

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°257/22 - CIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du vingt-et-un décembre deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2022-00763 du rôle

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

E n t r e :

PERSONNE1.), né le DATE1.) à ADRESSE1.) en Italie, demeurant à L-ADRESSE1.),

appelant aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 9 août 2022,

représenté Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

PERSONNE2.), née le DATE2.) à ADRESSE2.) en Italie, demeurant à F-ADRESSE2.),

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 28 juillet 2022, le juge aux affaires familiales auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a notamment

- fixé la résidence habituelle et le domicile légal de l'enfant mineure PERSONNE3.), née le DATE3.), auprès de PERSONNE2.),
- dit non fondée la demande de PERSONNE1.) en fixation de la résidence habituelle et du domicile légal de l'enfant commune mineure auprès de lui,
- rejeté le moyen d'irrecevabilité de la demande invoqué par PERSONNE1.) en ce qui concerne le déménagement de PERSONNE2.) et de l'enfant commune en France,
- autorisé PERSONNE2.) à déménager avec PERSONNE3.) en France à ADRESSE2.),
- sursis à statuer sur le droit de visite et d'hébergement de PERSONNE1.) envers l'enfant commune mineure,
- sursis à statuer sur la demande de PERSONNE2.) en obtention d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune mineure,
- ordonné l'exécution provisoire du jugement,
- sursis à statuer sur la demande de PERSONNE2.) en obtention d'une indemnité de procédure,
- fixé une date pour la continuation des débats et réservé les frais et dépens.

De ce jugement PERSONNE1.) a relevé appel par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 9 août 2022.

PERSONNE1.), par réformation du jugement du 28 juillet 2022, demande à la Cour de dire la demande en déménagement de PERSONNE2.) irrecevable, sinon non fondée pour incompétence du juge aux affaires familiales, sinon pour être une demande nouvelle, de dire non fondée la demande de PERSONNE2.) tendant à voir fixer la résidence habituelle et le domicile légal de l'enfant PERSONNE3.) auprès de la mère, de dire non fondée la demande de PERSONNE2.) en déménagement à ADRESSE2.), en France, de fixer la résidence habituelle et le domicile légal de l'enfant auprès de son père à Luxembourg et de dire que le transfert de l'enfant au domicile de son père se fera au plus tard dans la quinzaine à compter de l'arrêt à intervenir à charge pour PERSONNE1.) de récupérer l'enfant. L'appelant conclut finalement à la condamnation de PERSONNE2.) à l'entière des frais et dépens, sinon à l'institution d'un partage qui lui soit largement favorable et à la condamnation de la partie intimée à lui payer une indemnité de procédure de 20.000 euros pour l'instance d'appel.

A l'audience du 16 novembre 2022, l'appelant déclare abandonner les moyens de procédure développés à l'appui de son appel, au motif qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de voir fixer sa situation par une décision au fond. Il précise également que le montant de l'indemnité de procédure requise est de 2.000 euros.

