

Arrêt N°78/21 - I – DIV (aff.fam.)

Arrêt civil

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

Numéro CAL-2020-01095 du rôle

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

E n t r e :

P1, né le (...) à (...), demeurant (...), (...),

appelant aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 11
décembre 2020,

représenté par Maître Agathe SEKROUN, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

e t :

P2, née le (...) à (...), demeurant à (...), (...),

intimée aux fins de la prédite requête,

représentée par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

e n p r é s e n c e d e :

Maître Célia WEBER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et
représentant les intérêts des enfants mineurs communs des parties E1 et E2, tous
les deux nés le (...).

LA COUR D'APPEL :

Statuant en continuation d'un jugement du 25 septembre 2020 ayant fixé le domicile légal des enfants mineurs E1 et E2, nés le (...), auprès de leur mère P2, nommé, avant tout autre progrès en cause, le Service Ambulatoire F1 de la Fondation F1 en vue d'une thérapie familiale entre parents, désigné un avocat pour entendre, assister et, le cas échéant, représenter les enfants communs mineurs dans le cadre du litige pendant entre leurs parents et, en attendant, attribué au père P1 un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs, à exercer selon les modalités à convenir entre parties, sinon, chaque deuxième week-end du samedi à 10.00 heures jusqu'au dimanche à 18.00 heures, de même que chaque jeudi de la sortie de l'école jusqu'à 18.00 heures et sursis à statuer sur le surplus, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 24 novembre 2020, a attribué à P1, en période scolaire, un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs, à exercer selon les modalités à convenir entre parties, sinon, chaque deuxième week-end du vendredi à la sortie des classes jusqu'au dimanche à 18.00 heures, de même que chaque mardi et chaque jeudi de la sortie de l'école jusqu'à 18.00 heures, et, en période de vacances scolaires, les années paires, la première moitié des vacances de Pâques, les vacances de la Pentecôte, la deuxième et la quatrième quinzaine des vacances d'été, la première moitié des vacances de Noël et, les années impaires, les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, la première et la troisième quinzaine des vacances d'été, les vacances de la Toussaint, la deuxième moitié des vacances de Noël, débouté P1 de sa demande tendant à une expertise psychologique des parents et des enfants, ordonné un suivi thérapeutique des enfants auprès de la Fondation F1, sursis à statuer sur les demandes des parties en allocation d'une pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des deux enfants communs mineurs, sur la demande d'P1 en allocation d'une pension alimentaire à titre personnel et sur celle d'P2 en allocation d'une indemnité de procédure, fixé des dates pour la continuation des débats concernant le volet alimentaire et le droit de visite et d'hébergement, réservé les frais et dépens et ordonné l'exécution provisoire du jugement.

De ce jugement qui ne lui a pas été signifié, P1 a relevé appel suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 11 décembre 2020 et signifiée à P2 par exploit d'huissier de justice du 14 décembre 2020.

L'appelant conclut, par réformation, à voir mettre en place une résidence alternée des enfants communs du vendredi au vendredi, subsidiairement, à voir fixer provisoirement la résidence des enfants chez le père en période scolaire du vendredi soir à la sortie des classes au lundi matin retour à l'école, en attendant à voir fixer la résidence alternée des enfants une semaine sur deux, en tout état de cause, à entendre dire qu'il y a lieu de fixer/détailler le droit de visite et d'hébergement des parents durant les vacances scolaires, la moitié des vacances scolaires devant prendre cours le vendredi à la sortie de l'école au lundi à la rentrée des classes, en faveur du parent auprès duquel la résidence n'est pas fixée, à voir ordonner une expertise psychologique tant des parents que des enfants et à entendre condamner la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 euros, ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de son avocat qui affirme en avoir fait l'avance.

