

Arrêt référé

Audience publique du 28 mars deux mille douze

Numéro 38330 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Odette PAULY, conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

C), demeurant au Portugal,

appelante aux termes des exploits des huissiers de justice Josiane GLODEN d'Esch/Alzette en date du 2 mars 2012 et Georges WEBER de Diekirch en date du 5 mars 2012,

comparant par Maître Emmanuelle RUDLOFF, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de Diekirch, siégeant au Palais de Justice à Diekirch, Place Guillaume, L-9237 Diekirch,

intimé aux fins du susdit exploit WEBER du 5 mars 2012,

comparant par Monsieur l'avocat général Serge WAGNER,

2. Monsieur le Procureur Général d'Etat près la Cour Supérieure de Justice de et à Luxembourg, Parquet Général à L-2080 Luxembourg, Cité Judiciaire,

intimé aux fins du susdit exploit GLODEN du 2 mars 2012,

comparant par Monsieur l'avocat général Serge WAGNER.

en présence de :

3. H), demeurant au Portugal,

ne comparant pas.

LA COUR DAPPEL :

Faisant valoir que H) et C) contractent mariage le 24 août 2002, qu'ils vivent avec leur enfant commune L), née le 21 décembre 2003, au domicile conjugal et familial à PORTUGAL, que le 3 octobre 2011, C) quitte avec L), sans en avertir au préalable H), à fortiori, sans son autorisation, le Portugal pour venir s'installer au Grand-Duché de Luxembourg, le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Diekirch, assigne sur la base des articles 1109 et 1110 du nouveau code de procédure civile, sur celle 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, ainsi que sur celle de l'article 11 du Règlement (CE) N° 2210/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en responsabilité parentale, C) par exploit d'huissier du 9 janvier 2012 à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch, statuant comme en matière de référé, pour « voir ordonner le retour immédiat de la mineure L) auprès de son père H) ».

Les dispositions précitées sont libellées comme suit :

Article 1110 du nouveau code de procédure civile qui s'applique aux demandes introduites sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants :

« Le président du tribunal d'arrondissement dans la juridiction duquel l'enfant a été trouvé est compétent pour statuer sur toute action concernant le retour immédiat ».

« Il statue comme en matière de référé ».

Article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants :

« Le déplacement ... est ... illicite : a) lorsqu'il y a eu violation d'un droit de garde, attribué à une personne ..., seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ... ».

Article 12 de la Convention :

« 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 ». « ... ».

Article 13 b) 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 ... qui s'oppose à son retour établit » :

« a) ... » ;

« 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 ». « ... ».

Par exploits d'huissier signifiés les 2 et 5 mars 2012, intimant, d'une part, le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Diekirch, d'autre part, le Procureur Général d'Etat près la Cour supérieure de justice de et à Luxembourg, en présence de H), C) interjette appel contre l'ordonnance du 14 février 2012 ordonnant « le retour immédiat de l'enfant L), ..., auprès de son père H), ..., demeurant, PORTUGAL ».

H) ne comparant pas alors que l'acte d'appel est signifié au domicile par lui élu à ces fins, et partant à sa personne aux termes de l'article 155 (2) du nouveau code de procédure civile, le présent arrêt est rendu contradictoirement à son égard.

Le Procureur d'Etat sollicite la confirmation de l'ordonnance entreprise, sauf à conclure, à juste titre, à l'irrecevabilité du recours pour autant qu'il est dirigé contre le Procureur Général d'Etat près la Cour supérieure de justice, non partie au litige de première instance, et représentant en instance d'appel le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Diekirch.

L'appelante conclut à la nullité de l'ordonnance du 14 février 2012 motif pris de ce que la demande y est toisée par le juge des référés, non saisi aux termes de l'exploit introductif d'instance qui porte assignation à comparaître devant Président du tribunal d'arrondissement statuant comme en matière de référé, et non comme juridiction des référés.

Selon l'appelante, les termes « Président du tribunal d'arrondissement <statuant comme en matière de référé> » impliquent qu'il statue en la forme des référés, mais « comme juge du fond », de sorte que, rendue par le juge des référés, l'ordonnance du 14 février 2012 n'est pas rendue par le juge saisi.

