

No. Rôle: 149284
Réf. No. 882/2012
du 19 décembre 2012

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi 19 décembre 2012, 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 de la greffière assumée Joke VAN DER STRICHT.

DANS LA CAUSE

ENTRE

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 Monsieur Bob PIRON, substitut au Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg,

en présence de:

A.), né le (...) à (...) (NL), demeurant à NL-(...), (...),

intervenant volontairement

comparant par Maître Marianne KORVING, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

B.), née le (...) à (...) (NL), demeurant à L-(...), (...),

partie défenderesse comparant par Maître Marlène BAUSTERT, avocat, en remplacement de Maître Valérie DUPONG, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de Maître Sabine DELHAYE, avocat, demeurant à Luxembourg, avocat désigné pour assister les enfants mineurs communs E1.), née le (...) à (...) (NL), E2.), né le (...) à (...) (NL), E3.), née le (...) à (...) (NL),

intervenant volontairement

F a i t s

A l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 6 décembre 2012, Monsieur Bob PIRON donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendu en ses explications;

Maître Marianne KORVING, Maître Marlène BAUSTERT et Maître Sabine DELHAYE 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 d'huissier de justice du 25 octobre 2012, le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, agissant sur base des articles 1109 et 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 (ci-après la Convention), ainsi que l'article 11 du règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 du Conseil de la Communauté Européenne relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale fait, sur demande de **A.)**, donner assignation à **B.)** à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé, à l'audience publique du 12 novembre 2012 pour voir ordonner le retour immédiat des enfants **E1.)**, **E3.)** et **E2.)** auprès de leur père **A.)** demeurant à NL-(...), (...).

La demande est basée sur l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et sur demande de **A.)**, père des trois enfants, qui considère que ses trois enfants mineurs font l'objet d'un déplacement illicite au sens du prédit article.

A l'audience du 12 novembre 2012, **A.)** ainsi que le mandataire chargé de la défense des intérêts des enfants ont déclaré intervenir volontairement dans la présente instance.

A.) et **B.)** ont contracté mariage le 11 mai 2001. Ce mariage a été converti en partenariat enregistré le 9 février 2004.

De leur union sont nés trois enfants, **E1.)**, née le (...), **E2.)**, né le (...), et **E3.)**, née le (...).

Ce partenariat a été dissout par jugement du tribunal de BREDA du 17 septembre 2009. Les parties ont la garde conjointe sur les trois enfants et la résidence principale des enfants a été fixée chez la mère.

Le 31 décembre 2010, la mère a déménagé avec les enfants au Luxembourg.

Par jugement du tribunal de BREDA du 31 décembre 2010, confirmé en appel le 24 mai 2011, la demande du père visant à interdire à la mère des enfants de déménager avec ces derniers au Luxembourg fût rejetée, de même que sa demande subsidiaire sollicitant la fixation de la résidence principale des enfants auprès du père, en cas de déménagement de la mère.

A l'appui de sa demande de retour de l'enfant le Procureur d'Etat expose qu'en date du 31 décembre 2010, la mère a déplacé les enfants au Luxembourg, sans l'accord du père et qu'elle refuse de retourner les enfants auprès de leur père aux Pays-Bas. Le Procureur d'Etat considère que les enfants font l'objet d'un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980.

Le Procureur d'Etat précise que la demande est fondée notamment sur la demande d'assistance en application des dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 émanant de l'autorité centrale des Pays-Bas.

A l'audience des plaidoiries le Procureur d'Etat fait considérer que la demande est parvenue à l'autorité centrale au Luxembourg le 31 juillet 2012, de sorte que le délai d'un an prévu à l'article 12 alinéa 1 de la Convention prévoyant qu'en cas de déplacement illicite au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou non-retour 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 saisie ordonne son retour immédiat, n'a pas été respecté. Cependant aux termes de l'alinéa 2 de ce même article, l'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Le Procureur d'Etat se rapporte à la sagesse du tribunal en ce qui concerne la recevabilité et le bien-fondé de la demande, tout en précisant qu'au vu des circonstances particulières de l'affaire et au vu du bas âge des enfants, il ne serait pas dans l'intérêt de ces derniers de devoir retourner aux Pays-Bas.

