

Arrêt N°91/22 - I - CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du quatre mai deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2022-00140 du rôle

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

Entre :

A., née le ... à ... au ..., demeurant à ..., ...,

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le
31 janvier 2022,

représentée par Maître Céline CORBIAUX, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et :

B., né le ... à ... en ..., demeurant à ..., ...

intimé aux fins de la susdite requête,

représenté par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Saisi d'une demande introduite le 20 septembre 2021 par B. (ci-après B.)
tendant à voir fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant
commun mineur E1, né le ..., auprès de lui, à voir dire que la mère n'est pas
autorisée à déplacer le domicile et la résidence de l'enfant en dehors du ...
et qu'elle est tenue de ramener E1 à Luxembourg dans les 24 heures du
jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de
retard, et à dire que l'autorité parentale sera dorénavant exercée par lui seul,

le juge aux affaires familiales, par jugement du 17 décembre 2021, a, notamment,

- fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun mineur E1, à titre définitif, auprès de B.,
- débouté ce dernier de sa demande tendant à ce qu'A. soit condamnée sous peine d'astreinte à ramener E1 au ...,
- donné acte à B. qu'il renonce à ce que l'autorité parentale soit exercée exclusivement par lui,
- débouté A. de sa demande tendant à se voir autoriser à déplacer le domicile et la résidence de E1 en ...,
 - accordé à A. un droit de visite et d'hébergement à l'égard de E1, sauf meilleur accord des parties, du samedi matin 18 décembre 2021 à 10 heures au samedi soir 25 décembre 2021 à 20 heures, à charge pour A. de venir chercher E1 et de le ramener à nouveau au domicile de B.,
 - accordé à chaque parent auprès duquel E1 ne se trouve pas le droit de lui parler, selon les modalités à convenir entre parties, et à défaut d'accord, selon les modalités fixées au dispositif dudit jugement,
 - ordonné l'exécution provisoire du jugement et refixé pour le surplus les débats à une audience ultérieure.

Ledit jugement a été notifié à A. le 22 décembre 2021.

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 31 janvier 2022, A. a régulièrement relevé appel du jugement du 17 décembre 2021.

Elle demande en premier lieu à la Cour de désigner un avocat en vue d'entendre l'enfant commun E1 « *de manière impartiale, et ce, pour le plus grand bien de l'enfant, en vue d'assurer ses droits de la défense* », et, par réformation, de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de E1 à titre définitif auprès d'elle « à ... ». A titre subsidiaire, elle demande de permettre à E1 de téléphoner au parent auprès duquel il ne se trouve pas, quand bon lui semble, même si cela est plus d'une fois par jour, pour une durée de plus de 30 minutes s'il le souhaite et en dehors du créneau horaire de 18h30 à 20h30.

En application de l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile, la Cour a délégué la présente affaire à un magistrat unique

Dans sa requête d'appel, A. reproche au juge aux affaires familiales d'avoir fait un rapport empreint de partialité concernant l'audition de E1, de n'avoir « *pas relaté la discussion telle qu'elle s'est vraisemblablement déroulée avec l'enfant E1* », d'avoir dressé un portrait psychologique de E1 et d'avoir interprété les désirs inconscients de ce dernier, sans avoir les compétences nécessaires, n'étant pas psychologue.

Elle expose encore à considérer que, bien que E1 ait dit à l'avocate Maître Vania FERNANDES, auprès de laquelle il se serait rendu, qu'il souhaitait

aller vivre chez sa mère en ..., le juge aurait complètement écarté des débats le rapport d'entretien qui lui aurait été adressé par cette avocate. Un enfant étant plus en confiance avec un avocat qu'avec un juge, il y aurait lieu de nommer un avocat afin d'entendre E1. Elle suspecte, par ailleurs, le juge aux affaires familiales de ne pas avoir relaté dans son rapport le vœu que lui aurait exprimé E1 d'aller vivre à ... avec sa mère, ses grands-parents maternels, ses oncles, tantes, cousins et cousines. Selon elle, contrairement à ce qu'affirme le juge aux affaires familiales, E1 n'aurait pas fait état du fait qu'il y aurait plus de vacances en ... qu'au Luxembourg. De même, le juge ayant demandé à E1 « *dans quel lycée luxembourgeois tu veux aller plus tard ?* », l'enfant aurait forcément dû indiquer un lycée luxembourgeois, même si son désir serait en réalité d'intégrer un lycée en Le juge aux affaires familiales aurait partant déformé les propos de E1, de sorte qu'il conviendrait de nommer un avocat « *aux fins d'entendre E1 et de relater clairement et sans équivoque et questions orientées les réels désirs de l'enfant commun* » et de prendre en charge la défense de ses intérêts.

