

Arrêt N°2/22 - I - DIV - mes. prov. (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du cinq janvier deux-mille-vingt-deux

Numéro CAL-2021-00732 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 ..., ...,

appelant aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le
21 juillet 2021,

représenté par Maître Faisal QURASHI, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et :

B., née le ... à ..., demeurant à ..., ...,

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Kamilla LADKA, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur les mesures provisoires dans le cadre d'une demande en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales introduite le 21 janvier 2021 par B. contre A., le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par ordonnance contradictoire du 6 juillet 2021, a fixé la résidence habituelle de l'enfant commune mineure E1 , née le ..., auprès de B., dit la demande de A. en fixation de la résidence habituelle de l'enfant E1 auprès de lui recevable mais non fondée, accordé à A. un droit de visite à l'encontre de l'enfant E1 à exercer selon les modalités à fixer par le Foyer Sichem, sis à L-7247 Helmsange, 4, rue Charles Rausch et sous la

surveillance dudit foyer, condamné A. à payer à B. une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant E1 de 500 euros par mois, allocations familiales non comprises, dit que cette contribution est payable et portable le premier jour de chaque mois et pour la première fois le 21 janvier 2021 et qu'elle est à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du nombre-indice du coût de la vie, dans la mesure où les revenus du débiteur d'aliments y sont adaptés, condamné A. à payer à B. la moitié des frais extraordinaires en relation avec l'enfant E1 tels que les frais médicaux ou autres soins non remboursés, frais scolaires, d'activités sportives et de loisirs, ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance et réservé les frais et dépens.

Suivant requête déposée au greffe de la Cour le 21 juillet 2021, signifiée à B. le 28 juillet 2021, A. a relevé appel de cette ordonnance, qui lui a été notifiée le 7 juillet 2021.

A titre principal, il demande, par réformation, à voir fixer la résidence habituelle de l'enfant E1 auprès de lui, sinon, subsidiairement, à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement toutes les semaines du vendredi à 18.00 heures au dimanche à 18.00 heures ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires « *à l'endroit de l'enfant mineur E1 sinon toute autre mesure que la Cour jugera dans l'intérêt de l'enfant* ». Il sollicite en outre la réduction de sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant E1 au montant mensuel de 50 euros.

A l'appui de son appel, il fait valoir que le juge aux affaires familiales n'a pas suffisamment motivé ses décisions et n'a pas correctement pris en compte l'intérêt de l'enfant E1 .

Il considère qu'aucun élément ne plaide en faveur d'une fixation de la résidence habituelle de l'enfant E1 auprès de B.. Il indique s'être occupé de sa fille pendant la vie commune des parties et être parfaitement capable de l'élever en tenant compte de la pathologie de l'enfant. Il soutient que l'état de sa fille s'est dégradé depuis qu'elle est auprès de la mère laquelle n'est pas capable de s'en occuper convenablement. Il reproche à B. d'être partie du domicile conjugal avec la fille commune sans lui indiquer où elle allait, privant ainsi l'enfant E1 de son environnement habituel et de son père et l'exposant à une situation de stress et de frustration.

En ce qui concerne son droit de visite et d'hébergement, A. considère qu'il est dans l'intérêt de l'enfant E1 de voir son père aussi souvent que possible afin de retrouver un équilibre qu'elle n'a plus depuis qu'elle vit seule avec sa mère.

A. indique qu'il n'a actuellement aucune source de revenu et qu'il s'acquitte d'un loyer mensuel de 1.493,99 euros. Il explique qu'il a travaillé comme consultant en informatique, qu'il s'est ensuite mis à son compte mais que son activité n'a pas été très fructueuse. Il précise que l'appartement des parties en France n'est actuellement plus loué et qu'il ne perçoit plus de revenu de ce chef.

A l'audience des plaidoiries du 1^{er} décembre 2021, A. informe la Cour que par jugement du 25 novembre 2021, le juge aux affaires familiales a pris une

décision au fond relative à la résidence habituelle de l'enfant E1 et au droit de visite et d'hébergement. Il considère qu'au vu du fait que la décision du 25 novembre 2021 n'est pas encore définitive, la Cour d'appel reste compétente pour statuer sur les mesures provisoires.

B. se rapporte à la prudence de la Cour concernant la recevabilité de l'appel en la pure forme. En ce qui concerne la résidence habituelle de l'enfant E1 et le droit de visite et d'hébergement de A., elle considère que la Cour d'appel n'est actuellement plus compétente pour en connaître suite au jugement au fond intervenu sur ces points.

