

**Arrêt N°79/21 - I - CIV**

**Arrêt civil**

**Audience publique du vingt-quatre mars deux mille vingt-et-un**

Numéro CAL-2019-00867 du rôle

Composition :

Odette PAULY, président de chambre,  
Yannick DIDLINGER, conseiller,  
Thierry SCHILTZ, conseiller,  
Amra ADROVIC, greffier assumé.

**Entre :**

**A.**, demeurant à (...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 20 août 2019,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et :**

**B.**, demeurant à (...), (...),

intimée aux fins du prêt exploit LISÉ,

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

**en présence de :**

**Maître Anne ROTH-JANVIER**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les intérêts des enfants mineurs communs des parties, E1, née le (...), E2, né le (...), E3, née le (...), E4, né le (...), et E5, née le (...).

-----  
**LA COUR D'APPEL :**

Par jugement contradictoire du 11 juillet 2019, statuant en continuation d'un jugement du 21 mars 2019 ayant prononcé le divorce entre B. (ci-après B.) et A. (ci-après A.) aux torts réciproques des parties, ordonné la liquidation et le partage de la communauté légale de biens de droit luxembourgeois existant entre parties et réservé les autres demandes des parties, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a

- constaté que suite à l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, l'autorité parentale envers les enfants communs mineurs E1, née le (...), E2, né le (...), E3, née le (...), E4, né le (...), et E5, née le (...), sera exercée conjointement par B. et A., en conséquence, dit non fondée pour être devenue sans objet en cours d'instance la demande de A. tendant à voir dire que les parties exerceront conjointement l'autorité parentale envers les enfants communs mineurs,
- attribué la garde des enfants communs mineurs à la mère,
- accordé au père un droit de visite et d'hébergement à l'encontre des enfants communs mineurs, à exercer un week-end sur deux du vendredi 18.00 heures au dimanche 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, pendant la première moitié des vacances de Pâques, la première quinzaine et la troisième quinzaine des vacances d'été, la deuxième moitié des vacances de Noël et pendant l'entièreté des vacances de Pentecôte, les années paires, et pendant la deuxième moitié des vacances de Pâques, la deuxième quinzaine et la quatrième quinzaine des vacances d'été, la première moitié des vacances de Noël, et pendant l'entièreté des vacances de Carnaval et de la Toussaint, les années impaires,
- dit que A. peut conduire les enfants communs mineurs à l'école le matin,
- sursis à statuer sur la demande de B. en obtention d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs,
- dit non fondée la demande de A. en exécution provisoire du jugement,
- transmis une copie du jugement à l'avocat des enfants,
- renvoyé la continuation des débats à une audience ultérieure et réservé les indemnités de procédure, ainsi que les frais et dépens.

De ce jugement qui lui a été signifié le 25 juillet 2019, A. a relevé appel par exploit d'huissier de justice du 20 août 2019.

Il conclut, par reformation du jugement entrepris, à se voir accorder la garde des cinq enfants communs mineurs E1, E2, E3, E4 et E5 et à se voir donner acte qu'il ne s'oppose pas à un droit de visite et d'hébergement d'une semaine sur deux au profit de B., sinon, subsidiairement, à voir instaurer un système de garde alternée, sinon de résidence alternée des cinq enfants mineurs, sinon à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement concernant les cinq enfants dans le sens que ceux-ci résideront une semaine sur deux, du lundi à la sortie des classes au lundi suivant à la rentrée des classes, auprès de lui, en ordre plus subsidiaire, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième semaine du mercredi à la sortie des classes au lundi matin et la semaine où il n'a pas de droit de visite et d'hébergement le week-end, du jeudi à la sortie des classes à vendredi

matin. L'appelant conclut encore, par réformation, à entendre dire qu'il peut conduire les cinq enfants communs mineurs E1, E2, E4 et E5 chaque deuxième semaine de lundi à vendredi inclus, le matin à l'école et récupérer E4 et E5 le soir au centre d'études / crèche et les enfants E1, E2 et E3 à leurs activités extra-scolaires. A. demande finalement en tout état de cause la condamnation de B. à lui payer une indemnité de procédure de 3.000 euros, ainsi que les frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de son avocat qui affirme en avoir fait l'avance. Suivant conclusions notifiées le 11 février 2020, A. demande la condamnation de B. aux frais et dépens des deux instances.