A. reproche également au juge aux affaires familiales de s'être entretenu en allemand avec B. lors des plaidoiries à l'audience, bien qu'elle-même ne comprenne pas cette langue, et de lui avoir refusé la présence d'un traducteur.

Elle estime que la décision entreprise n'est pas motivée par l'intérêt supérieur de l'enfant mais par un désir de la sanctionner pour avoir déménagé avec l'enfant en ... et pour ne pas s'être ensuite conformée à l'ordonnance de référé lui enjoignant de ramener E1 à Luxembourg. Elle précise à cet égard qu'elle ne l'a pas ramené parce qu'il n'était plus inscrit à l'école à Luxembourg et qu'elle n'y avait plus de logement. Par ailleurs, E1 se serait parfaitement intégré à ... et y aurait eu beaucoup d'amis et d'activités. Elle précise encore qu'elle serait partie en toute bonne foi, une avocate lui ayant certifié qu'elle pouvait déménager où elle voulait avec l'enfant puisqu'elle en avait la garde. En aucun cas, elle n'aurait voulu couper le lien entre le père et le fils. Enfin, elle donne à considérer que le juge aux affaires familiales aurait à tort retenu que le père de E1 serait disponible pour s'occuper de lui, alors que ce dernier aurait à plusieurs reprises indiqué dans le passé qu'il ne pouvait pas s'occuper de E1 le week-end parce qu'il n'avait pas le temps. En outre, le père aurait l'intention de déménager et de s'installer en

Elle fait encore valoir qu'il serait dans l'intérêt de E1 de vivre auprès d'elle, étant donné qu'il aurait toujours vécu avec elle et qu'elle serait sa personne de référence. Elle aurait longuement discuté avec lui pour le préparer au déménagement à ... et il aurait été tout à fait ravi d'y aller. Il serait, certes, né à Luxembourg, mais n'y aurait ni racines, ni famille. Sa langue maternelle serait le français. Elle précise encore qu'avant son déménagement, elle aurait perdu son travail et n'aurait partant plus pu payer un loyer au Luxembourg. Elle habiterait pour l'instant auprès de sa sœur près de ... et chercherait activement du travail.

Elle donne encore à considérer que l'intimé exercerait une réelle emprise sur l'enfant, qu'elle ne pourrait pas lui téléphoner parce qu'il irait trois fois par semaine à l'entraînement de football jusqu'à 20h15, et que la plupart du temps personne ne décrocherait le téléphone. En outre, depuis que E1 serait revenu à Luxembourg, ses résultats scolaires seraient en chute libre, parce qu'il voudrait aller vivre chez elle.

B. demande la confirmation du jugement entrepris.

Il soulève l'irrecevabilité de la demande en nomination d'un avocat pour être formulée la première fois en instance d'appel.

Quant au fond, il estime la demande en nomination d'un avocat pour l'enfant non fondée, le juge de première instance ayant personnellement procédé à l'audition de E1. En outre, il n'incomberait pas à l'enfant, âgé seulement de 10 ans, placé malgré lui dans un conflit de loyauté très difficile à gérer, de décider du sort du litige.

Concernant la demande d'A. en fixation de la résidence habituelle de E1 auprès d'elle, B. sollicite à titre subsidiaire la refixation de l'affaire afin de lui permettre de présenter sa demande en fixation d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de E1.

L'intimé conteste avoir parlé allemand lors des plaidoiries de première instance, affirmant parler également parfaitement le luxembourgeois et le français. De même, il conteste avoir l'intention de s'installer en Il déclare être propriétaire de son appartement à Luxembourg, travailler en tant qu'indépendant à domicile pour la C1 et être très disponible pour E1. De même, il conteste faire obstacle aux contacts entre son fils et sa mère, cette dernière pouvant téléphoner tous les jours et E1 étant libre de se retirer dans sa chambre pour lui parler sans contraintes. Il serait parfaitement conscient du fait que l'appelante manque à l'enfant et que ce dernier a besoin de rester en contact avec elle. A cet égard, il donne à considérer que depuis Noël, l'appelante ne serait venue qu'une fois voir son fils à Luxembourg. Il en conclut que soit elle ne s'y intéresse pas vraiment, soit elle le fait souffrir à dessein par son absence afin qu'il insiste pour aller la rejoindre. Il lui reproche également d'influencer l'enfant pour qu'il ne travaille plus à l'école, espérant ainsi obtenir une décision en sa faveur.

