

Arrêt N° 192/17 - I - CIV

Arrêt civil

Audience publique du huit novembre deux mille dix-sept

Numéro 43455 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,
Christiane JUNCK, premier conseiller,
Rita BIEL, conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.

Entre :

A), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN
d'Esch-sur-Alzette du 1er avril 2016,

comparant par Maître Agathe SEKROUN, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et :

B), demeurant à L-(...),

intimée aux fins du prédit exploit GLODEN,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 18 février 2016, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé le divorce entre B) et A) aux torts réciproques des parties, a dit que l'autorité parentale envers les enfants communs mineurs C), née le (...), et D), né le (...), sera exercée conjointement par B) et A), a attribué la garde des deux enfants communs mineurs C) et D) à B), a accordé à A) un droit de visite et d'hébergement envers les enfants communs mineurs C) et D), sauf meilleur accord entre les parties, en période scolaire: chaque deuxième fin de semaine du vendredi à la sortie du foyer au mardi matin à la rentrée des classes, ainsi que le lundi subséquent de la sortie de l'école au lendemain à la rentrée des classes; en période de vacances scolaires: pendant la première moitié des vacances scolaires les années impaires et la deuxième moitié les années paires en ce qui concerne les vacances d'été, de Pâques et de Noël, et pour les vacances de Carnaval les années impaires et les vacances de Pentecôte et de Toussaint les années paires; a fixé en détail les modalités d'exercice de ce droit de visite et d'hébergement, a condamné A) à payer à B) la somme de 750 euros par enfant par mois au titre de sa contribution à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs C) et D), allocations familiales et boni d'enfant non compris; a condamné A) à payer à B) la moitié des frais extraordinaires en relation avec les deux enfants communs mineurs C) et D), autres que ceux pris en compte pour la fixation de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et qui furent engagés d'un commun accord par les parties, dans le mois qui suit la présentation des factures afférentes; a débouté B) et A) de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Contre ce jugement lui signifié le 1^{er} mars 2017, A) a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 1^{er} avril 2016. L'appelant critique le jugement de première instance en ce qu'il a refusé de lui accorder des droits de visite et d'hébergement élargis assimilables à une garde alternée et l'a condamné au paiement d'une pension alimentaire de 750 euros par mois et par enfant ainsi qu'au paiement de la moitié des frais extraordinaires.

Il demande principalement un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux, du lundi après l'école/maison relais au lundi suivant reprise de l'école/maison relais, subsidiairement chaque jeudi ou chaque lundi à la sortie de l'école/foyer jusqu'au retour à l'école le lendemain matin.

A) estime que c'est à tort que le tribunal lui a refusé un droit de visite et d'hébergement élargi au motif de la mésentente des parents et en considération de ce que le droit de visite actuel est exercé depuis deux ans. A) soutient que la mésentente est uniquement alimentée par la mère et qu'il est dans l'intérêt des enfants de lui accorder un droit de visite et d'hébergement élargi.

A) demande principalement que les enfants soient entendus par la Cour subsidiairement par un spécialiste de l'enfance afin qu'ils puissent exprimer leur ressenti. En ordre subsidiaire, il sollicite la nomination d'un avocat pour les enfants.

A) demande à voir changer certains détails dans les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement, notamment à voir fixer le début des vacances au premier jour effectif à la sortie de l'école/Foyer et la fin au dernier jour effectif à la reprise de l'école, ainsi qu'à se voir attribuer un des deux documents d'identité, soit passeport, soit carte d'identité, des enfants.

En ordre principal, A) demande à être déchargé du paiement d'une pension alimentaire pour autant qu'un droit de visite et d'hébergement élargi lui est accordé. En ordre subsidiaire, A) soutient que les allocations familiales couvrent les frais de l'école française et de sports des deux enfants, il offre de contribuer à hauteur de 400 euros par mois et par enfant.

A) expose qu'il dispose de revenus mensuels de 7.193,18 euros et que ses charges mensuelles incompressibles se chiffrent à 4.620,66 euros par mois, de sorte qu'il reste un disponible mensuel de 2.572,52 euros

A) relève que la partie adverse est actionnaire unique des sociétés S 1) et S 2) réalisant des profits considérables en 2013 et 2014 et que B) reste en défaut de verser son bulletin d'imposition. Il requiert qu'une injonction soit donnée à la partie adverse de produire ses bulletins d'impôts à titre personnel pour les années 2012, 2013 et 2014.

