

Arrêt N° 110/19 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du douze juin deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00376 du rôle

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

Entre :

A, né le (...) en Allemagne à Merzig, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 19 avril 2019,

représenté par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

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

intimée aux fins de la prédite requête d'appel,

représentée par Maître Inès BIWER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur une requête de A déposée le 12 décembre 2018, dirigée contre a (ci-après B) tendant à voir fixer auprès du père le domicile légal de l'enfant commun mineur C, né le (...), à voir fixer la résidence habituelle de l'enfant en alternance chez les deux parents, à savoir chaque semaine du mercredi à la sortie de la crèche ou de l'école au dimanche soir à 19.00 heures auprès du père et du dimanche soir à 19.00 heures au mercredi à la rentrée de la crèche ou de l'école auprès de la mère, à entendre dire que l'enfant ira à la crèche ou à l'école de X, à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 euros et à l'exécution provisoire de la décision à intervenir, le juge aux affaires familiales, dans son jugement du 18 mars 2019, a dit les demandes principales de A contenues dans sa requête non fondées et fondée la demande subsidiaire formulée à l'audience

tendant à voir entériner la pratique des parties concernant l'hébergement de l'enfant commun mineur C durant les weekends, a dit que, sauf meilleur accord des parties, le père exercera, hors périodes de vacances, un droit de visite et d'hébergement hebdomadaire du vendredi à la sortie du travail, vers 16.30 heures, au dimanche 18.30 heures, à charge pour B de venir récupérer C le dimanche soir, a maintenu, pour le surplus, les modalités d'exercice de l'autorité parentale telles qu'elles résultent des décisions judiciaires définitives précédemment rendues entre parties, a dit non fondée la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure, a ordonné l'exécution provisoire de la décision et a condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le juge aux affaires familiales a constaté que A et B sont les parents de l'enfant mineur C, né le (...) à Luxembourg, et que suivant décisions judiciaires des 19 juillet 2017, 25 octobre 2017 et 21 février 2018, la résidence principale de C a été fixée auprès de la mère, un droit de visite et d'hébergement hors vacances scolaires et un droit de visite et d'hébergement en période de vacances a été accordé au père, B a accepté d'élargir le droit de visite et d'hébergement du père pendant les vacances scolaires, au cas où A pourrait se rendre disponible pour l'enfant commun et il a été décidé que l'enfant fréquentera une crèche située à Y.

Il a retenu que le changement des situations professionnelles des parties et la pratique d'un droit d'hébergement plus large du père constituaient des éléments nouveaux rendant la demande du père recevable. Quant au fond, le juge de première instance a décidé qu'une résidence alternée parfaitement équilibrée entre les deux parents n'était pas dans l'intérêt de la sauvegarde de l'équilibre de l'enfant commun et il a entériné la pratique de commun accord des parties qui faisait l'objet de la demande subsidiaire formulée à l'audience. Le juge aux affaires familiales a finalement retenu qu'il n'était pas non plus dans l'intérêt de l'enfant de fréquenter une crèche éloignée de son domicile.

Ce jugement, notifié le 20 mars 2019 aux parties, a été régulièrement entrepris par A suivant mémoire déposé le 19 avril 2019 au greffe de la Cour d'appel.

L'appelant demande, par réformation, à la Cour de fixer le domicile légal de l'enfant commun auprès de lui, de fixer la résidence habituelle de l'enfant en alternance auprès des deux parents, principalement, chaque semaine du mercredi à la sortie de la crèche ou de l'école au dimanche soir à 19.00 heures auprès du père et du dimanche soir à 19.00 heures au mercredi à la rentrée de la crèche ou de l'école auprès de la mère. A titre subsidiaire, il conclut à voir fixer la résidence de l'enfant chez le père chaque semaine du jeudi à la sortie de la crèche ou de l'école au dimanche soir à 19.00 heures et chez la mère chaque semaine du dimanche soir à 19.00 heures au jeudi à la rentrée de la crèche ou de l'école.