L'intimé fait valoir que l'appelante ne poursuivrait que son intérêt personnel, l'enfant ayant toujours vécu à Luxembourg et y ayant tout son entourage social (école, activités sportives, amis). Il critique particulièrement le fait qu'elle ait interdit à E1 de lui dire qu'il allait partir vivre à ... avec sa mère, le mettant ainsi dans un conflit de loyauté par rapport à lui. Il souligne encore que l'appelante a travaillé pendant 15 ans au Luxembourg dans une ... et qu'elle avait un bon poste puisqu'elle avait les moyens de payer un loyer à Suite à la résiliation de son contrat de travail, elle n'aurait pas cherché de nouvel emploi au Luxembourg.

Il donne encore à considérer que l'appelante n'aurait toujours pas trouvé de travail, ni de logement à ..., ce qui le fait douter de ses véritables intentions, l'appelante n'ayant jamais été honnête avec lui. L'appelante ayant des racines ..., il craint que ... ne soit que la première étape d'une distanciation encore plus grande entre lui et son fils.

L'appelante ne respecterait ni l'autorité parentale conjointe, ni les décisions de justice, puisqu'elle aurait emmené E1 en ... sans informer l'intimé au préalable et aurait refusé de le ramener au Luxembourg, malgré l'existence d'une décision de justice lui enjoignant de le faire. Il aurait décidé de ramener son fils après l'exercice de son droit de visite afin de lui éviter un retour ordonné dans le cadre d'une procédure pour enlèvement d'enfant, beaucoup plus traumatisant pour l'enfant.

A. réplique qu'elle ne serait pas venue voir son fils à Luxembourg, étant donné qu'aucun droit de visite n'avait été fixé dans le jugement entrepris (hormis pour les vacances de Noël 2021).

Le courriel du mandataire de l'appelante, parvenu au greffe de la Cour le 28 avril 2022, soit après la clôture des débats, n'est pas pris en considération pour ne pas avoir fait l'objet d'un débat contradictoire.

Appréciation de la Cour

- Quant à la demande en nomination d'un avocat pour l'enfant mineur E1

Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande (article 388-1 du Code civil).

De même, en application de l'article 1007-50 du Nouveau Code de procédure civile, le mineur capable de discernement peut s'adresser au tribunal pour toute demande relative à une modification de l'exercice de l'autorité parentale ou de l'exercice du droit de visite et d'hébergement. Dans ce cas, le tribunal nomme par voie d'ordonnance, un avocat au mineur dans un délai de quinze jours.

Enfin, selon l'article 388-2 du Code civil « *lorsque dans une procédure les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge aux affaires familiales dans les conditions prévues à l'article 389-3, ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter* ». L'article 389-3 prévoit que quand les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de son administrateur légal, ce dernier doit faire nommer un administrateur *ad hoc* par le tribunal. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le tribunal peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office.

Les dispositions précitées ne sont pas limitées à la procédure en première instance.

La demande d'A. tendant, avant tout autre progrès en cause, à désigner un avocat pour procéder à l'audition de l'enfant commun mineur et assurer la défense de ses droits, ne constitue pas une demande nouvelle au sens de l'article 592 du Nouveau code de procédure civil, alors qu'elle ne modifie pas l'objet de sa demande. Elle est partant recevable

Il suit des décisions précitées que la Cour, qui n'est pas saisie d'une demande émanant du mineur lui-même, n'est pas tenue de nommer un avocat si elle estime qu'une telle mesure ne s'impose pas.

Il se dégage de la lecture de la décision entreprise (page 2, sous « *Procédure* »), qu'A. avait informé le juge aux affaires familiales que l'enfant E1 souhaitait être entendu par le juge, ce que ce dernier a fait. A. est partant actuellement malvenue de critiquer ledit juge pour avoir accédé à sa demande et procédé personnellement à l'audition de E1. De même, E1 ayant personnellement souhaité être entendu par le juge, l'appelante ne saurait pas non plus faire valoir le fait qu'il aurait été particulièrement intimidé de se trouver devant un juge.

L'audition de E1 a eu lieu en date du 26 novembre 2021.

L'appelante n'ayant pas été présente pendant l'audition, ses affirmations quant aux déclarations que E1 aurait faites au juge restent à l'état de pures allégations.

