

Arrêt N°20/21 - I – CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-sept janvier deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-01010 du rôle

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

Entre :

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

appelante aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour
d'appel le 19 novembre 2020,

représentée par Maître Sonia DIAS VIDEIRA, avocat à la Cour, en
remplacement de Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, les deux
demeurant à Luxembourg,

et :

B., né le (...), demeurant à L-(...),

intimé aux fins de la prédite requête d'appel,

représenté par Maître Stéphanie LACROIX, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

en présence de Maître Celia WEBER, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg, assistant et représentant la mineure C., née le (...).

LA COUR D'APPEL :

Par jugement civil contradictoire du 16 octobre 2020, le juge aux affaires
familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en
continuation d'un jugement du 29 juin 2020, a fixé le domicile légal de l'enfant
mineure C., née le (...), au domicile de sa mère, A., a fixé, à titre d'essai, la
résidence de l'enfant au domicile de chacun de ses parents, A. et B., en
alternance, du vendredi à la rentrée de l'école au vendredi suivant à la
rentrée de l'école, a entériné l'accord des parents concernant la résidence

de l'enfant durant les vacances scolaires et a refixé l'affaire à l'audience du 17 mars 2021 pour entendre le rapport de l'avocat de l'enfant.

De ce jugement, lui notifié le 20 octobre 2020, A. a relevé appel par requête déposée au greffe de la Cour d'appel en date du 19 novembre 2020.

Suivant ordonnance du 18 décembre 2020, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique sur base de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile.

A. critique le juge de première instance, en ce qu'il a instauré un système de résidence en alternance égalitaire, soutenant qu'un tel système n'est pas dans l'intérêt de C.. La volonté de l'enfant n'aurait pas été prise en considération, C. se trouverait dans un état d'angoisse aiguë face à un tel changement fondamental relatif au rythme de contact avec chacun de ses parents. Bien que le système décidé le 16 octobre 2020 n'ait été mis en place qu'à titre d'essai, une période de six mois pour une enfant de dix ans serait excessivement longue. Par réformation, l'appelante demande à voir fixer la résidence principale de C. auprès de la mère et à voir accorder au père un droit de visite et d'hébergement élargi, à exercer selon un système de deux semaines, la première semaine du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au mardi à la rentrée de l'école, et la seconde semaine du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au samedi matin à 10.00 heures.

B. soulève l'irrecevabilité de l'appel, motif pris que le jugement déféré est un jugement avant dire droit.

Quant au fond, il conclut à la confirmation du jugement déféré. C. aurait déjà été habituée dans le passé à un système de résidence alternée plus ou moins égalitaire et le système mis en place par le jugement du 16 octobre 2020 fonctionnerait bien, en ce qu'il comporterait moins de va-et-vient pour l'enfant.

L'avocat de l'enfant expose que C. est une fille très intelligente et mature. Elle aurait beaucoup d'activités extra-scolaires, mais elle aimerait tout ce qu'elle fait. Elle aurait une relation fusionnelle avec sa mère, qui serait sa principale personne de référence. Les parents auraient des styles de vie et d'éducation différents, mais ils auraient toujours essayé à ne pas mêler l'enfant à leurs problèmes. C. ne voudrait pas être source de conflits, elle aimerait ses deux parents, mais elle ne voudrait pas être séparée de sa mère pendant toute une semaine. De plus, elle étudierait beaucoup avec sa mère et elle serait inquiétée de devoir préparer les tests scolaires qu'elle devra passer prochainement avec son père. Elle n'aimerait pas le système de résidence alternée égalitaire mis en place actuellement et elle voudrait que ce système change le plus vite possible.

L'appelante conclut à la recevabilité de l'appel, l'article 378-1 du Code civil n'indiquerait pas que la décision du juge aux affaires familiales ordonnant une résidence en alternance dont il détermine la durée ne serait pas appellable et ne pas permettre un recours immédiat constituerait une violation des droits de la défense. De plus, le jugement déféré aurait statué sur une partie du principal, en fixant le domicile légal de l'enfant au domicile de la mère et en entérinant l'accord des parties concernant les vacances scolaires.

