

**Arrêt N°307/20 - I – CIV (aff. fam.)
(Demande d'assigner à bref délai)**

Arrêt civil

Audience publique du vingt-trois décembre deux mille vingt

Numéro CAL-2020-01061 du rôle

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

E n t r e :

A., née le (...) au (...) à (...), demeurant à L-(...), (...),

demanderesse aux termes d'une requête en défense à exécution provisoire
déposée au greffe de la Cour d'appel le 9 décembre 2020,

représentée par Maître Mariline TEIXEIRA, en remplacement de Maître Nicolas
BAUER, avocats à la Cour, les deux demeurant à Esch-sur-Alzette,

e t :

B., né le (...) au (...) à (...), demeurant à L-(...), (...),

défendeur aux fins de la prédite requête en défense à exécution provisoire,

représenté par Maître Zuleyha KAN, en remplacement de Maître Luc MAJERUS,
avocats à la Cour, les deux demeurant à Esch-sur-Alzette.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement contradictoire du 17 juillet 2020, le juge aux affaires familiales près
le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a rejeté tous les moyens
d'incompétence et d'irrecevabilité soulevés par A., a reçu la demande de B. en
la pure forme, s'est déclaré matériellement compétent pour en connaître, l'a dite
recevable, quant au fond, avant tout autre progrès en cause, a ordonné une
enquête sociale ayant pour objet de rassembler toutes les données quant à la
situation personnelle, le milieu et le mode de vie de l'enfant commune majeure
sous tutelle des parties, C., née le (...), demeurant auprès de sa mère,
administratrice sous contrôle judiciaire, la relation que la majeure protégée
entretient avec ses deux parents, ainsi que tout autre renseignement permettant

au tribunal d'apprécier la demande du père en attribution d'un droit de visite à son égard, commis à cette fin le Service Central d'Assistance Sociale, communiqué une copie de son jugement au juge des tutelles en charge du dossier ouvert au nom de la majeure protégée C. pour information, réservé les demandes des parties ainsi que le surplus et les frais, fixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure.

Par jugement contradictoire du 28 octobre 2020, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en continuation du susdit jugement, vu son audience du 9 octobre 2020 et l'accord intermédiaire trouvé entre parties, a dit que, sauf meilleur accord des parents, B. bénéficie à l'égard de l'enfant commune majeure protégée C., d'un droit de visite à exercer chaque 3^{ième} samedi du mois, en un lieu public à convenir entre parties, par exemple au Cora à Foetz, de 12.00 heures à 15.00 heures, avec la précision que chacune des parties devra venir seule et à charge pour la mère d'emmener et de récupérer l'enfant en ce lieu, demandé au juge des tutelles majeurs en charge du dossier ouvert au nom de la majeure protégée C. d'apprécier l'opportunité de désigner un administrateur ad hoc ou un avocat à celle-ci, chargé de défendre ses intérêts dans le cadre de l'instance la concernant pendante devant le juge aux affaires familiales et qui oppose ses parents, réservé le surplus et les frais, fixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure et ordonné l'exécution provisoire de son jugement nonobstant appel.

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 23 novembre 2020 A. a interjeté appel contre ces deux jugements.

Le recours est fixé à l'audience du 22 janvier 2021.

Par assignation à bref délai du 11 décembre 2020, A. a demandé à voir dire que c'est à tort que la susdite décision a été assortie de l'exécution provisoire et partant à faire défenses à B. de procéder à l'exécution du jugement du 28 octobre 2020.

A l'appui de sa demande, A. expose que les parties ont divorcée au Portugal en 2016, qu'elles ont trois enfants majeurs, dont C., âgée de 50 ans, atteinte d'un trouble mental et se trouvant sous le régime de la tutelle suivant jugement du 20 novembre 2005, que la tutelle s'exerce sous la forme de l'administration légale sous contrôle judiciaire par la mère, que par requête du 19 mai 2020 B. a introduit devant le juge des tutelles une demande tendant à se voir accorder un droit de visite à l'égard d'C., que le juge aux affaires familiales s'est déclaré compétent pour en connaître et a accordé un droit de visite au père et a assorti sa décision de l'exécution provisoire.

A. soutient que c'est à tort que le juge a basé sa décision sur l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, que les décisions relatives aux majeurs protégés ne relèvent pas de ce texte, de sorte que la décision à prendre ne pouvait être assortie automatiquement de l'exécution provisoire, qu'il s'agit partant d'une exécution provisoire facultative, non prévue par la loi, qu'il n'y a pas d'urgence particulière, qu'C. ne souhaite pas voir son père, qu'elle exprime un stress notoire face à l'exécution de la décision entreprise, de sorte que l'exécution provisoire du jugement du 28 octobre 2020 risque d'entraîner des conséquences dommageables.