A l'appui de son recours, P1, qui admet que la séparation des parents est très conflictuelle, expose que, ne travaillant que trente heures par mois (le planning hebdomadaire indiqué, portant cependant sur 21 heures par semaine), il est plus disponible qu'P2, travaillant à plein temps, pour s'occuper des enfants communs, dont il se serait également occupé pendant le mariage. La mère aurait unilatéralement restreint son droit de voir les enfants, sans prendre en compte l'intérêt de ceux-ci. Il reproche au juge de première instance de ne pas avoir pris en considération tous les critères fixés par l'article 1007-64 du Nouveau Code de procédure civile pour la fixation de son droit de visite et d'hébergement, notamment que l'enfant E1 aurait été manipulé par la mère pour qu'il refuse de se rendre auprès du père pendant plusieurs mois, que le père, étant enseignant de musique et disposant d'un diplôme en pédagogie, disposerait de capacités éducatives pour le bon développement psychique des enfants, contrairement à la mère qui serait dépassée par l'éducation des deux fils, que la mère ne respecterait pas l'autorité parentale du père en amenant les fils communs chez une psychologue et en voyageant avec les enfants en (...) en période de pandémie, sans consulter le père, que la volonté des enfants serait de passer plus de temps auprès du père et que le trajet entre le domicile du père et l'école fréquentée par les enfants se limiterait à quatorze minutes. De plus, la mère aurait été psychologiquement instable pendant le mariage, elle aurait frappé l'enfant E1 et elle aurait même agressé l'institutrice des enfants. En vue de respecter l'intérêt des jumeaux, il aurait accepté de procéder par étapes. Actuellement le contact aurait été rétabli et les enfants auraient exprimé leur volonté de vivre auprès de chacun des parents de manière égalitaire, une semaine sur deux.

L'appelant fait encore valoir que le seul fait que l'enfant E1 aurait refusé de voir son père pendant plusieurs mois sans être en mesure d'indiquer la cause de ce refus justifierait une expertise psychologique tant des parents que des enfants. Il exprime à cet égard sa suspicion que la mère aurait manipulé l'enfant et que l'expertise psychologique aurait pour effet de normaliser les relations entre les enfants et les deux parents. Il s'oppose à la prise en considération du rapport de la psychologue Psy1 que P2 aurait consultée avec les enfants sans avoir demandé son consentement et qui n'aurait jamais entendu le père. Il soutient également que l'avocat désigné pour représenter les enfants communs aurait un parti pris pour la mère. Avant la clôture des débats à l'audience, il demande encore la communication à la Cour du dossier « protection de la jeunesse » concernant les enfants communs.

P2 relate que la demande en divorce a été introduite en décembre 2018 en (...) et qu'P1 n'a quitté le domicile conjugal qu'en octobre 2019. Pendant cette période, un climat de violences tant physiques que psychiques aurait régné au sein du foyer commun et aurait donné lieu à des plaintes de part et d'autre, ainsi qu'à l'ouverture d'un dossier « jeunesse » concernant les fils communs. Dans ce cadre, le Service Central d'Assistance Sociale aurait conseillé aux parties de consulter la psychologue Psy1, qui verrait encore actuellement les enfants. L'intimée admet que, suite à la séparation des parents, entre janvier et mars 2020, les enfants étaient hébergés par le père pendant quelques jours d'affilé, mais elle relate que ces séjours se sont mal passés, notamment en raison du fait que le père, au vu d'une griffe sur la joue de l'enfant E1, a appelé la police pour accuser la mère de violences sur cet enfant. Suite à son audition par la police, E1 n'aurait plus voulu se rendre auprès de son père d'avril à septembre 2020. Le père traiterait également la

mère avec mépris et violence devant les enfants. Ceux-ci n'entretiendraient pas une bonne relation avec P1, mais ils auraient peur de lui et ils voudraient protéger leur mère de leur père. Les enfants auraient subi l'intervention du Service Central d'Assistance Sociale, de la psychologue Psy1, de la police, des responsables de la Fondation F1 et de Maître Célia Weber, de sorte qu'il ne conviendrait pas de les soumettre encore à une expertise psychologique. Dans la mesure où les parties sortent d'une situation de blocage complet concernant l'enfant E1 qui souffrirait le plus du conflit parental et l'équilibre trouvé étant fragile, il n'y aurait pas lieu d'instaurer un système de résidence en alternance égalitaire à l'heure actuelle. Un tel système serait contraire à l'intérêt des enfants qui n'en voudraient pas et qui, étant scolarisés à (...) où l'école commence à 7.40 heures du matin, devraient se lever très tôt le matin lorsqu'ils demeurent auprès de leur père à (...) en (...) pour arriver à l'école. Pour cette même raison d'éloignement géographique, la mère s'oppose à ce que les droits de visite et d'hébergement du père pendant les vacances scolaires se terminent le lundi à la rentrée des écoles et insiste à ce que ces droits prennent fin le dimanche soir avant la rentrée scolaire.

L'intimée soutient que la prise en considération du dossier « jeunesse » qui n'a pas été soumis à un débat contradictoire devant la Cour est de nature à retarder la prise d'une décision au sujet du droit de visite et d'hébergement des enfants, pourtant nécessaire pour le bien-être de ceux-ci. Ledit dossier n'aurait pas d'influence sur la solution à apporter au litige.