A l'appui de son recours concernant le fond, PERSONNE1.) expose que, sur base d'une ordonnance rendue par la juge aux affaires familiales le 28 mars 2022, l'enfant commune PERSONNE3.) fréquente l'éducation précoce de l'école fondamentale de ADRESSE3.) et qu'elle est également inscrite à la maison-relais pour l'année scolaire 2022/2023. Par requête du 14 mars 2022, PERSONNE2.) a demandé à ce que la résidence habituelle de l'enfant commune soit fixée auprès d'elle. La décision prise à cet égard par le juge aux affaires familiales serait contraire aux intérêts de l'enfant commune qui devrait aller vivre à 70 kilomètres de son père, malgré le fait que son centre d'intérêt serait à Luxembourg en ce qu'elle habite l'ancien domicile familial avec son père, qu'elle fréquente l'école fondamentale d'ADRESSE3.), la maison-relais à ADRESSE3.), l'école de danse et le conservatoire de musique à ADRESSE4.) et qu'elle bénéficie d'une aide au domicile de son père avec laquelle elle apprend l'anglais et entretient une relation privilégiée. Il reproche à PERSONNE2.) d'avoir immédiatement exécuté le jugement du 28 juillet 2022, malgré l'annonce de son désaccord au sujet de cette décision et du déménagement de la mère en France avec l'enfant commune, exposant ainsi l'enfant à un éventuel double déménagement dans l'hypothèse d'une réformation du jugement déferé qui est exécutoire par provision. L'appelant se réfère à diverses attestations testimoniales dont il se dégagerait qu'il était la personne de référence de PERSONNE3.) pendant la vie commune du couple. Il soutient que la mère mêle l'enfant au conflit parental en dénigrant le père. La mère serait encore irrespectueuse des droits de l'enfant commune, ainsi que de ceux du père, en partant s'établir à 70 kilomètres du domicile du père. Ce dernier soutient être apte à s'occuper de la fille commune en raison de son diplôme en psychologie et de la possibilité d'organiser son travail comme il le souhaite, étant autorisé à faire du télétravail. La mère qui serait médecin et qui serait très prise par son travail n'aurait pas les mêmes possibilités. PERSONNE1.) serait également en mesure de prendre un congé parental si nécessaire. Il conviendrait de préserver la stabilité de l'enfant en période de séparation des parents et de continuer à offrir à PERSONNE3.) la possibilité d'évoluer dans le système scolaire luxembourgeois lui permettant d'apprendre l'allemand et d'évoluer dans un milieu multiculturel. Le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune devraient donc être fixés auprès de PERSONNE1.) à Luxembourg. Concernant le déménagement à ADRESSE2.), la mère mettrait ses propres intérêts avant ceux de l'enfant consistant dans la stabilité et le maintien de son milieu de vie actuel. PERSONNE1.) aurait réservé une place à l'école, à la maison-relais, au conservatoire de musique et à l'école de danse pour PERSONNE3.). PERSONNE1.) relève encore que les vacances scolaires en France ne sont pas les mêmes qu'au Luxembourg, de sorte que du fait de la décision du juge de première instance la fille commune serait privée du contact avec ses amies vivant au Luxembourg et y fréquentant l'école.

Dans l'hypothèse où le jugement déferé serait néanmoins confirmé, PERSONNE1.) demande à la Cour, par évocation, de lui accorder un droit

de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune à raison d'un week-end sur deux, le vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir, ainsi qu'alternativement une semaine le mardi à la sortie de l'école, jusqu'au mercredi 20.00 heures et la semaine d'après du mardi à la sortie de l'école au jeudi matin. Il précise que dans l'hypothèse où le droit en question devait lui être accordé, il prendra un pied-à-terre en France pour l'exercice de son droit en conformité avec les intérêts de la fille commune.

PERSONNE1.) demande encore un droit de visite et d'hébergement pendant la moitié des vacances scolaires et plus spécialement, concernant les vacances de Noël 2022, il demande à pouvoir récupérer PERSONNE3.) en Italie auprès de la mère le 25 décembre à 11.00 heures.

La partie intimée expose que les parties se sont connues à ADRESSE2.) en Italie et qu'elles ont déménagé en France à ADRESSE5.) en mai 2017, PERSONNE3.) étant née le DATE3.) lorsque le couple vivait en France. En décembre 2019 PERSONNE1.) aurait reçu une offre professionnelle à Luxembourg et PERSONNE2.) l'y aurait rejoint avec la fille commune, bénéficiant d'un contrat de travail à durée déterminée au sein du HÔPITAL1.). Ce contrat n'ayant pas été reconduit, elle aurait cherché du travail et trouvé une place dans un centre hospitalier à ADRESSE2.) à partir du 3 mai 2021. Son poste ne comporterait que 21 heures de travail par semaine (60% de 35 heures par semaine), de sorte qu'elle serait disponible pour s'occuper de PERSONNE3.). PERSONNE1.) aurait changé d'emploi à trois ou quatre reprises depuis que le couple s'est installé au Luxembourg et il se trouverait actuellement en période d'essai jusqu'en janvier 2023, de sorte qu'il ne serait pas en mesure de prendre un congé parental dans l'immédiat et que sa situation professionnelle ne serait pas prévisible en ce qui concerne l'avenir. Assumant un travail à raison de 40 heures par semaine et même en admettant qu'il soit autorisé à faire du télétravail, le père ne serait pas plus disponible que la mère pour s'occuper de la fille commune. PERSONNE1.) ne serait pas flexible quant à son emploi du temps et il aurait recours à une assistante maternelle. L'enfant commune n'aurait pas encore 5 ans et ses liens avec le Luxembourg ne seraient pas si étroits qu'un déménagement aurait pour effet de la chambouler complètement du moment où l'enfant reste avec sa mère qui serait sa principale personne de référence. L'enfant parlerait le français mieux que le luxembourgeois et elle n'aurait pas encore été scolarisée au Luxembourg, dans la mesure où elle n'y fréquentait que l'éducation précoce. Actuellement PERSONNE3.) fréquenterait l'école maternelle à ADRESSE2.), y serait inscrite au conservatoire et y pratiquerait la danse. Ce serait partant la confirmation du jugement déféré qui permettrait d'assurer la stabilité à l'enfant commune.

