Arrêt civil

Audience publique du vingt-sept novembre deux mille treize

Numéro 39596 du rôle

Composition :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre,
Roger LINDEN, premier conseiller,
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Pascale BIRDEN, greffier.

E n t r e :

A), demeurant à L-4936 Bascharage, 13B, rue rue de la Reconnaissance Nationale,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 12 février 2013,

comparant par Maître Martine REITER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B), demeurant à L-4206 Esch-sur- Alzette, 27, Cité Leesberg,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Jean TONNAR, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette.

L A C O U R D ' A P P E L :

Par jugement contradictoire du 13 décembre 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a déclaré recevables et fondées les demandes principale et reconventionnelle en divorce de B) et de A), basées sur les dispositions de l'article 229 du code civil, a prononcé le divorce entre parties à leurs torts réciproques, a dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens existant entre parties et à la liquidation de leurs reprises éventuelles, a confié à B) la garde des deux enfants communs mineurs C), née le 13 décembre 2004 et D), né le 8 novembre 2006, a accordé à A) un droit de visite et d'hébergement pour les deux enfants communs mineurs C) et D), à exercer chaque deuxième fin de semaine du mois, du vendredi 17.00 heures au dimanche 19.00 heures, chaque mardi et jeudi après-midi de 17.00 à 19.00 heures, ainsi que pendant la première moitié de toutes les vacances scolaires les années impaires, et la deuxième moitié de ces vacances les années paires, à charge pour A) de venir chercher et de ramener les enfants auprès de leur père, a dit recevable, mais non fondée la demande de A) en obtention d'une pension alimentaire au titre de contribution à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs et a condamné A) à payer à B) une pension alimentaire mensuelle de 150 euros, à raison de 75 euros par enfant et par mois, au titre de contribution à l'entretien des deux enfants communs C) et D), allocations familiales non comprises.

A) a régulièrement relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 12 février 2013.

Quant à la demande principale en divorce

A) critique la décision du tribunal qui a déclaré fondée la demande principale en divorce de B), alors que, contrairement à ce qui a été retenu par les premiers juges, A) ne serait pas partie volontairement du domicile conjugal en avril 2009, mais aurait été mise à la porte par son époux et ce ensemble avec les enfants communs. Elle aurait dû se réfugier, non auprès d'un concubin, mais auprès d'une amie.

B) conclut à la confirmation de ce volet de la décision.

Les époux étant tenus de vivre ensemble, le départ du domicile commun par l'un des conjoints dans l'intention de mettre un terme à la vie conjugale constitue en principe une violation grave et durable des devoirs et obligations résultant du mariage au sens de l'article 229 du code civil.

Il appartient, par conséquent, à l'époux qui quitte son conjoint afin de vivre séparé de justifier de la légitimité de son initiative, afin de renverser la présomption de fait du caractère fautif de son départ et donc de rendre pour le moins plausible que son départ était, soit justifié par le comportement fautif du conjoint, soit que celui-ci était d'accord avec la cessation de la vie commune, de sorte que son départ serait dépourvu de tout caractère injurieux.

En l'espèce, la simple allégation de A) que son départ du domicile conjugal a été provoqué par le comportement violent de son époux n'est pas suffisante pour écarter la présomption que son départ était fautif. Les certificats médicaux versés en cause, d'une part, ne font que reprendre les déclarations de la patiente qu'elle aurait été victime d'une agression, et, d'autre part, concernent des faits qui se sont passés les 17 mai 2009 et 24 juin 2009, soit après le

départ de A) du domicile conjugal. Ces certificats, de même que les attestations versées en cause ne sont pas de nature à justifier le départ, par A), du domicile conjugal. Il est sans pertinence de savoir si A) s'est installée, après ce départ, auprès d'un concubin ou non.

C'est, partant, à bon droit que les juges de première instance ont constaté, sur la base des témoignages recueillis et du certificat de résidence versé, que l'appelante avait quitté le domicile conjugal sans esprit de retour et qu'ils ont pu conclure à un abandon fautif du domicile conjugal et déclarer, en conséquence, fondée la demande en divorce de l'époux sur le fondement de l'article 229 du code civil.

L'appel n'est, partant, pas fondé de ce chef et le jugement est à confirmer.