Par ailleurs, l'inscription de faux est la seule procédure ouverte contre l'acte authentique dont on conteste l'exactitude des faits relatés par l'officier public dans l'exercice de ses fonctions et contre les jugements et arrêts réguliers en la forme dont est critiquée une mention essentielle à la validité de la décision (Enc. Dalloz vo Faux incident n° 13).

La minute du jugement étant un acte authentique, les constatations y faites font foi jusqu'à inscription de faux et ne peuvent être combattues par un quelconque autre mode de preuve (cf. Cour d'appel 18 juin 2003 n° du rôle 26224).

Le juge de première instance ayant personnellement auditionné l'enfant et repris son rapport dans la décision entreprise, la Cour est renseignée à suffisance de droit sur la position de E1.

Il ne résulte, par ailleurs, pas du jugement entrepris que le juge aux affaires familiales ait été en possession du « *rapport d'entretien de Maître Vania Fernandes* », auquel l'appelante se réfère, mentionnant le souhait de l'enfant « *de vivre avec sa mère en ...* ». Un tel rapport n'a pas non plus été versé à la Cour.

L'appelante ayant, le cas échéant, pu verser le rapport de Maître Fernandes à la Cour afin d'étayer ses affirmations, et ne justifiant pas non

plus des conditions exigées par l'article 389-3 du Code civil, il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande, les intérêts de E1 étant représentés à suffisance par son audition.

- Quant au fond

La Cour précise d'emblée que le reproche tenant à la partialité du juge aux affaires familiales n'est pas établi. Les affirmations de l'appelante quant à l'attitude du juge aux affaires familiales lors des plaidoiries à l'audience, contestées par l'intimé, ne résultent d'aucun élément du dossier et restent partant à l'état de pures allégations. De même, si la lecture du jugement déféré révèle que le juge de première instance n'a pas approuvé le comportement d'A. qui avait, malgré une autorité parentale conjointe, déménagé en ... avec l'enfant commun sans en informer l'intimé et en interdisant à E1 de lui en parler, mettant ce dernier dans un conflit de loyauté par rapport à son père, et qui avait ensuite refusé de ramener E1 au Luxembourg malgré l'existence d'une décision de justice le lui enjoignant, il n'est pas permis d'en déduire que le juge ait manqué à son obligation d'impartialité ou violé les droits de la défense. Il résulte, en effet, à suffisance de droit de la motivation de la décision entreprise que le juge aux affaires familiales, après avoir procédé à l'audition de E1, tel que demandé, et correctement développé les principes applicables en la matière, a tranché le litige en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et notamment du fait qu'il était dans l'intérêt de ce dernier de ne pas être arraché à l'environnement dans lequel il a évolué depuis sa naissance et de maintenir un lien effectif avec ses deux parents.

La Cour renvoie aux faits et au rapport de l'audition de E1 développés dans la décision entreprise.

Dans le contexte des séparations parentales, la Cour européenne des droits de l'homme impose aux juridictions internes de rechercher un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt du parent (CEDH, 28 avr. 2016, n° 68884/13, Cincimino c. Italie) (« *La Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt de l'enfant* », Droit de la famille n° 2/2019, étude d'A. Gouttenoire et F. Sudre). La Cour européenne des droits de l'homme prône une approche *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant, au regard des circonstances particulières de l'affaire.

Le magistrat n'est pas lié par les désirs de l'enfant, il n'est donc pas tenu de se conformer aux souhaits de ce dernier. Seul l'intérêt de l'enfant qui peut parfois être contraire à sa volonté, doit dicter la décision du juge (v. JurisClasseur Civil, art. 286 à 295, fasc. 10-1, Effets du divorce – conséquences extrapatrimoniales du divorce pour les enfants – préparation de la décision, n° 52, et les références jurisprudentielles françaises y mentionnées).

Le seul critère à prendre en considération dans le cadre de la fixation du domicile, comme celle de la résidence, des enfants de parents séparés

est l'intérêt et le bien-être des enfants. Dans cette appréciation, les juridictions peuvent tenir compte notamment de la pratique que les parents avaient précédemment suivie, des sentiments exprimés par les enfants mineurs, de l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre et de l'éventuel résultat d'expertises ou d'enquêtes sociales. D'autres considérations, comme les désirs, contrariétés ou atteintes des parents dans leur amour-propre, y sont étrangères. L'intérêt des enfants impose notamment de leur assurer la plus grande stabilité possible. Plus les enfants sont jeunes, plus leur besoin de stabilité est d'ailleurs accru

Il résulte en l'espèce de l'échange de courriels du 9 mars 2022 entre A. et les deux institutrices de E1 que les notes de ce dernier ont fortement chuté (de A à D), qu'il ne participe plus en classe, qu'il est triste et qu'il a dit aux institutrices qu'il travaillait intentionnellement moins bien, parce qu'il est d'avis que de cette façon, il pourra aller vivre avec sa mère en Les deux institutrices ayant constaté que E1 vit mal la situation entre ses parents, ont attiré l'attention de ces derniers sur le fait qu'il serait important pour le bien-être de E1 de pouvoir parler à une tierce personne neutre.