PERSONNE2.) s'oppose à l'évocation du litige en ce qui concerne le droit de visite et d'hébergement à accorder au père dans la mesure où elle en aurait proposé un en première instance, mais que l'appelant aurait voulu faire toiser d'abord la question de la résidence habituelle et du domicile de l'enfant, de sorte que le juge de première instance aurait sursis à statuer à ce sujet et que la Cour ne serait actuellement pas saisie du droit de visite et d'hébergement du père. PERSONNE2.) insiste pour pouvoir profiter d'un double degré de juridiction à cet égard. Elle relève encore qu'elle accorde actuellement sur une base volontaire à PERSONNE1.) un droit de visite et d'hébergement à l'égard de PERSONNE3.) un week-end sur deux et un droit

de visite le mercredi jusqu'à 20.00 heures pendant la semaine où il n'exerce pas son droit de visite et d'hébergement du week-end. Dans l'hypothèse où PERSONNE3.) devait retourner au Luxembourg, la mère demande l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement un week-end sur deux et pendant la moitié des vacances scolaires, ainsi qu'un droit de visite chaque semaine le mardi ou le mercredi. Pour les vacances de Noël, elle déclare être d'accord à ce que le père récupère l'enfant en Italie auprès de la famille maternelle le 26 décembre 2022 seulement et qu'elle reste auprès de la famille paternelle jusqu'au 1^{er} janvier 2023 inclusivement.

PERSONNE2.) demande reconventionnellement l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

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 ces égards, est recevable.

– Le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant commune PERSONNE3.)

En vertu de l'article 376 du Code civil « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » et « *chacun des parents doit maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ». En absence d'accord des parents, c'est le tribunal qui statue au sujet des modalités d'exercice de l'autorité parentale en vertu de l'article 378 du même code.

Conformément à ce qu'a retenu le juge aux affaires familiales, les mesures à prendre doivent être déterminées essentiellement par l'intérêt de l'enfant, en dehors de toutes éventuelles convenances personnelles des parents.

Concernant plus spécialement le domicile de l'enfant, le juge aux affaires familiales a correctement cité l'article 378-1 du Code civil prévoyant que le domicile de l'enfant est fixé au domicile de l'un des parents et que la résidence habituelle de l'enfant peut être fixée soit en alternance aux domiciles de chacun des parents, soit au domicile de l'un des parents seulement.

Il a également justement énoncé les critères à prendre en considération lors de la prise de décisions au sujet des modalités d'exercice de l'autorité parentale prévus par l'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile disposant que le juge aux affaires familiales peut prendre en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure, les sentiments exprimés par l'enfant mineur lorsqu'ils sont exprimés dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre, le résultat des expertises éventuellement effectuées, et les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes sociales.

Il se dégage de la motivation de la décision de première instance que les parties ont demandé à voir toiser le litige sans y mêler l'enfant et donc sans procéder à l'audition de celui-ci et sans faire établir d'enquête sociale, dans un souci de préserver le plus grand intérêt de PERSONNE3.).

PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ne mettent pas en doute les capacités éducatives de l'autre parent, de sorte qu'il convient de retenir que les deux parents disposent des capacités éducatives nécessaires pour prendre en charge la fille commune et veiller à son bien-être.

Il ressort encore des débats menés à l'audience et des pièces versées que si la relation entre les parents est conflictuelle, ils essaient cependant de garder PERSONNE3.) en dehors de leurs disputes, même si cela ne leur réussit pas parfaitement, et ils tentent d'œuvrer tous les deux pour le plus grand bien de l'enfant. Les deux parents ayant déclaré vouloir réserver un droit de visite et d'hébergement à l'autre parent dans l'hypothèse où la résidence habituelle de l'enfant devait être fixée auprès d'eux, il convient de retenir qu'en dépit du conflit les opposant qui ressort notamment de la correspondance échangée entre parties et entre leurs mandataires des parties, ces dernières s'efforcent chacune de respecter les droits de l'autre parent à l'égard de la fille commune mineure.

