Arrêt civil

Audience publique du dix-neuf novembre deux mille quatorze

Numéros 40818 et 40817 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

A),

appelante aux termes de deux exploits de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg des 7 mars 2013 et 26 avril 2013,

comparant par Maître Nicky STOFFEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B),

intimé aux fins des prédits exploits KURDYBAN,

comparant par Maître David Manuel TRAVESSA MENDES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement contradictoire du 21 mars 2013, rectifiant un jugement du 7 février 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a prononcé le divorce entre B) et A) sur base de l'article 1781 d) du code civil portugais.

Le même jugement a confié la garde des enfants communs mineurs, C) et D) nés le 28 juin 1999, et E), née le 19 mars 2003, à leur père, accordé un droit de visite à la mère à exercer selon les modalités à convenir librement entre parties, sinon chaque deuxième fin de semaine, le samedi de 10:00 heures à 19:00 heures, ainsi que le dimanche de 10:00 heures à 19:00 heures, condamné A) à payer à B) une pension alimentaire à titre de contribution à l'éducation et l'entretien des enfants communs à hauteur de 240 euros par mois, soit 80 euros par enfant et par mois, et dit non fondée la demande de A) en obtention d'une pension alimentaire pour les trois enfants communs.

A) a, par exploit d'huissier du 7 mars 2013, relevé appel du jugement du 7 février 2013.

Par exploit d'huissier du 26 avril 2013, elle a également relevé appel du jugement rectificatif du 21 mars 2013.

Quant à la recevabilité de l'appel du 7 mars 2013

B) conclut à l'irrecevabilité de cet appel, au motif qu'il a été interjeté contre le jugement du 7 février 2013, jugement qui a cependant été rectifié postérieurement audit acte d'appel, par jugement du 21 mars 2013. L'appel du 7 mars 2013 serait encore irrecevable, alors que la partie appelante, en interjetant appel par exploit du 26 avril 2013, aurait nécessairement renoncé à son acte d'appel du 7 mars 2013.

A) fait valoir qu'en date du 7 mars 2013 elle ne pouvait interjeter appel que contre le jugement du 7 février 2013, ignorant qu'une requête en rectification de ce jugement avait été déposée le 6 mars 2013 et le jugement rectificatif n'étant pas encore intervenu. Elle conteste avoir, par son appel du 26 avril 2013, implicitement renoncé à l'appel du 7 mars 2013 contre le jugement du 7 février 2013.

L'appel du 7 mars 2013 contre le jugement du 7 février 2013 n'est pas irrecevable du seul fait qu'un jugement rectificatif a été prononcé ultérieurement en date du 21 mars 2013. En effet, à la date du 7 mars 2013, l'appelante ignorait qu'une requête en rectification d'une erreur matérielle contenue au jugement du 7 février 2013 avait été déposée le 6 mars 2013, de sorte que c'est à raison qu'elle n'a entrepris que le jugement du 7 février 2013, le jugement rectificatif du 21 mars 2013 n'ayant été rendu que postérieurement à l'appel du 7 mars 2013.

Concernant le moyen de la renonciation implicite à l'appel du 7 mars 2013, il convient de rappeler que la partie appelante a la faculté, une fois l'appel interjeté, de renoncer au bénéfice de l'appel en se désistant de son appel. Le désistement doit, en principe, se manifester de façon explicite, mais certains comportements emportent un désistement implicite.

Force est de constater que l'acte d'appel du 26 avril 2013 ne contient aucune mention ayant trait à une renonciation expresse à l'appel du 7 mars 2013. Il n'y

a, par ailleurs, eu aucun acte de désistement de cet appel. En outre, les deux appels des 7 mars 2013 et 26 avril 2013 ont été interjetés contre deux jugements différents, de sorte qu'on ne saurait dire que l'un s'est implicitement substitué à l'autre ou que l'appel du 26 avril 2013 serait incomptable avec le maintien de celui du 7 mars 2013.

A), en interjetant appel le 26 avril 2013 contre le jugement rectificatif du 21 mars 2013, n'a, dès lors, pas renoncé à son appel du 7 mars 2013 contre le jugement du 7 février 2013.

L'appel du 7 mars 2013 est, partant, à déclarer recevable.

Quant à la recevabilité de l'appel du 26 avril 2013

B) conclut à l'irrecevabilité de cet appel en ce qu'il n'est dirigé que contre le jugement rectificatif du 21 mars 2013 et non pas également contre le jugement du 7 février 2013 qui a pourtant statué sur le fond du dossier, le jugement rectificatif n'ayant fait que rectifier le nom patronymique de l'épouse.

A) explique que l'appel du 26 avril 2013 contre le jugement rectificatif du 21 mars 2013 a été fait « par mesure de précaution, pour être tout à fait complet et afin de ne pas se heurter à une irrecevabilité », dans l'intention de voir joindre les deux appels pour y statuer par un seul arrêt.