La partie intimée conclut à la confirmation de la décision du 24 novembre 2020 et relève qu'il y aura, en tout état de cause, une continuation des débats devant le juge aux affaires familiales en juin 2021 au vu du résultat éventuellement apporté par la thérapie familiale auprès de la Fondation F1.

A l'audience du 24 février 2021, l'avocat des enfants relate qu'il a vu les enfants à quatre reprises depuis octobre 2020 et qu'il y a une bonne communication avec E1 et E2 qui se trouveraient en plein milieu d'un conflit parental aigu. Les enfants aimeraient leurs deux parents, mais ils seraient très attachés à leur mère qu'ils voudraient protéger des attaques du père. Ils voudraient avant tout que le conflit parental cesse. Les enfants ne parleraient pas mal du père, mais dès la première réunion avec les enfants lors de l'exécution du droit de visite et d'hébergement du père, E1 et E2 auraient fait savoir à leur avocat qu'P1 leur demandait de dire à leur représentant des choses qu'ils ne voudraient pas en réalité. Lors d'une entrevue pendant les vacances de Carnaval le 17 février 2021, l'avocat des enfants a pu constater que le séjour auprès du père se passait bien pour les deux garçons, mais qu'E1 comptait les jours et les nuits pour retourner auprès de la mère. Les enseignants des enfants auraient relaté que, lorsque le père s'enquiert au sujet des progrès des enfants, il dénigre ouvertement la mère. L'avocat des enfants aurait fait la même expérience lorsque, la veille du rendez-vous avec les enfants, P1 lui a envoyé un courriel de six pages avec des reproches dirigés contre P2. P1 lui aurait remis la version papier dudit écrit devant les enfants en leur en attribuant indirectement le contenu. Les enseignants des enfants n'auraient pas constaté de changement au niveau des progrès scolaires de ceux-ci depuis la mise en place du système de résidence tel que décidé par le juge aux affaires familiales, de sorte que ce système conviendrait aux enfants. Le passage de bras par le biais de l'école se passerait bien, mais celui du dimanche soir serait souvent conflictuel. E2 aurait maintenu son opposition, manifestée depuis octobre 2020, à la mise en place d'une résidence en alternance. Il ne s'opposerait pas à passer une

nuit supplémentaire auprès de son père chaque deuxième week-end, mais il a peur d'arriver en retard à l'école le lundi matin en raison du trajet à parcourir à partir du domicile du père. E1 s'opposerait également à une résidence en alternance égalitaire au motif que sept jours sans voir sa mère seraient trop longs. Il aurait le profond désir que ses parents s'entendent de nouveau. Suite à un entretien individuel de l'avocat avec chacun des garçons et après avoir passé du temps avec son père dans la salle d'attente de l'étude de l'avocat, E2 serait revenu sur ses propos en suppliant l'avocat de noter qu'il voudrait l'instauration d'un système de résidence en alternance. Confronté à la question concernant la cause de ce changement d'attitude, E2 n'aurait pas donné de réponse et E1 aurait traité son frère de menteur demandant des choses qu'il ne veut pas. L'avocat en conclut que ce ne sont pas les enfants qui veulent passer plus de temps auprès du père, mais que c'est ce dernier qui revendique une stricte égalité entre lui-même et P2. Cette situation serait restée inchangée depuis octobre 2020. Dans la mesure où le trajet du domicile du père à l'école des enfants prendrait environ 20 minutes et où l'école commence à 7.40 heures, le fait de passer la nuit du dimanche auprès du père risquerait de déstabiliser de nouveau les enfants. L'avocat des enfants favorise finalement une expertise psychiatrique des deux parents aux fins d'élucider les causes de leurs comportements respectifs, mais s'oppose à un nouvel examen des enfants qui ne présenteraient pas de comportement déviant de la normale.

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.

Le rapport établi par la psychologue Psy1 le 11 septembre 2020 l'a été dans le cadre de l'intervention du Service Central d'Assistance Sociale préconisant une thérapie de couple des deux parties. Ce n'est que lorsqu'P1 a arrêté les entrevues avec la psychologue, que P2 l'a consultée seule et qu'elle a également amené les enfants communs en consultation auprès de cette psychologue. Il n'est pas établi que le père se soit opposé à ce que les enfants consultent ladite psychologue avant le 23 décembre 2020. Si le rapport du 11 septembre 2020 ne peut avoir la valeur d'un rapport d'expertise judiciaire, il constitue néanmoins un élément de preuve parmi d'autres versé par P2 à l'appui de sa version des faits et soumis à un débat contradictoire. Il n'y a donc pas lieu de rejeter cette pièce des débats.