A l'appui de son recours, il fait valoir que B. a profité de son absence pour introduire une demande en divorce le 18 juillet 2017, que, sur base de fausses informations, le juge des référés ne lui a pas accordé la garde des enfants, ni même un droit d'hébergement à l'égard de ceux-ci, que la Cour d'appel lui a finalement accordé un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième week-end du vendredi à 18.00 heures au dimanche à 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, par arrêt du 9 janvier 2019, soit à une date où le père n'avait plus hébergé ses enfants depuis plus d'un an, que depuis lors, les enfants ont passé des week-ends plus étendus, voire des semaines entières et même un mois, auprès de lui pendant les vacances et ils ont pris leurs repères dans son nouveau domicile, que depuis le mois de mars 2019, il conduit les quatre enfants les plus jeunes chaque deuxième semaine à l'école du lundi au vendredi et récupère deux ou trois des enfants également le soir et qu'il conduit souvent les enfants à leurs activités extra-scolaires et auprès des médecins. Il expose qu'avant son départ forcé de l'ancien logement conjugal, il assumait un rôle prépondérant dans la prise en charge des enfants et que depuis janvier 2019, il a pu recommencer à jouer de nouveau un rôle important pour les enfants, même s'il désire s'investir davantage. Il soutient être plus disponible que la mère. De plus, l'enfant E4 demanderait de passer 50% de son temps auprès du père, E5 entretenirait un lien très étroit avec lui et E2 aurait également un besoin accru de son père. A. affirme qu'il dispose des capacités éducatives requises, qu'il a embauché la nounou des enfants, qu'il a son domicile à proximité de l'ancien domicile conjugal et que les parties arrivent à communiquer dans l'intérêt des enfants, de sorte que toutes les conditions pour la mise en place d'une résidence en alternance seraient remplies dans le chef des parties. L'intérêt des enfants consisterait à ne pas être séparés trop longtemps de leur père, ce qui ne serait pas réalisé avec le droit de visite et d'hébergement lui accordé par les juges de première instance. Les enfants feraient finalement l'objet d'aliénation de la part de la mère et il ne serait pas nécessaire que la fratrie soit traitée de la même manière, l'âge des enfants requérant une certaine flexibilité.

B. fait répliquer qu'elle est la personne de référence des enfants pour avoir été plus disponible que le père qui se trouvait, et se trouve actuellement toujours, souvent en déplacement professionnel. Le juge des référés aurait refusé tout droit de visite et d'hébergement au père en raison d'une suspicion de consommation de cannabis qui n'a pu être écartée qu'après des tests que A. a tardé de faire. Elle conteste que le père conduise plus souvent qu'elle les enfants à l'école, à des activités parascolaires ou auprès des médecins. Ce serait encore elle qui a le contact avec les enseignants des enfants. Concernant les désirs des enfants, elle soutient que le père fait passer ses propres désirs, mus par des considérations d'ordre financier, avant ceux des enfants qui ne voudraient pas du système de garde alternée, mais qui

souhaiteraient rester vivre auprès de leur mère. Le père ne s'intéresserait pas à la fille aînée car celle-ci partirait à l'étranger pour y effectuer des études. La femme de ménage de la famille que A. aurait débauchée, ne travaillerait pas lorsque les enfants seraient présents auprès du père. E1, E2 et E3 demanderaient souvent à pouvoir dormir chez leur mère le week-end où le père est censé exercer son droit de visite et d'hébergement, ou ils rentreraient plus tôt que prévu. Il n'y aurait pas lieu de détruire l'équilibre actuel qui serait stable et qui conviendrait parfaitement aux enfants. Le jeune âge de l'enfant E5 s'opposerait également à la mise en place d'une résidence en alternance et il n'y aurait pas lieu d'introduire des différences au sein d'une même fratrie. Le dialogue entre parents serait essentiellement unilatéral, A. refuserait de communiquer au sujet des enfants communs et irait même jusqu'à menacer de vendre l'ancien domicile conjugal où habitent actuellement la mère et les enfants. A. insulterait la mère devant les enfants et il essaierait de manipuler les deux plus jeunes enfants E4 et E5 en dénigrant la mère. Le père changerait également unilatéralement les dates d'exercice de son droit de visite et d'hébergement, ayant amené la mère à déposer une plainte le 28 février 2020.

