

Arrêt N° 128/19 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-six juin deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00445 du rôle

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

Entre :

A) né le (...) à (...), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 3 mai 2019,

comparant par Maître Claude DERBAL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1) B), née le (...) au (...), demeurant à (...),

2) C), née (...) au (...), demeurant à L-(...),

intimées aux fins de la prédite requête d'appel,

comparant par Maître Marcel MARIGO, avocat, en remplacement de Maître Sébastien LANOUE, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

en présence de

Maître Filipe VALENTE, avocat à la Cour, demeurant à Esch/Alzette, assistant et représentant les intérêts de l'enfant commun mineur enfant 1),

et du :

Ministère public, partie jointe.

LA COUR D'APPEL :

Par requête déposée le 12 décembre 2018, au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, B) et C) ont demandé au juge aux affaires familiales la délégation totale de l'autorité parentale de B) envers l'enfant mineur Enfant 1), né le (...) de l'union avec A) à C), tante par alliance dudit enfant.

Dans son jugement du 20 mars 2019, le juge aux affaires familiales a dit la demande recevable et fondée, a délégué à la tante l'exercice de l'autorité parentale dont la mère est titulaire envers l'enfant (Enfant 1) et a dit que l'exercice de cette autorité sera partagé avec le père.

Pour statuer ainsi, le juge aux affaires familiales s'est déclaré compétent et a appliqué la loi luxembourgeoise eu égard à la résidence de l'enfant dans le ressort du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Relevant que l'enfant est domicilié depuis le 19 septembre 2015 auprès de la tante où demeure également sa sœur, qu' C) accepte de se voir déléguer une partie de l'autorité parentale envers l'enfant et que la mère demeure à Londres depuis août 2018, le juge du premier degré a entériné la situation de fait qu'il a jugée être dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

De ce jugement, notifié le 26 mars 2019, A) a régulièrement relevé appel par un mémoire déposé au greffe de la Cour le 3 mai 2019 en concluant, principalement, à voir annuler, sinon réformer, le jugement du 20 mars 2019 et à entendre déclarer irrecevable la demande en délégation de l'autorité parentale formulée par B) et par C). A titre subsidiaire, l'appelant demande le renvoi de l'affaire devant le tribunal de la jeunesse et des tutelles aux fins d'être jointe à sa demande en attribution de la garde exclusive de l'enfant (Enfant 1) et en fixation de la résidence de celui-ci auprès de lui, sinon il demande à la Cour de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision concernant la résidence habituelle de l'enfant. Dans un ordre d'idées plus subsidiaire, A) conclut au rejet de la demande de B) et demande à se voir attribuer seul l'autorité parentale sur la personne du fils commun mineur. Il informe encore la Cour que le tribunal de la jeunesse et des tutelles a désigné un avocat pour assister l'enfant et conclut à la condamnation des intimées aux frais et dépens de l'instance.

A l'appui de son recours, A) expose qu'il a reconnu son fils et qu'il s'en est toujours occupé, même après sa séparation de B), que c'est la mère, à l'époque seule titulaire de l'autorité parentale en vertu de l'ancien article 380 du Code civil, qui s'est désintéressée de l'enfant commun, qui l'a confié à la grand-mère maternelle D) demeurant à (...), et qui a finalement quitté le Luxembourg en août 2018. Le 12 octobre 2018, il a introduit devant le juge des tutelles une demande en octroi de la garde exclusive de l'enfant et en fixation de la résidence habituelle de celui-ci auprès de lui. Dans la mesure où cette demande concernerait nécessairement également l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, il aurait appartenu au juge de première instance de renvoyer la demande concernant l'autorité parentale devant le juge des tutelles, sinon de surseoir à statuer. Le juge de première instance n'ayant pas pris en considération ces développements faits devant lui, le jugement entrepris encourrait l'annulation, sinon la réformation.

A) conteste que l'enfant ait vécu auprès de sa tante avant le 26 mars 2019 et soutient que la mère ne pourrait déléguer sa part de l'exercice de l'autorité parentale à une tierce personne, d'un côté, parce qu'elle n'en serait plus titulaire en vertu des dispositions des articles 375-2 et 375-3 du Code civil et, d'autre part, parce qu'il s'y opposerait.

L'appelant demande reconventionnellement à la Cour de dire qu'il est seul titulaire de l'autorité parentale sur l'enfant (Enfant 1), suite au départ de la mère, sinon à se voir attribuer la quote-part d'autorité parentale de la mère sur le fils commun mineur.

B) et C) concluent à la recevabilité de leurs demandes respectives, mais à l'irrecevabilité pour être nouvelle en instance d'appel de la demande d'A) tendant à se voir confier l'autorité parentale exclusive sur son fils. Quant au fond, elles font répliquer que seul l'intérêt supérieur de l'enfant doit guider le juge dans le cadre de sa prise de décision, à l'exclusion de celui du père. Elles soutiennent que l'enfant vit en fait auprès de ses tante, demi-sœur et cousins depuis 2015 et elles demandent la confirmation du jugement déféré en ce que cette situation a été entérinée. Dans un ordre d'idées subsidiaire, B) s'oppose à ce que l'exercice de l'autorité parentale soit confié au père exclusivement.

Maître Filipe VALENTE nommé avocat de l'enfant, relate que, dans un premier temps, l'enfant 1) voulait aller vivre auprès de son père, mais que l'enfant a changé d'avis sans raison apparente, estimant, par la suite, qu'il serait plus à l'aise et bien encadré auprès de la tante. L'avocat de l'enfant expose encore qu'il a pu constater que le père veut s'impliquer dans l'éducation de son fils et que celui-ci a la possibilité d'adapter ses horaires de travail selon les besoins de l'enfant. D'un autre côté, la tante se serait, jusqu'à présent toujours bien occupée de l'enfant 1). Il explique finalement que la séparation de la mère pèse beaucoup sur le jeune garçon et que, depuis son intervention, C) a organisé des contacts téléphoniques réguliers entre B) et son fils.

Le représentant du ministère public conclut, par réformation, à l'irrecevabilité de la demande en ce qu'elle émane d'C) et à la recevabilité des demandes principale et incidente des autres parties à l'instance.

Quant au fond, il expose, principalement, que l'action du père introduite devant le juge des tutelles tendant notamment à voir fixer la résidence principale de l'enfant auprès de lui et ayant donné lieu au jugement du 27 mai 2019, est intimement liée à la demande de B) et d'C) introduite postérieurement devant le juge aux affaires familiales et tendant à déléguer à la tante l'exercice de la partie de l'autorité parentale que la mère a sur son fils. Dans la mesure où la demande concernant la résidence de l'enfant aurait dû être toisée avant celle concernant la délégation de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales aurait dû surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive au sujet de la résidence habituelle de l'enfant. Une telle décision n'étant actuellement pas encore intervenue, il conviendrait de réformer le jugement déféré en ce sens.

A titre subsidiaire, le représentant du ministère public précise que la demande de la mère relève des dispositions de l'article 387-3 du Code civil en ce que le transfert de l'entière de l'exercice de l'autorité parentale dont dispose la mère est demandé et non pas un partage de celui-ci. Or, une telle délégation volontaire de l'exercice de l'autorité parentale par un parent au profit d'un tiers ne serait possible qu'avec l'accord de l'autre parent, de sorte que, par réformation de la décision entreprise, la demande de B) ne serait pas fondée.

Dans un ordre d'idées plus subsidiaire et dans l'hypothèse où la Cour devait passer outre le refus d'A) la mesure sollicitée par B) devrait être nécessaire et elle devrait répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant. La mère résidant à Londres et les moyens de télécommunication modernes lui permettant d'être en contact avec l'enfant et avec le père, la délégation à la tante de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant commun ne serait pas nécessaire et la demande ne saurait aboutir.

En dernier ordre de subsidiarité, le représentant du ministère public relève qu'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale ne saurait être que partielle et que le parent demandeur devrait préciser les droits qu'il entend transférer, alors qu'en l'espèce B) demande la délégation de la totalité de l'exercice de sa part de cette autorité sur son enfant, sans autres précisions.

Appréciation de la Cour :

L'appel qui a été introduit dans les forme et délai de la loi et qui n'est pas spécialement critiqué à cet égard, est recevable.

Il y a lieu de préciser dès l'ingrès qu'en dépit de la terminologie divergente utilisée par les parties et malgré la référence à l'article 1063 du Nouveau Code de procédure civile dans la requête introductive d'instance, toutes les parties s'accordent en instance d'appel pour dire que la demande de B) et d'C) est basée sur les dispositions de l'article 387-3, (1) du Code civil, et qu'elle tend à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale dont B) dispose à l'égard de son fils, tel que l'a également retenu à juste titre le juge de première instance.

1) Les exceptions de procédure :

Il ressort du jugement rendu le 27 mai 2019 par le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg que, saisi d'une requête d'A) déposée le 15 octobre 2018, tendant à voir fixer la résidence habituelle de l'enfant Enfant 1) auprès de lui, à voir dire qu'il exercera l'autorité parentale à l'égard de l'enfant conjointement avec la mère et à voir accorder à B) un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant, ledit juge a ordonné une enquête sociale et a désigné un avocat pour l'enfant Enfant 1).

