

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 170/23 - I - DIV - mes.prov. (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du douze juillet deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2023-00341 du rôle

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

Entre :

PERSONNE1.), né le DATE1.) à ADRESSE1.) (actuellement ADRESSE1.)
en République démocratique du Congo, demeurant à L-ADRESSE2.),

appelant aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le
31 mars 2023,

représenté par Maître Céline SCHMITZ, avocat, en remplacement de Maître
Nicky STOFFEL, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

et :

PERSONNE2.), née le DATE2.) à ADRESSE3.) au Cameroun, demeurant à
L-ADRESSE2.),

intimée aux fins de la susdite requête,

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

LA COUR D'APPEL

Statuant sur les mesures provisoires dans le cadre du divorce entre PERSONNE1.) et PERSONNE2.) (ci-après : PERSONNE2.)), le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par ordonnance du 15 mars 2023,

- autorisé PERSONNE2.) à résider pendant l'instance en divorce séparée de PERSONNE1.) à son adresse actuelle à L-ADRESSE2.), avec interdiction à PERSONNE1.) de venir l'y troubler,
- autorisé PERSONNE1.) à résider pendant l'instance en divorce séparé de PERSONNE2.) à une adresse de son choix, avec interdiction à PERSONNE2.) de venir l'y troubler,
- ordonné à PERSONNE1.) de déguerpir de l'ancien domicile conjugal sis à L-ADRESSE2.), dans un délai de 8 semaines à partir de la notification de l'ordonnance,
- fixé provisoirement le domicile légal des enfants communs mineurs PERSONNE3.), né le DATE3.), et PERSONNE4.), née le DATE4.), auprès de leur mère,
- dit non fondées en l'état les demandes respectives des parties en fixation de la résidence habituelle des enfants communs mineurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.),
- dit non fondée en l'état la demande de PERSONNE1.) en instauration d'une résidence alternée,
- dit non fondées en l'état les demandes respectives des parties relatives à la pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation des trois enfants communs,
- constaté que, par application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance est d'application immédiate,
- précisé que les décisions prises valent au provisoire et qu'elles ne préjudicient pas des décisions à intervenir au fond,
- fixé l'affaire pour la continuation des débats à une audience ultérieure et réservé les frais et dépens.

De cette ordonnance qui lui a été notifiée le 6 avril 2023, PERSONNE1.) a relevé appel suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 31 mars 2023.

L'appelant conclut, par réformation, à se voir autoriser à résider pendant l'instance en divorce séparé de PERSONNE2.) à l'adresse de l'ancien domicile conjugal, à L-ADRESSE2.), avec interdiction à PERSONNE2.) de venir l'y troubler, à voir ordonner à PERSONNE2.) de déguerpir de l'ancien domicile conjugal dans un délai de 8 semaines à partir de la signification de l'arrêt à intervenir.

Subsidiairement et dans l'hypothèse où la Cour devait confirmer l'ordonnance déferée, l'appelant conclut à se voir accorder un délai de déguerpissement de 6 mois.

PERSONNE1.) demande encore, par réformation, à la Cour de fixer auprès de lui le domicile légal des enfants communs mineurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) et conclut à la condamnation de PERSONNE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros, ainsi que les frais et dépens de

l'instance d'appel, avec distraction au profit de son mandataire affirmant en avoir fait l'avance.

A l'appui de son recours, PERSONNE1.) fait exposer que quatre enfants sont issus de son union avec PERSONNE2.) qui a été dissoute par jugement de divorce du 15 mars 2023. Il reproche au juge de première instance de ne pas l'avoir autorisé à résider à l'ancien domicile conjugal pendant l'instance en divorce au motif que PERSONNE2.) serait la partie économiquement la plus faible, alors que ses propres capacités financières ne lui permettraient pas de se reloger, ne touchant qu'une pension de retraite d'environ 1.600 euros par mois et continuant à rembourser le prêt immobilier des parties. De plus, il hébergerait son petit-fils dont la mère serait décédée. Il aurait encore contracté un prêt auprès d'une personne privée qu'il rembourserait par des mensualités de 500 euros. PERSONNE2.) n'aurait pas correctement exposé sa situation financière devant le juge de première instance où elle a soutenu ne gagner qu'un revenu mensuel de quelque 1.500 euros, alors qu'elle financerait un projet de construction immobilière au Cameroun en versant sporadiquement des sommes qui varient entre 1.000 et 3.000 euros. Il se dégagerait encore des dernières fiches de salaire de PERSONNE2.) que son salaire est de 1.800 euros par mois.

