

Arrêt N°60/22 - I - CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-trois mars deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-00864 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
25 août 2021,

représenté par Maître Franck GREFF, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et :

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

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Céline BOTTAZZO, en remplacement de Maître
Marisa ROBERTO, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur une requête de B (ci-après B) déposée le 28 février 2020 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dirigée contre A et tendant notamment à entendre condamner ce dernier à lui payer une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants communs C, né (...), et D, née le (...), de 800 euros par enfant, ainsi que la moitié des frais extraordinaires en relation avec les enfants C et D, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement, par

jugement contradictoire du 8 juillet 2021, a condamné A à payer à B une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C et D de 700 euros par enfant, allocations familiales non comprises, payable et portable le premier jour de chaque mois à partir du 1^{er} septembre 2019, 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 médicaux (visites médicales de toute nature), d'orthodontie, de lunettes et d'ostéopathe non couverts par la sécurité sociale en relation avec les enfants communs mineurs, constaté qu'en vertu de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, sa décision est d'application immédiate, dit recevables mais non fondées les demandes de B et de A en obtention d'une indemnité de procédure, fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des parties.

Ce jugement a été entrepris par A suivant requête d'appel déposée le 25 août 2021 au greffe de la Cour d'appel.

Dans sa requête, l'appelant conclut, principalement, à l'annulation du jugement n° 2021TALJAF/002200 du 8 juillet 2021, subsidiairement, à entendre dire la demande en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C et D non fondée et à se voir décharger de la condamnation intervenue.

Dans l'hypothèse où la Cour devait retenir le principe d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs, l'appelant demande à la Cour de réduire le montant à allouer à de plus justes proportions et de dire que cette contribution sera versée seulement à partir du 28 février 2020, date d'introduction de la requête. L'appelant déclare qu'il accepterait de verser une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C et D d'un montant de 225 euros par enfant, allocations familiales non comprises et à l'exclusion de la prise en charge des frais extraordinaires, à partir du 28 février 2020. Il demande, finalement, la condamnation de B à tous les frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de son mandataire affirmant en avoir fait l'avance et au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

A l'appui de son recours, A fait valoir que le juge aux affaires familiales n'a pas analysé ses contestations concernant les frais invoqués par B dans le chef des enfants communs et qu'il n'a pas indiqué pour quelle raison il a écarté ces contestations, de sorte que le juge n'aurait pas répondu à ses conclusions, ce qui équivaldrait à une absence de motivation de sa décision et entraînerait la nullité du jugement en vertu des dispositions des articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau Code de procédure civile. En cas d'annulation, il conclut à ce que la Cour évoque le fond du litige.

Pour le surplus et quant au fond, l'appelant expose que, suite à son licenciement du 29 novembre 2019, il a touché des indemnités de chômage de juin 2020 jusqu'au 3 mars 2021 et que l'entreprise de consultance par lui créée n'a généré aucun revenu, de sorte qu'il serait *de facto* sans ressources et qu'il n'y aurait pas lieu de retenir un salaire théorique dans son chef. Subsidiairement un tel salaire théorique serait à réduire à de plus justes

proportions. Contrairement à ce qu'a retenu le juge de première instance, il devrait assumer des charges comme le paiement de pensions alimentaires, d'assurances et de charges de copropriété. Les revenus de la mère seraient à évaluer à environ 7.000 euros par mois, allocations familiales et avantage fiscal en raison de la résidence des enfants compris et les besoins invoqués par la mère dans le chef des enfants ne se trouveraient pas justifiés, comme les frais de cantine, de garderie et de nounou, eu égard au congé parental de la mère. Les frais de piano et d'activités parascolaires ne se trouveraient pas non plus justifiés par des pièces. Au vu de ces éléments et de l'obligation de la mère de contribuer également financièrement à l'entretien et à l'éducation des enfants communs, la demande de B ne serait pas fondée, sinon fondée dans une moindre mesure que celle retenue par le juge aux affaires familiales.

Aux termes de ses conclusions notifiées le 27 janvier 2022 à la demande de la Cour sur base des dispositions de l'article 1007-43 (10) du Nouveau Code de procédure civile, B conclut à entendre dire que le juge de première instance a été saisi d'une demande en fixation de mesures accessoires au divorce des parties, de sorte que la Cour devra également statuer en la même matière, en conséquence dire que la requête d'appel du 25 août 2021 est caduque, sinon irrecevable pour ne pas avoir été signifiée dans le mois de son dépôt au greffe, en violation des dispositions de l'article 1007-43 du Nouveau Code de procédure civile.