Il conteste que le bénéfice de l'année 2014 de la société S 1) d'un montant de 202.221,49 euros n'a pas été distribué, mais porté aux capitaux propres et qu'en 2014 les avoirs en banque de cette société se chiffraient à 615.383,04 euros face à des dettes de 247.739 euros. Pour la société S 2), dont la partie adverse est également le bénéficiaire unique, les bénéfices non distribués se chiffraient à 100.158,42 euros en 2014 et à 36.882,7 euros en 2013.

Il demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

B) s'oppose aux demandes de A) en soutenant que les parties sont en mésentente et que du point de vue professionnel A) ne dispose pas de la disponibilité suffisante pour héberger les enfants chaque deuxième semaine.

B) conclut à la confirmation du jugement entrepris quant au droit de garde.

Elle interjette appel incident quant à l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père et demande qu'en période scolaire les enfants soient avec leur père chaque deuxième fin de semaine du vendredi à la sortie du foyer au dimanche 18.00 heures et chaque deuxième mercredi à la sortie du foyer au jeudi à la rentrée des classes.

Elle demande la confirmation du jugement relatif au droit de visite et d'hébergement en période de vacances scolaires et lors des jours fériés.

B) conclut au rejet de la demande de la partie appelante à se voir délivrer une pièce d'identité au motif que la remise des documents s'est toujours parfaitement passée.

B) interjette encore appel incident pour demander la condamnation de A) à lui payer une pension alimentaire de 1.200 euros par mois et par enfant eu égard aux revenus des parties et des besoins des enfants.

Elle demande à voir enjoinde à A) de verser ses fiches de salaire de décembre 2015 à ce jour. B) conteste les charges alléguées par A) autres que les prêts relatifs à leurs habitations, au garage et au studio.

B) maintient sa position adoptée en première instance disant qu'elle ne touche qu'un traitement de 2.300 euros par mois en sa qualité de gérante d'une société commerciale.

Elle reconnaît être l'associée unique de la société S 1) sàrl, mais elle estime que cette société constitue une personne juridique distincte et qu'il n'appartient pas à la partie adverse de décider de l'affectation de ses bénéfices.

Elle ne conteste pas avoir une voiture de service à sa disposition.

Elle refuse de verser ses bulletins d'imposition disant que ses revenus ne dépassent pas le plafond de 100.000 euros par an.

B) allègue des charges de 1.590,09 euros, ainsi que des frais futurs de relogement de 1.700 euros par mois y non compris les charges locatives de 180 euros.

A titre de besoin des enfants, elle énumère les frais de scolarité, les frais d'orthophonie, les frais de sports et de classes découvertes et les frais relatifs aux anniversaires des enfants.

B) demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Appréciation de la Cour

Quant au droit de visite et d'hébergement du père

B) s'oppose à la demande de A) à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement élargi au motif qu'un tel système de garde alternée présuppose un minimum d'entente entre parties.

Eu égard à l'exercice actuel de son droit de visite et d'hébergement par le père, il y a lieu de constater qu'il existe un minimum d'entente entre les parents. Par ailleurs l'aptitude éducative des deux parents est reconnue et le critère de la proximité géographique des domiciles des deux parents est rempli. Le père entend retourner dans l'ancien domicile familial de sorte que les enfants sont en mesure de rejoindre facilement leur école, même si D) fréquente le campus de Gasperich.

Partant eu égard à l'âge des enfants, à leur intérêt et aux capacités éducatives des deux parents, il y a lieu de confirmer ce volet du jugement entrepris sauf à dire que le droit de visite et d'hébergement du père en période scolaire lui sera attribué en plus chaque mardi au lendemain mercredi matin, de sorte que le droit de visite et d'hébergement du père s'exercera comme suit :

en période scolaire : chaque deuxième fin de semaine du vendredi à la sortie du foyer au mercredi matin à la rentrée des classes, ainsi que le lundi subséquent de la sortie de l'école au mercredi à la rentrée des classes,

en période de vacances: fixe le début des vacances scolaires au premier jour à 12.00 heures et leur fin au dernier jour à 18.00 heures

Quant aux vacances scolaires, il y a lieu de préciser, contrairement au développement de A), que les vacances scolaires commencent le lendemain du dernier jour de classe et finissent la veille du premier jour de classe.