B.en conclut à la confirmation du jugement entrepris et au rejet de toutes les demandes formulées par A. en instance d'appel. Elle demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros et la condamnation de l'appelant aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de son avocat qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance. Aux termes de ses conclusions notifiées le 20 juillet 2020, elle marque son accord à voir étendre le droit de visite et d'hébergement de A. à l'égard des enfants communs du vendredi 18.00 heures au lundi matin, retour à l'école.

A. conteste que la mère ait été la personne de référence des enfants lorsque le couple vivait encore ensemble et se réfère à cet égard aux attestations testimoniales par lui versées. Le père qui aurait passé en été 2017 un mois seul avec les cinq enfants communs, ne présenterait aucune dangerosité pour ceux-ci et les médicaments contenant du cannabis lui auraient été prescrits pour le traitement de sa spondylarthrose. En été 2020, les cinq enfants, y compris la cadette, auraient également passé un mois entier auprès du père. A. conteste être souvent en voyage d'affaires et verse ses fiches de pointage à titre de pièces justificatives. Il soutient que ce serait, au contraire, la mère qui serait souvent en déplacement professionnel et qui ne rentrerait que tard le soir, laissant les enfants avec la nounou. Il demande que B.produise également ses fiches de pointage. L'appelant conteste être mu par des considérations d'ordre financier et relève que c'est la mère qui revendique tous les avantages, qui bloque les opérations de liquidation du régime matrimonial et qui le laisse assumer seul les anciennes dettes. Contrairement aux conclusions de l'intimée, E4, E5 et E3 voudraient passer plus de temps avec leur père et E2 téléphonerait souvent au père qui lui manquerait. E1 serait plus indépendante en raison de son âge. Il conteste que les enfants se rendraient auprès de la mère pendant l'exercice de son droit de visite et d'hébergement, que la mère s'occuperait des devoirs des enfants et que les parents n'arriveraient pas à communiquer dans l'intérêt des enfants. Il marque son accord pour voir accompagner la garde alternée à mettre en place par une médiation aux fins d'améliorer la communication entre parents.

Lors de son audition par la Cour à l'audience du 16 décembre 2020, l'avocat des enfants, qui a régulièrement suivi la famille de 2017 à juin/juillet 2019 et

qui a revu les cinq enfants à la demande de la Cour le 14 décembre 2020 au domicile de la mère, hors de la présence de celle-ci, relate que E1, E2 et E3 fréquentent actuellement le lycée, tandis que E4 fréquente l'école primaire et E5 la maternelle au sein de Ec1. Il a pu constater que les enfants ont bien mûri, qu'ils se sentent à l'aise et qu'ils donnent l'impression d'être bien dans leur peau. Le système de résidence et de droit de visite et d'hébergement actuellement pratiqué leur conviendrait bien, sauf que les enfants désireraient passer un peu plus de temps avec leur père avec lequel ils entretiendraient une bonne relation. Ils voudraient un élargissement du droit de visite et d'hébergement du père à leur égard, par exemple, du vendredi soir au mardi retour à l'école chaque deuxième week-end. E1 n'aurait pas fait état de désirs particuliers, mais elle demanderait un peu plus de flexibilité de la part des deux parents, de manière à pouvoir passer du temps avec son père lors d'anniversaires de membres de sa famille, même en dehors du droit de visite et d'hébergement de celui-ci. Les cinq enfants auraient exprimé le désir d'être conduits à l'école par leur père tous les jours, mais ils ne voudraient pas d'un système de résidence en alternance pour des raisons pratiques. Plus spécialement les enfants E4, E2 et E3 auraient exprimé leur désir de passer plus de temps auprès de leur mère qu'auprès du père, E1 s'étant ralliée à cette position et E5, la cadette, n'ayant pas pris position.

Suite audit rapport, A. relève que les enfants veulent passer plus de temps avec lui et qu'il n'existe pas de problèmes pratiques pour la mise en place d'une résidence en alternance, eu égard au fait que les parents demeurent à 100 mètres l'un de l'autre, que les enfants aînés disposent de clés de la maison de B. et qu'ils peuvent donc à tout moment récupérer d'éventuelles affaires manquantes. De plus les enfants passeraient régulièrement des semaines entières auprès du père pendant les vacances, de sorte que rien ne s'opposerait à un système d'alternance en période scolaire. Ce système aurait l'avantage pour les parents de pouvoir travailler plus pendant le temps que les enfants passent chez l'autre parent et d'être plus disponibles la semaine où les enfants résident auprès de lui. Il soutient que la demande des enfants concernant leur transport à l'école émane de la mère et il exprime son accord à effectuer ces déplacements une semaine sur deux.