En vertu de l'article 3 de la prédite Convention, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il y a violation d'un droit de garde exercé de façon effective, seul ou conjointement, attribué à une personne, notamment de plein droit ou par une décision judiciaire, par la loi de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement.

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

B.) s'oppose au retour des enfants aux Pays-Bas et demande de voir constater principalement qu'il n'y a pas d'enlèvement des enfants alors que les enfants sont légalement au Luxembourg suite aux décisions néerlandaises des 31 décembre 2010 et 24 mai 2011. A titre subsidiaire, elle demande de ne pas faire droit à la demande alors que les enfants sont manifestement intégrés au Luxembourg (article 12 alinéa 2 de la convention), et plus subsidiairement au motif que le retour les placerait dans une situation intolérable (article 13 b de la convention).

L'article 12 alinéa 2 stipule que l'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. L'article 13 stipule à l'alinéa 1 que l'autorité judiciaire n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit : 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. L'alinéa 2 de cet article prévoit que l'autorité judiciaire peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Elle expose ainsi que les enfants sont très bien encadrés et suivis au Luxembourg, ainsi **E1.)** souffrant d'un trouble déficitaire de l'attention/hyperactivité (ADHS) profite d'un bon suivi médical et que les trois enfants s'exprimeraient très bien en luxembourgeois. Il s'y ajouterait que **A.)** a toujours refusé de payer une pension alimentaire pour ses enfants, bien qu'il ait actuellement apuré toutes ses dettes. Il serait ainsi incapable de soutenir financièrement ses enfants et de s'occuper effectivement d'eux. Par ailleurs, ce dernier n'aurait qu'un appartement à deux chambres ce qui pose déjà à l'heure actuelle des problèmes lors de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement.

A cela s'ajouterait que les enfants manifestent leur désir de rester vivre au Luxembourg. En cas de besoin, **B.)** demande l'audition des trois enfants.

Maître Sabine DELHAYE, avocats des enfants, donne à considérer qu'il serait dans l'intérêt des enfants, de ne pas faire droit à la demande de retour au motif que ces derniers sont très bien pris en charge au Luxembourg auprès de leur mère et son nouvel partenaire. Par ailleurs, **A.)** aurait toujours pu profiter d'un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième weekend et pendant la moitié des vacances scolaires. Le mandataire des enfants ajoute qu'à l'époque **B.)** était contrainte de se séparer de son ex-époux au vu de l'endettement du ménage ayant eu pour conséquence le risque de voir les enfants placés dans un foyer. A cela s'ajoute que les enfants avec lesquels elle s'est entretenue seraient à effrayer à l'idée même de devoir retourner vivre aux Pays-Bas auprès de leur père.

A la même audience **A.)**, intervenant volontairement, explique qu'il s'est opposé au déménagement d'**B.)** par courrier du 22 octobre 2010, que sa demande en interdiction de déménagement aurait été refusée par les décisions judiciaires néerlandaises précitées, en raison de sa situation financière précaire à l'époque, qui s'est nettement améliorée alors que toutes les dettes seraient entretemps apurées. Il aurait introduit sa demande en retour dès le 30 décembre 2011 à l'autorité centrale au Pays-Bas, et que le fait que cette demande ne soit parvenue au Luxembourg qu'en juillet 2012 ne saurait lui être opposable. Il conteste finalement l'enracinement des enfants au Luxembourg alors que les enfants ne maîtriseraient pas le luxembourgeois et qu'ils n'y pourraient pas bénéficier des mêmes traitements médicaux pour soigner leurs troubles liés à l'autisme qu'aux Pays-Bas. Il conteste enfin que les enfants encourent un quelconque danger physique ou psychique lors de leur retour.

