

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N°106/23 - I - référé exceptionnel (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du dix-sept mai deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2023-00366 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.), née le DATE1.) à ADRESSE1.), demeurant en Allemagne à D-ADRESSE2.),

appelante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 14 avril 2023,

représentée par Maître Krisztina SZOMBATHY, avocat à la Cour demeurant à Luxembourg,

e t :

PERSONNE2.), né le DATE2.) à ADRESSE1.), demeurant à L-ADRESSE3.),

intimé aux fins de la susdite requête,

représenté par Maître Daniel CRAVATTE, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR D'APPEL

Saisi d'une requête de PERSONNE1.) dirigée contre PERSONNE2.), déposée le 20 mars 2023 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et tendant, principalement, à voir fixer auprès d'elle la résidence habituelle et le domicile légal des enfants communs mineurs PERSONNE3.), née le DATE3.), et PERSONNE4.), né le DATE4.), accorder un droit de visite et d'hébergement à PERSONNE2.), condamner celui-ci au paiement d'une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.) de 400 euros par enfant et d'une pension alimentaire à titre personnel de 700 euros par mois, sinon, à titre subsidiaire, à voir nommer un pédopsychiatre pour les enfants aux fins de réaliser un rapport d'urgence, sinon, à titre encore plus subsidiaire, à voir ordonner la réalisation d'une enquête sociale d'urgence, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par ordonnance du 31 mars 2023, dit les demandes de PERSONNE1.) recevables mais non fondées pour absence d'urgence absolue et laissé les frais à charge de PERSONNE1.).

De cette ordonnance, PERSONNE1.) a relevé appel par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 14 avril 2023 aux fins de voir, par réformation,

- constater qu'il y a urgence absolue au sens de l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile, principalement, à cause du manque de contact quotidien entre elle et ses enfants, sinon, subsidiairement, au vu de sa situation financière précaire,
- fixer auprès d'elle la résidence habituelle et le domicile légal des enfants communs,
- accorder à PERSONNE2.) un droit de visite et d'hébergement « ordinaire » à exercer sauf meilleur accord des parties,
- condamner PERSONNE2.) à lui payer une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.) de 400 euros par enfant, allocations familiales non comprises, sinon à hauteur d'un montant à évaluer *ex aequo et bono* par la Cour, à compter du 20 mars 2023, sinon à compter du « 1^{er} du mois de la décision à intervenir accordant le domicile légal et la résidence habituelle des enfants communs auprès de la mère »,
- dire que cette pension alimentaire sera adaptée automatiquement et sans mise en demeure préalable à l'échelle mobile des salaires,
- condamner PERSONNE2.) à lui payer une pension alimentaire à titre personnel de 700 euros, sinon d'un montant à évaluer *ex aequo et bono* par la Cour, pour la première fois au jour de l'introduction de la requête en première instance, sinon à compter du « 1^{er} du mois » de l'arrêt à intervenir,

PERSONNE1.) expose à l'appui de son appel que les parties ont conclu un partenariat en date du 8 avril 2021 et que deux enfants sont nés de leur union, à savoir PERSONNE3.) et PERSONNE4.), PERSONNE1.) étant, en outre, mère d'un troisième enfant, PERSONNE5.), issu d'une union antérieure.

Elle soutient que les parties habitaient avec les enfants communs et PERSONNE5.) à l'adresse actuelle de PERSONNE2.) à ADRESSE3.) depuis le mois d'octobre 2022 jusqu'au 18 février 2023, date à laquelle l'intimé l'aurait mise à la porte avec PERSONNE5.). Elle soutient avoir demandé à PERSONNE2.) de pouvoir emmener avec elle les enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.), mais que le père s'y serait opposé. Si elle

reconnait que les enfants habitent depuis le mois d'octobre 2022 à ADRESSE3.), elle précise qu'ils ont habité auparavant en Allemagne pendant de longues périodes, notamment avec l'appelante auprès de leur grand-mère maternelle, les parties ayant, à un moment, également habité ensemble en Allemagne. Elle précise que, depuis son départ du domicile conjugal, elle est retournée habiter auprès de sa mère en Allemagne.

PERSONNE1.) affirme avoir élevé les enfants seule ou avec l'aide de sa mère au domicile de celle-ci où les enfants disposeraient de tout ce qu'il leur faudrait. Elle soutient que PERSONNE2.) ne s'est jamais occupé des enfants, que même après leur naissance, il ne lui aurait rendu visite que très rarement au domicile de la grand-mère maternelle des enfants où elle habitait à l'époque.

Elle expose que, depuis son départ, elle n'a vu les enfants de façon irrégulière le week-end et pendant quelques appels vidéo le soir en semaine.

PERSONNE1.) affirme encore que PERSONNE2.) consommerait de l'alcool en grandes quantités de manière quasi-quotidienne, qu'il conduirait en état d'ivresse, même avec les enfants, et qu'il consommerait diverses drogues (notamment du cannabis et de la cocaïne).

Elle verse un enregistrement audio de sa mère dans lequel celle-ci décrirait « *toute la relation et ses conséquences* ».

PERSONNE1.) soutient encore qu'au vu du fait que PERSONNE2.) travaille toute la journée et rentre tard, ce seraient en fait les grands-parents paternels qui s'occupent des enfants en ce moment.

Elle fait valoir qu'en l'espèce, l'urgence absolue est caractérisée par le jeune âge des enfants, leur déracinement du jour au lendemain se traduisant par une désorganisation de leur mode de vie et une rupture avec leur principale figure de rattachement, à savoir l'appelante, le tout en les séparant de leur demi-frère. Elle affirme que les enfants seraient bouleversés et traumatisés et devraient retourner au plus vite auprès de leur mère et qu'un enfant âgé entre 1 et 3 ans ne devrait en aucun cas être séparé de sa mère pour une période dépassant un jour et demi, au risque de mettre en danger son développement physique et psychique et de lui infliger des séquelles émotionnelles. Elle soutient que l'absence de contact quotidien entre elle et ses enfants est source d'un déficit émotionnel et affectif pour eux, de sorte qu'il serait urgent de rétablir le contact avec leur mère.

PERSONNE1.) reproche encore au juge aux affaires familiales de ne pas avoir fait droit à ses demandes en octroi d'une pension alimentaire à titre de participation à l'entretien et à l'éducation des enfants et à titre personnel.

Elle invoque à ce titre les articles 376-2 du Code civil et 7, paragraphe 1^{er}, de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. Elle affirme que tout au long de la relation des parties depuis septembre 2019 et même à la suite de la conclusion du partenariat, PERSONNE2.) n'aurait pas respecté son obligation de soutien à sa partenaire ou de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs.

Elle indique que depuis le 1^{er} janvier 2023, elle est sans aucune ressource, précisant qu'elle a signé un contrat de travail en date du 8 mars 2023 avec effet au 27 mars 2023, de sorte que son premier salaire ne lui sera versé qu'au mois d'avril 2023. Elle indique que, si, en théorie et dans l'hypothèse où elle peut prêter toutes les heures prévues dans son contrat de travail,

elle percevra un salaire de 1.080 euros par mois, elle affirme qu'au vu de son expérience passée, « *un tel montant n'est en pratique jamais atteint* », de sorte qu'en réalité, elle toucherait un salaire mensuel net d'environ 520,11 euros. Elle indique que la situation financière de PERSONNE2.) serait confortable et qu'il percevrait un salaire mensuel net de 2.200 euros.

PERSONNE2.) conteste la version des faits avancée par PERSONNE1.) en son intégralité et plus particulièrement d'avoir mis PERSONNE1.) à la porte de leur domicile familial, faisant remarquer que, de toute façon, il ne pourrait pas légalement le faire. Il indique que, suite à une dispute entre les parties, PERSONNE1.) a décidé de partir en laissant les enfants communs avec le père et en retournant vivre auprès de sa mère. Il lui reproche d'avoir abandonné la famille de sa propre initiative.

En ce qui concerne l'enregistrement audio de la mère de l'appelante, produit par PERSONNE1.), il expose qu'il ne respecte pas les conditions prévues par l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile concernant les attestations testimoniales. Il conteste l'intégralité des reproches faits à son encontre par la mère de PERSONNE1.).

En ce qui concerne l'urgence invoquée par PERSONNE1.), il insiste que les enfants se portent bien, qu'ils ne courent aucun risque et ne sont pas en danger, les reproches de PERSONNE1.) concernant exclusivement la relation entre les parents. Il fait remarquer qu'au moment de la séparation des parties, les enfants habitaient à ADRESSE3.) depuis plusieurs mois, qu'ils s'y trouvent toujours et qu'il n'y a aucune raison justifiant de les faire changer de résidence.

Il remarque que PERSONNE1.) ne produit aucun élément permettant de conclure que le bien-être des enfants ne serait pas assuré ou qu'il y aurait un risque pour leur sécurité, leur entretien ou leur éducation, de sorte qu'elle reste en défaut d'établir l'existence d'une urgence absolue, laquelle exige que le maintien d'une situation soit intenable, ce qui ne serait aucunement le cas en l'espèce.