A titre subsidiaire, elle demande à la Cour de dire l'appel non fondé, elle relève appel-incident du jugement déféré et conclut à entendre condamner A à lui payer le montant de 800 euros par enfant et par mois à partir du 1er septembre 2019 à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants C et D, ainsi que la moitié des frais médicaux (visites médicales de toute nature), d'orthodontie, de lunettes et d'ostéopathe non couverts par la sécurité sociale en relation avec les deux enfants communs, sinon, à entendre condamner A à lui payer le montant mensuel de 600 par enfant au même titre, ainsi que la moitié des frais extraordinaires en relation avec les enfants communs, à entendre dire que cette pension alimentaire sera adaptée automatiquement et sans mise en demeure préalable à l'échelle mobile des salaires en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg. En dernier ordre de subsidiarité, elle conclut à la confirmation du jugement du 8 juillet 2021. La partie intimée demande, en tout état de cause, la condamnation de l'appelant à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour la première instance, ainsi que de 5.000 euros pour l'instance d'appel et les frais et dépens des deux instances.

Suivant conclusions déposées au greffe de la Cour le 18 février 2022, A fait répliquer que le juge aux affaires familiales a été saisi par requête du 28 février 2020 sur base des dispositions de l'article 1007-1 du Nouveau Code de procédure civile en matière de droit commun, par opposition à la procédure applicable en matière de divorce, de sorte que la Cour d'appel serait amenée à statuer en la même matière et que la requête d'appel du 25 août 2021 serait recevable pour être conforme à l'article 1007-9 du Nouveau Code de procédure civile.

En ce qui concerne le fond il conclut à entendre dire l'appel fondé et justifié, dire qu'il y a lieu d'appliquer l'article 15 du Règlement CE n° 2201/2003 du

Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, surseoir à statuer et renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel de Nancy, sinon annuler le jugement déféré, dire irrecevable l'appel incident de B, sinon le dire non fondé, sinon, par réformation, voir dire la demande en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs C et D non fondée et décharger l'appelant de la condamnation à payer une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs, avec effet au 1^{er} septembre 2019.

A titre plus subsidiaire et si par impossible la Cour devait retenir le principe d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs, l'appelant conclut à la voir réduire à de plus justes proportions et à fixer le point de départ de l'obligation au 28 février 2020. L'appelant réitère son accord à verser une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs mineurs de 225 euros par mois et par enfant, allocations familiales non comprises et à l'exclusion de la prise en charge de tous frais extraordinaires. A conclut finalement à entendre débouter B de sa demande tendant à voir adapter la pension alimentaire automatiquement et sans mise en demeure préalable à l'échelle mobile des salaires applicable au Grand-Duché de Luxembourg et de ses demandes en allocation d'une indemnité de procédure. Outre l'indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et la condamnation de l'intimée aux frais et dépens de l'instance d'appel requises dans sa requête d'appel, A demande encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

- Appréciation de la Cour :

1) Les faits et rétroactes :

Il se dégage de l'exposé concordant des faits par les parties dans leurs conclusions écrites, ainsi que des actes de procédure versés, que B et A, tous les deux de nationalité française, se sont mariés le 6 avril 2013 à Megève en Haute-Savoie, en France et qu'ils sont les parents de deux enfants, C, né (...) à Luxembourg, et D, née (...) à Luxembourg.

Le 9 février 2017, A a saisi le juge aux affaires familiales de Nancy d'une requête tendant notamment au divorce des parties, à l'attribution de la jouissance du domicile conjugal situé à Luxembourg, à l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard des deux enfants communs mineurs, à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs en période scolaire et pendant les vacances scolaires et à la fixation d'une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs de 650 euros par mois et par enfant.

Le 14 février 2017, B a, à son tour, saisi le juge aux affaires familiales de Nancy d'une demande en divorce tendant, entre autres, à l'attribution de la jouissance du domicile conjugal, à l'allocation d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours de 1.000 euros par mois, à l'octroi d'une provision ad litem à la charge de l'époux de 3.000 euros, à l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard des deux enfants communs mineurs, à la fixation de la résidence habituelle des enfants à son domicile, à l'octroi au

père d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs, tant en période scolaire que pendant les vacances scolaires et à la fixation de la part contributive du père à l'entretien et à l'éducation des enfants à la somme de 900 euros par mois et par enfant.