Il n'a pas été contesté que depuis Noël, l'appelante, qui ne poursuit aucune activité professionnelle la retenant à ... et qui n'ignore pas qu'elle manque cruellement à son fils, n'est, au jour des plaidoiries, venue que deux fois à Luxembourg pour le voir (dont une fois pour être présente également à l'audience de plaidoiries).

Il n'est pas contesté non plus que, bien que l'appelante ait quitté le Luxembourg depuis plusieurs mois, elle n'a toujours trouvé ni domicile, ni travail à Elle n'offre partant aucune garantie de stabilité quant à l'évolution future de E1, de sorte que les craintes de l'intimé quant à sa destination finale sont compréhensibles.

Hormis le fait que E1 serait à nouveau proche de sa mère, il n'existe aucun élément objectif justifiant qu'il serait dans son intérêt supérieur de vivre à Si E1 s'entend bien avec sa famille maternelle, il ne résulte cependant pas de ses déclarations faites lors de son audition, qu'il aurait demandé à sa mère d'aller vivre à Il ne résulte, par ailleurs, d'aucune pièce du dossier que les résultats scolaires de E1 auraient été bons en ..., tel que l'affirme l'appelante.

Il est encore constant en cause que B. est propriétaire de l'appartement dans lequel il vit, qu'il travaille à Luxembourg depuis de nombreuses années et qu'il travaille actuellement en tant qu'indépendant pour ... depuis son domicile. L'affirmation qu'il envisage de déménager en ... reste, à défaut de tout élément de preuve, à l'état de pure allégation.

Enfin, il résulte des pièces versées au dossier que E1 a toujours vécu au Luxembourg, qu'il est bien intégré dans sa classe et qu'il pratique diverses activités périscolaires (football, scouts). Aucun indice ne permet de

conclure que la relation entre l'intimé et E1 ne serait pas bonne, ou que ce dernier serait moins attaché à son père qu'à sa mère.

Dès lors, si E1 vit mal le conflit entre ses parents et l'absence de sa mère, les éléments du dossier auxquels la Cour peut avoir égard ne permettent pas de conclure, notamment en raison de l'aptitude des parents à assumer leurs devoirs et à respecter les droits de l'autre parent, telle qu'elle a été plus longuement développée dans la décision entreprise, que le fait de quitter le Luxembourg pour aller vivre près de ..., où l'appelante n'a encore ni travail, ni domicile, et où il sera séparé de son père et de tout l'environnement social auquel il est habitué depuis sa naissance, favorise son épanouissement et soit dans son intérêt supérieur.

C'est partant à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens, que le juge aux affaires familiales a fixé le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commun mineur E1, à titre définitif, auprès de B..

Quant à la demande subsidiaire d'A. de permettre à E1 de téléphoner au parent auprès duquel il ne se trouve pas, quand bon lui semble, même si cela est plus d'une fois par jour, pour une durée de plus de 30 minutes s'il le souhaite et en dehors du créneau horaire de 18h30 à 20h30, l'intimé n'ayant pas contesté la demande, mais affirmé que tel était déjà le cas, l'enfant pouvant à sa guise se retirer dans sa chambre et communiquer librement avec sa mère, il y a lieu d'y faire droit.

Au vu de l'issue de l'instance, il y a lieu de condamner A. aux frais et dépens de l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

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

reçoit l'appel en la forme,

dit non fondée la demande d'A. en désignation d'un avocat « *en vue d'entendre l'enfant commun E1 de manière impartiale, en vue d'assurer les droits de sa défense* »,

dit l'appel partiellement fondé,

dit que E1 peut téléphoner au parent auprès duquel il ne se trouve pas, quand bon lui semble, même si cela est plus d'une fois par jour, pour une durée de plus de 30 minutes s'il le souhaite et en dehors du créneau horaire de 18.30 heures à 20.30 heures.

pour le surplus, confirme le jugement du 17 décembre 2021 dans la mesure où il est entrepris,

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,
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.