B. fait valoir que tous les enfants, qui ont retrouvé un certain équilibre avec le système actuel, ont exprimé leur désir de rester vivre principalement auprès d'elle, y compris E4. La faible distance entre les domiciles des parents ne serait pas de nature à mettre en doute la volonté clairement exprimée par les enfants, ni les vacances que les enfants auraient passées avec le père dans la famille de celui-ci. En période scolaire, elle soutient s'occuper personnellement des devoirs et des problèmes des enfants, laissant le soin à son employée de maison de s'occuper de l'intendance. Elle se déclare d'accord pour continuer à se charger du transport des enfants à l'école, ce qu'elle aurait toujours fait jusqu'à présent. Elle soutient qu'une résidence en alternance des enfants, non voulue par ceux-ci, serait de nature à remettre en question l'équilibre actuellement trouvé et partant contraire à leur intérêt. Elle fait finalement valoir que du point de vue de la terminologie à utiliser, il y a lieu de se référer à la garde des enfants et au droit de visite et d'hébergement du parent non attributaire de cette garde. Elle réitère son accord pour un élargissement du droit de visite et d'hébergement du père du vendredi à la fin de l'école au lundi matin retour à l'école toutes les deux semaines.

*Appréciation de la Cour :*

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

Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, qui est d'application immédiate concernant les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le caractère conjoint de l'exercice de l'autorité parentale envers les enfants communs n'est plus affecté par la séparation des parents et il ne convient partant plus d'attribuer la garde des enfants communs à l'un des parents, mais il convient de fixer le domicile et la résidence habituelle de ceux-ci.

- Le domicile et la résidence habituelle des enfants

Les critères à prendre en considération dans le cadre de la fixation du domicile et de la résidence habituelle des enfants de parents séparés s'articulent essentiellement autour de l'intérêt supérieur des enfants. La loi nouvelle qui n'est qu'en partie applicable au présent litige notamment en ce qui concerne l'exercice conjoint de l'autorité parentale, est néanmoins venue préciser les éléments d'appréciation à prendre en considération par le juge dans le cadre de la recherche de l'intérêt des enfants, en ce qu'elle se réfère à la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou aux accords qu'ils avaient pu conclure, aux sentiments exprimés par les enfants mineurs, à l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre et à l'éventuel résultat d'expertises ou d'enquêtes sociales.

Le fondement de la voie de recours exercée par A. qui est représenté par un avocat à la présente instance et qui a néanmoins versé sa prise de position personnelle aux débats, est à examiner au regard de ces lignes de conduite qui n'introduisent aucune discrimination basée sur le genre, qui visent à protéger l'intérêt supérieur des enfants en leur assurant stabilité, écoute et des parents aptes à les éduquer et à communiquer entre eux et qui n'excluent pas a priori le droit à une vie familiale de deux parents, même séparés.

En l'espèce, les cinq enfants communs ont leur résidence principale auprès de la mère à l'ancien domicile conjugal depuis une ordonnance de référé du 11 novembre 2017. Cette même décision, dans l'attente du résultat de l'expertise toxicologique destinée à établir le niveau de consommation de cannabis du père, a accordé à ce dernier un droit de visite journalier à exercer au moment du transport des enfants à l'école le matin, ainsi que chaque deuxième week-end le samedi et le dimanche de 10.00 heures à 18.00 heures.

Suivant arrêt de la Cour d'appel statuant au provisoire, le père s'est vu accorder un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième week-end du vendredi à 18.00 heures au dimanche à 18.00 heures et pendant la moitié des vacances scolaires. Ce même droit de visite et d'hébergement a été accordé à A. par le tribunal statuant au fond le 11 juillet 2019.

Conformément aux conclusions de l'appelant, il est dans l'intérêt supérieur des enfants de construire des liens effectifs avec chacun des parents par le biais de rencontres régulières, d'échanges affectifs et d'apports éducatifs continus et, dans cette optique, le système de la résidence alternée présente

l'avantage de mettre les parents sur un strict pied d'égalité tant dans l'intérêt des enfants que dans celui des parents.