C'est conformément à l'article 1110 du nouveau code de procédure civile que le Procureur d'Etat de Diekirch assigne, sur demande de H), C) à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch, statuant comme en matière de référé, aux fins de voir ordonner le retour immédiat de L) par application des critères posés à ces fins par la Convention de La Haye.

Dans les attributions du président du tribunal d'arrondissement figurent celles l'habilitant à prendre des mesures provisoires pouvant, par essence, être revues par une juridiction de fond, et celles l'habilitant à prendre des décisions non provisoires, mais définitives au fond, qui ne peuvent, par conséquent, pas être revues par une juridiction du fond.

De ce qu'aux termes de l'article 1110 précité, le président du tribunal d'arrondissement statue « comme » en matière de référé, il résulte qu'il ne statue pas en référé ou en qualité de juridiction des référés, mais comme juge du fond, en vertu des pouvoirs spécifiques lui conférés par l'article 1110 du nouveau code de procédure civile, à savoir ceux lui permettant de décider des demandes de retour immédiat basées sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, et qui l'amènent à prendre une décision non provisoire mais définitive au fond qui, en tant que telle, et contrairement aux décisions, provisoires, qu'il rend en matière de référé, ne pourra plus ultérieurement être revue par le juge du fond.

Il est vrai que, alors que l'exploit introductif d'instance du 9 janvier 2012 donne -à bon droit- assignation à comparaître devant le président du

tribunal d'arrondissement « siégeant comme en matière de référé », le premier juge indique dans l'exposé des rétroactes procéduraux, et plus précisément, en se référant à l'exploit d'huissier du 9 janvier 2012, que celui-ci donne assignation à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement « siégeant comme juge des référés », le dispositif de l'ordonnance mentionnant pareillement que le juge du tribunal d'arrondissement qui la rend siège « comme juge des référés ».

Or, et alors qu'il indique ainsi statuer comme juge des référés, le premier juge rend le 14 février 2012 une décision non au provisoire, mais définitive au fond.

D'une part, en effet, le dispositif de l'ordonnance dont appel ne contient pas la mention selon laquelle il statue par provision, mention pourtant essentielle à la décision provisoire que constitue une ordonnance rendue en matière de référé.

D'autre part, le premier juge ne rend pas une décision au provisoire, puisque tranchant au fond et de manière définitive la question du retour immédiat de l'enfant, à fortiori celles y inhérentes de l'existence ou non d'une violation du droit de garde, celle d'un déplacement illicite ou licite, décidant finalement encore de manière définitive qu'il n'existe pas de situation d'exception au sens de l'article 13 b) de la Convention de La Haye lui permettant, malgré l'existence d'un déplacement illicite au sens de l'article 12 de la Convention, de ne pas faire droit à la demande de retour immédiat de L).

Les décisions ainsi prises par le premier juge ne peuvent plus être revues au fond, partant sont définitives.

Les mentions de l'ordonnance du 14 février 2011 selon lesquelles celle-ci est rendue par le juge des référés se réduisent, par conséquent, au vu de l'ensemble de ces éléments, à l'existence d'une erreur purement matérielle, à redresser par voie de réformation, et qui ne saurait affecter, ni la nature effective de la décision prise, qui participe du définitif, et non du provisoire, ni sa conformité à l'article 1110 du nouveau code de procédure civile, ni la régularité de la saisine et la compétence de la juridiction dont elle émane, et qui est le juge siégeant en remplacement du président tribunal d'arrondissement de Diekirch, statuant comme en matière de référé.

Le moyen de nullité de l'ordonnance entreprise est partant non fondé.

L'ordonnance dont appel n'étant, tel qu'il découle des développements ci-avant, pas rendue au provisoire et partant par le juge des référés, mais définitivement au fond, l'appel signifié le 2 mars 2012 porté devant la Cour

« siégeant en matière d'appel sur ordonnances de référé ... » est, par voie de conséquence, à dire irrecevable pour être sans objet, l'ordonnance y entreprise n'étant pas une ordonnance rendue au provisoire, mais une ordonnance rendue définitivement, en la forme des référés.