Quant à la garde des enfants

L'appelante expose que le tribunal a confié la garde définitive des enfants communs à B), vu que ce dernier bénéficierait du soutien non négligeable de la part de sa mère, que grâce à ce soutien les enfants évolueraient dans un cadre plutôt stable et que cette stabilité ferait défaut auprès de la mère. Pour en venir à cette conclusion, le tribunal se serait basé sur le fait que A) n'aurait pas d'emploi, qu'elle vivrait du RMG et qu'elle ne saurait compter sur l'aide d'un compagnon.

A) conteste ces éléments d'appréciation et expose qu'actuellement elle travaille sous un contrat d'insertion, qu'elle a les capacités éducatives suffisantes pour s'occuper des deux enfants et qu'elle est plus disponible que le père. Par ailleurs, la grand-mère paternelle lui aurait confié à plusieurs reprises qu'elle serait débordée et qu'elle n'arriverait plus à gérer les enfants. Au surplus, le père négligerait les enfants.

A titre subsidiaire, A) demande à voir dire que le droit de visite en semaine s'exercera les jeudis après-midi de 13.00 heures à 19.00 heures et non pas les mardis et jeudis après-midi de 17.00 à 19.00 heures.

B) conclut à la confirmation de la décision entreprise. Depuis la séparation des époux, en 2009, il s'occuperait exemplairement de l'éducation et de l'entretien des deux enfants communs mineurs et cela ensemble avec sa nouvelle copine et surtout avec sa mère. Les enfants évolueraient favorablement et sereinement et il n'y aurait pas lieu de changer cet état de fait.

La Cour constate que le tribunal a correctement décrit les principes en matière de garde des enfants tirés des dispositions de l'article 302 du code civil, de même que les rétroactes du présent dossier, dont les décisions des juridictions de référé de première et seconde instance. Pour attribuer la garde des enfants au père, le tribunal s'est essentiellement basé sur les conclusions d'une enquête sociale, déposée le 24 novembre 2011, dans laquelle l'enquêteur du SCAS propose que les mineurs soient maintenus auprès du père. L'agent du SCAS, et à sa suite le tribunal, sont arrivés à cette conclusion au vu du fait que le père bénéficie du soutien pour l'éducation et l'entretien des enfants de sa compagne et de sa mère et que cette stabilité « ne semble pas exister du côté de la mère ».

L'appelante soutient qu'à l'heure actuelle la situation a changé.

La Cour n'entend, tout d'abord, pas accorder de crédit aux déclarations d'un témoin qui aurait entendu la grand-mère paternelle affirmer que dans un proche avenir elle ne serait plus à même de s'occuper des enfants, déclaration qui, à elle seule, n'est pas pertinente en l'occurrence.

Il en est de même de l'attestation testimoniale du nouveau compagnon de A) concernant le comportement récent des enfants et leurs affirmations visant la compagne de B), qui ne sont pas susceptibles d'emporter la conviction de la Cour.

La Cour constate, à défaut d'éléments probants contraires, que les conclusions du rapport d'enquête sociale sont toujours valables. La stabilité de l'environnement des enfants qui y est décrite, et cela depuis 2009, au moment où la première décision de la juridiction des référés a accordé la garde des enfants au père, n'est, d'après les éléments d'appréciation dont dispose la Cour, pas entamée. Il n'existe donc pas de raison de procéder à un changement de la garde des enfants.

Le jugement entrepris est, partant, à confirmer sur ce point également.

Quant au changement du droit de visite sollicité par A), la Cour constate que cette demande n'est aucunement motivée. Il est exact que B) n'a pas non plus pris de conclusions à ce sujet, sauf à demander la confirmation de la décision entreprise dans son intégralité.

A défaut de tout élément d'appréciation pertinent, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de procéder au changement sollicité. Il sera de toute façon toujours loisible aux parties de trouver un arrangement sur ce point.

Par conséquent, ce volet du jugement entrepris est à confirmer également.

<u>Quant au secours alimentaire pour les enfants</u>

A) réclame un secours alimentaire pour l'entretien et l'éducation des deux enfants de 2 x 200 euros par mois.

B) conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Au vu de la décision sur la garde des enfants, cette demande est à déclarer sans objet.

La demande en paiement d'une indemnité de procédure en instance d'appel de B) est à rejeter, faute par lui d'avoir établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé ;

partant **confirme** le jugement de première instance dans la mesure où il a été entrepris ;

déclare la demande de A) en obtention d'une pension alimentaire pour les enfants communs sans objet ;

déboute B) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne l'appelante aux frais de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean Tonnar, avocat, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.