En dernier ordre de subsidiarité, le père demande à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement à exercer conformément aux modalités définies par le jugement entrepris, chaque week-end du vendredi à la sortie du travail vers 16.30 heures au dimanche à 18.30 heures, à charge pour la mère de venir récupérer l'enfant auprès de lui. A conclut encore à voir nommer un avocat pour l'enfant, à voir ordonner une expertise et un suivi psychologique de l'enfant et à entendre dire que l'enfant fréquentera l'école

à X. Il demande finalement l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 euros et la condamnation de B aux frais et dépens.

A l'appui de son recours, A fait valoir que ce serait à tort que le juge de première instance aurait fait abstraction de la volonté de l'enfant et il demande à ce que celui-ci soit entendu par un avocat pour enfants. Eu égard aux horaires de travail des parties, le père serait plus disponible pour l'enfant, notamment pendant les heures de midi et du point de vue de l'équilibre de l'enfant, la situation familiale du père, plus stable que celle de la mère, commanderait de fixer le domicile légal de l'enfant auprès de l'appelant. Celui-ci fait encore valoir que l'intégration par l'enfant de l'école à X est dans l'intérêt du fils commun au vu de la disponibilité du père et de l'entourage stable de celui-ci. L'enfant refusant de retourner auprès de la mère après l'exercice par le père de son droit de visite et d'hébergement, celui-ci conclut à la nomination d'un pédopsychiatre aux fins d'élucider les raisons profondes dudit refus.

B conteste qu'un nouveau changement du rythme de l'enfant, par rapport à celui appliqué depuis deux ans, soit bénéfique pour celui-ci. Elle explique qu'elle a aménagé ses horaires de travail en fonction des besoins de l'enfant pour pouvoir passer un maximum de temps avec lui. Elle admet que les passages de bras du père à la mère sont parfois difficiles, mais soutient que l'enfant s'en remet rapidement, de sorte qu'il n'y aurait aucun besoin de nommer un avocat pour l'enfant ni d'ordonner une expertise psychiatrique, ni un suivi psychologique pour l'enfant. Elle conclut à la confirmation de la décision entreprise

Appréciation de la Cour :

Par ordonnance du 21 mai 2019, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

B et A sont les parents de l'enfant mineur C, né le 8 octobre 2015.

Tel qu'exposé correctement par le juge aux affaires familiales, la résidence principale de l'enfant a été fixée auprès de la mère, le droit de visite et d'hébergement hors vacances scolaires du père a été fixé, sauf meilleur accord des parties, toutes les semaines du vendredi 18.00 heures au samedi 18.00 heures et chaque deuxième semaine du vendredi 18.00 heures au dimanche 18.00 heures, le droit de visite et d'hébergement du père en période de vacances a été fixé les années paires: la 1^{ère} moitié des vacances de Pâques, les vacances de la Pentecôte, en été du 1^{er} au 15 août et du 1^{er} au 14 septembre, la 1^{ère} moitié des vacances de Noël, les années impaires: les vacances de Carnaval, la 2^{ème} moitié des vacances de Pâques, en été du 16 au 31 juillet et du 16 au 31 août, les vacances de la Toussaint, la 2^{ème} moitié des vacances de Noël, B a accepté d'élargir le droit de visite et d'hébergement du père pendant les vacances scolaires, au cas où celui-ci peut se rendre disponible pour l'enfant et il a été décidé que l'enfant fréquentera une crèche à Y, suivant décisions rendues par le juge des tutelles les 19 juillet 2017 et 21 février 2018 et par la Cour d'appel du 25 octobre 2017.

A entend voir modifier ces modalités de l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés.

Le jugement entrepris n'est pas critiqué en ce qu'il a dit la demande du père recevable en raison de la survenance d'éléments nouveaux.

1) *Le domicile et la résidence habituelle de l'enfant :*

Aux termes de l'article 378 du Code civil le tribunal peut être saisi par l'un des parents afin de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale concernant notamment le domicile et la résidence de l'enfant, ainsi que le droit de visite et d'hébergement.

Dans le cadre de cette démarche, l'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile recommande au juge de prendre en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure, les sentiments exprimés par l'enfant mineur lorsqu'ils sont exprimés dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre, le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte de l'âge de l'enfant et les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes sociales prévues à l'article 1007-51 du Nouveau Code de procédure civile.