Concernant la demande en communication du dossier « jeunesse » formulée à la fin des plaidoiries à l'audience, l'article 1007-56 du Nouveau Code de procédure civile dispose que, dans le cadre d'une affaire portant sur l'exercice de l'autorité parentale, ainsi que sur les modalités d'exercice d'un droit de visite et d'hébergement, si une procédure au niveau du tribunal de la jeunesse ou auprès du procureur d'Etat est en cours à l'égard du ou des mineurs, le tribunal peut demander au juge de la jeunesse et au procureur d'Etat de lui transmettre copie intégrale ou partielle du dossier.

En l'espèce, il est constant que les deux parties ont porté des plaintes pénales l'une contre l'autre, notamment pour violences domestiques et pour violences exercées à l'égard de l'enfant E1 et que tant le Service Central d'Assistance Sociale que la police sont intervenus. Dans la mesure où aucun résultat concret ne s'est cependant dégagé de l'enquête, P1 admet avoir renoncé à sa plainte contre P2 pour violences exercées à l'égard de l'enfant

E1. Il n'est, par ailleurs, pas soutenu que la procédure entamée du chef de violences domestiques aurait été poursuivie. Il n'est finalement pas allégué que le dossier établi par le parquet ait été transmis au juge de la jeunesse et il est constant qu'aucune décision n'a été prise concernant les mineurs. Aux fins de ne pas retarder la prise d'une décision, il n'y a donc pas lieu de demander encore la communication à la Cour du dossier en question.

a) La résidence des enfants communs

Les critères à prendre en considération dans le cadre de la fixation du domicile et de la résidence habituelle d'enfants de parents séparés sont notamment la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure, les sentiments exprimés par les enfants mineurs, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre et l'éventuel résultat d'expertises ou d'enquêtes sociales. Pour la mise en place d'un système de résidence en alternance, s'ajoutent les conditions de la proximité des domiciles des deux parents, de l'âge des enfants qui ne doivent pas être trop jeunes, de la capacité des parents de communiquer entre eux de manière sereine et finalement de modes d'éducation similaires pratiqués par chacun des parents. En tout état de cause, l'intérêt supérieur des enfants doit guider le juge dans son appréciation, à l'exclusion d'éventuelles convenances personnelles des parents.

Avant le divorce de leurs parents, les jumeaux E1 et E2 vivaient avec ceux-ci à (...) et ils y fréquentaient l'école primaire. Par la suite, la mère est restée vivre dans l'ancien logement familial et le père a loué un appartement en (...) à (...), non loin de la frontière (...).

Il est constant que depuis janvier 2020, les enfants ont passé du temps avec leur père et qu'ils ont même passé quelques jours et des vacances auprès de lui. Dans la mesure où la situation entre parents, telle qu'elle ressort des échanges de correspondance versés aux débats, est cependant si tendue qu'il n'existe aucune confiance réciproque et que le père n'hésite pas à porter plainte auprès de la police contre la mère pour violences à l'égard d'un enfant dès qu'il découvre une griffe sur le visage dudit enfant, la relation entre le père et l'enfant E1, concerné par la plainte en question, s'est dégradée au point que cet enfant a refusé de voir son père, refus entraînant une nouvelle intervention de la police. Ce n'est qu'à partir du jugement du 25 septembre 2020 que l'enfant E1 accepte de nouveau à voir son père.

C'est donc à juste titre que le juge aux affaires familiales a retenu que l'équilibre trouvé par les enfants est encore récent et fragile. Au vu de la relation des faits de l'avocat des enfants, décrivant une situation toujours très conflictuelle entre parents, identique à celle ayant existé en octobre 2020, il convient de retenir que la fragilité de la situation perdure. Contrairement aux conclusions d'P1 aucun élément ne permet de retenir que le refus de l'enfant E1 de voir son père soit le résultat d'une manipulation subie par la mère, mais il se dégage de la chronologie des faits que le refus de l'enfant était consécutif à la plainte portée par le père contre la mère du fait de prétendues violences exercées sur lui.

Concernant les sentiments exprimés par les enfants mineurs, ceux-ci ont été rapportés de manière objective par l'avocat nommé pour les représenter, qui a pu légitimement se poser des questions au sujet du changement radical

de discours de l'enfant E2 lors de l'entrevue du 17 février 2021 et qui a également pu interroger l'enfant au sujet de ses motivations, sur lesquelles celui-ci a préféré garder le silence.