De ces mêmes considérations il résulte que l'acte d'appel signifié le 5 mars 2012, par lequel C) donne assignation aux intimés à comparaître devant la Cour d'appel « siégeant comme juridiction du fond, en la forme toutefois des référés, ... », est à dire recevable sauf, tel qu'indiqué ci-avant, en ce qu'il intime le Procureur Général d'Etat près la Cour supérieure de justice.

Pour le surplus et quant au fond, la Cour fait intégralement siens les motifs du premier juge par lesquels il retient que, la garde concernant L) étant conjointe, et C) quittant le 3 octobre 2011 le Portugal avec l'enfant sans autorisation afférente du père, on se trouve en présence d'un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention, de sorte que le principe du retour immédiat de l'enfant trouve à s'appliquer conformément à l'article 12 alinéa 1^{er} de la Convention.

Subsidiairement, l'appelante demande de voir retenir, par voie de réformation, qu'on se trouve dans l'hypothèse de l'exception prévue à l'article 13 b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qui permet de ne pas ordonner le retour prévu à l'article 12 de la Convention, ce au regard de l'existence du risque grave que pareil retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou ne le place, de manière plus globale, dans une situation intolérable.

C) se réfère, à cet égard, au comportement agressif et violent affiché le 2 octobre 2011 par H) à son encontre, en présence de l'enfant, tel que décrit plus amplement par le premier juge, et en raison duquel elle quitte le lendemain le Portugal avec L) pour se rendre au Luxembourg auprès de ses propres parents.

La Cour fait siens les développements en fait et en droit afférents du premier juge retenant que les faits en question ne sont pas établis en première instance.

Contrairement à la première instance, C) produit en instance d'appel des pièces émanant des autorités portugaises compétentes, pour établir le comportement litigieux de H) et, partant, le risque grave visé à l'article 13 b) précité.

Or, ces pièces ne permettent pas non plus de retenir l'existence de pareil risque.

Il est vrai qu'il résulte du certificat du ministère public de Lourinha du 8 mars 2012 que l'appelante dépose une plainte à l'encontre de H) pour violence domestique, la pièce en question certifiant l'existence d'un procès-verbal pour voie de fait simple de H) sur la personne de C), le 2 octobre 2011, en présence de L).

Il reste que le procès-verbal ne fait que relater la plainte afférente de C), ne faisant pas état pas de constatations personnelles faites par les agents verbalisants.

Il y a lieu de relever que, suite à l'exécution forcée de l'ordonnance du 14 février 2012, C) retourne au Portugal avec l'enfant et ses propres parents.

Le procès-verbal établi le 15 mars 2012 par la Garde Nationale républicaine du Portugal, pour violence physique de la part de H), a trait à une dispute survenant alors que celui-ci se présente à la résidence des parents de C), voulant voir L), qui refuse cependant de partir avec lui.

Lorsque C) et ses parents essaient « d'arracher la fille des bras de son père », H), C), les parents de celle-ci et L) tombent, l'appelante emmenant finalement l'enfant à l'intérieur de la maison, d'où elle appelle la garde nationale qui n'assiste, par conséquent, pas non plus au déroulement-même des événements.

Aux termes du procès-verbal, C) subit le 15 mars 2012 des blessures légères, et reçoit un traitement médical à l'hôpital de Peniche, à l'instar de L), et de ses grands-parents, tous légèrement blessés, aucune des personnes ne faisant, par ailleurs, contrairement à ce que fait valoir C), l'objet d'une hospitalisation.

Si les attestations testimoniales produites en instance d'appel concernant le comportement violent et agressif de H) sont, contrairement à celles de première instance, écrites à la main, elles ne comportent pas de mention manuscrite aux termes de laquelle l'attestant déclare avoir connaissance de ce qu'il établit le témoignage en vue de sa production en justice et de ce qu'une fausse attestation l'expose à des sanctions pénales.