B. se rapporte à prudence quant à la recevabilité de la demande et conclut à la voir dire non fondée.

La partie intimée soutient que l'exécution provisoire est, principalement, justifiée au regard de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, la mesure portant sur l'exercice de l'autorité parentale. En ordre subsidiaire, B. soutient qu'elle est justifiée tel qu'il ressort du corps du jugement, la mesure ordonnée constituant un essai censé démarrer dès le prononcé du jugement et ce en conformité à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Fourchon c. France du 28 juin 2001. Il relève qu'en vertu de l'article 8 de la Convention des droits de l'homme toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 juin 2001 a retenu qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention étant donné que le rapport du conseiller rapporteur n'a pas été communiqué, avant l'audience, au requérant ou à son conseil, alors que l'avocat général s'est vu communiquer l'intégralité du dossier. Quant au fond, cet arrêt a néanmoins retenu que l'obligation pour les autorités nationales de prendre des mesures positives à l'effet de garantir le droit d'un parent d'être réuni avec son enfant n'est pas absolue, qu'en particulier, une obligation pour les autorités nationales de recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limitée, qu'il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés des personnes en cause, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention et que dans l'hypothèse où des contacts avec les parents risquent de menacer ces intérêts ou de porter atteinte à ces droits, il revient aux autorités nationales de veiller à un juste équilibre entre eux, que la juridiction française avait légalement justifié sa décision de relaxe de la mère après avoir relevé que cette dernière ne s'était nullement opposée à l'exercice de son droit de visite par le requérant, qui, par ses propos et son comportement antérieurs, avait créé chez ses filles un fort sentiment d'angoisse, de sorte qu'il se trouvait lui-même à l'origine de leur refus de l'accompagner, que dans ce contexte, la mère n'aurait pu les y contraindre sans mettre en péril leur santé et leur équilibre psychologique.

Il s'ensuit que l'arrêt invoqué n'a aucune incidence sur le présent problème concernant un majeur protégé et relatif à l'exécution provisoire de la décision contre laquelle appel a été interjeté.

Il résulte du jugement du 30 novembre 2005 prononçant l'ouverture de la tutelle d'C., que cette dernière est de nationalité portugaise, mais domiciliée au Grand-Duché de Luxembourg, de sorte que la loi nationale du majeur à protéger était d'application pour l'institution du régime de protection, la loi du for demeurant d'application quant à son fonctionnement et quant à la procédure. La loi du for régit les pouvoirs du juge, le déroulement de l'instance, les prescriptions relatives au jugement ainsi que les mesures de publicité.

La personne protégée étant majeure, les dispositions figurant sous le titre XI du Code civil et le titre XIII du Nouveau Code de procédure civile sont d'application, dont aucun des articles ne prévoit l'exécution provisoire de droit d'une décision judiciaire à intervenir en matière de majeur protégé.

Aux termes de l'article 590 du Nouveau Code de procédure civile, si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai.

La demande de A. est partant à déclarer recevable.

L'article 244 du même code relatif à l'exécution provisoire d'un jugement dispose que « *l'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point d'appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution* ».

Il n'existe en l'espèce ni titre authentique ni promesse reconnue ni condamnation précédente par jugement non entrepris rendant l'exécution provisoire obligatoire.

Lorsque l'exécution provisoire est facultative, son opportunité est laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges qui ordonnent ou refusent la mesure sollicitée en prenant en considération les circonstances particulières que présente la cause soumise à leur décision. A cet égard, les juges tiennent notamment compte des intérêts respectifs des parties, du degré d'urgence, du péril en la demeure ou encore des avantages ou des inconvénients que peut entraîner l'exécution provisoire pour l'une ou l'autre des parties.

Le juge aux affaires familiales a ordonné l'exécution provisoire de son jugement du 28 octobre 2020 sans motiver spécialement sa décision y relative alors que seule une motivation adéquate permet au juge d'appel, saisi d'une demande en défenses à exécution par provision, de contrôler et d'apprécier la réalité des circonstances de fait.

Le rôle de la Cour d'appel ne se limite toutefois pas à la seule vérification de l'existence ou de l'absence de motivation. Il ne s'agit pas de censurer automatiquement un jugement dépourvu de motifs, mais de vérifier si les conditions permettant d'ordonner l'exécution par provision sont données (cf. RTDC 1955, p.549 ; 1952, p.548 notes P. Hébraud et P. Raynaud, Cour d'appel, 19 décembre 2007, n° 32927 du rôle).

En l'espèce, il n'y a ni urgence ni péril en la demeure. L'affaire au fond pourra être exposée dans un délai assez rapproché le 22 janvier 2020.

Eu égard à la crise sanitaire actuelle il est encore des plus inconvénient voire risqué de fixer la rencontre de l'intimé et d'C. en un lieu public, comme une grande surface ou un supermarché. En considération de ces développements, la demande de A. est à déclarer fondée.

B. demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros. Cette demande est à rejeter comme non fondée, ce dernier ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre une décision du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

reçoit la demande de A. en défense à exécution provisoire,

la dit fondée,

fait défense à B. d'exécuter par provision le jugement rendu entre parties par le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 28 octobre 2020,

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure présentée par B.,

condamne B. aux frais et aux dépens de la présente instance.

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

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Amra ADROVIC, greffier assumé.