Il convient ainsi de retenir que les jumeaux, âgés de (...) ans seulement, sont opposés à un système de résidence en alternance égalitaire, dans la mesure où la séparation de leur mère serait trop longue et que E2 a également exprimé sa peur de ne pas arriver à temps à l'école le lundi matin dans l'hypothèse où il devait passer la nuit du dimanche au domicile de son père.

Aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'un des parents ne dispose pas des capacités éducatives requises pour assumer ses responsabilités parentales à l'égard des fils communs. S'il est vrai que le père est plus disponible les mardi et jeudi après-midis pour s'occuper des enfants, il reste que, dans l'hypothèse d'une résidence en alternance égalitaire, il devrait recourir à une tierce personne pour garder les enfants les lundi, mercredi et vendredi après-midis une semaine sur deux, tandis que dans le système instauré par le juge aux affaires familiales, il voit les enfants tous les mardi et jeudi après-midis.

Il apparaît de la correspondance entre avocats, ainsi que des messages échangés entre parties que tant la mère que le père ont de sérieux problèmes à respecter les droits de l'autre parent, avec une forte tendance d'P1 à dénigrer la mère auprès des enfants et des intervenants extérieurs, comme notamment les enseignants, la police et l'avocat des enfants. Les parents ne sont actuellement pas en mesure de communiquer de manière sereine entre eux, même s'il s'agit de l'intérêt des enfants communs et le domicile du père se trouve à une certaine distance de celui de la mère, ainsi que de l'école fréquentée par les enfants.

Il découle de tous ces éléments que c'est par une exacte appréciation de tous les éléments de fait et de droit de la cause que le juge de première instance a retenu qu'il n'y a pas lieu de mettre en place un système de résidence en alternance des enfants E1 et E2 et qu'il a attribué un simple droit de visite et d'hébergement au père.

Concernant la nuit du dimanche au lundi, le juge aux affaires familiales a également décidé à bon escient que cette nuit supplémentaire à passer auprès du père n'apporte pas de plus-value aux enfants qui sont encore jeunes, qui ont besoin de leur sommeil et qui, au vu du trajet à parcourir de (...) en (...) jusqu'à (...), doivent se lever tôt le matin pour arriver à l'heure à l'école qui commence à 7.40 heures, E2 ayant à juste titre exprimé ses craintes à cet égard. Pour cette même raison, il n'y a pas non plus lieu de fixer la fin du droit de visite et d'hébergement du père pendant les vacances scolaires au lundi matin à la rentrée des classes, mais au dimanche soir retour à leur domicile à (...).

b) L'expertise psychologique des enfants et des parents

C'est à juste titre que le juge aux affaires familiales, au vu du suivi thérapeutique par l'intermédiaire de la Fondation F1 mis en place pour les enfants E1 et E2 n'a pas ordonné en plus une expertise psychologique des enfants. Il se dégage d'ailleurs du rapport de l'avocat des enfants que ceux-ci sont suivis par ledit service, qu'ils ont trouvé un certain équilibre, que leur comportement à l'école n'a rien d'anormal et que les résultats scolaires sont

satisfaisants. Il a finalement déjà été retenu ci-dessus que la réaction d'E1 face au père en mars 2020 peut s'expliquer aisément par la réprobation de l'enfant en question pour le comportement agressif adopté par le père à l'égard de la mère.

Il n'y a pas non plus lieu d'ordonner une expertise psychologique des parents, qui devraient suivre une thérapie familiale au sein de la Fondation F1 en vertu du jugement du 25 septembre 2020 et auxquels il est loisible de se soumettre à une telle expertise sur une base volontaire et de commun accord, étant donné que cette mesure supplémentaire sollicitée par P1 n'est pas pertinente pour la solution à apporter au présent litige.

c) Les accessoires

P1 succombant dans sa voie de recours, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas fondée et il doit supporter les frais et dépens de l'instance.

Le juge de 1^{ère} instance n'ayant pas encore statué sur les frais et dépens de cette instance, l'appel y relatif est irrecevable.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit irrecevable en ce qui concerne les frais et dépens de la première instance,

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris,

précise que le droit de visite et d'hébergement du père pendant les vacances scolaires s'exercera du vendredi à la sortie de l'école, respectivement à la fin de la période de résidence des enfants auprès de la mère, au vendredi soir à la fin de la période que les enfants ont passée auprès du père, retour au domicile des enfants,

dit non fondée la demande d'P1 en allocation d'une indemnité de procédure,

laisse les frais et dépens de l'instance à charge de la partie appelante.

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

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