Concernant la pratique antérieure des parents, il se dégage des pièces versées que PERSONNE3.) est née le DATE3.) à ADRESSE2.) et que ses deux parents sont de nationalité italienne. L'enfant qui a 5 ans, a vécu avec ses deux parents en France, à ADRESSE5.), où sa mère a travaillé en tant que médecin au HÔPITAL2.) du 2 mai 2017 au 6 décembre 2019. Pendant l'absence des parents pour des raisons professionnelles, PERSONNE3.) était gardée à domicile par une tierce personne à raison de demi-journées.

Il n'est pas controversé que PERSONNE1.) a trouvé un emploi à Luxembourg à partir du 1^{er} février 2020 et que PERSONNE2.) l'y a rejoint avec PERSONNE3.), lorsqu'elle a réussi à conclure un contrat de travail à durée déterminée avec le HÔPITAL3.), contrat qui n'a cependant pas été prolongé. Depuis le 3 mai 2021 PERSONNE2.) travaille auprès de HÔPITAL4.), sur le site de Mercy, à raison de 60% d'un cadre plein, soit 21 heures par semaine qu'elle regrouperait sur certains jours de la semaine pour être disponible pour l'enfant commune. Il se dégage des pièces versées par PERSONNE1.) que le couple avait également recours à une tierce personne pour garder PERSONNE3.) au Luxembourg pendant les absences des parents pour raisons professionnelles. PERSONNE3.) fréquentait l'éducation précoce à ADRESSE3.) depuis septembre 2021 jusqu'en juillet 2022. En août 2022, elle a déménagé avec sa mère à ADRESSE2.) et elle fréquente actuellement l'école maternelle à ADRESSE2.).

PERSONNE1.) qui occupe un emploi à plein temps (40 heures par semaine) et qui se trouve encore en période d'essai, soutient à tort qu'en raison du fait que son employeur l'autorise à faire du télétravail, il serait plus disponible pour s'occuper de l'enfant commune que la mère ne travaillant qu'à raison de 60% d'un cadre plein en France, puisque le volume de travail requis de sa part doit nécessairement correspondre à la rémunération touchée et que, sous peine de perdre son emploi, il devra travailler l'équivalent de 40 heures par semaine, même s'il est autorisé à le faire à partir de son domicile. Tout

comme la mère, le père devra donc recourir à l'aide d'une tierce personne pour garder l'enfant pendant ses heures de travail.

Au vu de ces éléments, le juge aux affaires familiales a décidé à bon droit qu'eu égard plus spécialement encore au jeune âge de l'enfant et au lien d'attachement naturel de l'enfant à la mère, il y a lieu de fixer le domicile légal et la résidence habituelle de l'enfant auprès de la mère.

Le jugement du 28 juillet 2022 est à confirmer sur ce point.

– Le déménagement en France

Tout comme le choix de la résidence de l'enfant, la décision au sujet de son déménagement en France doit être prise dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il découle de l'exposé des faits ci-dessus que PERSONNE3.) a vécu en France pendant deux ans avec ses parents pour venir ensuite s'installer avec ceux-ci pendant presque trois ans au Luxembourg avant la séparation du couple parental.

Contrairement aux conclusions de PERSONNE1.), il ne se dégage d'aucun élément du dossier qu'en début 2020 le déménagement de la famille au Luxembourg ait été motivé par la volonté des parents de voir évoluer l'enfant commune dans le milieu multiculturel luxembourgeois et fréquenter l'école luxembourgeoise, plutôt que par le choix du père de décrocher un emploi au Luxembourg.

Concernant le centre d'intérêt de l'enfant et son lien d'attachement fort avec le Luxembourg allégué par le père, il convient de relever que PERSONNE3.) n'a suivi qu'une année d'éducation précoce au Luxembourg et aurait, en tout état de cause, dû changer d'école en septembre 2022 pour aller à l'école maternelle. Même si l'enfant était bien intégrée dans sa classe et si elle s'est fait des amis en dehors de l'école, tel que cela résulte du bilan de fin de trimestre et des attestations testimoniales versées par le père, le juge de première instance a décidé à bon escient que l'on ne saurait parler d'un fort lien d'attachement spécialement avec le Luxembourg.