Par ordonnance de non-conciliation du 30 octobre 2017, le juge aux affaires familiales a joint les deux procédures, autorisé l'époux demandeur à assigner en divorce et, statuant sur les mesures provisoires en ce qui concerne notamment les enfants, a dit que l'autorité parentale sur les enfants communs mineurs est exercée en commun par les parents, fixé la résidence habituelle des enfants au domicile de la mère, accordé à A un droit de visite et d'hébergement sur les enfants communs à exercer à l'amiable et, à défaut d'accord entre parents, en dehors des périodes de vacances scolaires, les fins de semaines paires de chaque mois, du vendredi 18.00 heures au dimanche 18.00 heures, ces horaires pouvant être aménagés en fonction des horaires de train entre Luxembourg et Paris, dans l'intérêt des enfants et pendant les périodes de vacances scolaires, la moitié de chaque période de vacances scolaires, la première moitié les années paires et seconde moitié les années impaires, dit que les vacances scolaires à prendre en compte sont celles en vigueur dans l'académie dans le ressort de laquelle les enfants d'âge scolaire, sont inscrits, dit que les vacances scolaires doivent être considérées comme débutant le premier samedi après la fin des cours et finissant le dernier dimanche avant leur reprise, dit que le parent qui ne s'est pas présenté dans l'heure pour la fin de semaine et la première journée pour les vacances est supposé renoncer à l'exercice de ce droit de visite et d'hébergement pour la période concernée, dit que si la fin de semaine où le droit de visite et d'hébergement sont précédés ou suivis d'un jour férié, cette journée s'ajoutera au droit d'hébergement, indiqué que les parents ont le devoir, en cas de changement de résidence, de communiquer leur nouvelle adresse, condamné le père à payer à la mère pour sa part contributive à l'entretien et à l'éducation des enfants communs une pension alimentaire de 600 euros par enfant, payable mensuellement et d'avance avant le 5 de chaque mois au domicile de B, dit que ces pensions alimentaires sont indexées chaque année au 1er novembre, sur l'indice publié par l'INSEE des prix à la consommation des ménages urbains et rappelé que sa décision est de droit exécutoire à titre provisoire.

A la suite de cette ordonnance, A a introduit une demande en divorce sur base des articles 242 et suivants du Code civil français le 19 mars 2018, aux termes de laquelle il demande également la mise en place de mesures accessoires concernant la personne des deux enfants communs.

Parallèlement à la procédure de divorce introduite en France et par exploit d'huissier du 22 août 2017, B a assigné A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en demandant notamment le divorce entre parties sur base des dispositions de l'article 229 du Code civil, la liquidation et le partage de l'indivision existant entre parties, l'attribution de la garde des deux enfants communs mineurs, la condamnation de A à lui payer une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants d'un montant de 1.200 euros par enfant et une pension alimentaire à titre personnel de 1.500 euros par mois, ainsi que des dommages-intérêts de 7.500 euros tant sur base de l'article 301 du Code civil que base des articles 1382 et 1383 du même code,

augmentés des intérêts légaux et une indemnité de procédure de 2.000 euros.

Suivant jugement du 26 avril 2018 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, en application de l'article 19 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, a reçu le moyen de litispendance internationale soulevé par A relatif à la demande en divorce de B et aux demandes relatives aux enfants par elle formulées dans l'assignation du 22 août 2017, s'est dessaisi de toutes les demandes des parties en faveur du juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Nancy, premier saisi et compétent, a renvoyé, pour cause de connexité la demande en liquidation et en partage du régime matrimonial de B devant le tribunal français et a sursis à statuer sur les demandes de B en obtention de dommages et intérêts et d'une pension alimentaire à titre personnel.

Par conclusions aux fins d'incident notifiées le 1er avril 2019, B a saisi le juge français sur le fondement de l'article 15 du Règlement CE n°2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, afin de faire constater que les juridictions luxembourgeoises du lieu de résidence habituelle des enfants mineurs étaient mieux placées pour se prononcer sur les mesures relatives aux enfants et de dessaisissement de la juridiction française au profit des juridictions luxembourgeoises.

Suivant ordonnance sur incident du 3 décembre 2019, signifiée à A le 23 décembre 2019 et non frappée d'appel, le juge de la mise en état français a constaté l'existence d'un lien particulier au sens de l'article 15 du Règlement CE n°2201/2003 entre le Grand-Duché de Luxembourg et les enfants mineurs des parties, a sursis à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et a enjoint aux parties de saisir les juridictions luxembourgeoises compétentes *ratione materiae* et *ratione loci* dans un délai de trois mois à compter de sa décision.

C'est sur cette base que B a saisi le juge aux affaires familiales près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg suivant requête déposée au greffe de ce tribunal le 28 février 2020.

A l'audience de la Cour du 23 février 2022, les parties ajoutent qu'entretemps le divorce des parties a été prononcé aux torts réciproques des parties par jugement rendu le 27 août 2021 par le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de Nancy. Elles s'accordent que B a interjeté appel de ce jugement qui n'est donc actuellement pas définitif.

2) La procédure

Dans sa requête introductive de la première instance, B se réfère expressément à l'article 1007-1 du Nouveau Code de procédure civile, aux points 4°, 5° et 6°.

Ces dispositions traitent de la compétence matérielle du juge aux affaires familiales concernant notamment le divorce, la séparation de corps et leurs

conséquences ainsi que les mesures provisoires pendant la procédure de divorce et en cas de cessation du partenariat enregistré (4°), les demandes en matière de pension alimentaire (5°) et les demandes relatives à l'exercice du droit de visite, à l'hébergement et à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (6°). Contrairement aux conclusions de l'appelant, cette référence ne préjuge pas de la procédure à suivre devant le juge aux affaires familiales.