La stricte égalité entre parents doit cependant céder le pas sur l'intérêt des enfants. Dans la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale et plus spécialement dans la fixation du domicile et de la résidence habituelle d'enfants de parents séparés, c'est, en effet, l'intérêt des enfants qui doit primer toute convenance personnelle des parents.

Même si chaque famille et chaque enfant constitue un cas particulier, il existe différents critères nécessaires à la mise en place d'une résidence en alternance.

Il est ainsi généralement admis par les experts psychologues que la résidence alternée présente des désavantages pour de très jeunes enfants et cela jusqu'à l'âge de six ans. Ce système n'est envisageable que s'il permet une continuité du mode de vie des enfants, ce qui implique une certaine proximité entre les deux domiciles parentaux de manière à préserver l'environnement social et scolaire des enfants. S'il n'est finalement pas exigé que l'entente des parents soit parfaite, il faut un minimum de dialogue cohérent et paisible entre les parents séparés. En présence de trop de divergences, la résidence alternée approfondit inévitablement les heurts et peut être source de déséquilibre. Cette entente est facilitée lorsque les parents partagent les mêmes rythmes de vie, les mêmes conceptions et méthodes éducationnelles, les interdits posés par l'un des parents et balayés par l'autre pouvant déstabiliser profondément l'enfant.

En l'occurrence, avant leur séparation, les parties ont cohabité avec leurs cinq enfants à (...), (...). Tant le père que la mère exerçaient et exercent toujours des fonctions à responsabilité auprès de la T1, avec un rythme de travail soutenu et des déplacements professionnels que de telles fonctions engendrent.

Il se dégage à cet égard des pièces versées qu'en 2017, le père était en déplacement professionnel en moyenne à raison d'environ une semaine par mois, qu'en 2018, il a réduit ses déplacements à un peu plus de deux jours en moyenne par mois et que sur les 5 premiers mois de l'année 2019, les déplacements étaient environ de 3 jours par mois en moyenne. Les fiches de pointage font également ressortir que A. prolongeait parfois ses voyages d'affaires en prenant congé le jour suivant un déplacement professionnel. Sans qu'il n'y ait lieu d'ordonner encore une mesure d'instruction supplémentaire à cet égard, il n'est pas établi que la mère aurait été souvent en déplacement professionnel pendant la vie commune des parties, les déplacements établis et reconnus par B. se limitant à 13 jours sur 4 ans, dont seulement 5 jours lorsque les parties cohabitaient encore.

Conformément aux conclusions de l'appelant, il ressort des fiches de pointage versées par B. pour les années 2013 à 2017, dont la Cour admet qu'elles reflètent également l'état actuel à défaut par B. d'avoir produit des pièces plus récentes tel que demandé par A., que celle-ci a effectué beaucoup d'heures supplémentaires, qu'elle ne sort que rarement de son travail avant 19.00 heures et que pendant une certaine période, elle a travaillé régulièrement jusqu'après 20.00 heures.

Durant la vie commune, l'absence des parents auprès des enfants était en partie compensée par la présence de tierces personnes qui vivaient au

domicile conjugal et qui s'occupaient du ménage et des enfants. En rapport avec la naissance des enfants communs, la mère a pris 10 mois de congé parental et 16 mois de congé de maternité en tout. Il se dégage encore des pièces versées que c'est B. qui est en contact avec les enseignants des enfants à Ec1 et avec le personnel encadrant de la structure d'accueil de cette même école.

Au vu de ces éléments, il convient de retenir que, pendant la vie commune, qui a cessé en été 2017, le parent le plus présent auprès des enfants depuis leur naissance était la mère et qu'elle est donc le parent de référence de ceux-ci. Cette conclusion n'est pas mise en cause par les attestations testimoniales versées par A. qui se rapportent surtout à des périodes de vacances passées en famille et qui le décrivent comme père aimant et investi dans l'éducation de ses enfants, ni par le fait qu'en période scolaire, le père amenait les enfants à l'école et, de temps à autres, à des activités extra-scolaires ou chez le médecin.

Depuis la séparation, les enfants ont continué de vivre auprès de leur mère dans l'ancien logement familial et A. a pris en location un immeuble (...), non loin de l'ancien logement familial, où chaque enfant dispose de sa propre chambre à coucher. Les deux parties continuent d'employer du personnel pour les soutenir dans l'organisation de leurs ménages respectifs et dans l'entretien et l'éducation des enfants pendant leurs absences. C'est à tort que A. reproche à B. de faire garder les enfants par sa femme de ménage lors de ses absences pour raisons professionnelles eu égard au fait qu'il en fait de même et que, pendant la vie commune, c'était le mode de vie choisi par les deux parents, même en période de vacances. Les enfants sont donc habitués à avoir des tierces personnes à leur domicile que ce soit auprès de la mère ou auprès du père.