En se référant à ces dispositions légales, le juge aux affaires familiales s'est orienté à juste titre par rapport à la volonté de l'enfant, aux capacités éducatives et à la disponibilité des parents et à la sauvegarde de l'équilibre de l'enfant.

a) En ce qui concerne les désirs prétendument exprimés par C, le juge du premier degré est à approuver pour avoir retenu qu'eu égard au jeune âge de l'enfant, celui-ci ne dispose pas du discernement nécessaire pour qu'il soit entendu en justice, même par le biais d'un avocat pour enfants.

Conformément aux conclusions de B, il n'y a, en effet, pas lieu d'attacher trop d'importance au fait que l'enfant se soit exprimé par les paroles « *Mama nee* » en présence du grand-père paternel D, respectivement qu'il ait refusé de rejoindre sa mère après l'exercice par le père de son droit de visite et d'hébergement, tel que relaté par le témoin T1 et admis à l'audience par B. En sens inverse, il ressort de l'attestation testimoniale de T2 que l'enfant était excité lorsqu'il a rejoint le domicile du père pendant les vacances d'été et qu'à l'instar de ce qu'a relaté B à l'audience, l'enfant s'est calmé après un certain temps. Ces pièces ne permettent pas d'établir que C souffre psychologiquement du fait que son domicile principal est fixé auprès de la mère et que les réactions de l'enfant dépassent celles découlant de la difficulté inhérente au passage de bras de tout enfant de parents séparés qui doit, à chaque fois, se familiariser avec la nouvelle situation qui se présente à lui.

Pour cette même raison, il n'y a pas lieu d'instaurer des mesures d'expertise et de suivi psychologique qui seraient contraignantes pour le jeune enfant et dont la nécessité ne se dégage, à l'heure actuelle, pas des attestations testimoniales versées par le père.

Dans le même ordre d'idées et en soutenant que la communication ne fonctionne pas entre parents lors des passages de bras du fils commun, A,

à l'audience, demande encore à la Cour d'ordonner une thérapie familiale avec prise en charge de l'enfant.

Or, tel qu'il a déjà été exposé ci-dessus, il n'est pas établi que l'enfant soit réellement en souffrance et A a lui-même mis en avant à l'audience de la Cour qu'il était flexible et qu'il avait déjà par le passé dépanné B lorsque, pour une raison ou une autre, celle-ci n'était pas en mesure de s'occuper personnellement de l'enfant. B, de son côté, ne fait pas obstruction à l'exercice par le père de son large droit de visite et d'hébergement chaque weekend et pendant les vacances. La Cour a ainsi acquis la conviction que les deux parents ont les capacités de s'entendre pour le plus grand bien de leur enfant commun et qu'ils mettront, chacun de son côté, tout en œuvre pour favoriser à l'avenir le passage de bras au profit de l'autre parent, sans qu'il n'y ait lieu de recourir à une mesure de thérapie familiale.

b) En l'absence de critiques des parties respectives quant aux capacités éducatives de l'autre parent et eu égard au constat de la Cour devant laquelle les deux parties étaient présentes et ont été entendues, c'est à bon droit que le juge aux affaires familiales a retenu que les deux parents présentent des capacités éducatives équivalentes.

c) En ce qui concerne la disponibilité des parents respectifs, il se dégage des pièces versées que A travaille tous les jours de 7.00 heures à 16.00 heures et que B est libre le lundi, qu'elle travaille du mardi au vendredi de 11.00 heures à 16.00 heures et qu'elle preste le restant des heures le weekend lorsque A exerce son droit de visite et d'hébergement sur l'enfant commun.