Eu égard à l'élargissement du droit de visite et d'hébergement du père, il y a lieu de simplifier l'aménagement du droit de visite et d'hébergement en période de vacances par les parents et de fixer le début des vacances scolaires au premier jour à 12 heures et leur fin au dernier jour à 18.00 heures.

Il y a encore lieu de faire droit à la demande de A) de se faire délivrer une pièce d'identité des enfants.

Quant à l'entretien et à l'éducation des enfants mineurs

Même si en fait les parents se partagent le temps de résidence des enfants il y a lieu de vérifier si leurs moyens financiers leur permettent d'assumer de manière équilibrée les charges des enfants.

Il résulte des éléments du dossier que B) est la bénéficiaire économique de sociétés exploitant des crèches et que la comptabilité de ces sociétés établit que les dernières années aucun bénéfice n'a été distribué.

Afin d'apprécier les moyens financiers d'une partie il faut tenir compte des revenus virtuels dont le débiteur pourrait disposer. On peut virtuellement inclure dans les revenus du débiteur d'aliments, actionnaire et gérant d'une société, les bénéfices de la société qui sont mis en réserve au lieu de lui être attribués sous la forme d'une rémunération ou d'un dividende. Le juge du fond peut parfaitement en fait constater que le débiteur, en sa qualité d'actionnaire majoritaire de la société, a le pouvoir de déterminer avec les autres actionnaires le montant de leur rémunération et de décider qu'après que la réserve légale ait été constituée, de distribuer ou non les bénéfices de leurs sociétés en manière telle que le juge peut tenir compte pour apprécier les facultés contributives du débiteur d'aliments, de ce que celui-ci est en mesure, selon ses propres initiatives, de garder les bénéfices dans les sociétés familiales ou de les ajouter à ses revenus. Ainsi la validité des décisions relatives aux bénéfices réalisés ne fait pas obstacle à ce que les bénéfices soient ajoutés aux revenus du demandeur en vue de son obligation de payer une pension alimentaire. Par la mise en réserve, les associés actifs peuvent doser leurs revenus professionnels et mobiliers en fonction de leurs besoins et du meilleur résultat fiscal. Ils peuvent ainsi choisir la technique de la mise en réserve pour se constituer au sein de la société l'équivalent d'une véritable épargne personnelle (Cass. belge 27.6.1981, Rev. Prat. Soc. 1982, n°6186, p.123).

Les cours et tribunaux ne sont pas tenus d'accorder foi au montant des revenus mentionnés dans les déclarations d'impôts, les chiffres repris dans ces déclarations n'ont qu'une valeur indicative (Cass. belge 25.4.1985, RTDF 1986, p.188), de sorte que la demande d'injonction de produire les bulletins d'imposition est à rejeter.

En l'espèce, la Cour ne peut pas chiffrer exactement les facultés contributives de B) mais elle évalue ses revenus virtuels bruts à une somme dépassant les 10.000 euros par mois, de sorte que ses demandes en allocation d'une contribution à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs C) et D) sont à déclarer non fondées.

B) touche les allocations familiales et le boni pour enfant, ces prestations lui permettent de subvenir aux frais de l'école et aux dépenses extraordinaires des enfants, de sorte que sa demande y relative est à déclarer non fondée.

Faute par les parties appelante et intimée de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge des sommes par elles exposées et non comprises dans les dépens leurs demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à abjurer.

Par ces motifs

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

reçoit les appels principal et incident,

déclare l'appel incident non fondé,

déclare l'appel principal partiellement fondé,

accorde à A) un droit de visite et d'hébergement envers les enfants communs mineurs C) et D), sauf meilleur accord entre les parties,
en période scolaire : chaque deuxième fin de semaine du vendredi à la sortie du foyer au mercredi matin à la rentrée des classes, ainsi que le lundi subséquent de la sortie de l'école au mercredi à la rentrée des classes,
en période de vacances: fixe le début des vacances scolaires au premier jour à 12.00 heures et leur fin au dernier jour à 18.00 heures,

dit que A) a droit à une pièce d'identité des enfants C) et D),

dit les demandes de B) en allocation d'une contribution à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs C) et D) et d'une moitié des frais extraordinaires non fondées,

décharge A) de la condamnation à une contribution à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs et à la moitié des frais extraordinaires en relation avec ces derniers,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute les parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne B) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Agathe SEKROUN qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