Dans un ordre d'idées subsidiaire, PERSONNE1.) fait valoir qu'un délai de déguerpissement de 8 semaines n'est pas suffisant et demande l'octroi d'un délai de 6 mois pour déménager. Concernant les enfants communs, l'appelant expose qu'il est à la retraite et qu'il est donc plus disponible pour s'occuper des enfants communs que PERSONNE2.) qui partirait tôt le matin, vers 6.00 heures, du domicile familial pour ne revenir que tard le soir, après 18.00 heures, dans la mesure où elle travaille dans une maison de retraite en France. Il s'ajouterait qu'il ressort des fiches de salaire de PERSONNE2.) qu'elle ne demeure actuellement plus à l'ancien domicile conjugal.

A l'audience, PERSONNE1.) expose finalement qu'il a quitté le domicile conjugal le 15 juin 2023 et qu'il se trouve à la recherche d'un nouveau logement. Malgré l'accord des parties, PERSONNE2.) refuserait de rembourser la moitié du prêt immobilier se rapportant à l'immeuble commun qui assurait l'ancien domicile familial. Il n'aurait pas interjeté appel du jugement de divorce qui lui aurait été signifié par PERSONNE2.).

PERSONNE2.) fait exposer que par ordonnance du 17 mai 2023, le juge aux affaires familiales a mis en place, à titre provisoire, un système de résidence en alternance des enfants communs qui n'est cependant pas encore pratiqué, étant donné que le père ne dispose pas encore de logement adéquat. Lors des débats ayant mené à cette décision, l'avocat des enfants aurait indiqué que le père n'était pas souvent présent au domicile familial et que les enfants ne veulent pas choisir le parent auprès duquel ils demeurent à titre principal. PERSONNE1.) passerait la majorité de son temps auprès de sa nouvelle compagne, il aurait payé le prêt immobilier au moyen de fonds communs et il s'approprierait chaque mois 400 euros des allocations familiales versées sur le compte joint des parties pour le compte des enfants communs. Le petit-fils de PERSONNE1.) qui vivait dans le foyer familial fréquenterait un internat en semaine, dont PERSONNE2.) payerait les frais. Ce serait l'intimée qui se serait toujours occupée des enfants tant au niveau personnel qu'au niveau administratif. Elle habiterait toujours dans l'ancien

domicile conjugal et l'adresse indiquée sur ses fiches de salaire répondrait à la nécessité d'avoir une adresse en France pour pouvoir y effectuer sa formation d'infirmière. La demande en résidence séparée et en prolongation du délai de déguerpissement de PERSONNE1.) devrait être déclarée sans objet, étant donné qu'il a quitté le domicile conjugal le 15 juin 2023. Les fonds qu'elle a transférés au Cameroun en 2020 concerneraient un projet immobilier et ces transferts seraient à faire valoir dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial des parties, mais n'auraient aucune influence sur ses liquidités actuelles.

PERSONNE2.) s'oppose finalement à la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure et demande, de son côté, une telle indemnité pour le montant de 1.500 euros.

Appréciation de la Cour

L'appel qui a été introduit dans les forme et délai de la loi et qui n'est pas critiqué à ces égards, est recevable.

- La résidence séparée

Aux termes de l'article 215 du Code civil, « les conjoints sont tenus de vivre ensemble. À défaut d'accord entre conjoints sur la résidence commune, la décision appartiendra au juge aux affaires familiales qui la fixera après avoir entendu les motifs invoqués par chacun des conjoints. Néanmoins, le juge aux affaires familiales pourra, pour des motifs légitimes, autoriser les conjoints à résider séparément. En ce cas, il statuera également sur la résidence des enfants ».

L'autorisation de résidence séparée a pour effet de dissocier les différentes obligations nées du mariage en conservant le droit à contribution sans vie commune et elle offrait, sous l'ancienne législation, la possibilité de vivre séparé de son conjoint sans pour autant que cela ne constitue une faute justifiant le divorce. C'est enfin la possibilité de voir le juge se prononcer sur les modalités de la résidence séparée pendant la procédure. En effet, l'autorisation de résidence séparée doit normalement être prononcée par le juge dans le cadre d'une demande en divorce ou en séparation de corps.

Dans le cadre de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, l'article 235 du Code civil dispose que « *les conjoints peuvent demander à résider séparément pendant la procédure* » et l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile précise qu'à la demande des conjoints ou de l'un d'eux, formée soit dans la requête en divorce, soit au cours de la procédure portant sur le fond, le tribunal peut à tout moment prendre une ordonnance portant sur des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des conjoints que des enfants.

L'autorisation de résidence séparée ayant pour but de relever les époux de l'obligation de vivre ensemble, avant le prononcé du divorce, le jugement qui prononce le divorce et qui libère les époux des obligations découlant du mariage par la dissolution de celui-ci, n'aura plus à se prononcer sur l'obligation de cohabitation, ni sur la résidence séparée des époux divorcés.

Il convient donc d'admettre qu'en tant que mesure provisoire, nécessaire pour assurer l'existence des époux et des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée, l'autorisation de résidence séparée prend fin au plus tard lorsque le jugement portant dissolution du lien matrimonial acquiert force de chose jugée.

