

Arrêt N° 76/19 - I – DIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du trois mai deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00130 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

Entre :

A, né le (...), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 13 février 2019,

comparant par Maître Isabelle CECCARELLI, en remplacement de Maître Alain GROSS, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

et :

B, née le (...), demeurant à L-(...),

intimée aux fins de la prédite requête d'appel,

comparant par Maître Sibel DEMIR, en remplacement de Maître Jean-Georges GREMLING, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur les mesures provisoires accessoires à une demande en divorce pour rupture irrémédiable introduite par B (ci-après B) contre A (ci-après A) le 13 novembre 2018, le juge aux affaires familiales, par ordonnance contradictoire du 3 décembre 2018, a dit que l'autorité parentale envers les enfants communs ENFANT1, né le 13 août 2012, et ENFANT2, née le 31 mai 2014, continuera de s'exercer conjointement par les parents, a fixé la résidence des enfants communs au domicile de la mère, a dit la demande d'A en fixation d'une résidence alternée pour les enfants mineurs contraire à l'intérêt de ceux-ci et a accordé à A à l'égard des enfants communs un large droit de visite et d'hébergement tant en période scolaire qu'en période de vacances, sous condition d'être aidé par une tierce personne pour les trajets entre l'école et son domicile et de se

faire assister quotidiennement de 11.00 heures du matin au coucher des enfants par une personne adulte pendant les vacances. Le juge aux affaires familiales a finalement sursis à statuer sur la demande de B en obtention d'une contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants communs.

Statuant sur une demande d'A en révision de la décision en ce qui concerne l'institution d'un système de résidences alternées et sur une demande de B en révision des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé au père, respectivement en règlement d'un différend opposant les parents au sujet de droit de l'enfant ENFANT1 de participer à un cours facultatif d'aide aux devoirs les lundis, mercredis et vendredis entre 11.45 heures et 12.30 heures, en considération des faits nouveaux survenus après l'ordonnance du 3 décembre 2018, le juge aux affaires familiales, par ordonnance du 28 janvier 2019, a reçu les demandes respectives, a dit non fondée la demande d'A concernant le système de résidences alternées, a dit fondées les demandes des parties respectives en modification du droit de visite et d'hébergement du père et en a fixé de nouvelles modalités, a dit que, dans l'hypothèse où une fréquentation à la carte des cours d'assistance aux devoirs était possible, la demande de B concernant la fréquentation de ces cours par l'enfant ENFANT1 les lundis, mercredis et vendredis n'est pas fondée et, dans l'hypothèse contraire, a ordonné que l'enfant fréquente ces cours les lundis, mercredis et vendredis. Le juge aux affaires familiales a finalement précisé les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des enfants communs pour les vacances de Carnaval et de Pâques 2019 et a sursis à statuer au sujet des demandes en allocation de secours alimentaires.

Suivant requête déposée au greffe de la Cour le 13 février 2019, signifiée à B le 21 février 2019, A a relevé appel de cette dernière ordonnance, qui lui a été notifiée le 30 janvier 2019.

L'appelant conclut, par réformation de l'ordonnance entreprise, à ce que la résidence des enfants soit fixée auprès de lui, sinon à ce que la résidence des enfants soit fixée en alternance et pour la même durée auprès du père et auprès de la mère, tant en période scolaire, qu'en période de vacances scolaires, à ce qu'il ne soit pas limité dans ses déplacements avec les enfants communs durant les vacances lorsqu'il n'est pas accompagné d'un second adulte et à voir détailler le droit de visite et d'hébergement des parents durant les vacances scolaires. A demande finalement l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros et la condamnation de B aux frais et dépens de l'instance.

Au soutien de son recours, A fait valoir que la décision entreprise serait contraire à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (articles 8 et 14), à la Convention relative aux Droits des Enfants et à la Convention de l'ONU sur les Droits des Personnes Handicapées. Aussi ne respecterait-elle pas le raisonnement ayant abouti à l'ordonnance non critiquée du 3 décembre 2018, en ce que le principal facteur de détermination du juge aurait été la maladie handicapante du père et non pas l'intérêt supérieur des enfants et ce, malgré la présence permanente d'une tierce personne au domicile d'A. Ce dernier ajoute que son état de santé ne l'empêcherait pas d'exercer son large droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs et qu'un système de résidences alternées ne serait pas

plus éprouvant pour sa santé, ni pour celle des enfants, que l'actuel droit de visite et d'hébergement. En soustrayant les enfants au père, B agirait finalement à l'encontre des intérêts de ceux-ci.