Il conteste encore l'affirmation de PERSONNE1.) selon laquelle il y aurait eu une rupture de la relation mère-enfants, les enfants voyant régulièrement leur mère et ayant, notamment, passé dix jours pendant les vacances de Pâques avec elle.

Il fait remarquer que le juge aux affaires familiales a déjà ordonné une enquête sociale, laquelle permettra de mieux évaluer la situation.

Il insiste que le seul fait que des enfants ne se trouvent pas auprès de leur mère ne permet pas de caractériser l'existence d'une urgence absolue au sens de l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile.

Il conclut encore à l'irrecevabilité de la demande de PERSONNE1.) en soutenant que la loi du 9 juillet 2004 ne permet pas d'allouer une pension alimentaire à titre personnel en cours de partenariat, l'article 12 de cette loi prévoyant une telle hypothèse uniquement en cas de fin de partenariat, donnant, en outre, compétence au tribunal d'arrondissement pour statuer sur une telle demande.

A titre subsidiaire, il considère que la demande n'est pas fondée, faute d'urgence, au vu du fait que PERSONNE1.) travaille actuellement. A titre encore plus subsidiaire, il estime que le montant réclamé est surfait.

Appréciation de la Cour

L'appel introduit, dans les forme et délai de la loi et non autrement contesté à ces égards, est à déclarer recevable en la forme.

Les règles relatives à la forme des attestations en justice ne sont pas prescrites à peine de nullité. Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si une attestation ne comportant pas toutes les mentions prévues par l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile présente ou non les garanties suffisantes pour avoir force probante.

L'enregistrement audio produit par PERSONNE1.), lequel constitue, selon elle, un témoignage de sa mère, n'est pas conforme aux conditions de l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile. En effet, il n'existe aucune certitude concernant l'auteur réel des propos y tenus. L'indication selon laquelle l'enregistrement a été établi en vue de sa production en justice et que l'auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales fait défaut. Il ne remplit pas non plus l'exigence du susdit article selon laquelle une attestation testimoniale doit être écrite, datée et signée de la main de son auteur, aucun document officiel justifiant de l'identité de l'auteur et comportant sa signature n'y étant annexé, de sorte que l'enregistrement ne présente pas de garanties suffisantes pour avoir force probante.

Ces carences mettent, en outre, PERSONNE2.) dans l'impossibilité de produire une contre preuve, de sorte qu'aucune valeur probante ne peut y être attachée, ni en tant qu'attestation testimoniale, ni en tant que « *simple témoignage ou simple pièce* » comme le soutient PERSONNE1.).

L'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile dispose en son paragraphe (1) que dans les cas d'urgence absolue dûment justifiée dans la requête et lorsque le juge aux affaires familiales est déjà saisi par une requête au fond, il peut être saisi d'une requête en référé exceptionnel en obtention de mesures provisoires.

Cet article a introduit une procédure de référé créée spécialement pour le juge aux affaires familiales. Dans la mesure où les requêtes adressées au juge aux affaires familiales sont renfermées dans des délais contraignants, la nécessité d'un référé tel qu'il existait avant l'introduction de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales n'est plus utile. Cependant, en cas d'urgence absolue, une partie peut former une requête en référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales. Cette exigence d'urgence absolue doit être précisée dans la requête. Il appartient au juge aux affaires familiales de déterminer si la condition de l'urgence absolue est remplie pour chaque cas d'espèce et, si tel n'est pas le cas, la requête doit être rejetée (Travaux parlementaires du projet de loi n° 6996 instituant le juge aux affaires familiales, commentaires des articles, page 66).

Au vu des délais très courts pour l'émission d'une convocation et la parution à l'audience d'une affaire au fond qui relève de la compétence matérielle du juge aux affaires familiales, l'intention du législateur était de ne pas prévoir systématiquement une procédure de référé et de limiter le recours à la procédure de référé exceptionnel à des cas d'urgence absolue dûment justifiée. Dans la mesure où le législateur a utilisé le terme « *absolue* », la condition de l'urgence est à interpréter de manière restrictive.

Il s'agit d'une question de fait qui s'apprécie souverainement au cas par cas sur base des éléments du dossier.

D'un point de vue formel, la requête en référé exceptionnel contient un exposé des faits et une motivation énonçant l'urgence de la situation.