A titre subsidiaire, et dans l'hypothèse où la Cour est compétente pour statuer sur ces deux volets, elle conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Elle précise que le juge aux affaires familiales a procédé à la nomination d'un avocat pour l'enfant E1 par ordonnance du 10 novembre 2021.

Elle rappelle que sa fille est suivie par un psychologue depuis 2018, qu'elle est une enfant à haut potentiel mais extrêmement turbulente, son côté émotionnel n'étant pas développé. Elle avance que le père ne collabore pas au suivi psychologique de l'enfant, qu'il ne s'est jamais manifesté auprès des psychologues, mais qu'il a déposé des plaintes contre eux. Elle explique être partie du domicile conjugal le 22 janvier 2021 en amenant l'enfant E1, elle indique que le père a revu l'enfant commune pour la première fois en août 2021, mais elle estime qu'il aurait pu la voir plus tôt s'il avait fait les démarches nécessaires. Elle estime que les demandes du père vont à l'encontre de l'intérêt de la fille, qu'elles sont prématurées et qu'il y a lieu d'attendre les rapports de l'avocat de l'enfant et des autres intervenants.

B. explique que sa situation financière est identique à celle retenue par le juge aux affaires familiales et elle précise que A. ne contribue actuellement pas financièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant E1.

Quant à la situation financière de A., elle conclut à la confirmation du juge aux affaires familiales pour avoir retenu un loyer de 1.590 euros provenant de la location d'un appartement appartenant aux parties et elle conteste l'affirmation de A. selon laquelle l'appartement ne serait actuellement plus loué. Elle affirme que l'appelant exerce des activités en ... où il est également propriétaire d'un appartement, de sorte qu'elle estime que le juge aux affaires familiales a correctement apprécié les capacités contributives de l'appelant.

Elle sollicite finalement une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Appréciation de la Cour

Aux termes de l'article 1007-36 du Nouveau Code de procédure civile, le tribunal, saisi d'une demande en divorce pour rupture irrémédiable, constate le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales des conjoints, prononce le divorce, ordonne la liquidation et le partage du régime

matrimonial, désigne le notaire liquidateur s'il y a lieu, met fin aux mesures provisoires et statue sur les conséquences.

Il résulte des termes du jugement du 25 novembre 2021 cité ci-dessus que le juge aux affaires familiales statuant au fond a fixé la résidence habituelle et le domicile légal de l'enfant E1 auprès de B., a dit recevable mais non fondée la demande de A. tendant à mettre en place une résidence alternée envers l'enfant E1, a accordé à A. un droit de visite à l'encontre de l'enfant E1 à exercer chaque week-end une semaine le samedi de 9.30 heures à 18.00 heures et l'autre semaine le dimanche de 9.30 heures à 18.00 heures et a constaté que le jugement est d'application immédiate. Il a partant nécessairement mis fin aux mesures provisoires décidées par l'ordonnance entreprise du 6 juillet 2021 et y a substitué les mesures accessoires par lui déterminées.

Ce sont partant les mesures accessoires au divorce telles que fixées par le jugement du 25 novembre 2021, exécutoire par provision, qui s'appliquent depuis cette date entre les parties, à l'exclusion de celles fixées par l'ordonnance du 6 juillet 2021, de sorte que le recours dirigé par A. contre la décision provisoire ne présente actuellement plus d'intérêt pour celui-ci en ce qui concerne la résidence habituelle de l'enfant E1 et son droit de visite à l'égard de cette dernière.

La disparition de l'intérêt à agir en cours de procédure n'affecte pas la recevabilité de l'action, puisque les conditions de recevabilité sont appréciées le jour de l'acte introductif d'instance. Mais la disparition en cours d'instance des circonstances qui fondaient l'intérêt à agir entraîne que la demande devient non fondée (T. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 897, p. 462 et s.).

En l'état actuel, l'appel introduit par A. contre l'ordonnance du 6 juillet 2021 n'est donc pas fondé en ce qui concerne les deux volets précités.

En ce qui concerne sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant E1, le juge aux affaires familiales, dans son jugement du 25 novembre 2021, a refixé les débats à une audience ultérieure, de sorte que les mesures prises par l'ordonnance du 6 juillet 2021 sont encore actuellement applicables.

Les obligations alimentaires des parents à l'égard des enfants sont déterminées en fonction des besoins des enfants et des capacités contributives respectives des parents.