A.) estime ainsi que les conditions d'application de la Convention de La Haye sont données en l'espèce, partant qu'il y a lieu de faire droit à la demande de retour de l'enfant. Il conclut que le déménagement aurait été fait sans son autorisation.

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.

Les enfants **E1.), E3.)** et **E2.)** se trouvant actuellement au domicile de leur 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 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 exercé de façon effective, seul ou conjointement, attribué à une personne, notamment de plein droit ou par une décision judiciaire, par la loi de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement. La Convention 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 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, les enfants ont toujours vécu avec leur mère aux Pays-Bas jusqu'en décembre 2010, date à laquelle elle a quitté le Pays-Bas avec les enfants afin de s'installer définitivement au Luxembourg. Il est donc établi que les enfants avaient, avant leur déplacement, leur 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

En l'occurrence il est constant en cause que **A.)** et **B.)** ont la garde conjointe sur les trois enfants que la résidence principale des enfants a été fixée auprès de la mère **B.)**.

En l'espèce, par lettre du 18 octobre 2010, **B.)** a fait part à **A.)** de son intention de déménager au Luxembourg avec les enfants pour y vivre avec son nouvel compagnon. Le 22 octobre 2010, **A.)** a fait savoir à **B.)** qu'il n'est pas d'accord avec ce déménagement. Par citation d'introduction en référé du 24 décembre 2010, **A.)** a demandé l'interdiction à **B.)** de déménager avec les enfants au Luxembourg. Cette demande a été rejetée, tant en première instance qu'en appel, au motif qu'une telle interdiction entraînerait de confusion et de trouble pour les enfants, désinscrits de leurs écoles et qui comptent sur le déménagement au Luxembourg. **B.)** n'a pas engagé une procédure au fond en vue d'obtenir une autorisation de substitution pour la modification du domicile principal des enfants.

B.) a déménagé vers le Luxembourg ensemble avec les trois enfants le 30 décembre 2010.

Il s'ensuit que le déménagement vers le Luxembourg s'est fait sans l'autorisation de **A.)**, laquelle était requise en raison de la garde conjointe dont les deux parents étaient investis.

Le père n'ayant pas donné son consentement au déplacement des enfants, il faut retenir que qu'il y a déplacement illicite des trois enfants **E1.)**, **E3.)** et **E2.)** au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye.

Il résulte des pièces versées en cause que **A.)** n'a engagé une procédure de retour immédiat qu'en date du 30 décembre 2011 auprès de l'autorité centrale aux Pays-Bas, parvenue au Parquet Général à Luxembourg le 31 juillet 2012.

Il s'ensuit que le délai d'un an prévu à l'article 12 alinéa de la convention n'a pas été respecté.

Bien que l'article 12 alinéa 1 de la Convention de La Haye dispose que dans ce cas le retour de l'enfant doit être ordonné immédiatement, la Convention prévoit certaines exceptions au retour.

Conformément à l'article 12 alinéa 2) l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour après l'expiration de la période d'un an s'il est établi que l'enfant soit intégré dans son nouveau milieu.

Conformément à l'article 13 alinéa 1 b) de la Convention de La Haye il peut encore être fait exception au retour immédiat 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 ». En vertu de l'article 3.1 de la Convention Internationale des Droits des Enfants du 20 novembre 1985, d'application directe, ces circonstances doivent être appréciées en considération

primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant Cour de cassation française, 1^{ère} chambre civile, 14 juin 2005

La Cour européenne des droits de l'homme a également retenue dans son arrêt du 6 juillet 2010 (affaire N. et Sh. c. Suisse) que dans la recherche du juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la considération déterminante, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant étant sous-jacente à la Convention de La Haye.

En effet, la Convention part du principe que, sauf circonstances exceptionnelles, le déplacement ou le non-retour illicite de l'enfant par-delà les frontières internationales est contraire à son intérêt supérieur, et que le retour de l'enfant dans son Etat de résidence habituelle permettra de défendre ses intérêts, notamment en garantissant son droit d'entretenir des contacts avec ses deux parents, en assurant une certaine continuité dans sa vie et en faisant en sorte que la décision finale relative au droit de garde ou de visite soit rendue par la juridiction la plus appropriée au vu des éléments pertinents présentés. Le principe de retour immédiat a également une fonction dissuasive considérée par la Convention comme étant dans l'intérêt général de l'enfant.