A soutient que si l'enfant était domicilié auprès de lui, il serait disponible pour déjeuner avec lui en raison du fait que son lieu de travail se situe à proximité du domicile de ses parents où il habite. Or, les heures de travail de A ne lui laissent qu'une seule heure pour prendre son déjeuner et, même en supposant que le trajet jusqu'au domicile de ses parents ne prenne que 5 à 10 minutes, il ne disposerait qu'entre 40 et 50 minutes pour déjeuner avec l'enfant et il ne serait pas en mesure d'aller lui-même chercher l'enfant à l'école et de l'y ramener. Il devrait donc déléguer ces tâches à une tierce personne, même si cette personne était, le cas échéant, un membre de la famille de A. Au vu de son horaire, A ne peut pas non plus amener l'enfant à l'école maternelle le matin entre 8.00 et 9.00 heures.

B, de son côté, est en mesure d'amener l'enfant à l'école, même si, pendant les heures de midi, elle doit s'en remettre à un tiers pour garder l'enfant. Les deux parents terminent leur travail à 16.00 heures et sont donc tous les deux disponibles pour l'enfant commun, même si B doit parcourir un trajet plus long pour se rendre auprès de ce dernier.

Il en découle que pendant la semaine, les deux parents sont disponibles pour leur enfant dans une mesure similaire.

d) En ce qui concerne l'équilibre de l'enfant, le juge du premier degré a correctement constaté qu'un enfant en bas âge, comme C, a besoin de la présence de ses deux parents et que le système antérieurement pratiqué par les parents suivant lequel l'enfant avait son domicile auprès de la mère, y demeurerait du lundi au vendredi matin et demeurerait auprès du père du

vendredi à la sortie de la crèche, jusqu'au dimanche soir, respecte ce besoin.

Il a encore relevé à bon escient que le système de résidence alternée prévu par l'article 378-1 du Code civil, est considéré par les médecins spécialistes et par la jurisprudence comme désavantageux pour de très jeunes enfants, jusqu'à l'âge de six ans et qu'en l'espèce, le système proposé à titre principal par A est de nature à réduire de manière considérable le contact de l'enfant avec sa mère. Si le système actuellement demandé à titre subsidiaire respecte de manière plus égalitaire le besoin de l'enfant de garder le contact avec sa mère, il n'en reste pas moins que cette solution entraînerait concrètement une coupure de la semaine et nécessiterait d'importants déplacements chronophages dans le chef des deux parents en raison de l'éloignement de leurs résidences respectives. L'offre du père d'effectuer les trajets à la place de la mère aux fins de décharger celle-ci, aura comme corollaire d'éloigner davantage la mère de l'enfant, ce qui n'est pas dans l'intérêt de ce dernier.

Le juge aux affaires familiales en a finalement conclu à bon droit que le changement de domicile de l'enfant commun et le système de résidence alternée auprès des parents respectifs, tels que demandés par A ne respectent pas l'intérêt supérieur de l'enfant et le jugement entrepris est à confirmer en ce que les demandes principales de A concernant le changement de domicile de l'enfant et le système de résidence alternée ont été déclarées non fondées.

Dans la mesure où les deux parties, même si ce n'est qu'en dernier ordre de subsidiarité pour A, sont toujours d'accord en instance d'appel au sujet du maintien de la pratique antérieure qui a été consacrée par le juge aux affaires familiales dans son jugement du 18 mars 2019, celui-ci est à confirmer à cet égard.

2) Le choix de la crèche ou de la future école de l'enfant :

Cette demande étant intimement liée au lieu de résidence principale de l'enfant, il y a lieu, au regard des développements qui précèdent, d'approuver le juge aux affaires familiales d'avoir retenu que cette mesure n'est pas dans l'intérêt de l'enfant en bas âge et d'avoir dit la demande y afférente non fondée.

Le jugement entrepris est à confirmer également à cet égard.

3) Les demandes accessoires :

A succombant à l'instance et devant en supporter les frais et dépens, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, les parties et leurs conseils, entendus,

vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile,

reçoit l'appel en la forme ;

dit non fondées les demandes de A présentées en instance d'appel et tendant à la nomination d'un avocat pour entendre l'enfant C pour en faire rapport à la Cour, à une expertise ainsi qu'à un suivi psychologique de l'enfant C et à une thérapie familiale avec prise en charge de l'enfant ;

dit l'appel non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

dit non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

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

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

Yannick DIDLINGER, conseiller, président,
Brigitte COLLING, greffier.