Il est encore constant que le juge aux affaires familiales est déjà saisi d'une requête au fond. En effet, dans le cadre de la requête au fond entre les parties, le juge aux affaires familiales a, par ordonnance du 29 mars 2023, ordonné une enquête sociale afin d'obtenir des renseignements sur les capacités éducatives des parents et l'intérêt des enfants, et a fixé l'affaire à l'audience du 10 mai 2023 pour continuation des débats.

Contrairement aux affirmations de PERSONNE1.), le simple fait que les enfants résident auprès de leur père ne permet pas de conclure, *ipso facto*, à une urgence absolue justifiant de régler dès à présent les questions du domicile légal et de la résidence habituelle des enfants, même en tenant compte de leur jeune âge.

En ce qui concerne les circonstances du départ de PERSONNE1.) du l'ancien domicile conjugal, aucune des parties ne produit le moindre élément permettant d'étayer sa version, de sorte que la Cour ne peut en tirer aucune conclusion.

Quant aux reproches de PERSONNE1.) relatifs à une consommation excessive d'alcool et de stupéfiants, ils restent, au vu des contestations de PERSONNE2.), à l'état de pures allégations. Les attestations testimoniales produites à ce titre par l'appelante, et dont certaines sont, au vu du lien de parenté existant avec PERSONNE1.) (la mère et la sœur de PERSONNE1.)), à apprécier avec une certaine circonspection, ne permettent pas de conclure à la réalité de ces reproches. En effet, les attestations sont trop vagues et imprécises pour étayer les allégations et ne font, en partie, que reprendre les dires de PERSONNE1.). Ils ne constituent donc pas témoignages directs.

Le fait que PERSONNE2.) ait recours aux grands-parents paternels des enfants, étant donné qu'il travaille à plein temps, ne permet pas non plus de conclure, à défaut d'élément précis, à une urgence absolue au sens de l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile, ceci d'autant moins que PERSONNE1.) reconnaît elle-même avoir largement recours à sa propre mère pour s'occuper d'PERSONNE3.) et de PERSONNE4.), aussi bien avant la séparation des parties qu'actuellement.

Ensuite, contrairement aux affirmations de l'appelante, la relation entre la mère et les enfants n'a pas été rompue, et ne se limite pas non plus à un simple droit de visite et d'hébergement un week-end sur deux. En effet, il résulte de sa propre requête qu'entre son départ du domicile conjugal le 18 février 2023 et la fin des vacances de Pâques, elle a vu les enfants tous les week-ends, sauf un, du vendredi à 14.00 heures au dimanche à 18.00 heures, ainsi que du 31 mars au 10 avril pendant les vacances de Pâques. En ce qui concerne le week-end du 17 au 19 mars, seul week-end où PERSONNE1.) indique ne pas avoir vu ses enfants, il résulte des courriers entre les mandataires des parties, produits par l'appelante, que les parties sont en désaccord sur la question de savoir auprès de quel parent les enfants ont passé le week-end.

Il résulte, en outre, des explications de PERSONNE1.) dans sa requête et à l'audience qu'à côté de ces droits de visite et d'hébergement les week-ends, elle voit les enfants plusieurs soirs par vidéo en semaine, même si, au vu du jeune âge des enfants, le succès de ces appels vidéo semble relatif.

Si chaque séparation des parents entraîne nécessairement une réduction du temps que les enfants passent avec l'un ou l'autre des parents, aucune rupture brutale de la relation entre la mère et les enfants n'est établie en l'espèce, le juge aux affaires familiales ayant conclu, à bon droit, que le contact entre la mère et les enfants est, en l'espèce, largement garanti et maintenu. L'appelante n'établit pas non plus que le bien-être des enfants serait d'une quelconque manière menacé ou remis en question, ni qu'ils seraient en danger.

PERSONNE1.) ne justifie partant d'aucune urgence absolue obligeant de se prononcer, au présent stade, sur la question du domicile légal et de la résidence habituelle des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.). En décider autrement serait contraire à l'intention du législateur, qui était de limiter le recours à la procédure de référé exceptionnel à des cas d'urgence absolue.

L'appelante demande encore à voir condamner PERSONNE2.) à lui payer une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ainsi qu'une pension alimentaire à titre personnel.

Dans sa requête et lors de l'audience des plaidoiries, elle a indiqué baser sa demande relative à l'octroi d'une pension alimentaire à titre personnel sur l'article 7 de la loi du 9 juillet 2004 et non pas sur l'article 12 de la même loi.