Il s'ajoute que même si A. conduit à l'école les quatre enfants les plus jeunes chaque deuxième semaine et s'il en récupère deux ou trois après les cours pour les ramener au domicile de la mère, il ressort des pièces versées et plus spécialement des échanges que la mère a eus avec les enseignants des enfants communs que c'est cette dernière qui assume le rôle prépondérant dans l'organisation du quotidien de ceux-ci.

Lors de leur entretien avec leur avocat, les enfants ont témoigné de leur attachement à leur mère en insistant sur ce qu'ils désirent passer plus de temps auprès d'elle qu'auprès du père et en demandant à pouvoir rester vivre principalement auprès de B..

Aucune des parties ne met en doute l'existence de capacités éducatives suffisantes dans le chef de l'autre et il ressort des pièces versées que les deux parents essaient de garder un bon contact avec leurs enfants dans la mesure de leur disponibilité. La suspicion de consommation régulière de cannabis par le père a pu être démentie par le docteur Marc Gleis dans son rapport du 27 juin 2018. Si A. soutient que B. lui aliénerait les enfants communs, il n'apporte aucun élément de preuve en ce sens. Il en est de même de la mère qui soutient que le père manipulerait les plus jeunes enfants.

Il convient donc de retenir que les deux parents disposent des capacités morales et éducatives suffisantes pour élever correctement leurs enfants communs.

Concernant la capacité de chacun des parents à communiquer avec les enfants et à communiquer avec l'autre parent dans le respect des droits de chacun, il se dégage des éléments soumis à la Cour que le conflit parental, portant essentiellement sur la paternité de l'enfant cadette, est toujours en plein essor et que les deux parties éprouvent des difficultés à communiquer dans le respect mutuel. Mis à part une situation dans laquelle B.a été amenée à déposer plainte contre A. en relation avec l'exercice par celui-ci de son droit de visite et d'hébergement et des courriers d'avocats qui sont restés sans réponses, les parties semblent cependant arriver à s'organiser un minimum concernant l'encadrement des enfants communs notamment en période de vacances.

Finalement, les enfants communs mineurs semblent avoir trouvé une certaine stabilité dans le système actuellement pratiqué, dont ils ne demandent qu'une légère modification justifiée par le désir de passer un peu plus de temps avec leur père, sans vouloir s'établir pendant la moitié de leur temps auprès de celui-ci. Contrairement aux conclusions de A., un système de résidence en alternance demande, en effet, beaucoup d'organisation et de flexibilité de la part des enfants qui doivent changer de milieu de vie toutes les semaines, avec les inconvénients au niveau de l'organisation et les restrictions au niveau de leurs temps de loisir que leurs déménagements hebdomadaires comportent.

E5 n'étant âgée que de six ans et A. admettant qu'elle présente actuellement déjà des signes de détresse psychologique, il est dans l'intérêt de cette enfant de ne pas être soumise à une nouvelle situation risquant de créer un déséquilibre dans son chef. Il est, par ailleurs, dans l'intérêt de cette enfant de ne pas être séparée de sa fratrie et d'être traitée de la même manière que ses frères et sœurs.

Au vu de ces éléments, il n'y a pas lieu de modifier le domicile et la résidence actuels des cinq enfants communs, mais il convient, conformément au désir exprimé par ceux-ci, de les laisser habiter principalement auprès de leur mère.

L'appel n'est donc pas fondé à cet égard.

Tous les enfants communs s'étant exprimés en défaveur du système de résidence en alternance demandé par le père aux fins de garder une continuité dans le déroulement de leur quotidien, la mise en place d'une médiation entre parents en vue de garantir une meilleure communication dans le cadre d'un tel système n'est pas nécessaire.

C'est donc à juste titre que les juges de première instance, dans un souci de maintenir l'équilibre qui s'est installé et de garantir un maximum de stabilité aux enfants, ont refusé de mettre en place un système de résidence en alternance et qu'ils ont accordé un simple droit de visite et d'hébergement au père.