Il convient d'ajouter que la Convention 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 », c'est à dire qu'elle essaie en tout premier lieu de régler le retour des enfants déplacés ou retenus 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 Doc. parl. No 2910¹ 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 ; 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)

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 en vue de déterminer le parent compétent pour exercer le droit de garde de l'enfant déplacé.

Il s'ensuit que les moyens respectifs tendant à mettre en doute les capacités éducatives de l'autre parent ne sauraient être pris en compte dans le cadre de la présente procédure.

L'intérêt de l'enfant présente un double aspect : le maintien des liens entre l'enfant et sa famille, sauf circonstances exceptionnelles, d'une part ; la garantie pour l'enfant d'une évolution dans un environnement sain, d'autre part CEDH, 6 juillet 2010 (affaire N. et Sh. c. Suisse)

A cet égard il est dans l'intérêt de l'enfant d'évoluer dans un environnement lui procurant la stabilité nécessaire à son bon développement. Ceci est d'autant plus vrai pour un enfant en bas âge, lequel a besoin d'un cadre de vie et des repères fixes pour grandir sereinement.

En l'espèce il résulte des éléments du dossier et notamment de l'enquête diligentée à la requête du Procureur d'Etat, par la police de Mersch en date du 13 août 2012, confirmée par Maître Sabine DELHAYE, que les enfants sont entretemps parfaitement insérés dans la vie sociale au Luxembourg, qu'ils se sont bien adaptés à l'école et qu'ils maîtrisent la langue luxembourgeoise sans difficultés. Les bulletins scolaires des trois enfants, annexés audit rapport, montrent leurs capacités à s'intégrer au système scolaire au Luxembourg.

Il y ressort encore que le nouveau foyer familial des enfants a été décrit comme harmonieux, les enfants s'y plaisent, que chacun des enfants a sa propre chambre et que la maison familiale est spacieuse et dans un bon état d'entretien. Il s'y ajoute l'affirmation de l'avocat des enfants que ces derniers ne désirent pas retourner aux Pays-Bas pour y vivre avec leur père.

Sans préjudice quant à la question de savoir lequel des deux parents est en l'espèce le plus apte à s'occuper convenablement des trois enfants, il y a lieu de relever que ce qui est essentiel dans le présent litige, c'est le fait que **E1.), E2.)** et **E3.)** vivent et évoluent depuis bientôt deux ans dans le nouveau milieu maternel, de sorte que la mère représente pour eux la seule personne de référence, élément déterminant pour assurer aux enfants la stabilité nécessaire pour qu'ils puissent évoluer positivement. Séparer les trois enfants de leur mère à un moment où la présence maternelle est essentielle à leur bien-être, et les arracher à l'environnement auquel ils sont actuellement habitués, notamment à leurs grands-parents maternels, risquerait de compromettre gravement leur état psychique (en ce sens: Cour, 7e chambre, 30 octobre 2002, n° 26941 du rôle).

Au vu du fait que les enfants ont leurs repères actuels au Luxembourg, qu'ils y sont manifestement intégrés et vivent en harmonie avec leur mère et son nouvel compagnon et ce depuis presque deux ans et qu'ils connaissent actuellement la stabilité nécessaire à leur bon développement, il n'est pas dans leur intérêt de les obliger de retourner vivre aux Pays-Bas.

Il s'ensuit que la demande du Procureur d'Etat tendant à voir ordonner le retour d'**E1.), E3.)** et **E2.)** est à rejeter.

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, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme;

Nous déclarons compétent pour en connaître;

disons la demande en retour immédiat des enfants **E1.**, né le (...), **E2.**, né le (...), et **E3.**, née le (...) recevable, mais non fondée;

partant en déboutons;

laissons les frais à charge de l'Etat.