Si l'article 7 dispose que « *les partenaires liés par un partenariat s'apportent mutuellement une aide matérielle. La contribution aux charges du partenariat est faite par les deux partenaires à proportion de leurs facultés respectives* », il ne permet pas, contrairement aux affirmations de PERSONNE1.), d'allouer une pension alimentaire à titre personnel à l'autre partenaire pendant le partenariat.

La demande de PERSONNE1.) doit, partant, tout au plus être analysée comme une demande en obtention, de la part de PERSONNE2.), d'une aide matérielle et d'une contribution aux charges du partenariat.

L'article 7 de la loi du 9 juillet 2004 reflète le paragraphe 1^{er} de l'article 214 du Code civil qui dispose que « *si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des conjoints aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* ».

L'aide matérielle dont sont tenus les partenaires et le devoir des époux de contribuer aux charges du mariage présentent un contenu quasi-identique. Comme chacun des époux, chacun des partenaires doit participer financièrement aux dépenses ménagères : dépenses de nourriture, de vêtements, de logement, de santé [...]. En principe, les modalités de cette aide sont fixées directement par les partenaires dans leur convention. Ils jouissent, à cet égard, d'une liberté contractuelle qui n'est limitée que par l'interdiction, pour l'un des partenaires, de se dispenser totalement de la contribution aux charges du ménage. Bien évidemment, l'aide matérielle réciproque se matérialise normalement par une participation financière aux charges du ménage. Celle-ci peut d'ailleurs ne pas être identique pour les deux partenaires et varier en fonction de la fortune de chacun d'eux. Rien ne

semble pourtant interdire à un partenaire de fournir une prestation en nature, notamment en hébergeant gratuitement l'autre dans un logement qui lui appartient personnellement. D'une manière générale, les partenaires peuvent librement déterminer la forme de l'aide, sa fréquence, son importance, sa répartition ou encore ses modifications éventuelles (JurisClasseur Civil Code, art. 515-1 à 515-7-1, Fasc. unique : Le pacte civil de solidarité, point 91).

Il ne résulte d'aucun élément soumis à l'appréciation de la Cour que les parties aient conventionnellement déterminé les modalités de leur obligation respective, tel que le permet l'article 6 de la loi du 9 juillet 2004.

Si l'appelante reproche à PERSONNE2.) que depuis septembre 2019, il ne l'aurait pas soutenue financièrement et n'aurait pas contribué à l'entretien et à l'éducation des enfants, ce que PERSONNE2.) conteste, elle ne précise pas de quelle obligation il aurait été tenu à son égard avant la naissance des enfants communs en septembre 2020 et en octobre 2021 ou avant la conclusion du partenariat le 8 avril 2021.

Au vu du fait que les enfants résident actuellement auprès de PERSONNE2.), il contribue de manière prépondérante à leur entretien et à leur éducation.

Etant donné que PERSONNE1.) a commencé à travailler, à temps partiel, depuis le mois de mars 2023, que son affirmation selon laquelle elle percevrait un revenu inférieur à celui fixé dans son contrat de travail reste à l'état de pure allégation, qu'elle n'établit pas avoir à sa charge de dépense incompressible et qu'elle ne fait état d'aucune dépense à titre de charges du partenariat, elle reste en défaut d'établir l'urgence requise par l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile pour statuer à ce stade sur les volets de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, d'une aide matérielle et des charges du partenariat.

Le juge aux affaires familiales est, partant, à confirmer pour avoir déclaré irrecevables les demandes de PERSONNE1.) pour absence d'urgence absolue.

- Les demandes accessoires

Comme PERSONNE1.) succombe en instance d'appel, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée et elle est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, conformément aux dispositions de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile.

Comme il serait injuste de laisser à la charge de la partie intimée la partie des frais non comprise dans les dépens qu'elle a été obligée d'exposer en vue de se défendre contre une voie de recours injustifiée, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 750 euros au vu de l'envergure de l'affaire, de son degré de difficulté et des soins y requis.

Le présent arrêt n'étant pas susceptible d'un recours suspensif d'exécution, la demande de la partie appelante en exécution provisoire est à déclarer irrecevable pour être sans objet.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre une ordonnance de référé du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance dans la mesure où elle a été entreprise,

dit non fondée la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne PERSONNE1.) à payer à PERSONNE2.) une indemnité de procédure de 750 euros,

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

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

Yannick DIDLINGER, premier conseiller-président,
Thierry SCHILTZ, conseiller,
Anne MOROCUTTI, conseiller,
Michèle MACHADO, greffier.