Le jugement du 21 mars 2013 n'a fait que rectifier une erreur matérielle, à savoir qu'il a complété le nom patronymique de l'épouse, sans pour autant trancher une partie du principal.

Dans le cas de la rectification d'un jugement, les rectifications faites s'identifient avec le premier jugement et ne forment avec lui qu'un seul et même jugement. Il s'ensuit qu'en cas d'appel, l'appel doit être relevé, non pas du jugement rectificatif, mais du jugement rectifié, le jugement rectificatif se confondant avec celui-ci (cf. Cour 4.6.2002 no. rôle 26261).

Il suit de ces développements que l'appel interjeté le 26 avril 2013 contre le jugement rectificatif du 21 mars 2013 est à déclarer irrecevable.

Quant à la garde et au droit de visite et d'hébergement des enfants communs

A l'appui de son appel, A) demande, par réformation du jugement entrepris, à se voir accorder la garde des enfants communs mineurs C), D) et E). Elle explique qu'elle voulait, depuis le début de la procédure de divorce, obtenir la garde définitive des enfants communs, mais, au vu de sa situation financière difficile et de l'absence de logement approprié, la garde aurait été provisoirement confiée au père. Elle aurait toujours maintenu un contact étroit avec ses enfants par l'exercice d'un droit de visite régulier. Elle aurait actuellement trouvé un logement adéquat lui permettant de loger les enfants.

En outre, il découlerait des attestations testimoniales des enfants que leur relation avec leur père n'est guère favorable à leur développement psychique, le père ne s'occuperait pas lui-même des enfants qu'il confierait soit à une nourrice, soit aux grands-parents. En plus, les enfants auraient exprimé le désir de vivre auprès de leur mère.

Par ailleurs, aucun élément du dossier ne mettrait en doute sa propre capacité de s'occuper de ses enfants.

B) s'oppose à la demande de transfert de garde de A), qui aurait pour unique but la volonté de se soustraire au paiement des pensions alimentaires pour les enfants. Suivant un arrêt de la Cour du 10 juillet 2013, la partie appelante aurait été condamnée du chef d'infraction d'abandon de famille à une peine d'emprisonnement de neuf mois assortie du sursis probatoire et elle continuerait de se soustraire au paiement tant des termes à échoir que des arriérés des pensions alimentaires qui s'élèveraient au montant de 35.000 euros. Le père fait valoir qu'il s'est trouvé du jour au lendemain seul avec les trois enfants âgés de six et neuf ans à l'époque, la mère ayant abandonné le domicile familial, et qu'il a dû faire face seul aux dettes du ménage et s'occuper des enfants.

B) soutient encore que l'état de santé de la mère ne lui permet pas de s'occuper de l'éducation et de l'entretien des enfants et elle ne prouverait pas avoir actuellement un logement adéquat pour y recevoir les enfants. Ceux-ci seraient auprès du père depuis 2009, ils seraient scolarisés dans le sud du pays et ils y auraient leurs amis et activités.

L'attribution de la garde des enfants doit se faire en considération des seuls intérêts des enfants visés et il incombe au parent qui demande la garde de démontrer que l'intérêt des enfants justifie la mesure voulue. Un transfert de garde ne se conçoit, compte tenu des perturbations inévitables engendrées, que pour des raisons sérieuses auxquelles les intérêts personnels, de quelque nature qu'ils fussent, des parents sont étrangers.

Il est constant en cause qu'en l'espèce, les enfants communs C) et D), âgés de quinze ans, et E), âgée de onze ans, vivent auprès de leur père dans la maison familiale sise à Schifflange depuis la séparation définitive du couple au mois d'avril 2009, soit depuis plus de cinq années. Ils sont scolarisés dans le sud du pays, ils y ont leurs amis et connaissances, de même que leurs activités scolaires et de loisir.

Les affirmations de la mère que le père ne s'occuperait pas des enfants et que leur santé psychique serait menacée ne sont étayées par aucun élément concret du dossier. Les lettres des enfants produites en cause ne contiennent aucun reproche à l'adresse du père et ne révèlent aucun élément en sa défaveur, les enfants se contentant d'affirmer qu'ils aiment leur mère et que celle-ci ne les aurait pas abandonnés.

Concernant la situation de la mère, il découle du contrat de bail versé en cause qu'elle habite actuellement un appartement à Wiltz comprenant un living et une chambre à coucher.

Il est manifeste que ce logement n'est pas suffisamment spacieux pour y loger de manière permanente, outre la mère, trois adolescents. En outre, les arguments développés en l'espèce par la mère pour appuyer sa demande de transfert de garde mettent essentiellement en avant sa propre situation, à savoir ses capacités éducatives et ses possibilités de logement des enfants, sans qu'elle invoque un élément sérieux de nature à démontrer que le père serait inapte à pourvoir au bien-être des enfants communs. Il ne convient pas, par ailleurs, en l'absence d'autre élément en défaveur du père, de retirer les

enfants de leur milieu familial et social habituel dans lequel ils évoluent bien depuis plusieurs années et dans lequel ils ont leurs repères.