B soulève l'irrecevabilité, sinon demande le rejet, de l'appel pour perte d'objet, sinon pour ineffectivité de la décision à intervenir au provisoire, eu égard au jugement du juge aux affaires familiales intervenu le 21 mars 2019 sur le fond des mesures accessoires au divorce prononcé par jugement du 6 décembre 2018, actuellement coulé en force de chose jugée. La décision intervenue au fond sur les mesures accessoires ayant été déclarée exécutoire par provision, A n'aurait actuellement plus d'intérêt à obtenir une décision sur les mêmes mesures à titre provisoire. A titre subsidiaire et quant au fondement des demandes d'A, B relève qu'aucune obligation pour le juge aux affaires familiales de fixer la résidence des enfants auprès du père ou d'instaurer un système de résidences alternées, dans l'hypothèse où celui-ci engage une aide permanente à domicile, ne se dégage de la décision de 3 décembre 2018. Par ailleurs, le juge aux affaires familiales devrait rester libre dans son appréciation et ne serait pas lié par une décision antérieure. Il s'ajouterait que, contrairement à une jurisprudence constante en la matière se référant à l'intérêt supérieur des enfants, A invoquerait son seul intérêt personnel aux fins de voir fixer la résidence des enfants communs auprès de lui, respectivement pour conclure à un système de résidences alternées. Or, les enfants évolueraient normalement en vivant auprès de leur mère et en voyant régulièrement leur père qui exerce un droit et de visite et d'hébergement élargi à leur égard. Eu égard à l'attitude procédurière de l'appelant, l'intimée demande finalement l'allocation d'une indemnité de procédure de 750 euros.

Appréciation de la Cour :

Par jugement du 6 décembre 2018, le juge aux affaires familiales a dit la demande en divorce de B, introduite sur base des dispositions de l'article 232 du Code civil, recevable et fondée et a fixé la continuation des débats au sujet des mesures accessoires au divorce à une audience ultérieure. Les parties s'accordent pour dire que cette décision est actuellement définitive et que le divorce a été transcrit sur les registres de l'état civil.

Suivant jugement du 21 mars 2019, notifié à B le 22 mars 2019, le juge aux affaires familiales, statuant en continuation du jugement du 6 décembre 2018, a notamment donné acte à A de sa renonciation implicite à sa demande tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants auprès de lui, a dit qu'il n'y avait pas lieu d'instituer un système de résidences alternées pour les enfants communs, a fixé la résidence habituelle des enfants communs mineurs auprès de la mère et a accordé à A un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs mineurs ENFANT1 et ENFANT2 pendant la période scolaire et pendant les vacances et en a fixé des modalités d'exercice précises tenant notamment à la présence d'un second adulte au domicile d'A pendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement du weekend et pendant les vacances, à la suspension du droit de visite et d'hébergement en cas de maladie d'un des enfants communs établie par certificat médical, aux mesures à prendre dans l'hypothèse où un des enfants communs tombe malade pendant le droit de visite et d'hébergement, au lieu d'exercice du droit de visite et d'hébergement pendant les vacances et aux

déplacements admis en journée en l'absence d'accompagnement par un second adulte.

Le juge aux affaires familiales a encore dit non fondée la demande de B tendant à l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs, a invité les parties à avoir recours à une médiation auprès d'un service leur permettant de rechercher en parallèle une aide psychologique personnelle, a autorisé le suivi psychologique des enfants communs par le service AFP *Erzëiongs - a Familljenberodung*, a dit non fondées les demandes d'A en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel et en obtention d'une contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants communs et a condamné ce dernier à payer à B une contribution mensuelle à l'éducation et à l'entretien des enfants communs ENFANT1 et ENFANT2 de 75 euros par enfant, allocations familiales non comprises. Le jugement du 21 mars 2019 a finalement été déclaré exécutoire par provision.

Aux termes de l'article 1007-36 du Nouveau Code de procédure civile, le tribunal, saisi d'une demande en divorce pour rupture irrémédiable, constate le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales des conjoints, prononce le divorce, ordonne la liquidation et le partage du régime matrimonial, désigne le notaire liquidateur s'il y a lieu, met fin aux mesures provisoires et statue sur les conséquences.

Il résulte des termes de la décision du 21 mars 2019 cités ci-dessus que le juge aux affaires familiales statuant au fond a mis fin aux mesures provisoires décidées par l'ordonnance entreprise du 28 janvier 2019 et y a substitué les mesures accessoires par lui déterminées.

Conformément aux conclusions de B, ce sont les mesures accessoires au divorce telles que fixées par le jugement du 21 mars 2019, exécutoire par provision, qui s'appliquent depuis cette date entre parties à l'exclusion de celles fixées par l'ordonnance du 28 janvier 2019, de sorte que le recours dirigé par A contre cette décision provisoire ne présente actuellement plus d'intérêt pour celui-ci.

La disparition de l'intérêt à agir en cours de procédure n'affecte pas la recevabilité de l'action, puisque les conditions de recevabilité sont appréciées le jour de l'acte introductif d'instance. Mais la disparition en cours d'instance des circonstances qui fondaient l'intérêt à agir entraîne que la demande devient non fondée (T. Hoscheit, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, n° 897, p. 462 et s.).

En l'état actuel, l'appel introduit par A contre l'ordonnance du 28 janvier 2019 n'est donc pas fondé.

Au égard au sort réservé à l'appel, la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Comme il serait cependant injuste de laisser à la charge de B la partie des frais non comprise dans les dépens qu'elle a été obligée d'exposer en vue de se défendre contre un appel manifestement infondé, il convient de condamner A à lui payer l'indemnité de procédure requise de 750 euros qui est adaptée à l'envergure de l'affaire, à son degré de difficulté et aux soins y requis.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

dit non fondée la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure,

dit fondée la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A à payer à B une indemnité de procédure de 750 euros,

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

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présentes:

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.