- Le droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs

A. auquel on ne saurait faire de reproche quant à la relation qu'il entretient avec les enfants communs et qui entretenait déjà une relation intense avec ses enfants avant la séparation des parents, fait valoir à juste titre qu'un droit de visite et d'hébergement usuel, tel qu'il lui a été accordé par les juges de première instance, ne lui permet pas de s'investir de manière assez intense

dans la relation qu'il souhaite garder avec les enfants communs et qui est également bénéfique pour ces derniers qui se trouvent en partie en période de puberté et qui ont besoin d'un père qui soit plus présent qu'il ne l'est actuellement.

De plus, par le biais de leur avocat, les enfants demandent à pouvoir passer plus de temps avec le père, tout en limitant l'augmentation du droit de visite et d'hébergement actuel à une seule journée en semaine.

Le droit d'un enfant d'exprimer son avis ne doit pas être interprété comme conférant effectivement un droit de *veto* inconditionnel aux enfants sans que d'autres facteurs soient pris en considération et qu'un examen soit effectué pour déterminer leur intérêt supérieur, autrement dit, en dépit de l'éventuelle opposition d'un enfant, les États ont l'obligation positive de proposer des solutions permettant un maintien ou une reprise des liens entre parents et enfants.

En l'occurrence, la Cour rejoint la demande des enfants tendant à voir renforcer les liens qu'ils ont avec leur père et retient qu'il est dans l'intérêt primordial de ceux-ci que ces liens puissent s'intensifier.

Cet objectif ne pouvant être atteint par l'ajout d'un seul jour au droit de visite et d'hébergement actuellement exercé par le père, il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, d'accorder à A. un droit de visite et d'hébergement à exercer, sauf meilleur accord des parties, chaque deuxième semaine du vendredi à la sortie de l'école au mercredi de la semaine suivante à la rentrée de l'école. Un tel droit de visite et d'hébergement est, en effet, dans l'intérêt des enfants qui pourront bénéficier d'échanges plus approfondis avec leur père, tout en ne modifiant pas trop leur mode de vie actuel dont ils se disent satisfaits.

Conformément à la demande de A. et des enfants communs, non autrement critiquée par l'intimée, il convient encore d'autoriser le père à conduire les cinq enfants communs mineurs E1, E2, E3, E4 et E5 à l'école et à récupérer E4 et E5 le soir au centre d'études/crèche et les enfants E1, E2 et E3 à leurs activités extra-scolaires chaque semaine où il exerce son droit de visite et d'hébergement. Ce système tenant compte du désir du père de partager le transport des enfants par moitié avec B.

- Les accessoires :

Les deux parties restant en défaut d'établir l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure ne sont pas fondées.

Chacune des parties succombant dans une partie de ses prétentions, il convient de faire masse des frais et dépens de la présente instance et de les imposer pour moitié à A. et pour moitié à B., avec distraction, pour la part qui les concerne, au profit des mandataires des parties qui affirment en avoir fait l'avance.

La demande concernant les frais et dépens de la première instance formulée devant la Cour est irrecevable, les juges de première instance ayant réservé ce chef de la demande qui est toujours pendant devant lui.

## PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel irrecevable en ce qu'il se rapporte aux frais et dépens de la première instance,

reçoit l'appel pour le surplus,

dit qu'il n'y a pas lieu de procéder à de plus amples mesures d'instruction,

dit l'appel partiellement fondé,

### **r é f o r m a n t :**

accorde à A., en période scolaire, un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs mineurs E1, née le (...), E2, né le (...), E3, née le (...), E4, né le (...) et E5, née le (...), à exercer, sauf meilleur accord des parties, une semaine sur deux du vendredi à la sortie de l'école, du centre d'études ou de la crèche au mercredi suivant, à la rentrée des classes,

dit que A. peut conduire les cinq enfants communs mineurs E1, E2, E3, E4 et E5 à l'école et qu'il peut récupérer E4 et E5 le soir au centre d'études/crèche et les enfants E1, E2 et E3 à leurs activités extra-scolaires chaque semaine où il exerce son droit de visite et d'hébergement,

confirme pour le surplus le jugement entrepris, dans la mesure où il est critiqué,

dit non fondées les demandes de A. et de B. en allocation d'une indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à A. et pour moitié à B. avec distraction, pour la part qui les concerne, au profit de Maître Monique Wirion et de Maître Marisa Roberto, qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.