A) reste, dès lors, en défaut d'établir que le transfert de garde demandé est dans l'intérêt des enfants, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a confié la garde des enfants communs C), D) et E) à leur père.

A titre subsidiaire, la partie appelante sollicite un droit de visite et d'hébergement toutes les fins de semaine du vendredi, à 18.00 heures au dimanche, à 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié de toutes les vacances scolaires. Les domiciles des parents étant éloignés l'un de l'autre, il ne serait pas dans l'intérêt des enfants de leur imposer de longs trajets, ce qui serait le cas du droit de visite actuel lui attribué les samedis et les dimanches pendant la seule journée.

L'intimé n'a pas pris position quant au droit de visite et d'hébergement sollicité par la partie appelante.

Compte tenu de l'exiguïté du logement de la partie appelante rendant difficile l'hébergement de trois grands enfants, le jugement entrepris, qui a limité le droit de visite aux samedis et dimanches dans la journée, est à confirmer. Rien n'empêche, par ailleurs, les parties, qui ont toujours, par le passé, trouvé un arrangement concernant l'exercice du droit de visite de la mère, de convenir, de manière spontanée et exceptionnelle d'une modalité différente de l'exercice de ce droit de visite.

Le jugement entrepris est, dès lors, également à confirmer en ce qui concerne le droit de visite accordé à la mère.

Quant à la pension alimentaire pour les enfants communs

A) demande à se voir allouer une pension alimentaire de 250 euros par mois et par enfant si la garde des enfants communs lui était confiée. A titre subsidiaire, la partie appelante demande à être déchargée du paiement de toute pension alimentaire, sinon à la voir fixer au montant de 50 euros par mois et par enfant en raison de sa situation financière difficile.

Elle explique qu'elle a de sérieux problèmes de santé l'empêchant de travailler, qu'elle perçoit une allocation pour personnes gravement handicapées de l'ordre de 1.417 euros par mois, qu'elle paie un loyer de 750 euros par mois ainsi que des avances mensuelles sur charges locatives de 220 euros, de sorte que son revenu disponible mensuel ne serait plus que de 447 euros et ne lui permettrait pas de verser une pension alimentaire pour ses enfants.

Les père et mère doivent contribuer tous les deux à proportion de leurs facultés respectives aux besoins des enfants communs.

La garde des enfants communs restant confiée au père, la demande de la mère à se voir allouer une pension alimentaire pour les enfants est à rejeter.

Il résulte de l'ensemble des éléments du dossier que le père contribue seul aux frais d'entretien des enfants depuis la séparation du couple. Il ne verse pas de pièces récentes concernant ses revenus et charges. Il découle du jugement entrepris que l'intimé touche un salaire mensuel de 3.189,66 euros et qu'il

rembourse le prêt immobilier grevant l'immeuble commun qu'il occupe avec les enfants à concurrence d'un montant mensuel de 1.794,99 euros ainsi qu'un prêt pour une voiture dont la mensualité est de 215,66 euros, prêts qui n'ont pas été contestés.

A), qui a un revenu mensuel de 1.417 euros et paie un loyer de 750 euros par mois, ne fait pas état d'autres charges incompressibles, les avances mensuelles sur charges locatives, de même que les taxes communales, frais d'électricité et assurances rentrant dans les dépenses de la vie courante. L'épouse, qui a fait l'objet d'une condamnation du chef de l'infraction d'abandon de famille, verse la copie d'un seul virement aux termes duquel elle a réglé en date du 1er mars 2014, un terme de la pension alimentaire à laquelle elle a été condamnée en première instance.

La Cour considère que c'est à juste titre que le tribunal, en tenant compte des facultés contributives respectives des parents et des besoins des enfants, a fixé la pension alimentaire à payer par A) à B) à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des trois enfants communs mineurs au montant de 80 euros par enfant et par mois.

Le jugement est, par conséquent, encore à confirmer quant à ce volet.

A défaut pour les parties d'établir la condition d'iniquité requise par la loi, elles sont à débouter de leurs demandes respectives en octroi d'une indemnité de procédure.

P A R C E S M O T I F S

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

déclare l'appel du 7 mars 2013 recevable ;

déclare l'appel du 26 avril 2013 irrecevable ;

déclare l'appel du 7 mars 2013 non fondé ;

partant, **confirme** la décision entreprise ;

déboute les parties de leurs demandes respectives en octroi d'une indemnité de procédure ;

condamne A) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître TRAVESSA MENDES qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.