Il incombe aux deux parties de faire des efforts afin d'améliorer leur situation financière pour contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune. L'appréciation des facultés contributives d'un parent doit en effet englober non seulement les revenus effectivement touchés, mais encore les revenus qu'il néglige de percevoir et ceux qu'il pourrait gagner en mettant à son profit son savoir-faire, son expérience professionnelle et l'ensemble de ses ressources physiques ou intellectuelles.

Selon le bulletin de l'impôt sur le revenu pour l'année 2019, le bénéfice brut provenant de l'activité de A. s'élevait pour l'année en question à 58.864,53

euros. Aux termes d'un certificat de revenu pour la même année, le total des revenus nets du couple s'élevait à 77.073 euros, correspondant à un revenu imposable de 73.283 euros, les revenus nets provenant de l'activité de A. se chiffrant à 44.314 euros.

Il n'y a pas lieu de tenir compte de la déclaration d'impôt pour l'année 2020 de A., une déclaration d'impôt n'ayant pas de valeur probante quant au revenu de la personne concernée, ni quant à l'impôt définitivement prélevé par l'administration des contributions directes.

A. restant en défaut d'établir qu'il n'est actuellement plus en mesure de s'adonner à une activité à plein temps en tant que conseiller en informatique lui procurant un revenu similaire à celui de l'année 2019, il y a lieu de retenir un revenu mensuel net fictif de 3.600 euros en son chef.

Dans le rapport d'enquête sociale et devant le juge aux affaires familiales, A. a indiqué vivre de ses épargnes et du loyer provenant de la location de l'appartement à L'affirmation lors de l'audience des plaidoiries devant la Cour d'appel selon laquelle l'appartement ne serait actuellement plus loué et qu'il ne percevrait partant plus de loyer n'est pas étayée par des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, de sorte qu'il y a lieu de prendre en compte un revenu locatif de ce chef de 1.590 euros par mois, tel qu'il résulte d'une « *quittance de loyer* » du mois de février 2021. A. n'alléguant pas qu'il reverse actuellement à B. la moitié du loyer relatif à l'appartement appartenant en indivision aux deux parties, il y a lieu de tenir compte de l'intégralité de ce montant dans le chef de A..

A. étant en outre propriétaire, selon ses propres dires résultant du rapport d'enquête sociale, d'un appartement en ..., il y a lieu de retenir un revenu locatif fictif de 300 euros de ce chef.

A défaut de pièces permettant de conclure à des revenus provenant d'une activité en ..., il y a lieu d'en faire abstraction.

Il paie un loyer de 1.493,99 euros.

Les autres frais invoqués par A. sont des dépenses de la vie courante qui incombent à chacune des parties et ne sont pas spécifiquement prises en compte pour apprécier les capacités contributives des parties.

Au vu de ce qui précède, A. dispose d'un revenu mensuel théorique disponible de 4.000 euros.

B. perçoit un salaire mensuel de 2.200 euros et elle paie un loyer de 950 euros par mois, de sorte que son disponible mensuel s'élève à 1.250 euros.

Aucun des parents ne faisant état de besoins spécifiques de l'enfant E1, le juge aux affaires familiales est à confirmer pour avoir tenu compte en son chef des besoins usuels d'un enfant de son âge.

Au vu des capacités contributives des parents, des besoins de l'enfant E1 et de la contribution en nature très réduite de A., le juge aux affaires familiales

est à confirmer pour avoir fixé la contribution financière de A. à l'entretien et à l'éducation de l'enfant E1 au montant mensuel de 500 euros.

L'appel de A. n'est partant pas fondé et l'ordonnance entreprise est à confirmer.

- Les demandes accessoires

B. n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Le juge aux affaires familiales ayant réservé les frais et dépens de la première instance, l'appel y relatif de A. est à déclarer irrecevable.

Eu égard à l'issue de l'instance d'appel, les frais et dépens de cette instance sont à mettre à charge de l'appelant.

Dans la mesure où le délai de cassation et le pourvoi en cassation contre les dispositions du présent arrêt ne produisent pas d'effet suspensif sur leur exécution, elles sont, de fait, exécutoires par provision et la demande en exécution provisoire de l'arrêt à intervenir est irrecevable pour défaut d'intérêt dans le chef de l'appelant.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel en la forme,

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

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus pour les mesures encore en vigueur,

dit non fondée la demande de B. 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 présents :

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller,
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.