Appréciation de la Cour :

- La recevabilité de l'appel

Aux termes de l'article 579 du Nouveau Code de procédure civile, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. L'article 580 du même code poursuit que les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond.

En l'espèce, le dispositif du jugement du 16 octobre 2020, seul déterminant au regard des dispositions légales citées ci-dessus, contient des décisions concernant la fixation du domicile légal de l'enfant C. et la fixation, à titre d'essai, de la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun de ses parents. Le dispositif renseigne encore l'entérinement de l'accord des parties concernant les vacances scolaires. Le juge aux affaires familiales a refixé les débats à l'audience du 17 mars 2021 pour entendre le rapport de l'avocat de l'enfant.

Le dispositif du jugement du 16 octobre 2020 contient donc des dispositions multiples.

La jurisprudence retient qu'en pareille hypothèse, il faut examiner la recevabilité de l'appel au regard de chacune de ces dispositions prises isolément. Ainsi, la recevabilité de l'appel d'un jugement mixte suppose que l'appel porte sur le chef de la demande faisant l'objet de la décision définitive. En revanche, doit être déclaré irrecevable l'appel d'un jugement mixte qui se borne à critiquer la seule partie du dispositif ayant réservé le bien-fondé de la demande (Cour 25 novembre 2009, Pas. 35, p. 40 et Cour 14 janvier 2015, Pas. 37, p. 452).

Aux termes de l'article 378-1 du Code civil, « en cas d'accord des parents la résidence peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le choix du domicile ou sur la résidence de l'enfant, le tribunal peut fixer le domicile de l'enfant et ordonner une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, il statue définitivement et fixe le domicile de l'enfant au domicile de l'un des parents et la résidence habituelle de l'enfant soit en alternance au domicile de chacun des parents, soit au domicile de l'un d'eux ».

Cette disposition qui a été introduite dans le Code civil par la loi du 27 juin 2018 est reprise de l'article 373-2-9 du Code civil français (cf. Doc. parl. 6996, 4° du 24 janvier 2017, Avis du Conseil d'Etat, p. 32) qui dispose dans son deuxième alinéa qu'« *A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ».

Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 27 juin 2018 ne permettent pas de dégager de raison particulière ayant motivé le législateur luxembourgeois d'omettre les termes « *à titre provisoire* » dans le texte reprenant pour le

surplus le libellé du texte français auquel tous les avis des intervenants dans le processus législatif se réfèrent de manière constante.

A l'instar de ce qui a été expressément retenu par le législateur français, le texte de l'article 378-1 du Code civil luxembourgeois autorise également implicitement, mais nécessairement, la création par le juge aux affaires familiales d'un état provisoire quant à la résidence en alternance des enfants de couples séparés, état qui est limité à une durée déterminée par le juge, suite au résultat duquel ce même juge, qui n'est pas dessaisi de la demande en résidence alternée, statuera définitivement sur cette demande avec possibilité notamment de revenir sur sa décision provisoire.

En mettant en place un système de résidence en alternance à titre d'essai le juge aux affaires familiales dans son jugement du 16 octobre 2020, s'est donc limité à prendre une mesure provisoire, sans trancher une partie du fond de ce chef de la demande de B..

L'appel dirigé contre cette disposition du jugement entrepris est dès lors irrecevable.

La prohibition d'interjeter immédiatement appel contre un jugement avant dire droit ne porte pas atteinte aux droits de la défense, dès lors que cette décision pourra toujours faire l'objet d'un appel ensemble avec le jugement sur le fond.

- Les demandes accessoires

A. succombant dans sa voie de recours, elle doit en assumer les frais et dépens et sa demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 1.000 euros introduite sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas fondée.

Les frais et dépens de la première instance ayant été réservés, l'appel de A. tendant à la condamnation de l'intimé aux frais et dépens de cette instance est irrecevable, en ce qu'il est sans objet.

Eu égard à l'issue de l'instance d'appel, A. est à condamner aux frais et dépens de cette instance.

PAR CES MOTIFS

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

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

dit l'appel irrecevable,

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

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

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

Rita BIEL, premier conseiller-président,
Amra ADROVIC, greffier assumé.