Suite au dépôt du rapport d'enquête sociale le 12 février 2019, le juge des tutelles, dans son prédit jugement qui est exécutoire par provision, a donné acte à C) de son intervention volontaire, a constaté que suite au jugement n° 2019/TALJAF/000543 du 20 mars 2019, la demande dirigée contre B) était devenue sans objet, a fixé la résidence principale du mineur Enfant 1) auprès de sa tante, a constaté que par l'effet de la loi du 27 juin 2018, la demande d'A) relatif à l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant mineur était irrecevable à défaut d'objet et a accordé à A) un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant.

Aucun élément soumis à la Cour ne permet d'établir qu'A) ait demandé devant le juge aux affaires familiales, saisi des demandes de B) et d'C), le renvoi de l'affaire devant le juge des tutelles saisi de sa propre demande, respectivement qu'il ait requis le sursis à statuer. La demande de l'appelant tendant à l'annulation du jugement entrepris pour défaut de réponse à ces moyens n'est donc pas fondée.

En ce qui concerne ces mêmes demandes actuellement formulées devant la Cour, les deux demandes émanant respectivement d'A) de B) et d'C) ont trait à l'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés à l'égard de l'enfant mineur Enfant 1).

a) Le renvoi :

L'article 262 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « *s'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné* ».

Or, en l'occurrence, les deux demandes ont été introduites devant une même juridiction, étant donné que tant le juge des tutelles (cf. article 18 de la loi du 14 mars 1980 telle que modifiée) que le juge aux affaires familiales (cf. loi du 27 juin 2018, doc. parl. N° 6995¹⁵ p. 3 amendements gouvernementaux, observations générales relatives à l'opposition formelle du Conseil d'Etat) relèvent du tribunal d'arrondissement et c'est ce tribunal qui est saisi des demandes.

Il n'y a partant ni exception de litispendance ni exception de connexité donnant lieu à renvoi. Une jonction des deux demandes ne peut d'ailleurs être prononcée eu égard à la compétence exclusive et limitative du juge aux affaires familiales pour connaître des demandes basées sur la loi du 27 juin 2018 à partir du jour de l'entrée en vigueur de celle-ci.

b) La surséance :

Hors les cas prévus par la loi, non donnés en l'espèce, l'appréciation de l'opportunité d'un sursis à statuer relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond (cf. Cass. 14 mars 2019, n° 4097 du registre).

Généralement, le sursis à statuer est prononcé en considération d'une bonne administration de la justice, notamment lorsqu'une décision à rendre dans le cadre d'une autre instance pendante est de nature à influencer sur la solution de la contestation. Le juge saisi de cette contestation préfère suspendre l'instance en attendant la décision à intervenir.

En l'espèce, les demandes émanant de B) et d'C) tendant à la délégation de la partie de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant Enfant 1) appartenant à B) et celle d'A) tendant à voir décider qu'il exerce l'autorité parentale sur l'enfant conjointement avec B) et à voir fixer la résidence principale de l'enfant auprès de lui, ne sont pas parfaitement identiques. Ces demandes ne sont pas non plus interdépendantes au point que la Cour doive surseoir à statuer, étant donné qu'eu égard au caractère conjoint de l'exercice de l'autorité sur des enfants de parents séparés, des situations où la résidence de l'enfant est fixée auprès de l'un des parents et où l'autre parent continue à exercer sa part de l'autorité parentale sur l'enfant sont parfaitement concevables. La fixation de la résidence de l'enfant Enfant 1) n'est donc pas nécessairement de nature à conditionner le résultat de la demande tendant à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale de B) à C) et il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

2) La recevabilité des demandes :

A. La demande principale d'C) :

Aux termes de l'article 387-3, (1) du Code civil, tel qu'introduit par la loi du 27 juin 2018, «*les parents, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le tribunal en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à un membre de la famille, à un tiers ou à un établissement agréé à cette fin par arrêté grand-ducal*».

Ce texte qui est presque identique à l'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil français, permet exceptionnellement aux père et mère de transférer leurs droits liés à l'exercice de l'autorité parentale, prérogative d'ordre public. Il ne confère pas de droit d'action au membre de la famille, au tiers ou à l'établissement agréé, éventuel futur délégataire. Par réformation du jugement déféré, la demande introduite par C) doit donc être déclarée irrecevable.