Elles émanent, par ailleurs, de membres de la famille de C), respectivement de personnes personnellement impliquées dans les faits du 15 mars 2012.

Par conséquent, il n'existe pas non plus en instance d'appel d'éléments objectifs au dossier, établissant l'existence d'un risque grave au sens de

l'article 13 b) de la Convention de La Haye, susceptible de justifier une décision refusant le retour de l'enfant au Portugal, le fait que L) s'intègre bien lors de son séjour au Luxembourg ne justifiant pas non plus pareil refus.

La Cour fait encore siens les motifs par lesquels le premier juge rejette la demande visant à l'audition de L), demande réitérée en instance d'appel.

D'une part, il est constant en cause que l'enfant est actuellement de retour au Portugal en même temps que C) et les parents de celle-ci.

D'autre part, au vu des éléments au dossier et du jeune âge de L), il y a lieu de toiser le litige sans imposer à l'enfant de se prononcer devant un juge, ne fût-ce qu'indirectement, quant à une éventuelle préférence entre ses père et mère, ou de revivre, du fait de cette audition, des scènes de discorde et de disputes entre ses parents, étant par ailleurs constant en cause qu'une demande en divorce est déposée le 5 novembre 2011 par C) contre H) au tribunal de Lisbonne.

L'appelante fait encore grief au premier juge de se déclarer compétent pour connaître de l'assignation du 9 janvier 2012 qui vise au retour de l'enfant « auprès de son père » alors que, « en sollicitant un retour auprès du père, et non au sein du pays où L) a sa résidence habituelle, le juge doit de facto se prononcer sur les capacités éducatives, ce qui précisément échappe à sa compétence ».

Or, le premier juge ne base pas sa décision de retour de l'enfant sur une quelconque appréciation des aptitudes éducatives de H), mais se cantonne, tel que prescrit par la Convention de La Haye, à la vérification de l'existence des conditions justifiant aux termes des articles 3, 12 et 13 de la Convention un retour immédiat.

Constatant, à juste titre, que l'enfant est déplacée illicitement le 3 octobre 2011 du Portugal au Luxembourg par C), c'est à bon droit que le premier juge ordonne le retour de l'enfant à l'adresse du père de l'enfant, H) étant, à l'époque, la seule personne investie de la garde conjointe, à demeurer au Portugal.

Il en résulte que le moyen d'incompétence du premier juge pour ordonner le retour immédiat tel que précisé à l'ordonnance dont appel, est à rejeter, tout comme celui tenant au caractère non fondé de cette décision.

C) étant, cependant, actuellement de retour au Portugal avec l'enfant, et la garde concernant L) étant, d'après les éléments au dossier, toujours exercée conjointement par les deux parents il y a lieu, au vu des éléments de

fait et de droit tels qu'ils se présentent en instance d'appel, d'ordonner, par voie de réformation, le simple retour de l'enfant au Portugal, sans autre indication, les mesures tenant à l'attribution ou aux modalités de la garde future de l'enfant étant de la compétence des autorités portugaises, par ailleurs saisies d'une demande en divorce.

Au vu de ces considérations, il y a lieu de réformer l'ordonnance du 14 février 2012 en ce qu'elle ordonne le retour de L) auprès de son père.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant comme en matière de référé, sur la 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,

déclare irrecevable l'appel signifié par exploit d'huissier du 2 mars 2012,

reçoit l'appel signifié par exploit d'huissier du 5 mars 2012, sauf en tant que dirigé contre le Procureur Général d'Etat près la Cour supérieure de justice,

dit non fondé le moyen de nullité opposé à l'ordonnance du 14 février 2012,

dit l'appel fondé en partie,

réformant l'ordonnance dont appel,

par rectification, dit que le juge statuant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Diekirch, siège comme en matière de référé, sur la 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,

ordonne le retour immédiat de l'enfant L), née le 21 décembre 2003, au Portugal,

dit l'appel non fondé pour le surplus,

partant, confirme l'ordonnance pour le surplus,

déclare le présent arrêt commun à H),

condamne C) aux frais et dépens de l'instance d'appel.