A relève à juste titre que B n'indique pas dans sa requête si elle entend saisir le juge aux affaires familiales siégeant en matière de divorce, en matière de pension alimentaire ou en matière d'exercice de l'autorité parentale et qu'elle ne fait pas expressément référence à l'article 1007-12 du Nouveau Code de procédure civile, relatif aux dispositions applicables à la procédure de divorce, ni à l'article 1007-24 applicable à la procédure relative au fond du divorce et aux mesures accessoires.

La requête introductive d'instance de B du 28 février 2020 comprend un exposé précis des faits et de la procédure antérieurement poursuivie en France et elle se réfère expressément à l'ordonnance du 3 décembre 2019, prise dans le cadre de la procédure de divorce au fond poursuivie devant le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de Nancy et à l'ordonnance de non-conciliation rendue le 30 octobre 2017 au sujet des mesures provisoires pendant cette instance en divorce.

Tant les parties que le juge ne pouvaient donc ignorer que la demande de B tend à la détermination de mesures accessoires au divorce des parties poursuivi en France concernant leurs enfants mineurs qui, à l'époque, résidaient au Luxembourg. B relève à juste titre qu'elle ne demande pas la modification des mesures provisoires fixées par le juge français dans l'ordonnance du 30 octobre 2017 dans sa requête du 28 février 2020.

Le fait que le divorce n'ait pas encore été prononcé au moment où le juge de la mise en état français a pris son ordonnance du 3 décembre 2019 ne change rien à cet état des choses, ni le fait que le juge aux affaires familiales luxembourgeois n'ait pas demandé de comparution personnelle des parties pour les entendre sur le principe du divorce et sur les mesures provisoires, ces volets de l'affaire ayant été respectivement réglés par et pendant devant les juridictions françaises et les avocats des parties ayant parfaitement pu prendre position quant aux mesures accessoires concernant les enfants communs demandés au Luxembourg.

La tentative de notification du jugement du 8 juillet 2021 à A par le greffe du juge aux affaires familiales luxembourgeois est sans incidence sur la matière au sujet de laquelle a statué ce juge.

Il convient donc de retenir que le juge aux affaires familiales, dans son jugement du 8 juillet 2021, a statué au sujet de mesures accessoires au divorce de B et de A.

En vertu de l'article 1007-43 du Nouveau Code de procédure civile, relatif à la procédure d'appel en matière de divorce, l'appel est porté devant la Cour d'appel siégeant en matière civile, il est formé par requête à signer par un avocat à la Cour et la requête est déposée au greffe de la Cour d'appel. Le

quatrième point dudit article dispose que « l'appelant fait signifier la requête à l'intimé par huissier de justice avec, à peine de nullité de la signification, la mention que l'intimé est tenu de constituer avocat dans un délai de quinzaine, augmenté le cas échéant des délais de distance, ainsi que les mentions prescrites aux articles 80 et 153. La signification de la requête doit être opérée dans le mois du dépôt au greffe sous peine de caducité de l'appel ».

S'il résulte de l'article 1007-43 précité qu'en matière de divorce c'est le dépôt au greffe de la requête d'appel qui saisit la Cour de la voie de recours, il incombe cependant à l'appelant de signifier sa requête dans le mois du dépôt au greffe sous peine de caducité de l'appel.

La requête d'appel déposée par A au greffe de la Cour le 25 août 2021 n'ayant pas fait l'objet d'une signification, l'appel relevé par cette requête est devenu caduc.

3) Les accessoires

L'appel de A étant caduc, la Cour n'est pas valablement saisie de la « demande » de A en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance. Cette demande ayant été déclarée non fondée par le juge de première instance, la même demande reformulée en instance d'appel est, en effet, à qualifier d'appel contre la décision de première instance.

De même la « *demande* » formulée en instance d'appel par de B en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance, demande qui a également été déclarée non fondée par le juge de première instance, s'analyse en un appel incident irrecevable en l'absence d'appel principal valablement introduit. Il en est de même de la « *demande* » de B tendant à la condamnation de A aux frais et dépens de la première instance, frais qui ont été mis à charge de chaque partie pour moitié par le juge de première instance.

A succombant à l'instance, il doit en supporter les frais et dépens, de sorte que sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

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 pour l'instance d'appel n'est pas non plus fondée.

PAR CES MOTIFS

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

déclare caduc l'appel introduit par A suivant requête déposée le 25 août 2021 au greffe de la Cour d'appel,

dit irrecevable l'appel incident de B,

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'indemnités de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A aux frais et dépens de l'instance.

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

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.