B. La demande reconventionnelle d'A) :

Aux termes de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, « *il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale* ».

Confronté aux contestations de B), l'appelant n'apporte aucun élément de nature à permettre à la Cour de retenir que la demande reconventionnelle d'A) tendant à se voir déclarer seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de son fils Enfant 1), respectivement à se voir déléguer de manière forcée la partie de l'exercice de l'autorité parentale dévolue par la loi à la mère, ait été formulée devant le juge du premier degré.

Cette demande dépassant le cadre de la simple défense à la demande de B) tendant à la délégation volontaire de sa part de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant mineur Enfant 1) à C), elle constitue une demande nouvelle en appel et elle doit être déclarée irrecevable.

3) Le fondement de la demande de B) :

La délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale prévue par l'article 387-3, (1) du Code civil (article 377, alinéa 1^{er} du Code civil français) est qualifiée de volontaire, dans la mesure où elle implique toujours une démarche expresse des parents qui souhaitent renoncer à leurs prérogatives mais elle ne peut toutefois résulter que d'une décision judiciaire. Elle suppose que le délégant ait l'exercice effectif de l'autorité parentale.

A) fait valoir que la mère n'est plus titulaire de l'exercice de l'autorité parentale envers le fils commun en vertu des dispositions des articles 375-2 et 375-3 du Code civil, étant hors d'état de manifester sa volonté en raison de son départ pour Londres.

En vertu de l'article 375-2 du Code civil, introduit par la loi du 27 juin 2018, « *est privé de l'autorité parentale chacun des parents qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* ». L'article 375-3 du même Code poursuit « *si l'un des parents décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre l'exerce seul* ».

Il est constant qu'il n'existe pas en l'espèce de décision restreignant d'une quelconque manière la capacité d'agir de B), ni qu'elle ait fait l'objet d'une déclaration d'absence.

A) soutient que l'éloignement de B) participerait des autres causes prévues par l'article 375-2 cité ci-dessus.

Or, il se dégage des documents parlementaires relatifs à la loi du 27 juin 2018 qui se réfèrent expressément au texte de l'article 373 du Code civil français que « *le Gouvernement est conscient du fait que certains motifs justifient la perte de l'exercice de l'autorité parentale, mais une énumération limitée lui semble inadaptée de nos jours. La France a supprimé la référence à la notion d'éloignement estimant que compte tenu des moyens modernes de communication, cette situation ne devrait pas entraîner une perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale. Les auteurs du présent projet entendent suivre cette voie. Ainsi, l'éloignement d'un parent ne suffit plus à justifier la perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale (...).* » (cf. Doc. Parl. N° 6996, session 2015-2016, 20 octobre 2016, Commentaire des articles, p. 95).

L'éloignement de B) ne constitue ainsi pas une cause de privation de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun (Enfant 1) et en vertu des articles 375 et 376 du Code civil, A) et B) exercent cette autorité conjointement.

Si l'autorité est exercée en commun, un parent ne peut renoncer seul à son exercice, la délégation suppose l'accord des père et mère puisque toute décision doit être prise en commun. Ainsi, l'accord des deux parents est logiquement exigé pour une délégation volontaire. Cette solution était déjà retenue en France pour la délégation de la puissance paternelle. La jurisprudence française estimait en effet que la délégation conventionnelle impliquait l'accord des deux parents (CA Paris, 18 décembre 1961: JCP G 1962, II, 12621, P. Raynaud, citée in JCI civil, Art. 371 à 387, Fasc. 30: Autorité parentale, Délégation, n° 13) Cette exigence demeure actuellement toujours valable.

La Cour se rallie à cette position de la jurisprudence française qui est maintenue sur base d'un texte quasi identique.

En l'absence d'accord d'A) B) ne saurait donc prospérer dans sa demande et le jugement entrepris est à réformer en ce sens.

4) Les accessoires :

B) succombant à l'instance, elle doit en supporter les frais et dépens.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement à l'égard de toutes les parties, l'avocat de (Enfant 1) et le ministère public entendus,

reçoit l'appel,

dit qu'il n'y a pas lieu à sursis à statuer, ni à renvoi;

rejette la demande en annulation du jugement du 20 mars 2019 ;

dit irrecevable la demande reconventionnelle d'A) en instance d'appel ;

dit l'appel fondé ;

réformant,

dit irrecevable la demande d'C) ;

dit non fondée la demande de B) ;

condamne B) aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Claude DERBAL, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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

Odette PAULY, président de chambre,
Agnès ZAGO, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Simone FLAMMANG, premier avocat général,
Brigitte COLLING, greffier.