Au vu du caractère ouvert de l'enfant décrit par ses enseignants, PERSONNE3.) pourra, en effet, également trouver des amis de divers milieux culturels en France, surtout en région frontalière. Il n'est pas non plus exclu qu'elle revoie ses amis à Luxembourg, dont les parents semblent être devenus des amis de PERSONNE1.), lorsqu'elle passe du temps auprès de son père qui habite toujours au Luxembourg.

De plus, l'appelant reste en défaut d'établir que concrètement l'enseignement scolaire luxembourgeois présente un avantage pour PERSONNE3.), eu égard notamment aux langues y enseignées qui viendraient s'ajouter à sa langue maternelle qu'est l'italien et au français auquel elle a été confrontée depuis sa naissance.

Le déménagement de l'enfant lui permettra de rester vivre auprès de sa mère et de garder une certaine stabilité quant à sa personne principale

d'attachement, ce qui est dans son intérêt au vu de son jeune âge. Il ressort par ailleurs des pièces versées qu'elle fréquente actuellement le conservatoire et qu'elle pratique la danse à ADRESSE2.), qu'elle y est scolarisée depuis septembre 2022 et qu'elle est partant intégrée dans son nouveau milieu de vie.

Le nouveau lieu de résidence de l'enfant à ADRESSE2.), situé à quelques 70 kilomètres du Luxembourg, n'a, contrairement à ce qui était le cas dans les affaires ayant donné lieu aux jurisprudences citées par l'appelant, pas pour effet de priver le père de l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement normal à l'égard de l'enfant commune, ou de rendre l'exercice d'un tel droit si difficile qu'il soit impraticable en fait.

Il en découle que c'est par une saine appréciation des éléments de la cause et de l'intérêt de l'enfant que le juge aux affaires familiales a autorisé PERSONNE2.) à déménager en France, à ADRESSE2.), avec l'enfant commune PERSONNE3.) et que le jugement déféré est à confirmer également à cet égard.

– L'évocation

Il se dégage de la motivation du jugement déféré que, bien que PERSONNE2.) ait offert d'accorder à PERSONNE1.) un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune, celui-ci n'a pas formulé de demande en ce sens devant le juge aux affaires familiales.

Le juge a réservé ce volet du litige qui découle naturellement de la fixation du lieu de résidence de l'enfant auprès de la mère, dans l'attente de l'acceptation par PERSONNE1.) de sa décision, sinon de l'issue de la présente instance d'appel.

L'article 597 du Nouveau Code de procédure civile dispose que *« lorsqu'il y aura appel d'un jugement avant dire droit, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement.*

Il en sera de même dans le cas où les cours et autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs. »

Comme le jugement dont appel n'est pas un jugement avant dire droit, mais un jugement à dispositions multiples dans le cadre duquel le juge aux affaires familiales a statué au fond en ce qui concerne le domicile et la résidence habituelle de l'enfant commune des parties et le déménagement de l'enfant avec la mère à ADRESSE2.) et a sursis à statuer au sujet du droit de visite et d'hébergement à accorder au père, et comme le jugement du 28 juillet 2022 est à confirmer, il n'y a pas lieu à évocation de l'affaire.

La Cour n'est pas non plus saisie de la question du droit de visite et d'hébergement à accorder au père par l'effet dévolutif de l'appel, le juge de première instance ayant sursis à statuer au sujet de ce volet de l'affaire toujours pendant devant celui-ci.

– Les accessoires

PERSONNE1.) succombant dans son appel, il est à condamner aux frais et dépens de l'instance et sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour cette instance n'est pas fondée.

PERSONNE2.) restant en défaut d'établir 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 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,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 28 juillet 2022 dans la mesure où il est critiqué,

dit qu'il n'y a pas lieu à évocation concernant le droit de visite et d'hébergement de PERSONNE1.) à l'égard de l'enfant commune PERSONNE3.), née le DATE3.),

dit non fondées les demandes introduites par les parties respectives sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

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

MAGISTRAT1.), président de chambre,
MAGISTRAT2.), premier conseiller,
MAGISTRAT3.), conseiller,
GREFFIER1.), greffier.