est à même de prendre en charge l'enfant. Au retour chez son père, celui-ci a la possibilité d'organiser son temps de travail pour être le plus disponible. Pendant les heures où il suit son activité professionnelle, son fils Florian séjournera dans une crèche. Si l'enfant reste auprès de sa mère, l'enfant sera pris en charge par les grands-parents maternels.

Les difficultés d'intégration soulevées de part et d'autre ne peuvent jouer en l'espèce. L'enfant connaît actuellement les milieux habituels de ses

parents. Il parle l'allemand, comprend le luxembourgeois et commence à maîtriser cette langue.

Il y a lieu d'admettre, compte tenu de la situation personnelle des parents, que chacun d'eux est parfaitement à même de s'occuper de l'enfant Florian et de pallier aux troubles psychologiques normaux qu'engendre pour tout enfant la séparation des parents.

Or, ce qui est essentiel dans la présente cause et ce que la Cour ne peut ignorer c'est le fait que l'enfant vit et évolue depuis 6 mois dans le milieu maternel. Il est évident que, compte tenu de cette circonstance, la mère représente pour lui la seule personne de référence, élément déterminant pour assurer à un enfant la stabilité nécessaire pour qu'il puisse évoluer positivement. Séparer Florian, âgé de 4 ans seulement, de sa mère et de l'environnement auquel il est actuellement habitué, notamment ses grands-parents maternels, risque de compromettre gravement son état psychique.

Nathalie HEINZ a dès lors établi que le risque grave exigé pour l'application de l'article 13 alinéa 1^{er} b) de la Convention est donné en l'espèce.

Dans ces conditions l'appel du Procureur d'Etat est à déclarer non fondé et l'ordonnance attaquée est à confirmer.

Par ces motifs,

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme l'ordonnance attaquée encore que pour d'autres motifs que ceux du premier juge ;

laisse les frais à charge de l'Etat.