Comme il se dégage des pièces versées et des renseignements fournis à l'audience que le jugement de divorce des parties du 15 mars 2023 a été signifié par PERSONNE2.) à PERSONNE1.) le 7 avril 2023, comme aucun appel n'a été relevé du jugement en question, comme celui-ci est donc devenu définitif et comme la Cour doit statuer sur l'affaire telle qu'elle se présente au jour des plaidoiries, le 30 juin 2023, l'appel, en ce qu'il concerne l'autorisation de PERSONNE1.) de résider séparé de PERSONNE2.) dans l'ancien domicile conjugal pendant l'instance en divorce, est devenu sans objet.

- Le domicile légal des enfants communs mineurs

Il est constant que suivant ordonnance du 17 mai 2023, le juge aux affaires familiales a instauré à l'essai et à titre provisoire un système de résidences en alternance en vertu duquel les enfants communs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) passent, en période scolaire une semaine sur deux du vendredi à la sortie de l'école ou du foyer au vendredi suivant à la sortie de l'école ou du foyer auprès de chacun de leurs parents respectifs. Il résulte également des conclusions concordantes des parties à l'audience que PERSONNE1.) a quitté le domicile conjugal le 15 juin 2023. Le seul fait que les fiches de salaire de PERSONNE2.) renseignent une adresse en France ne permet pas de déduire que celle-ci n'habite pas effectivement dans l'ancien domicile conjugal, étant donné que tout le reste du courrier, dont notamment les courriers pour l'inscription de la fille commune PERSONNE4.) à l'école, lui est adressé à l'adresse ADRESSE4.), à ADRESSE5.) et que la requête d'appel a été valablement signifiée à PERSONNE2.) à l'adresse de l'ancien domicile conjugal le 12 avril 2023.

L'article 378-1 du Code civil dispose qu'en cas d'accord des parents la résidence peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le choix du domicile ou sur la résidence de l'enfant, le tribunal peut fixer le domicile de l'enfant et ordonner une résidence en alternance dont il détermine la durée.

Les parents peuvent dès lors s'accorder sur celle des deux résidences qui constituera le domicile de l'enfant et, à défaut d'accord entre les parents, il appartient au juge aux affaires familiales de déterminer auprès duquel de ses parents le mineur a son domicile légal.

Le seul critère à prendre en considération dans le cadre de la fixation du domicile 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.

Le fait pour un enfant d'être domicilié auprès de l'un de ses parents implique pour ce parent qu'il doit s'occuper des tâches administratives quotidiennes relatives à l'enfant. En principe, le domicile légal des enfants est ainsi fixé auprès de celui des parents chez qui les enfants passent le plus de temps, à moins qu'il ne soit prouvé que ce parent, pour une quelconque raison, ne possède pas les mêmes capacités que l'autre parent pour s'occuper desdites tâches ou qu'une autre raison objective justifie la fixation du domicile des enfants auprès de l'autre parent.

La stabilité administrative peut valoir comme argument pour maintenir le domicile légal des enfants à un endroit dans l'hypothèse d'une résidence alternée égalitaire, car constituant dans un tel cas un fait objectif permettant de trancher la question du domicile légal d'un enfant en l'absence d'autres éléments (Cour, 28 avril 2021, numéro du rôle CAL-2021-00082).

En l'espèce, les critères de disponibilité des parents et des capacités éducatives ne permettent pas de se prononcer en faveur d'un domicile légal auprès de l'un ou de l'autre parent, encore qu'il ressorte tant du jugement du juge de la jeunesse du 24 janvier 2023 que de l'ordonnance du 17 mai 2023 qu'en dépit de son temps limité, c'est plutôt la mère qui s'occupe d'organiser la vie des enfants, dont seul PERSONNE3.) habite au domicile familial, PERSONNE4.) fréquentant l'internat en semaine. Il ressort également de l'ordonnance du 17 mai 2023 que le fils commun a exprimé le désir de rester vivre au domicile familial à ADRESSE5.), où est actuellement domiciliée PERSONNE2.).

PERSONNE1.) admet à l'audience qu'il n'a pas encore trouvé de nouveau logement, de sorte que le système de résidences en alternance n'est actuellement pas pratiqué.

Au vu de tous ces éléments et dans le but d'assurer aux enfants communs une certaine stabilité administrative, il y a lieu de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a fixé, à titre provisoire, le domicile légal des enfants PERSONNE3.) et PERSONNE4.) auprès de leur mère PERSONNE2.).

- Les accessoires

PERSONNE1.) succombant dans sa voie de recours, il doit en supporter les frais et dépens et sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

PERSONNE2.) n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas 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 et au provisoire,

reçoit l'appel en la forme,

le dit sans objet en ce qui concerne l'autorisation de résidence séparée,

le dit non fondé pour le surplus,

partant confirme l'ordonnance entreprise dans la mesure où elle est critiquée,

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

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

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

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Yannick DIDLINGER, premier conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller,
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier.